

Sygn. akt I ACa 1046/14

## WYROK

*W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ*

Dnia 19 listopada 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Barbara Górczanowska (spr.)
Sędziowie:	SSA Zbigniew Ducki SSA Grzegorz Krężolek
Protokolant:	sekr.sądowy Katarzyna Rogowska

po rozpoznaniu w dniu 19 listopada 2014 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z o.o. w (...) Spółki z o.o. w S.

przeciwko Gminie K.

o zapłatę

oraz z powództwa wzajemnego Gminy K.

przeciwko (...) Spółce z o.o. w (...) Spółce z o.o. w S.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego i powoda wzajemnego Gminy K.

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 4 lutego 2014 r. sygn. akt VII GC 187/12

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od Gminy K. na rzecz (...) Spółki z o.o. w (...) Spółki z o.o. w S. łącznie kwotę 2 700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

## UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 listopada 2014 r.

(...) Spółka z o.o. w (...) Spółka z o.o. w S., tworzący konsorcjum firm, domagali się solidarnie zasądzenia od pozwanej Gminy K. kwoty 108.014,06 zł, w tym kwoty 103.399 zł stanowiącej nienależnie wypłaconą Gminie przez (...) S.A. gwarancję ubezpieczeniową, wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu, tytułem

zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia, oraz kwoty 4.615,06 zł z odsetkami od dnia 12.02.2010 r., tytułem części wynagrodzenia, zatrzymanej przez Gminę jako kaucja gwarancyjna na usunięcie wad przedmiotu umowy z 4 grudnia 2006 r.

Pozwana Gmina K. wniosła o oddalenie powództwa oraz wytoczyła powództwo wzajemne domagając się zasądzenia solidarnie od (...) Spółka z o.o. w (...) Spółka z o.o. w S. kwoty 28.051,93 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia powództwa, tytułem odszkodowania za poniesioną szkodę, stanowiącą koszty poboru energii elektrycznej, spowodowane nieszczelnością sieci kanalizacyjnej, wadliwie wykonanej przez powodową Spółkę.

Powodowie a pozwani wzajemni wniesli o oddalenie powództwa wzajemnego zarzucając, że zgłaszane przez Gminę usterki były na bieżąco usuwane; wskazali, że okres gwarancji skończył się 5 stycznia 2010 r. zaś udokumentowane przez Gminę koszty dotyczą napraw dokonanych po upływie gwarancji i nie wiadomo czy naprawy te dotyczyły studni, których wady zostały zgłoszone w kwietniu 2009 r. i które zostały uszczelnione przez podwykonawców powoda, czy też były to inne studnie. Pozwani podnieśli ponadto zarzut przedawnienia roszczenia Gminy K. obejmującego koszty poboru energii elektrycznej za lata 2007 - 2009.

Wyrokiem z dnia 4 lutego 2014 r. Sąd Okręgowy w Kielcach VII Wydział Gospodarczy zasądził z pozwu głównego od Gminy K. na rzecz (...) Spółki z o.o. w (...) Spółki z o.o. w S. solidarnie kwotę 108.014,06 zł z odsetkami w wysokości 13% w stosunku rocznym od kwoty 103.399 zł. od dnia 12 lipca 2012 r., od kwoty 4.615,06 zł. od dnia 12 lutego 2010 r. i z każdorazowymi ustawowymi odsetkami do dnia zapłaty oraz kwotę 9.101,58 zł. tytułem kosztów procesu. Sąd oddalił powództwo wzajemne i zasądził od Gminy K. na rzecz (...) Spółki z o.o. w (...) Spółki z o.o. w S. solidarnie kwotę 2.400 zł tytułem kosztów procesu.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 14.12.2005 r. Gmina K. i Konsorcjum firm (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. zawarły umowę o roboty budowlane, której przedmiotem była „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z oczyszczalnią ścieków dla gminy K.”. Szczegółowy zakres robót został określony w § 1 umowy i obejmował m.in. sieć wodociągową dla miejscowości U., B., W., R., U., K., H., G., sieć kanalizacyjną dla miejscowości W., G., K., L., oczyszczalnię ścieków. Wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 17.252.542,86 zł, prace miały się rozpocząć 28.12.2005 r., a zakończyć 28.12.2006 r. (§13 i §7). Na wykonane roboty wykonawca zgodnie z § 10 udzielił zamawiającemu 36 miesięcznej gwarancji poczynając od dnia odbioru końcowego robót. Paragraf 11 umowy przewidywał wniesienie przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej w kwocie 345.050,86 zł. Część gwarancji tj. 30% miała stanowić zabezpieczenie roszczeń z tytułu gwarancji jakości i być zwrócona nie później niż w 15 dniu po upływie okresu gwarancji. Pozostała część kwoty zabezpieczenia miała być zwrócona w ciągu 30 dni od potwierdzenia należytego wykonania umowy w protokole odbioru końcowego. Odbiór końcowy robót miał miejsce w dniu 5.01.2007 r. Podczas odbioru nie stwierdzono żadnych wad. Okres gwarancji miał rozpocząć bieg od dnia 5.01.2007 r. W protokole odbioru ustalono, że wykonawca będzie zobowiązany do usunięcia na własny koszt wszelkich wad powstałych z jego winy, stwierdzonych protokolarnie przez zamawiającego, wykonawcę i użytkownika w okresie gwarancji. Odbiór końcowy robót poprzedziły wykonane w 2006 r. przez wykonawcę i inwestora próby szczelności sieci wodociągowej i kanalizacyjnej. Wynagrodzenie objęte powyższą umową Gmina K. w całości na rzecz wykonawcy uregulowała.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 4.12.2006 r. Gmina K. i Konsorcjum firm (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. zawarły umowę na wykonanie dodatkowych robót budowlanych w ramach inwestycji „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z oczyszczalnią ścieków dla gminy K.”, za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 769.176,59 zł. (§ 1, § 13). Rozpoczęcie robót miało nastąpić 4.12.2006 r., ich zakończenie 15.01.2007 r. (§ 7). W § 10 umowy wykonawca udzielił zamawiającemu 36 miesięcznej gwarancji poczynając od dnia odbioru końcowego robót. Zgodnie z § 11 wykonawca był zobowiązany do udzielenia gwarancji właściwego usunięcia wad w kwocie 4.615,06 zł., która to kwota miała zostać potrącona z faktury wykonawcy. Gwarancja miała podlegać zwrotowi nie później niż w 15 dni po upływie okresu gwarancji jakości. Odbiór końcowy robót dodatkowych z udziałem inwestora, wykonawcy i podwykonawcy odbył się w dniu 25.01.2007 r., nie stwierdzono podczas tego odbioru żadnych wad. W protokole odbioru ustalono, że 36

miesięczny okres gwarancji rozpoczyna bieg od dnia 5.01.2007 r. oraz że wykonawca będzie zobowiązany na własny koszt usunąć wszelkie wady powstałe z jego winy, stwierdzone protokolarnie przez zamawiającego, wykonawcę, użytkownika w ciągu okresu gwarancji. W dniu 26.01.2007 r. (...) Sp. z o.o. w imieniu Konsorcjum zawarł z (...) S.A. w S. umowę gwarancji należytego usunięcia wad lub usterek. Mocą powyższej gwarancji gwarant zobowiązał się do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty na rzecz beneficjenta gwarancji, którym była Gmina K., kwoty w wysokości do 103.398,41 zł., w przypadku nie usunięcia lub nienależytego usunięcia przez zobowiązanego wad lub usterek w przedmiocie umowy z dnia 14.12.2005 r. Okres ważności gwarancji został określony od 5.01.2007 r. do 20.01.2010 r. Na dzień 20.03.2007 r. Zakład (...) sporządził wykaz usterek sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, stwierdzając m.in. przecieki w studzienkach i komorach na oczyszczalni, przecieki w studzienkach w miejscowości G., nie zakopanie słupków granicznych w G. i B.. W protokole z dnia 30.05.2007 r. wykonawca i inwestor potwierdzili usunięcie większości usterek z wykazu z 20.03.2007 r., w tym nieszczelności. Uzgodniono, że (...) Sp. z o.o. zleci odtworzenie punktów granicznych działek we (...). W dniu 10.09.2007 r. podwykonawca M. A.- Zakład (...) w S., w związku ze zgłoszeniem przez (...) Gminy prawdopodobnych przecieków studni kanalizacji sanitarnej na oczyszczalni ścieków w U. dokonał przeglądu szczelności studni, stwierdzając, że obecność w nich wody nie była wynikiem nieszczelności lecz obfitych i długotrwałych opadów deszczu.

Sąd Okręgowy podał, że w marcu 2009 r. (...) Sp. z o.o. polecił (...) Sp. z o.o. i swoim podwykonawcom - M. A. - (...), (...) Sp. z o.o., I. - E. B. wykonanie przeglądu stanu technicznego sieci kanalizacyjnej i dokonanie ewentualnych uszczelnień studni i sieci w związku ze zgłoszeniem przez inwestora nieszczelności sieci. Przy piśmie z dnia 14.04.2009 r. Gmina K. przedłożyła wykonawcy wykaz nieszczelnych studzienek na dzień 6.04.2009 r. w miejscowości L., K., H., C., G. i W.. Na spotkaniu w dniu 22.04.2009 r. z udziałem wykonawcy, jego podwykonawców i Gminy nie doszło do żadnych uzgodnień w przedmiocie usunięcia powyższych wad. Zdaniem obecnego na spotkaniu prezesa zarządu (...) Sp. z o.o. przyczyną przecieków studni było to, że większość z nich znajdowała się na terenach zalewowych i woda przedostawała się do nich wierzchem przez włazy. W tym samym dniu na spotkaniu z udziałem przedstawicieli Gminy K. i podwykonawców (...) Sp. z o.o. w B. i (...) E. B. w P., w którym to spotkaniu nie uczestniczył wykonawca, podwykonawcy zobowiązali się do usunięcia przecieków studni. W okresie od kwietnia do czerwca 2009 r. w uzgodnieniu z wykonawcą jego podwykonawcy- Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) Sp. z o. o. w S., (...) E. B. w P., (...) Sp. z o.o. w B., dokonali przeglądu i uszczelnienia łącznie 104 studni betonowych zaprawą Ceresit, masą CP i środkiem Maxplug. Wykonanie robót potwierdzili przedstawiciele Gminy. Stwierdzono wówczas, że w kilkunastu studniach ciekła woda, zaś w pozostałych występowały wysięki wody.

