



Sygn. akt II CSK 61/09

**WYROK  
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 24 lipca 2009 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Antoni Górski (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Teresa Bielska-Sobkowicz

SSN Józef Frąckowiak

w sprawie z powództwa Andrzeja Z.  
przeciwko Miejskiemu Zakładowi Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska -  
Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K.  
o zapłatę,  
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej  
w dniu 24 lipca 2009 r.,  
skargi kasacyjnej strony pozwanej  
od wyroku Sądu Apelacyjnego  
z dnia 27 czerwca 2008 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi  
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o  
kosztach postępowania kasacyjnego.**

## Uzasadnienie

Powód Andrzej Z. domagał się zasądzenia od pozwanego – Miejskiego Zakładu Zieleni Dróg i Ochrony Środowiska Spółki z o.o. w K. 113.918,78 zł. tytułem zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane przy składowisku odpadów, objęte umową nr 24/P/05 z dnia 20 października 2005 r. Powód wygrał przetarg na wykonanie prac rekultywacyjnych przy tym składowisku za zaproponowane przez niego wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości dochodzonej pozwem kwoty, która została przyjęta przez strony w zawartej umowie.

Pozwany wnosił o oddalenie powództwa, zarzucając wadliwość wykonanych robót.

Sąd Okręgowy w K. wyrokiem z dnia 17 grudnia 2007 r. oddalił powództwo. Ustalił, że roboty nie zostały formalnie odebrane, gdyż dokument z dnia 27 grudnia 2007 r. nie może być uznany za protokół końcowego odbioru ze względu na to, że powód, wbrew obowiązkowi wynikającemu z wyraźnego postanowienia umownego, nie dostarczył do tego czasu dokumentacji powykonawczej. Przynajmniej jednak wykonane przez niego roboty mają wady na tyle istotne, a przy tym nieusuwalne, iż nie można mówić, żeby zobowiązanie wynikające z umowy zostało przez powoda wykonane, co w świetle art. 647 k.c. uzasadnia odmowę wypłacenia jemu wynagrodzenia.

Na skutek apelacji powoda od tego rozstrzygnięcia, Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 27 czerwca 2008 r. zmienił je i uwzględnił powództwo w całości. Uznał, że pomimo istnienia wad w wykonanych pracach, pozwany nie zgłosił ich w czas i w sposób odpowiednio sformalizowany w postaci zastrzeżeń do protokołu odbioru z dnia 27 grudnia 2005 r., czy chociażby w prowadzonej później przez strony korespondencji, co sprawia, że nie powinno się ich teraz brać pod uwagę (art. 656 k.c. w zw. z art. 637 k.c.), w związku z czym pozwany powinien uiścić powodowi umówioną należność.

Wyrok Sądu Apelacyjnego zakwestionował skargą kasacyjną pozwany. W podstawie procesowej skargi zarzucił naruszenie art. 49 k.p.c. na skutek brania

udziału w rozpoznaniu sprawy w instancji apelacyjnej przez sędziego, który powinien złożyć oświadczenie o wyłączeniu się z niej, a oświadczenie to powinno zostać przez Sąd uwzględnione. W podstawie materialnoprawnej powołał naruszenie art. 647 k.c., wskazując, że Sąd bezpodstawnie zanegował znaczenie protokołu odbioru robót, którego praktycznie nie sporządzono, gdyż dokument z dnia 27 grudnia 2005 r. jest co najwyżej protokołem częściowym. W związku z tym ocena wad wykonanych przez powoda robót nie może ograniczać się do tego dokumentu, lecz powinna uwzględniać całość stanowiska strony pozwanej, która wykazywała istnienie wad istotnych i nieusuwalnych.

Na tych podstawach pozwany wnosił o uchylenie skarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

1. W pierwszym rzędzie wymaga rozważenia zarzut naruszenia art. 49 k.p.c. Pozwany uzasadnia go tym, iż po wydaniu skarżonego wyroku zorientował się, że przewodnicząca składu orzekającego jest żoną radcy prawnego, który do niedawna był u niego zatrudniony. Radca ten przygotowywał nawet w imieniu pozwanego wstępne pismo adresowane do powoda w okresie przed wszczęciem niniejszego sporu. Potem jednak pozwany zrezygnował z jego usług, o co ten pełnomocnik ma pretensje, formułowane na piśmie z dnia 3 lipca 2006 r., a ponadto zgłasza roszczenia do pozwanego o zapłatę należności z tytułu zastępstwa procesowego wykonywanego w imieniu pozwanego w innych sprawach, ostatecznie przedstawione w piśmie adresowanym do pozwanego z dnia 3 listopada 2008 r.