Sąd pierwszej instancji ustalił następnie, że z wynagrodzenia objętego umową z dnia 4.12.2006 r. Gmina K. nie uregulowała na rzecz wykonawców (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. kwoty 394.384,94 zł. O powyższą kwotę wykonawcy wytoczyli w dniu 2.10.2007 r. przeciwko Gminie K. powództwo przed Sądem Okręgowym w Kielcach. Wyrokiem z dnia 4.12.2009 r. w sprawie I C 2995/07, Sąd Okręgowy w Kielcach Wydział I Cywilny zasądził od Gminy K. na rzecz (...) Sp. z o.o. w (...) Sp. z o.o. w S. solidarnie kwotę 394.384,94 zł wraz z ustawowymi odsetkami i kosztami procesu. Sąd nie uwzględnił, uznając go za niezasadny. zarzutu potrącenia zgłoszonego przez Gminę z tytułu kar umownych w kwocie 7.510.506,57 zł za opóźnienie w usunięciu wad robót budowlanych objętych umową z 4.12.2005 r. Apelacja Gminy K. od wyroku została przez Sąd Apelacyjny w Krakowie wyrokiem z dnia 28.05.2010 r. oddalona.

Sąd Okręgowy następnie podał, że w dniu 4.01.2010 r. Gmina K. zwróciła się do gwaranta (...) S.A. w S. z żądaniem realizacji gwarancji z dnia 26.01.2007 r. poprzez zapłatę kwoty 103.398,41 zł tytułem zwrotu kosztów usunięcia wad i usterek robót z umowy z 14.12.2005 r. Jako wady i usterki Gmina wskazała: nie odtworzenie granic działek na których w trakcie prac doszło do usunięcia punktów granicznych, zamontowanie niewłaściwie dobranych pomp na przepompowni (...)w K., przez co poniosła nieuzasadnione koszty eksploatacji pomp, nieszczelności sieci kanalizacyjnej powodujące ponoszenie nieuzasadnionych kosztów eksploatacji. Koszt posadowienia 47 znaków granicznych Gmina określiła na kwotę 8.369,20 zł. Szkodę poniesioną w okresie od 3.09.2007 r. do 28.08.2008 r. czyli do wymiany dwóch pomp, związaną z koniecznością usunięcia awarii Gmina oszacowała na kwotę 22.407,52 zł, zaś koszt robót naprawczych związanych z usunięciem nieszczelności sieci na kwotę minimum 775.584,06 zł. Gwarant w dniu 25.02.2010 r. dokonał na rzecz Gminy K. zapłaty kwoty 103.398,41 zł tytułem realizacji gwarancji z 26.01.2007

r., po czym pismem z dnia 3.03.2010 r. zwrócił się do (...) Sp. z o.o. o zwrot tej kwoty wraz z ustawowymi odsetkami od dnia przekazania tej należności beneficjentowi gwarancji. Nakazem zapłaty z dnia 28.10.2010 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku nakazał (...) Sp. z o.o. w (...) Sp. z o.o. w S. solidarną zapłatę na rzecz (...) S.A. w S. kwoty 103.399 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 17.08.2010 r. i kosztami procesu w kwocie 4.910 zł. Wyrokiem z dnia 28.04.2011 r. Sądu Okręgowego w Gdańsku powyższy nakaz zapłaty został utrzymany w mocy. W dniu 13.05.2011 r. (...) Sp. z o.o. dokonał zapłaty zasądzonej należności na rzecz gwaranta w łącznej kwocie 114.373,99 zł.

Ustalił dalej Sąd Okręgowy, że w dniach od 4 do 10 marca 2010 r. Gmina K. z udziałem podwykonawcy (...) Sp. z o.o. dokonała przeglądu studzienek kanalizacji sanitarnej w K. stwierdzając przecieki studzienek. W piśmie z dnia 20.08.2010 r. Gmina K. wezwała (...) Sp. z o.o. do usunięcia wady nieszczelności kanalizacji sanitarnej informując, że w razie odmowy dokona zastępczego usunięcia tej wady wykorzystując środki z gwarancji należytego usunięcia wad lub usterek z 26.01.2007 r. (...) Sp. z o.o. odmówił temu żądaniu podnosząc, że zgłoszone przez Gminę wady zostały usunięte w ramach gwarancji. Niezależnie od powyższego wykonawca zaprzeczył, aby zwiększony dopływ ścieków na oczyszczalnię w czasie opadów był wynikiem nieszczelności sieci kanalizacyjnej. Jego zdaniem był on skutkiem ukształtowania terenu, który powodował, że w czasie opadów włady studzienek z otworami wentylacyjnymi znajdowały się pod wodą, a także przedostawania się wody opadowej z systemu melioracyjnego do sieci kanalizacyjnej. Z uwagi na odmowę przez Gminę w trakcie trwania procesu przed Sądem Okręgowym w Kielcach sprawdzenia przez wykonawcę na jego koszt sieci kanalizacyjnej pod kątem jej szczelności kamerą telewizyjną i rozległość tej sieci liczącej kilkadziesiąt kilometrów i kilkaset studzienek, (...) Sp. z o.o. zażądał od Gminy K. wskazania konkretnych miejsc występowania nieszczelności sieci. W odpowiedzi w piśmie z dnia 6.09.2010 r. Gmina wskazała, że wady nieszczelności dotyczą wszystkich studzienek kanalizacji sanitarnej wykonanych przez (...) Sp. z o.o., w tym wymienionych w wykazie z 6.04.2009 r. i wady te nie zostały usunięte. W piśmie z dnia 8.09.2010 r. wykonawca odmówił uznania za zasadną wady wszystkich studzienek podnosząc nadto, że w dniu 5.01.2010 r. upłynął termin gwarancji.

Sąd pierwszej instancji podał, że w dniu 18.04.2011 r. Gmina K. zleciła Zakładowi Gospodarki Komunalnej w K. uszczelnienie 20 sztuk studzienek kanalizacji sanitarnej. W dniu 27.07.2011 r. wykonawca usługi obciążył Gminę fakturą na kwotę 13.778,95 zł. W dniach 2.05., 30.05, 19.06 i 2.07.2012 r. Gmina K. zakupiła zaprawę K.wydatkując z tego tytułu łącznie kwotę 25.782,04 zł. Koszt uszczelnienia studzienek kanalizacji sanitarnej w ilości 55 sztuk w okresie od 7.05. do 22.06.2012 r. obejmujący robociznę Gmina K. wyceniła na kwotę 44.772 zł brutto. W dniu 11.04.2012 r. Gmina K. zawarła z A. M. wykonującym usługi geodezyjne umowę na odtworzenie znaków granicznych w miejscowości G. usuniętych jak wskazano w § 1 umowy przez wykonawcę inwestycji. W dniu 14.05.2012 r. wykonawca usługi obciążył Gminę K. fakturą nr (...) na kwotę 7.626 zł. W dniu 16.05.2012 r. wykonawca wezwał Gminę K. do zwrotu kwoty 103.398, 41 zł wypłaconej Gminie przez gwaranta w następstwie realizacji gwarancji z tytułu usunięcia wad, podnosząc że była to kwota niezasadnie wypłacona, o którą inwestor bezpodstawnie się wzbogacił. Pismem z dnia 18.07.2012 r. (...) Sp. z o.o. wezwał Gminę do zwrotu kaucji gwarancyjnej w kwocie 4.615,06 wraz z ustawowymi odsetkami od 10.02.2010 r. na podstawie § 11 pkt.3 umowy z 4.12.2006 r. o roboty dodatkowe. Gmina K. odmówiła zwrotu wypłaconej jej gwarancji ubezpieczeniowej. W piśmie z dnia 11.07.2012r. skierowanym do (...) Sp. z o.o. Gmina K. złożyła oświadczenie o potrąceniu z kwotą 103.398,41 zł stanowiącą gwarancję ubezpieczeniową swojej wierzytelności z tytułu odszkodowania w kwocie 103.398,41 zł. Na odszkodowanie to miały się składać: kwota 58.550,95 zł stanowiąca koszt zastępczego usunięcia przez Gminę nieszczelności studzienek kanalizacyjnych, kwota 7.626 zł stanowiąca koszt odtworzenia znaków granicznych usuniętych przez wykonawcę w czasie realizacji prac, kwota 37.221,46 zł stanowiąca koszt zwiększonego zużycia energii elektrycznej zasilającej przepompownię. Na zlecenie Gminy K. inż. S. S. we wrześniu 2012 r. sporządził opinię w przedmiocie kosztów energii elektrycznej zużytej do pompowania ścieków z wód opadowych i gruntowych przedostających się do kanalizacji sanitarnej poprzez nieszczelności w studzienkach kanalizacyjnych wybudowanych przez (...) Sp. z o.o. w K.. Koszt tej energii obejmujący lata 2007-2011 wyliczył na kwotę 69.889,40 zł.

W sierpniu 2009 r. na zlecenie Sądu Okręgowego w Kielcach w sprawie I C 2995/07 Instytut Zaopatrzenia w Wodę i Ochrony Środowiska (...)sporządził opinię, której przedmiotem były wady robót stanowiących przedmiot umów z 14.12.2005 r. i 4.12. 2006 r. W pisemnej opinii stwierdzono, z tym zastrzeżeniem, że nie przeprowadzono badania

sieci kanalizacyjnej kamerą przemysłową na koszt wykonawcy na co ten się zgodził, z uwagi na sprzeciw Gminy K., co następuje: Sieć kanalizacyjna przebiega w terenie pod względem stosunków wodno-gruntowych trudnych. W miejscu przebiegu tej sieci istnieją systemy drenażu z których może następować odprowadzanie wód do kanalizacji. Bilans ścieków na terenie, gdzie istnieją systemy drenarskie, świadczące o istniejących problemach z odwadnianiem pól nie jest dowodem na źródło pochodzenia wód dodatkowych. Większa ilość ścieków dopływających na oczyszczalnię w czasie roztopów, w porównaniu z okresem letnim i bezdeszczowym, dowodzi dodatkowego dopływu ale nie przesądza skąd ścieki pochodzą, szczególnie w sytuacji gdy na terenach tych zlokalizowane są systemy melioracyjne. Zdaniem Instytutu szczególnie wysoki przepływ ścieków w czasie roztopów mógł być spowodowany zalaniem terenów zielonych przez wody i przedostawaniem się wód przez otwory i włazy studzienek choćby były one powyżej powierzchni terenu. W czasie wizji lokalnej w terenie w lipcu 2009 r. stwierdzono nieduże wpływy wody w studzienkach, w większości wyłącznie przesiąkanie wody i zawilgocenie ścian, wymagające uszczelnień ale nie mogące stanowić źródła istotnego dopływu ścieków do oczyszczalni. W opinii Instytutu nawet 50 studzienek w stanie najgorszym stwierdzonym podczas wizji nie uzasadniałoby zwiększonego dopływu ścieków do oczyszczalni. Jego zdaniem nieszczelności kanałów mogły powstać w przypadku braku lub niewłaściwego zagęszczenia gruntu albo wykonania przejścia sztywnego przez ścianę studzienki z kręgów betonowych. Opinia kończy się konkluzją, że może być wiele powodów zwiększonych dopływów ścieków do oczyszczalni, nie tylko nieszczelności sieci. W przedmiocie niewłaściwego doboru pomp do przepompowni P.6.1 biegli stwierdzili, że zastosowana pierwotnie pompa AS jest przeznaczona do ścieków przemysłowych i bytowo-gospodarczych i zastosowana została zgodnie z jej przeznaczeniem. Sam fakt założenia tej pompy będącej profesjonalnym urządzeniem do pompowania ścieków nie jest wadą, albowiem o doborze pompy nie decyduje wyłącznie wielkość prześwitu przy wirnikach pompowni. Poddali w wątpliwość zamienne zastosowanie pompy AFP mającej większy prześwit i przede wszystkim znacznie większą moc, co utrudnia blokowanie wirnika pompy ale powoduje większe zużycie prądu. Zdaniem Instytutu domniemanym powodem zatrzymań wirnika przed wymianą pomp był niewłaściwy skład dopływających do pompowni ścieków, zawierających przedmioty włókniste powodujące blokowanie się wirnika pomp. Biegły sądowy K. S. (1) w swej opinii sporządzonej na zlecenie Sądu Okręgowego w Kielcach w sprawie I C 2995/07 nie wypowiedział się w istocie co do przyczyn wad polegających na przeciekach wody w studniach wykonanych na sieci i oczyszczalni i awaryjności przepompowni (...) Z obu powyższych opinii wynika natomiast, że próbie szczelności przed końcowym odbiorem robót poddawano 65-70% długości sieci, co jest wynikiem bardzo dobrym.

Na zlecenie Gminy K., w oparciu o przedłożoną przez nią dokumentację, w tym opinie biegłych w sprawie I C 2995/07, opinię dotyczącą wad kanalizacji sanitarnej sporządził M. W.. Jego zdaniem stwierdzone nieszczelności sieci kanalizacyjnej powodują, że nie nadaje się ona do użytku, zaś po pomierzeniu wielkości przecieków i ich dokładnym zlokalizowaniu należałoby podjąć decyzję o ewentualnej wymianie studzienek na monolityczne lub przebudować dany odcinek sieci. Uszczelnianie studni od wewnątrz uznał on za bezcelowe, nie skutkujące wyeliminowaniem napływu wody. Zastosowanie w pompowni (...) pompy o małym prześwicie uznał za wadę.

W oparciu o przedstawione wyżej ustalenia Sąd Okręgowy uznał powództwo główne za uzasadnione, zaś powództwo wzajemne oddalił. Sąd wskazał, że powodowie (pozwani wzajemni) domagali się zwrotu kwoty 103.399 zł wypłaconej pozwanemu jako beneficjentowi umowy gwarancji, zawartej przez wykonawcę robót budowlanych z gwarantem w dniu 26.01.2007 r., przez (...) S.A. w S.. W żądaniu wypłaty gwarancji Gmina K. wskazała na poczet jakich wad i usterek ma być przeznaczona gwarancja, a mianowicie: odtworzenie granic działek, na których w trakcie prac doszło do usunięcia przez wykonawcę znaków granicznych, szacując ich koszt na kwotę 8.369,20 zł; niewłaściwy dobór zamontowanych przez wykonawcę pomp na przepompowni (...) i zwłoki w usunięciu tej wady skutkującej ponoszeniem przez Gminę opłat z tytułu zużycia paliwa, energii elektrycznej wraz z kosztami pracy swoich pracowników w kwocie 22.407,52 zł.; nieszczelność sieci kanalizacyjnej powodująca konieczność ponoszenia kosztów eksploatacji sieci. Koszt usunięcia tej ostatniej wady Gmina K. oszacowała na kwotę minimum 775.584,06 zł. Z jakimi konkretnie roszczeniami i z jakiego tytułu Gmina K. rozliczyła otrzymaną gwarancję wynika z pisma Gminy z 11.07.2012 r. zawierającego oświadczenie o potrąceniu. Wynika z niego, że z kwotą gwarancji ubezpieczeniowej potrąciła ona swoją wierzytelność odszkodowawczą powstałą w następstwie nienależytego wykonania przez (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. zobowiązania umownego przez nieusunięcie wad robót, które ujawniły się w okresie gwarancji.

Odszkodowanie w kwocie 103.398,41 zł obejmowało kwotę 58.550,95 zł stanowiącą poniesione przez Gminę K. koszty uszczelniania studni kanalizacyjnych, kwotę 7.626 zł stanowiącą koszt odtworzenia znaków granicznych, kwotę 37.221,46 zł stanowiącą koszty poniesione z tytułu zwiększonego zużycia energii elektrycznej zużytej do przepompowania ścieków na skutek nieszczelności sieci kanalizacyjnej. Łącznie szkodę z tytułu zwiększonych kosztów zużycia energii elektrycznej zasilającej przepompownię ponoszonych w latach 2007-2011 Gmina określiła na kwotę 69.889,04 zł. Na poczet tej części odszkodowania oprócz kwoty z gwarancji ubezpieczeniowej czyli kwoty 37.221,46 zł, Gmina zaliczyła kwotę 4.615,06 zł stanowiącą kaucję gwarancyjną zatrzymaną na podstawie § 11 umowy o roboty dodatkowe z dnia 4.12.2006 r. Różnicy w kwocie 28.051,93 zł Gmina K. dochodzi pozwem wzajemnym.

Zdaniem Gminy K. fakt istnienia wad robót wykonanych przez (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. potwierdziło postępowanie toczące się przed Sądem Okręgowym w Kielcach w sprawie I C 2995/07 i Sądem Apelacyjnym w Krakowie w sprawie I ACa 386/10, rozpoznającym apelację Gminy K. od wyroku sądu pierwszej instancji. W toku toczącego się wcześniej postępowania jak i w toku niniejszej sprawy wykonawca czyli (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. kwestionowali swoją odpowiedzialność, zaprzeczając istnieniu wad robót. W przedmiotowym sporze w związku z realizacją w 2010 r. przez Gminę K. gwarancji ubezpieczeniowej wykonawcy inwestycji podnieśli nadto, że wady zgłoszone przez inwestora w postaci nieszczelności sieci kanalizacyjnej oraz odtworzenia znaków granicznych zostały przez nich lub ich podwykonawców usunięte. Wady, które się ujawniły po dniu 5.01.2010 r. czyli po upływie wynikającego z obu umów 3 letniego okresu gwarancji, nie były objęte gwarancją, a zatem wykonawca nie był obowiązany do ich usunięcia. Z protokołów odbiorów końcowych robót stanowiących przedmiot umów z dnia 14.12.2005 r. i 4.12.2006 r. wynika, że przy odbiorach nie stwierdzono wad robót. Okoliczność tę potwierdzili także w swoich wyjaśnieniach przedstawiciele stron. Odbiór końcowy robót z umowy podstawowej, który odbył się w dniu 5.01.2007 r. i odbiór końcowy robót z umowy dodatkowej, który odbył się w dniu 25.01.2007 r. poprzedziły wykonane w 2006 r. przez wykonawcę z udziałem inwestora, próby szczelności sieci wodociągowej i kanalizacyjnej przy pomocy kamery telewizyjnej, czego potwierdzeniem są protokoły z tych prób. Przy odbiorze końcowym inwestycji nie stwierdzono zatem wady polegającej na nieszczelności sieci kanalizacyjnej, inwestor nie zgłaszał także wykonawcy aby w trakcie prac doszło do usunięcia przez niego znaków granicznych wymagających ich odtworzenia. Przecieki w studzienkach w miejscowości G., Gmina zgłosiła wykonawcy w dniu 20.03.2007 r., wraz z innymi usterekami. W protokole z dnia 30.05.2007 r. wykonawca i inwestor wspólnie potwierdzili usunięcie wad zgłoszonych 20.03.2007 r., a zatem także nieszczelności. W tym dniu uzgodniono również, że (...) Sp. z o.o. zleci odtworzenie znaków granicznych we (...). W piśmie z 6.06.2007 r. (...) Sp. z o.o. poinformował Gminę K. o wykonaniu powyższego zobowiązania. Fakt odtworzenia znaków granicznych w tych miejscowościach przez (...) Sp. z o.o. przyznali świadek P. K. i wójt Gminy K. S. (2). Zdaniem tego ostatniego nie doszło jednak do odtworzenia wszystkich znaków, a mianowicie znaków wzdłuż drogi w G.. Fakt odtworzenia znaków granicznych przez (...) Sp. z o.o. w G. i W. wynika także z pisma Gminy K. z 4.01.2010 r. skierowanego do (...) S.A. Z treści pisma (...) Sp. z o.o. skierowanego do Gminy K. w dniu 22.10.2007 r. wynika, że wykonawca odmówił odtworzenia kolejnych znaków granicznych w miejscowości G. wskazując, że scalanie gruntów podczas których graniczniki były umieszczane na gruncie, miało miejsce 27 lat przed rozpoczęciem inwestycji, a zatem mogły one ulec do tego czasu w trakcie prac polowych zniszczeniu. Wykonawca zaprzeczył, aby do uszkodzenia znaków granicznych doszło w trakcie prowadzonych przez niego prac, zaś dotychczasowe odtworzenie tych znaków argumentował chęcią polubownego rozstrzygnięcia sprawy. Składając wyjaśnienia prezes zarządu (...) Sp. z o.o. twierdził, że nie doszło do zniszczenia przez wykonawcę znaków granicznych wzdłuż drogi w G. ponieważ ich tam nie było.