Trzeba zgodzić się ze skarżącym, że zaistnienie takiej sytuacji mogło wywołać wątpliwości co do bezstronności sędzi przewodniczącej składu orzekającego. Należy podkreślić, że zniesienie ustawowego zakazu pełnienia funkcji sędziego w okręgu sądu, w którym ma siedzibę małżonek sędziego wykonujący zawód racy prawnego czy adwokata, nakłada na oboje małżonków obowiązek szczególnej dbałości o to, żeby unikać sytuacji, które mogłyby dawać chociażby tylko pretekst do posądzenia o możliwość braku obiektywizmu w orzekaniu przez sędziego. Jest to bowiem dziedzina o szczególnej doniosłości ustrojowej, mająca bezpośredni wpływ na kształtowanie zaufania do wymiaru

sprawiedliwości, cechująca się jednocześnie ogromną wrażliwością społeczną, którą każdy sędzia musi uwzględniać, a co konsekwentnie akcentuje Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie. Tytułem prezentacji wystarczy przywołać tu celne stanowisko, wyrażone w postanowieniu z 29 października 1993 r. I CO 37/93, niepubl., w którym stwierdzono, że stosunek osobisty, o jakim mowa w art. 49 k.p.c. nie musi wynikać z bezpośredniej znajomości lub bliskiego związku sędziego i osoby występującej w procesie w charakterze strony, lecz może być pochodną zaistniałej sytuacji interpersonalnej, która wywołała wątpliwości co do bezstronności sędziego. Orzeczenie o wyłączeniu jest bowiem niezbędne zawsze wtedy, gdy, przynajmniej u jednej ze stron, powstało choćby subiektywne – ale uzasadnione – wątplenie o bezstronności sędziego.

Taki właśnie zbieg interpersonalnych relacji wytworzył się obiektywnie w niniejszej sprawie. Przy całym respekcie dla koniecznej zasady zaufania wobec sędziego, należy stwierdzić, że w sytuacji istniejących nieporozumień na tle zawodowym jego małżonka z jedną ze stron procesowych, sędzia – kierując się dobrem wymiaru sprawiedliwości – powinien złożyć wniosek o wyłączenie i powstrzymać się od udziału w sprawie (art. 49 w zw. z art. 51 k.p.c.), a sąd powinien ten wniosek uwzględnić. Jak bowiem wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 czerwca 2009 r., I CSK 465/09, niepubl., podstawową cechą, która powinna charakteryzować sędziego jest wewnętrzna wolność, która pozwala na osądzenie każdej sprawy, nie wyłączając takiej, której wynikiem zainteresowane są osoby bliskie. Trzeba jednak brać pod uwagę także osąd zewnętrzny, społeczny, który nakazuje zachowanie szczególnej ostrożności i rozważenie w każdej sprawie, czy nie istnieje choćby potencjalny konflikt interesów, pozwalający na powzięcie przez osoby postronne wątpliwości co do bezstronności sędziego. Wprawdzie nie ma podstaw aby zakwestionować obiektywizm sędzi przewodniczącej przy wydawaniu zaskarżonego orzeczenia, jednakże, mając na uwadze odbiór społeczny, konsekwentnie trzeba przyjąć, że rozpoznanie sprawy z jej udziałem stanowi naruszenie art. 49 k.p.c., mogące mieć wpływ na wynik sprawy, co stanowi wystarczającą podstawę do uwzględnienia skargi kasacyjnej (art. 398<sup>3</sup> § 1 pkt 2 k.p.c. w zw. z art. 398<sup>15</sup> k.p.c.).