Sąd Okręgowy wskazał, że z treści umowy z dnia 11.04.2012 r. zawartej przez Gminę K. z A. M. - geodetą wynika, że jej przedmiotem było odtworzenie znaków granicznych w miejscowości G. na nieruchomościach ujawnionych w załączniku do umowy. Z powyższego tytułu Gmina K. poniosła, na co wskazuje wystawiona w dniu 14.05.2012 r. przez wykonawcę usługi faktura, koszty w wysokości 7.626 zł. Zdaniem Sądu w przypadku usunięcia przez wykonawcę w trakcie realizacji robót budowlanych znaków granicznych, związana z tym konieczność ich odtworzenia nie stanowiła wady ani usterki robót. Wadą fizyczną jest bowiem wszystko to co zmniejsza wartość lub użyteczność obiektu będącego wynikiem robót budowlanych. Koszt odtworzenia znaków granicznych poniesiony przez Gminę K. nie stanowi kosztów zastępczego usunięcia wad. Kwota wydatkowana przez Gminę K. mogłaby zatem stanowić poniesioną przez nią szkodę (art. 471 k.c.). Z treści gwarancji należytego usunięcia wad i usterek z dnia 26.01.2007 r. wynika zaś, że mogła być

ona przeznaczona na poniesione przez beneficjenta, czyli Gminę K., koszty zastępczego usunięcia wad lub usterek, w przypadku niewykonania tego obowiązku przez (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. Niezależnie od powyższego Gmina K. nie wykazała aby to wykonawca w trakcie wykonywania robót objętych umowami z 14.12.2005 r. i 4.12.2006 r. dokonał usunięcia lub zniszczenia znaków granicznych w miejscowości G. na nieruchomościach wskazanych w umowie zawartej na odtworzenie tych znaków. Twierdzenia tego Gmina nie poparła żadnym dowodem wskazującym, że przed rozpoczęciem robót budowlanych znaki graniczne były, a po ich zakończeniu już nie. Tym bardziej w świetle wyjaśnień przedstawiciela (...) Sp. z o.o., że po drugiej stronie drogi, gdzie roboty nie były realizowane, znaków granicznych nie było, co świadczyłoby o tym, że znaków tych nie było już przed rozpoczęciem prac.

Sąd pierwszej instancji następnie podał, że w dniu 6.04.2009 r. Gmina K. sporządziła wykaz nieszczelnych studzienek, który w dniu 14.04.2009 r. przedłożyła wykonawcy domagając się usunięcia tej wady. Dokumenty te świadczą także o tym, że w 2009 r. (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. przy pomocy swoich podwykonawców dokonały przeglądu sieci kanalizacyjnej w związku ze zgłoszeniem przez inwestora tej wady. Z korespondencji z 2009 r. wykonawcy z inwestorem oraz wykonawcy z podwykonawcami, a także notatek służbowych z maja i czerwca 2009 r. sporządzonych przez podwykonawców i inwestora wynika, że w okresie kwietnia-czerwiec 2009 r. wykonawca dokonał uszczelnienia łącznie 104 studni kanalizacyjnych w ramach usunięcia wady nieszczelności sieci kanalizacyjnej. Wykonanie tych prac Gmina K. potwierdziła. Fakt dokonania przeglądu sieci kanalizacyjnej i uszczelniania studzienek potwierdzili także świadkowie-podwykonawcy powodów. Przyznał to również wójt K. S. (2), podnosząc jednak, że wady te w przypadku miejscowości K. i L. nie zostały skutecznie usunięte. Wady te były usuwane już w trakcie sporu toczącego się przed Sądem Okręgowym w Kielcach w sprawie I C 2995/07, na potrzeby którego na zlecenie Sądu opinię sporządziły Instytut Zaopatrzenia w Wodę i Ochrony Środowiska (...) oraz biegły sądowy K. S. (1). Ponownie z żądaniem usunięcia nieszczelności kanalizacji sanitarnej Gmina K. wystąpiła do wykonawcy pismem z 20.08.2010 r., precyzując w kolejnym piśmie z dnia 6.09.2010 r., że chodzi o wszystkie studzienki i że wady stwierdzone w wykazie z 6.04.2009 r. nie zostały dotychczas przez wykonawcę usunięte, czemu wykonawca w kolejnych pismach zaprzeczył.

Sąd Okręgowy wskazał, że do potrącenia z gwarancją ubezpieczeniową, w piśmie z dnia 11.07.2012 r. Gmina zgłosiła wierzytelność w kwocie 58.550,95 zł stanowiącą koszty zastępczego usunięcia wady w postaci nieszczelności studzienek kanalizacyjnych. Z przedłożonych przez Gminę na okoliczność ponoszenia tych kosztów dokumentów wynika, że w lipcu 2011 r. należący do Gminy Zakład Gospodarki Komunalnej w K. dokonał uszczelnienia 20 sztuk studzienek obciążając z tego tytułu Gminę K. fakturą na kwotę 13.778,95 zł oraz, że w dniach 2.05., 30.05., 19.06 i 2.07.2012 r. Gmina K. zakupiła zaprawę wodoszczelną K.za kwotę 25.782,04 zł. Z zestawienia sporządzonego przez Gminę w dniu 22.06.2012 r. wynika, że koszty pracy sprzętu i robocizny związane z uszczelnieniem 55 sztuk studzienek kanalizacyjnych w dniach 7.05 - 20.06.2012 r. wyniosły kwotę 44.772 zł. brutto. Żadnego dokumentu na okoliczność poniesienia tych kosztów Gmina K. nie wystawiła. Brak było także ze strony Gminy wyjaśnienia co składało się na kwotę 58.550,95 zł zaspokojonej z gwarancji ubezpieczeniowej wypłaconej przez gwaranta w lutym 2010 r., a zatem przed poniesieniem tych kosztów.

Sąd podkreślił bezsporność upływu okresu gwarancji wynoszącego 36 miesięcy w przypadku obu umów łączących strony w dniu 5.01.2010 r. Zgłaszając zatem wady nieszczelności studzienek kanalizacyjnych w sierpniu 2010 r. Gmina K. zobowiązana była wykazać, że koszty jakie poniosła na uszczelnienie w 2011 r. - 20 sztuk studzienek, w 2012 r. - 55 sztuk studzienek dotyczyły wad, które ujawniły się do 5.01.2010 r. i że były to wady, których wykonawca nie usunął lub usunął nieskutecznie. Wykonawca (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. twierdzili, że wady nieszczelności zgłoszone przez Gminę K. w wykazie z 6.04.2009 r. zostały w 2009 r. usunięte. Niewątpliwie w notatkach służbowych sporządzonych z udziałem podwykonawców i przedstawicieli Gminy w maju i czerwcu 2009 r. wynika, że usunięto nieszczelności łącznie 104 sztuk studzienek kanalizacyjnych. Fakt usuwania tych wad potwierdzili także świadkowie - podwykonawcy robót. Z dokumentów przedłożonych przez Gminę K. wynika niewątpliwie, że uszczelnianie studzienek miało miejsce po upływie okresu gwarancji, nie wynika z nich w jakich miejscowościach usuwano tę wadę oraz czy dotyczyło to studni wymienionych w wykazie z 6.04.2009 r., co świadczyłoby o tym, że usunięcie przez wykonawcę nieszczelności studzienek w 2009 r. było nieskuteczne. Świadek J. M., pracownik jednego z podwykonawców, który brał udział zarówno w przeglądzie sieci kanalizacyjnej w 2009 r., jak i na prośbę Gminy w przeglądzie wiosną 2010 r. nie potrafił

powiedzieć czy stwierdzone podczas drugiego przeglądu nieszczelności studzienek wystąpiły w tych samych miejscach co poprzednio.

Sąd Okręgowy następnie wskazał, że domagając się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej w dniu 4.01.2010 r. oraz składając w dniu 11.07.2012 r. oświadczenie o potrąceniu Gmina K. twierdziła, że poniosła zwiększone koszty zużycia energii elektrycznej na potrzeby przepompowania zwiększonej ilości ścieków wskutek nieszczelności sieci kanalizacyjnej. Dla wykazania powyższej okoliczności Gmina przedłożyła sporządzoną na jej zlecenie we wrześniu 2012 r. opinię inż. S. S. w przedmiocie kosztów energii elektrycznej zużytej do pompowania ścieków z wód opadowych i gruntowych przedostających się do kanalizacji sanitarnej przez nieszczelności w studzienkach kanalizacyjnych. Koszty te za lata 2007 - 2011 opiniujący określił na kwotę 69.889, 40 zł. Opinia ta została zatem sporządzona przy założeniu wystąpienia nieszczelności sieci kanalizacyjnej. Wbrew twierdzeniom Gminy K., z opinii Instytutu Zaopatrzenia w Wodę i Ochrony Środowiska (...)i biegłego sądownego K. S. (1) sporządzonych w sprawie I C 2995/07, nie wynika jednoznacznie co było powodem zwiększonego dopływu ścieków do oczyszczalni w okresie wiosennych roztopów i po długotrwałych opadach deszczu. Zdaniem Instytutu mogło być wiele tego przyczyn nie tylko nieszczelność sieci kanalizacyjnej. Sieć tę scharakteryzowali jako rozległą, przebiegającą w trudnych warunkach wodno-gruntowych, przy istniejących systemach drenażu pól mogących odprowadzać wodę do kanalizacji. Szczególnie wysoki poziom ścieków w okresie roztopów mógł być spowodowany zalaniem terenów zielonych przez wody i przedostaniem się jej przez otwory i wloty w studzienkach choćby były one powyżej powierzchni terenu. Zaznaczono przy tym, że studzienki były włączowe zgodnie z zaprojektowaną i zastosowaną technologią. Z opinii wynika także, że bilans ścieków na terenie gdzie istnieją systemy drenarskie wskazujące na problemy z odwodnieniem, nie jest dowodem na źródło pochodzenia dodatkowych wód. Podczas wizji lokalnej w lipcu 2009 r. stwierdzono usunięcie w zdecydowanej większości przecieków w studzienkach, istniejące nieduże wypływy wody, a w większości wyłącznie przesiąkanie wody i zawilgocenia ścian, uznano za nie mogące stanowić istotnego źródła dopływu ścieków do oczyszczalni. Z kolei prywatna opinia sporządzona na zlecenie Gminy K. w październiku 2009 r. przez M. W. stwierdza nieszczelność sieci, natomiast nie daje odpowiedzi na pytanie czy wynikały one z błędów wykonawczych, a zatem leżących po stronie powodów.

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że zarówno powyższa prywatna opinia, którą należy traktować jako stanowisko Gminy, jak i opinia sporządzona przez Instytut Zaopatrzenia w Wodę i Ochrony Środowiska (...), wskazywały na konieczność zbadania stanu kanalizacji i zlokalizowania przecieków. Gmina K. sprzeciwiła się natomiast, co wynika z treści opinii Instytutu i pisma Gminy z 11.08.2009 r. adresowanego do Instytutu, przeprowadzeniu badań szczelności kanałów przy pomocy kamery telewizyjnej, którą bezpłatnie zaoferował się udostępnić (...) Sp. z o.o. Przyznała przy tym, że wykonawca wykonał w trakcie prac próby szczelności części sieci choć nie całej. Odmowę Gminy Instytut uznał za niezrozumiałą w sytuacji gdy badanie to służyłoby wykazaniu nieszczelności sieci kanalizacyjnej. Na poczet odszkodowania w kwocie 69.889,40 zł z tytułu poniesionych kosztów zużycia energii elektrycznej na pompowanie ścieków pochodzących z wód opadowych i gruntowych na skutek ich przedostawania się przez nieszczelne studzienki kanalizacyjne, w latach 2007-2011, Gmina K. potrąciła z gwarancji ubezpieczeniowej kwotę 37.221,46 zł oraz z kaucji gwarancyjnej kwotę 4.615,06 zł. Pozostała kwota tego odszkodowania 28.051,93 zł. była objęta żądaniem pozwu wzajemnego. Stosownie do wymogów wynikających z art. 471 k.c. Gmina K. winna była wykazać, że nieszczelności sieci kanalizacyjnej były następstwem błędów wykonawczych popełnionych przez (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. oraz że zwiększony dopływ ścieków do oczyszczalni w okresie roztopów lub opadów był wynikiem nieszczelności tej sieci. W ocenie Sądu takich okoliczności Gmina K. w procesie nie wykazywała. Z żadnej ze sporządzonych w trakcie sporu toczącego się przed Sądem Okręgowym w Kielcach w sprawie I C 2995/7 opinii biegłych ani opinii prywatnych nie wynika, że przyczyną zwiększonych dopływów ścieków była nieszczelność sieci. Po to, aby przyjąć istnienie tej nieszczelności trzeba było wykluczyć inne wskazywane przez Instytut Zaopatrzenia w Wodę i Ochrony Środowiska (...)możliwości. Żadna z powyższych opinii nie wskazuje też na to, aby nieszczelność sieci była skutkiem wad wykonawczych. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że zdaniem Instytutu nieszczelność kanałów mogła być następstwem braku lub niewłaściwego zagęszczenia gruntu albo wykonania przejścia sztywnego przez ścianę studzienki z kręgów betonowych. Istnienia takich wad Gmina K. nie dowiodła ani nie twierdziła aby takie wady zaistniały. Zarówno z opinii Instytutu i opinii prywatnej M. W. wynikało natomiast, że za błąd uznali oni zaprojektowanie studzienek włączowych.

W oświadczeniu o potrąceniu z dnia 11.07.2012 r. złożonym przez Gminę K., w kwocie odszkodowania nie została ujęta kwota 22.407,52 zł wymieniona w żądaniu realizacji gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 4.01.2010 r. jako koszty usunięcia awarii pomp w przepompowni P.6.1 w okresie od 3.09.2007 r. do 28.08.2008 r. Na kwotę tę jak wynika z pisma z 4.01.2010 r. miały się składać koszty zużycia paliwa, energii elektrycznej i koszty robocizny poniesione przez Zakład Gospodarki Komunalnej w K.. Wójt Gminy opisał powyższą wadę jako zatykanie się pomp. Z kart serwisowych i protokołów montażu z 2007 r. wynika, że inwestor zgłaszał awarie pompy AS na przepompowni P.6.1 i że do 28.08.2008 r. zostały wymienione przez wykonawcę dwie pompy AS na pompy AFP. Awarie polegały na częstym blokowaniu się pomp. Zdaniem wykonawcy przyczyną awarii była zawartość ścieków wpływających do przepompowni blokująca wirnik pompy. Z pisma (...) Sp. z o.o. który we wrześniu 2007 r. dokonał inspekcji i pomiarów pracy pomp na pompowni (...) wynika, że powodów częstego blokowania się pomp upatrywał on w błędnej kolejności pompowni polegającej na tym, że w pompowni (...) zamontowano pompy AFP do przepompowywania ciał stałych o wymiarach do 45 mm, a w pompowni (...) o wymiarach do 30 mm. Zasugerował on wymianę pomp w pompowni (...) na pompy typu AFP o przelocie ciał stałych do 50 mm lub 80 mm. Do takich też wniosków, jeżeli chodzi o dobór pomp, doszedł Instytut Zaopatrzenia w Wodę i Ochrony Środowiska (...), co wynika z treści jego opinii. Samo zastosowanie pomp AS nie uznał za wadę stwierdzając, że to specjalistyczne pompy przeznaczone do przepompowni ścieków, mające mniejszy prześwit i moc niż pompy AFP, które je zastąpiły. Zdaniem Instytutu blokowanie się wirnika pomp mogło być spowodowane obecnością przedmiotów włóknistych w ściekach. Tak też twierdził M. S., prezes zarządu (...) Sp. z o.o. Po wymianie pomp pompownia (...) działa bez zastrzeżeń.

W ocenie Sądu Okręgowego, nie ma zatem dowodów, że awarie pomp w pompowni (...) były skutkiem wadliwego wykonania tego zakresu prac przez wykonawcę, skoro zastosowanie pomp AS przewidywał projekt, czego pozwany nie kwestionował. Niezależnie od powyższego Gmina K. nie wykazała, aby na skutek awarii pomp miała ponieść szkodę w kwocie 22.407,52 zł, w szczególności, jakie z tego tytułu poniosła dodatkowe koszty zużycia energii elektrycznej, zgłoszone do potrącenia w dniu 11.07.2012 r. Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Sądu, Gmina K. nie wykazała, że w następstwie zastępczego usunięcia wad i usterek robót budowlanych objętych umową zawartą przez strony w dniu 14.12.2005 r. poniosła szkodę w kwocie 103.398,41 zł uzasadniającą pokrycie tejże szkody z kwoty 103.398,41 zł stanowiącej wypłaconą przez gwaranta w dniu 25.02.2010 r. gwarancję ubezpieczeniową. Czyni to zasadnym roszczenie powodów o zwrot powyższej kwoty w sytuacji, w której zobowiązani z gwarancji czyli (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. dokonali zwrotu gwarantowi wypłaconej przez niego beneficjentowi kwoty gwarancyjnej. Zwrot powyższego roszczenia nie następuje przy tym w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 k.c.) lecz na podstawie stosunku podstawowego łączącego strony czyli w tym przypadku nienależytego wykonania umowy o roboty budowlane - art. 471 k.c. (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 10.02.2010 r. V CSK 233/09 OSNC 2010/11/146).

Z tych samych przyczyn za niezasadne Sąd pierwszej instancji uznał roszczenie Gminy K. wywiedzione w pozwie wzajemnym o zapłatę kwoty 28.051,93 zł stanowiącej odszkodowanie z tytułu zwiększonych kosztów zużycia energii elektrycznej w latach 2007-2011 spowodowanych dopływem do nieszczelnej sieci kanalizacyjnej wykonanej przez (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. wód opadowych i gruntowych (art. 471 k.c.). Kwotę 4.651,06 zł Gmina K. zarachowała na poczet odszkodowania w łącznej kwocie 69.889,04 z tytułu szkody polegającej na zużyciu energii elektrycznej w związku ze zwiększonym dopływem ścieków do oczyszczalni. Z treści § 11 art. 1 umowy dodatkowej z dnia 4.12.2006 r. wynika, że kwota 4.615,06 zł. stanowiła kaucję gwarancyjną na poczet należytego usunięcia przez wykonawcę wad robót. A zatem z powyższej kwoty Gmina mogłaby pokryć koszty zastępczego usunięcia wad robót objętych umową podstawową. Niezależnie od braku podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej po stronie wykonawcy, brak było podstaw do zatrzymania kaucji gwarancyjnej na poczet poniesionej szkody nie związanej z usunięciem wad. Skoro stosownie do § 11 ust. 3 kwota kaucji gwarancyjnej podlegała zwrotowi po upływie 15 dni licząc od dnia upływu okresu gwarancji, który upłynął w dniu 5.01.2010 r. za zasadne Sąd Okręgowy uznał roszczenie powodów z pozwu głównego o zapłatę kwoty 4.615,06 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 12.02.2010 r. (§ 11 umowy, art. 481 § 1 i 2 k.c.).