Powstaje kwestia, czy taki sam skutek procesowy następuje, kiedy sędzia nie miał świadomości istnienia przesłanek do złożenia wniosku o wyłączenie, gdyż sam ich nie znał, a małżonek zaniedbał go o nich poinformować. Na to pytanie należy odpowiedzieć twierdząco. Decydujące znaczenie ma tutaj bowiem wytworzenie się sytuacji usprawiedliwiającej powzięcie przez stronę wątpliwości co do bezstronności sędziego. Dlatego też, nie przesądzając kwestii, czy przewodnicząca składu sędziowskiego w instancji apelacyjnej w niniejszej sprawie miała świadomość istnienia przesłanek do zgłoszenia wniosku o wyłączenie, czy też – na skutek niepowiadomienia jej o nich przez małżonka – takiej świadomości nie miała, rozpoznanie sprawy z jej udziałem było uchybieniem procesowym, stanowiącym usprawiedliwioną podstawę skargi kasacyjnej. Zarzut procesowy naruszenia art. 49 k.p.c. byłby w tym ostatnim przypadku nieskuteczny tylko w razie, gdyby strona pozwana wiedziała o istniejącej przyczynie uzasadniającej złożenie wniosku o wyłączenie sędziego i nie zgłosiła go przed rozpoznaniem sprawy (art. 50 § 1 i 2 k.p.c.). Należy jednak podkreślić, iż zapewnienie strony pozwanej, że do skojarzenia nazwiska wyrokującej w sprawie sędzi z nazwiskiem poprzedniego pełnomocnika pozwanego, skonfliktowanego obecnie z byłym mocodawcą, doszło dopiero po wydaniu orzeczenia, nie zostało skutecznie podważone. Zawarte zaś w odpowiedzi na skargę twierdzenia powoda w tym przedmiocie, że pozwany znał wcześniej przesłankę wyłączenia sędziego nie zostały wykazane. W tej sytuacji bezprzedmiotowy staje się zarzut powoda, iż pełnomocnik pozwanego, wbrew obowiązkowi z art. 162 k.p.c., nie zwrócił Sądowi uwagi na wystąpienie przesłanki wyłączenia sędziego z art. 49 k.p.c.

2. Zbadanie zasadności materialnoprawnej podstawy skargi kasacyjnej trzeba zacząć od stwierdzenia, że obie strony niniejszej sprawy zachowywały się wyjątkowo niefrasobliwie i nieprofesjonalnie, i to zarówno w trakcie wykonywania umówionych robót, jak i później, kiedy starały rozwiązać kwestię spornego wynagrodzenia. Z niekwestionowanych przez Sądy ustaleń w sprawie, poczynionych na podstawie opinii biegłego B. B., wynika, że wykonane przez powoda prace, na skutek zaniedbań obu stron, nie spełniają przyjętych założeń, ani oczekiwanej funkcji rekultywacji składowiska odpadów. Podstawową przyczyną tego stanu rzeczy jest to, że projekt budowlany zawierał błąd wypaczający

sensowność założeń całego przedsięwzięcia, mającego na celu na zabezpieczeniu rzeki S. przed napływem zanieczyszczeń z obszaru rekultywowanego wysypiska. Projekt bowiem został opracowany na podstawie założeń sformułowanych cztery lata wcześniej, kiedy składowisko śmieci było o wiele mniejsze. Przygotowując projekt, pozwany zaniechał uaktualnienia badań geologicznych na miejscu, w związku z czym rów opaskowy, który miał okalać składowisko, został zaprojektowany i wykonany w obrębie czaszy składowiska, przez co, rzecz jasna, nie może spełniać podstawowej funkcji, czyli zbierania wszystkich ściekających z hałdy odpadów nieczystości. Oprócz tego podstawowego błędu dotyczącego lokalizacji rowu, samo wykonawstwo robót wykonanych przez powoda było obarczone następującymi wadami:

- rów opaskowy jest krótszy o 155,55 m niż wskazano w umowie,
- zbiornik retencyjny ma powierzchnię mniejszą od przyjętej w umowie o 228,6 m<sup>2</sup> w poziomie, co prowadzi do zmniejszenia jego pojemności o 10 m<sup>3</sup>,
- mniejsza jest również głębokość tego zbiornika, co zmniejsza jego pojemność o dalsze 70 m<sup>3</sup>.

W rezultacie tych zaniedbań, błędów i uchybień rów opaskowy przejmując spływające po hałdzie zanieczyszczenia, częściowo je wchłaniając, a część odprowadza poprzez zbiornik retencyjny do rzeczki S. Rów nie obsługuje jednak całej powierzchni hałdy, gdyż jest usytuowany w niej a nie poza nią. Zdaniem biegłego, wykonanie prac w sposób całkowicie zgodny z projektem (chodzi o zmniejszenie przez wykonawcę rozmiarów rowu i zbiornika) dałoby przypuszczalnie efekt nieco lepszy. Nie przyniosłoby jednak różnic istotnych, ponieważ podstawowa funkcja urządzeń odprowadzających i magazynujących ścieki została zaprzepaszczona z powodu błędnych rozwiązań projektowych. Dlatego też wykonane obiekty nie spełniają przewidzianej dla nich roli. W ocenie biegłego, błędów i usterek, którymi są dotknięte, nie da się usunąć; w rezultacie mogą spełniać jedynie funkcje obiektów tymczasowych – do czasu wykonania prawidłowych rozwiązań rekultywacji składowiska.