Odsetki od kwoty 103.399 zł Sąd Okręgowy zasądził zgodnie z żądaniem pozwu od dnia 12.07.2012 r. (art. 481 § 1 i 2 k.c., art. 455 k.c.). Powództwo wzajemne jako niezasadne Sąd oddalił (art. 471 k.c.). Uczestnictwo członków Konsorcjum (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. jako powodów z pozwu głównego Sąd uznał za współuczestnictwo materialne konieczne.

To wykonawcy tworzący w istocie spółkę cywilną (Konsorcjum) są podmiotem praw i obowiązków wynikających z umowy o roboty budowlane zawartej z Gminą K..

O kosztach procesu Sąd orzekł stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. Powód z pozwu głównego poniósł koszty w kwocie 9.101,58 zł; z pozwu wzajemnego pozwanemu wzajemnemu należy się zwrot kwoty 2.400 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika pozwanego.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżyła w całości pozwana (powodowa wzajemnie) Gmina K., która zarzuciła:

1) naruszenie art. 233 k.p.c., t.j.:

a) błędną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego, skutkującą błędnym ustaleniem w zakresie stanu faktycznego sprawy, polegającym na przyjęciu, iż Gmina K. nie wykazała, że poniesione koszty zastępczego usunięcia wady nieszczelności sieci w kwocie 58.550,95 zł dotyczyły wady ujawnionej przed 5 stycznia 2010 roku i wielokrotnie zgłaszanej zarówno przed tą datą, jak i w tej dacie, wykonawcy, podczas gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego jednoznacznie wynika, iż podwykonawcy robót tylko podjęli nieskuteczną próbę ich usunięcia przy zastrzeżeniu, iż skuteczność tego usunięcia nie jest ostatecznie zweryfikowana stosownymi próbami szczelności, a podlegać będzie dalszej weryfikacji podczas dalszej eksploatacji sieci, w szczególności w okresach zwiększonego dopływu wód opadowych, co jednoznacznie wynika ze sporządzonych na tę okoliczność notatek służbowych z dnia 20 maja 2009 roku oraz 4 czerwca 2009 roku - karta odpowiednio 342 i 344 oraz zeznań świadków: J. M. - karta 481, M. A. karta 497 oraz E. B. (2) - karta 531;

b) wewnętrzną sprzeczność ustaleń faktycznych Sądu z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym, wyrażającą się w bezpodstawnym przyjęciu, iż brak jest z jednej strony w zebranych materiałach dowodowych potwierdzenia istnienia wady nieszczelności, przy jednoczesnym przyjęciu tezy, iż nieszczelność ta (mimo, iż wywodzony jest przez Sąd brak jej występowania), została już skutecznie usunięta przez Wykonawcę, jako przez niego przyznana - pismo (...) Sp. a o.o. do podwykonawców z dnia 25 czerwca 2009 roku (karta 346) oraz zeznania świadków J. M. - karta 480, M. A. - karta 497, co czyni ustalenia Sądu w tym zakresie niespójnymi i nie znajdującymi potwierdzenia w zasadach logicznego rozumowania, wiedzy i doświadczenia życiowego, a przez to zupełnie dowolnymi;

2) naruszenie art. 207 § 7, art. 227 oraz art. 232 k.p.c., t.j.: zaniechanie ustalenia wszystkich okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy poprzez bezpodstawne oddalenie wniosku dowodowego:

a) o przesłuchanie w charakterze świadka pana M. M., któremu jako kierownikowi budowy z ramienia podwykonawcy powierzono usuwanie nieszczelności sieci w miejscowości K., L., H., stwierdzonych przy udziale przedstawiciela tego podwykonawcy w osobie świadka J. M., według tej samej technologii, jaka miała zastosowanie w 2009 roku i który jako jedyny dysponuje wiedzą co do nieskuteczności tej technologii, zweryfikowanej w toku dalszej eksploatacji sieci;

b) o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci protokołu konieczności z dnia 12 czerwca 2006 roku na okoliczność przeprojektowania sieci kanalizacji sanitarnej, skutkującego koniecznością realizacji przepompowni (...) oraz obowiązkiem jej realizacji przez Wykonawcę, w uzgodnieniu z autorem projektu - karta 446. W powyższym zakresie pismo procesowe Gminy obejmujące ww. wnioski dowodowe zwrócone zostało zarządzeniem Sądu pierwszej instancji z dnia 31 grudnia 2013 roku - karta 355, a po ich ponowieniu pismem z dnia 23 maja 2013 roku - karta 442, oddalone podczas rozprawy w dniu 28 maja 2013 roku, na której złożono zastrzeżenie do protokołu w trybie art. 162 k.p.c.

Zdaniem apelującej powyższe naruszenia k.p.c. skutkowały w konsekwencji naruszeniem przepisów prawa materialnego, tj.:

3). art. 581 k.c. w zw. z art. 656 i 638 k.c., poprzez jego niezastosowanie wyrażające się przyjęciem, iż zastępcze usunięcie wady nieszczelności sieci miało miejsce po upływie okresu gwarancji, podczas gdy dotyczyło ono wad ujawnionych w czasie jej obowiązywania i zgłoszonych w dniu 05.01.2010 roku powodowi tj. (...) Sp. z o.o. w K.

(...) Sp. z o.o. z dnia 31 sierpnia 2010 roku odwołujące się do pisma z dnia 5 stycznia 2010 roku - karta 279 - 281), a tym samym gwarancja uległa przedłużeniu i obowiązuje na nowo od chwili ostatecznego usunięcia wady. Podnosząc powyższe apelujący wskazał, iż zgodnie z treścią uzasadnienia, w żadnej mierze podstawy wydanego wyroku nie stanowiło przedawnienie roszczeń gwarancyjnych, co czyni ustalenie sądu w tym zakresie niespójnymi i nie znajdującymi potwierdzenia w zasadach logicznego rozumowania, wiedzy i doświadczenia życiowego, a przez to zupełnie dowolnymi.

4) art. 498 k.c. przez jego niezastosowanie dla wierzytelności Pozwanego z tytułu poniesionych kosztów, związanych z wadliwym wykonaniem przedmiotu umowy w zakresie:

- kwoty 58 550,95 zł z tytułu zastępczego usunięcia wady nieuszczelnności sieci, - kwoty 7.626,00 zł z tytułu zastępczego naniesienia znaków granicznych w miejscowości G. w sytuacji gdy (...) Sp. z o.o. w trakcie realizacji robót zniszczył przedmiotowe znaki graniczne i pomimo wezwań nie dokonał ich odtworzenia,

- kwoty 37.221,46 zł z tytułu nieuzasadnionych kosztów eksploatacji sieci, spowodowanych zwiększonym zużyciem energii elektrycznej dla pracy przepompowni, spowodowanym z kolei zwiększonym napływem do sieci wód opadowych w konsekwencji nieuszczelnności studzienek kanalizacyjnych, z dochodzoną przez Konsorcjum kwotą 103.398,41, która została wypłacona Gminie K. przez (...) S.A. w sytuacji, gdy wszelkie przesłanki dla takiego potrącenia zostały zrealizowane, wraz z dopełnieniem koniecznych wymogów formalnych - oświadczenie o potrąceniu - karta 300.

Podnosząc powyższe zarzuty Gmina K. wносиła o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze świadka M. M. na adres: (...) S.A. (dawniej: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska(...) Sp. z o.o.) ul. (...), (...)-(...) B., na okoliczność występowania nieuszczelnności, podjęcia próby ich usunięcia przez (...) S.A. oraz nieskuteczności podjętej próby; oraz przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci protokołu konieczności z dnia 12 czerwca 2006 roku na okoliczność przeprojektowania sieci kanalizacji sanitarnej, skutkującego koniecznością realizacji przepompowni P6.1 oraz jej realizacji przez Wykonawcę w uzgodnieniu z autorem projektu.

We wnioskach apelacji Gmina wносиła o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt 1 przez oddalenie powództwa co do kwoty 108.014,06 zł wraz z odsetkami w wysokości 13% od kwoty 103.399 zł od dnia 12.07.2012 roku oraz od kwoty 4.615,06 zł od dnia 12.02.2010 roku i z każdorazowymi ustawowymi odsetkami do dnia zapłaty; zmianę zaskarżonego wyroku w pkt 2, przez uwzględnienie powództwa wzajemnego Gminy K. poprzez zasądzenie od powodów na rzecz pozwanej Gminy kwoty 28.051,93 zł z ustawowymi odsetkami od dnia doręczenia odpisu pozwu do dnia zapłaty - zgodnie z żądaniem pozwu; zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych; a z daleko idącej ostrożności procesowej wносиła o uchylenie wyroku w pkt 1 i 2 i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez sąd pierwszej instancji, z uwzględnieniem oceny prawnej i wskazań wyrażonych w niniejszej apelacji, z pozostawieniem temu sądowi rozstrzygnięcia o kosztach apelacji.

#### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja pozwanej (powodowej wzajemnie) Gminy K. nie znajduje uzasadnionych podstaw. Podniesione w niej zarzuty są nietrafne i nie wykazujące wadliwości wydanego rozstrzygnięcia. Sąd Okręgowy poczynił bowiem prawidłowe ustalenia faktyczne, wyrażając oceny, które nie pozostają w sprzeczności z zasadami logiki rozumowania czy doświadczenia życiowego i nie wykazują błędów natury faktycznej. Dokonana przez Sąd pierwszej instancji ocena dowodów nie nasuwa zastrzeżeń gdyż nie wykracza poza uprawnienia wynikające z przepisu art. 233 § 1 k.p.c. Podkreślić należy, iż dla skuteczności zarzutu dokonania błędnych ustaleń faktycznych będących wynikiem oceny dowodów, konieczne jest wskazanie przyczyn, dla których ta ocena dowodów nie spełnia kryteriów określonych w ustawie. Sąd drugiej instancji może bowiem zakwestionować dokonaną ocenę materiału dowodowego sprawy jedynie wtedy, gdy jest ona nielogiczna i sprzeczna z pozostałym w sprawie materiałem dowodowym. Taka sytuacja nie zachodzi w sprawie niniejszej albowiem zarzucane w apelacji błędy w ustaleniach faktycznych nie miały miejsca, przede wszystkim zaś zarzuty te nie podważają stanowiska Sądu pierwszej instancji, że brak jest w materiale dowodowym sprawy wystarczających podstaw do przyjęcia, że Gminie przysługiwało prawo do zaspokojenia swoich

roszczeń z gwarancji ubezpieczeniowej. W szczególności nie budzi zastrzeżeń stanowisko Sądu Okręgowego, że studzienki objęte wykazem Gminy z dnia 6 kwietnia 2009 r. (karta 337-339) były przez powodów (pозwanych wzajemnie) uszczelniane w okresie od kwietnia do czerwca 2009 r. (łącznie 104 studni kanalizacyjnych) w ramach usunięcia wady nieszczelności sieci kanalizacyjnej. Wykonanie tych prac Gmina K. potwierdziła w notatkach z dnia 20 maja i 4 czerwca 2009 r. (karta 342, 343, 344). Ponownego przeglądu studzienek kanalizacyjnych Gmina dokonała w dniu 10 marca 2010 roku (karta 287-291) żądając następnie usunięcia nieszczelności kanalizacji sanitarnej skierowanym do wykonawcy pismem z 20 sierpnia 2010 r. i z dnia 6 września 2010 r. (karta 277-278, 282-283) zarzucając, że nieszczelność dotyczy wszystkich studzienek kanalizacyjnych. Jednakże protokół z dnia 10 marca 2010 roku wymienia tylko 75 studzienek. Natomiast w 2009 r. dokonano naprawy łącznie 104 studzienek kanalizacyjnych, zaś na całej sieci kanalizacyjnej jest ich kilkaset. Z materiału dowodowego, w szczególności z wymienionych wyżej dokumentów, nie wynika że zgłoszenie z sierpnia 2010 roku dotyczy wad tych samych studzienek, które były już przez wykonawcę w poprzednim okresie uszczelniane. Podobnie, przedstawione przez Gminę dowody mające wykazywać poniesione przez nią koszty usunięcia wad studzienek, które to koszty miałyby być pokryte z gwarancji ubezpieczeniowej, nie pozwalają na ustalenie których studzienek dotyczą. W szczególności nie można na ich podstawie ustalić, że przez Gminę naprawiane były studzienki objęte uprzednim zgłoszeniem reklamacyjnym i które były uszczelniane przez powodów (pозwanych wzajemnie) w okresie od kwietnia do czerwca 2009 roku. Nie sposób zakwestionować stanowiska Sądu Okręgowego, który oceniając materiał dowodowy, w tym dotyczący poniesionych przez Gminę kosztów uszczelniania studzienek, znajdujący się na kartach 109 – 117 stwierdził, iż brak jest możliwości zweryfikowania nie tylko wysokości tych kosztów, ale przede wszystkim ustalenia czy dotyczyły one studzienek naprawianych w 2009 roku, bądź których wady były zgłaszane przed upływem okresu gwarancji. Przedstawione przez Gminę zlecenia wskazują jedynie ilość studzienek, w żaden sposób ich nie opisują ani nie lokalizują (karta 111). Rację ma zatem Sąd Okręgowy stojąc na stanowisku, że domagając się pokrycia poniesionych przez nią kosztów usunięcia nieszczelności studzienek kanalizacyjnych, Gmina powinna wykazać, że koszty te dotyczyły usunięcia tych wad, które ujawniły się przed upływem terminu gwarancji (5 stycznia 2010 r.) i że były to wady, których wykonawca nie usunął lub usunął nieskutecznie. Okoliczności tej Gmina nie wykazała.

Wbrew stanowisku apelującej, ustaleń w tym zakresie nie sposób dokonać także na podstawie zeznań wskazanych w apelacji świadków, bowiem ich zeznania są nazbyt ogólne. I tak świadek J. M. nie był w stanie stwierdzić czy druga naprawa dotyczyła tych samych studni; świadek M. A. nie pamiętał jaki był zakres usuwania nieszczelności i w jakich miejscowościach dokonywano napraw; świadek E. B. (2) zeznał, że usunięte przez niego w ramach przeglądu gwarancyjnego wady nieszczelności studni nie były później zgłaszane, chociaż jakieś nieszczelności na innych odcinkach były; świadek W. K. zeznał, że wady nieszczelności usuwał w 2007 roku i nie pamiętał czy był przegląd sieci w 2009 roku. W świetle powyższego, zarzuty apelacji, że ocena tych dowodów dokonana przez Sąd Okręgowy nie znajduje potwierdzenia w zasadach logicznego rozumowania, wiedzy i doświadczenia życiowego, a przez to jest zupełnie dowolna, nie zasługują na uwzględnienie. Słusznie bowiem przyjmuje Sąd Okręgowy, że określenie wady jako „nieszczelność kanalizacji” nie jest wystarczające a obowiązkiem powoda było wskazanie miejsc tych nieszczelności. Nieporozumieniem jest przy tym zarzut podniesiony w punkcie 1) lit. b) apelacji o wewnętrznej sprzeczności ustaleń faktycznych Sądu z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, wyrażającej się w bezpodstawnym przyjęciu, iż brak jest z jednej strony w zebrany materiał dowodowy potwierdzenia istnienia wady nieszczelności, przy jednoczesnym przyjęciu tezy, iż nieszczelność ta została już skutecznie usunięta przez wykonawcę. Z rozważań Sądu wynika bowiem że wadę nieszczelności wiąże z konkretną studzienką kanalizacyjną, a w świetle przedstawionych dowodów twierdzenia Gminy nie poddawały się weryfikacji i nie pozwalały na poczynienie stanowczych ustaleń. Samo zaś twierdzenie strony nie jest dowodem, a twierdzenie dotyczące istotnej dla sprawy okoliczności (art. 227 k.p.c.) powinno być udowodnione przez stronę twierdzenie to zgłaszającą (art. 232 k.p.c. i art. 6 k.c.) (tak: wyr. SN z dn. 22.11.2001 r. I PKN 660/00 – Wokanda 2002/7-8/44). Sąd zatem dysponował ograniczonym materiałem dowodowym w tej kwestii, niemniej jednak nie można czynić mu zarzutów, że poczynił sprzeczne z tym materiałem ustalenia. Apelacja poza tym nie wykazuje w czym wyrażają się błędy w rozumowaniu Sądu ani na czym polega uchybienie regułom doświadczenia życiowego, sama zaś polemika naprowadzająca wnioski odmienne nie jest wystarczająca.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 207 § 7, art. 227 oraz art. 232 k.p.c., przez zaniechanie ustalenia wszystkich okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy poprzez bezpodstawne oddalenie wniosków dowodowych (z zeznań świadka M. M. i dokumentu w postaci protokołu konieczności z dnia 12 czerwca 2006 roku) zawartych w piśmie procesowym z dnia 23 maja 2013 r. Zgodnie z przepisem art. 207 k.p.c., w odpowiedzi na pozew pozwany jest zobowiązany podać wszystkie twierdzenia skierowane przeciwko roszczeniu powoda oraz zawrzeć wnioski dowodowe na ich poparcie. Według § 6 art. 207 k.p.c. sąd pomija spóźnione twierdzenia i dowody. Skutek wyłączenia przez pominięcie nie nastąpi tylko w takiej sytuacji, jeżeli strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła twierdzeń i środków dowodowych w pozwie, odpowiedzi na pozew lub dalszym piśmie przygotowawczym bez swojej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wyjątkowe okoliczności. W piśmie zawierającym ww. wnioski dowodowe pozwana Gmina w żaden sposób nie wyjaśniła przyczyny dla spóźnionego złożenia przedmiotowych wniosków dowodowych ani też nie twierdziła, że nie mogła ich powołać wcześniej. Wnioskowane dowody z dokumentów powstały jeszcze przed wniesieniem pozwu, zaś zważywszy, że strony pozostają w sporze co do wadliwości wykonywanej przez powodów (pозwanych wzajemnych) sieci wodociągowej i kanalizacyjnej od dłuższego czasu i prowadziły już uprzednio proces sądowy z tym związany, trudno przyjąć, by potrzeba powołania tych dowodów powstała później. Już w pozwie powód (...) Spółka z o.o. podnosił, że takie wady jak usunięcie punktów granicznych i nieszczelności sieci nie wystąpiły lub zostały w ramach gwarancji usunięte przez powoda lub jego podwykonawców, zatem pozwana Gmina powinna była powołać wszystkie dowody, które to stanowisko podważyłyby, w tym z dokumentu w postaci protokołu konieczności z dnia 12 czerwca 2006 roku na okoliczność „wykazania odpowiedzialności powoda za niewłaściwy dobór pomp przepompowni” czy świadka M. M. na okoliczność istnienia nieszczelności sieci i nieskutecznego jej usunięcia, już w odpowiedzi na pozew, do złożenia której została zobowiązana zarządzeniem z dnia 24 sierpnia 2012 r. (karta 94-95) lub w pozwie wzajemnym. Pominięcie tych dowodów przez Sąd pierwszej instancji jako spóźnionych nie budzi zastrzeżeń.

Odnosząc się natomiast do zwrotu pisma procesowego pozwanej Gminy (powodowej wzajemnie) z dnia 11 grudnia 2012 r., które zarządzeniem z dnia 31 grudnia 2012 r. (karta 365) zostało zwrócone na podstawie art. 207 § 7 w zw. z art. 207 § 3 k.p.c. należy zauważyć, że zgodnie z art. 207 § 3 k.p.c. w toku sprawy złożenie pism przygotowawczych następuje tylko wtedy, gdy sąd tak postanowi, chyba że pismo obejmuje wyłącznie wniosek o przeprowadzenie dowodu. Przed pierwszym posiedzeniem wyznaczonym na rozprawę ocena co do przeprowadzenia wymiany dalszych pism przygotowawczych należy do przewodniczącego. W toku sprawy złożenie pisma przygotowawczego może nastąpić tylko wówczas, gdy tak postanowi sąd, chyba że pismo obejmuje wyłącznie wniosek o przeprowadzenie dowodu. W każdej z tych faz postępowania składane pisma przygotowawcze, na zasadach w omawianym przepisie określonych, wymagają jednoznacznego odniesienia się do wskazań przewodniczącego lub sądu co do okoliczności podlegających wyjaśnieniu. Pismo przygotowawcze złożone z naruszeniem tej reguły podlega zwrotowi (art. 207 § 7 k.p.c.). Ponieważ pozwana Gmina (powodowa wzajemnie) złożyła przedmiotowe pismo z naruszeniem art. 207 § 3 k.p.c., jego zwrot nie budzi zastrzeżeń.

W konsekwencji oceny dokonanych przez Sąd pierwszej instancji ustaleń faktycznych jako prawidłowych, także ocena zastosowanego prawa materialnego jawi się jako uzasadniona. Apelacja zarzuca naruszenie art. 581 k.c. w zw. z art. 656 i 638 k.c., poprzez jego niezastosowanie wyrażające się przyjęciem, iż zastępcze usunięcie wady nieszczelności sieci miało miejsce po upływie okresu gwarancji, podczas gdy dotyczyło ono wad ujawnionych w czasie jej obowiązywania i zgłoszonych w dniu 5 stycznia 2010 roku powodowi tj. (...) Sp. z o.o. w K.. Przepis art. 581 § 1 k.c., który ma charakter bezwzględnie obowiązujący, stanowi, że bieg terminu gwarancji biegnie na nowo w razie dostarczenia kupującemu rzeczy wolnej od wad zamiast rzeczy wadliwej albo dokonania istotnych napraw rzeczy objętej gwarancją. Ocena, czy naprawa rzeczy w rozumieniu art. 581 k.c. jest istotna czy też drobna, zależy od nakładu pracy niezbędnego do usunięcia wady, a ponadto - od rodzaju wady, zwłaszcza od wpływu tej wady na użyteczność całej rzeczy. Naprawa może być uznana za istotną również i w wypadku, gdy nakład pracy niezbędny do usunięcia wady nie jest duży, jednak bez usunięcia tej wady użyteczność rzeczy jako całości byłaby zmniejszona (wyrok SN z 9 marca 1973 r., I CR 63/73, LEX nr 7225). Naprawy wad nieszczelności sieci kanalizacyjnej z pewnością należy ocenić jako istotne. Jak jednak wyżej wskazano, materiał dowodowy nie pozwalał na ustalenie, że poniesione przez pozwaną (powodową wzajemnie)

Gminę koszty napraw dotyczyły tych samych studzienek, w których była już dokonywana naprawa. Zatem zarzut niezastosowania art. 581 k.c. należało uznać za nieuzasadniony.

Nie zasługiwał na uwzględnienie także zarzut naruszenia art. 498 k.c. przez jego niezastosowanie dla wiarygodności pozwanej Gminy z tytułu poniesionych kosztów, związanych z wadliwym wykonaniem przedmiotu umowy. Co do kwoty 58.550,95 zł z tytułu zastępczego usunięcia wady nieszczelności sieci, Sąd Apelacyjny wypowiedział się powyżej. Jeśli zaś chodzi o kwotę 7.626,00 zł z tytułu zastępczego naniesienia znaków granicznych w miejscowości G., Sąd Apelacyjny podziela w tym zakresie stanowisko Sądu Okręgowego, że nie jest to roszczenie z tytułu rękojmi ale roszczenie odszkodowawcze, którego podstawą jest przepis art. 471 k.c. Przedmiotowa gwarancja należytego usunięcia wad lub usterek z dnia 26 stycznia 2007 r. stanowiła zaś, że (...) S.A. w S. gwarantowało zapłatę za powstałe w okresie ważności gwarancji zobowiązania zobowiązanego (wykonawcy) wynikające z umowy z wyłączeniem kar umownych i odsetek, do wysokości 103.398,41 zł, w przypadku nie usunięcia lub nienależytego usunięcia przez zobowiązanego wad lub usterek powstałych w przedmiocie umowy. Wyżej wymieniona kwota z tytułu uzupełnienia graniczników nie mogła zatem być pokryta z przedmiotowej gwarancji. W myśl ww. przepisu art. 471 k.c. wierzyciela obciąża obowiązek udowodnienia istnienia ważnego zobowiązania, jego nienależytego wykonania, szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania oraz związku przyczynowego między szkodą a niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Pozwana (powodowa wzajemnie) Gmina nie uczyniła zadość swojemu obowiązkowi i nie wykazała przede wszystkim nienależytego wykonania przez wykonawcę zobowiązania w przedmiotowym zakresie. Należy zgodzić się z ustaleniami Sądu Okręgowego, które nie zostały skutecznie w apelacji zakwestionowane, że graniczniki nie zostały zniszczone bądź usunięte przez wykonawcę w trakcie wykonywania robót objętych umowami z 14.12.2005 r. i 4.12.2006 r., gdyż brak jest w materiale dowodowym sprawy wystarczających podstaw do przyjęcia by było inaczej. Sąd pierwszej instancji prawidłowo stwierdził, że Gmina swojego twierdzenia w tym przedmiocie nie poparła żadnym dowodem wskazującym, że przed rozpoczęciem robót budowlanych znaki graniczne były posadowione w określonych miejscach, a po ich zakończeniu już nie. Sąd powołał się przy tym na stanowisko wyrażone przez przedstawiciela (...) Sp. z o.o., który wyjaśnił, że po drugiej stronie drogi, gdzie roboty nie były realizowane, znaków granicznych nie było. W tych okolicznościach słusznie Sąd Okręgowy przyjął, że i po tej stronie drogi, na której roboty były wykonywane, przed ich rozpoczęciem znaków także nie było.

Nie zasługują na uwzględnienie również zarzuty apelacji dotyczące nieuwzględnienia potrącenia kwoty 37.221,46 zł z tytułu nieuzasadnionych kosztów eksploatacji sieci, spowodowanych zwiększonym zużyciem energii elektrycznej dla pracy przepompowni, spowodowanym z kolei zwiększonym napływem do sieci wód opadowych w konsekwencji nieszczelności studzienek kanalizacyjnych. Jako dowody na tę okoliczność pozwana (powodowa wzajemnie) Gmina powołała sporządzone w sprawie I C 2995/07 opinie Instytutu Zaopatrzenia w Wodę i Ochrony Środowiska(...)i biegłego sądowego K. S. (1) oraz opinie sporządzone na zlecenie Gminy, a to opinię M. W. i opinię inż. S. S. w przedmiocie kosztów energii elektrycznej zużytej do pompowania ścieków z wód opadowych i gruntowych przedostających się do kanalizacji sanitarnej przez nieszczelności w studzienkach kanalizacyjnych.

Przede wszystkim należy zauważyć, że wymienione dowody nie stanowią dowodów z opinii biegłego w rozumieniu art. 278 k.p.c. Po pierwsze, dowód z opinii biegłego złożonej w innej sprawie, w zakresie zawartej w takiej opinii treści, ma charakter dokumentu prywatnego - co oznacza, że stanowi dowód, że dana osoba, która go podpisała złożyła oświadczenie zawarte w tym dokumencie ( wyrok SN z dnia 10 października 2012 r., I UK 210/12 - LEX nr 1284721). Zatem opinia Instytutu Zaopatrzenia w Wodę i Ochrony Środowiska (...) i biegłego sądowego K. S. (1) mogły być przez Sąd Okręgowy oceniane zgodnie z art. 233 k.p.c. jedynie według reguł określonych w art. 245 k.p.c. Po drugie zaś, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych. Prywatne ekspertyzy opracowywane na zlecenie stron, przed postępowaniem lub w jego toku, należy traktować więc, w razie ich przyjęcia przez sąd orzekający, jako wyjaśnienie stanowiące poparcie, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, stanowiska stron. (uzasadnienie wyroku SN z dnia 8 czerwca 2001 r., I PKN 468/00, OSNP 2003, nr 8, poz. 197; uzasadnienie wyroku SN z dnia 12 kwietnia 2002 r., I CKN 92/00, LEX nr 53932).

Sąd pierwszej instancji odniósł się do wymienionych wyżej dokumentów i stwierdził, że nie dają one jednoznacznej odpowiedzi na pytanie co było przyczyną zwiększonego dopływu ścieków do oczyszczalni w okresie wiosennych

roztopów i po długotrwałych opadach deszczu. Zdaniem Instytutu mogło być wiele tego przyczyn nie tylko nieszczelność sieci kanalizacyjnej. Z opinii wynika także, że bilans ścieków na terenie gdzie istnieją systemy drenarskie wskazujące na problemy z odwodnieniem, nie jest dowodem na źródło pochodzenia dodatkowych wód. Według Sądu dowody te nie są wystarczające do przyjęcia, że przyczyną zwiększonych dopływów ścieków do oczyszczalni była nieszczelność sieci, a nawet, by nieszczelność sieci była skutkiem wad wykonawczych. Apelująca w żaden sposób oceny tych dowodów oraz wyprowadzonych przez Sąd pierwszej instancji z tych dowodów wniosków, nie zakwestionowała w apelacji ani ich nie podważyła. Jeśli zaś chodzi o opinie prywatne, to jak wyżej już wskazano, nie stanowią one dowodów a jedynie twierdzenia strony, które muszą być poparte dalszymi dowodami. Skoro takimi dowodami Sąd pierwszej instancji nie dysponował, brak jest podstaw do zakwestionowania jego stanowiska, że nie zostało wykazane by powodowi wykonawcy ponosili odpowiedzialność za szkodę w postaci zwiększonych kosztów energii elektrycznej, spowodowanych wadami sieci kanalizacyjnej.

Reasumując, apelacja pozwanej (powodowej wzajemnie) Gminy nie zasługiwała na uwzględnienie i jako nieuzasadniona podlegała oddaleniu, na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono stosownie do wyniku sporu, na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz zgodnie z § 6 pkt 6, w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. nr 163 poz. 1348 z późn.zm.)