Oceniając ten stan rzeczy w kategoriach prawnych stwierdzić należy, że powód wykonał roboty budowlane z wadami, przy czym wady te są istotne

i nieusuwalne, w związku z czym pozwanemu przysługiwało roszczenie o odstąpienie od umowy bądź o odpowiednie zmniejszenie wynagrodzenia (art. 656 w zw. z art. 637 k.c.). W sprawie jest rzeczą bezsporną, że do złożenia oświadczenia przez pozwanego o odstąpieniu od umowy nie doszło, w związku z czym spór może dotyczyć – i dotyczy – należnego powodowi wynagrodzenia. Zaskakująca rozbieżność w stanowiskach Sądów obu Instancji w tej ostatniej kwestii (od zapatrywania Sądu Okręgowego, że powodowi nie należy się nic, do zawartego w zaskarżonym wyroku stanowiska, że należy się mu całość wynagrodzenia) jest wynikiem tego, że Sądy przypisały przesadne znaczenie formalnej stronie całego procesu inwestycyjnego, a potem rozliczenia się z robót, nie przywiązując należytej uwagi do ich jakości oraz przydatności. Jest rzeczą jasną, że tego aspektu formalnego w sprawach o wykonawstwo robót budowlanych nie można lekceważyć, ale w sytuacji nietypowej, jaka jest w rozpoznawanej sprawie, kiedy to na skutek ewidentnych zaniedbań obu stron doszło do tego, że w rezultacie wykonany obiekt nie spełnia elementarnych oczekiwań, należy położyć akcent na kwestie merytoryczne. W tym zaś wymiarze na pierwszy plan wysuwa się problem, jak w ogóle doszło do realizacji inwestycji w sposób naruszający już nie tylko wymogi wiedzy technicznej (art. 647 k.c.), ale i zasady zdrowego rozsądku, przez wykopanie rowu mającego odprowadzać ścieki wewnątrz składowiska, zamiast na zewnątrz. W sprawie jest przy tym bezsporne, że ten kardynalny błąd przesądził o niepowodzeniu całej inwestycji oraz to, iż przyczyniły się do tego obie strony. Powód przez to, że, wbrew obowiązkowi z art. 651 k.c., nie zaalarmował stanowczo pozwanego o oczywistej nieprawidłowości projektu, ograniczając się w tej mierze do enigmatycznej wzmianki w dzienniku budowy i prowadząc wykop w śmieciowisku, mimo zawartej w projekcie dyspozycji, że należy to robić w gruncie naturalnym III i IV kategorii. Pozwany zaś, że praktycznie nie sprawował żadnego nadzoru na wykonawstwem, o czym najlepiej świadczy fakt, iż wyznaczony na inspektora nadzoru świadek J. G. zeznał, że dowiedział się o swojej funkcji już po zakończeniu robót. Jak zostało dodatkowo ustalone, także pracownicy pozwanego, którzy bywali na wysypisku podczas trwania robót nie interweniowali w kwestii niewłaściwego usytuowania rowu. Przy takich ustaleniach, wykazujących rażąco niewłaściwe podejściu obu stron do realizowanej inwestycji, nie powinno się

przywiązywać nadmiernej wagi do kwestii protokołu odbioru robót z dnia 27 grudnia 2007 r., w którym nie wymieniono żadnej z istotnych wad wykonanych robót. Po pierwsze bowiem, nie można traktować obowiązku inwestora odbioru zgłoszonego przez wykonawcę obiektu w sposób mechaniczny, tj. przyjmować, że taki obowiązek istnieje niezależnie od rodzaju i wagi stwierdzonych wad. Rozpoznawana sprawa jest najlepszym przykładem tego, że takiego rygorystycznego pojmowania tego obowiązku, które może wynikać z orzecznictwa, nie sposób jest zaakceptować (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, OSNC 1997, nr 6 – 7, poz. 90, z dnia 8 stycznia 2004 r., I CK 24/03, niepubl., czy z dnia 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009, nr 1, poz. 7). Dlatego też należy przyjąć, że inwestor może odmówić dokonania odbioru robót, jeśli stwierdzi w nich wady istotne. Po drugie, jak na to wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 1 grudnia 2006 r., I CSK 276/06, niepubl., nie powinno się absolutyzować roli protokołu odbioru zadania inwestycyjnego. W sprawie tamtej, w której nie było tak rażących sytuacji, dotyczących zachowania się stron procesu inwestycyjnego, jak w procesie niniejszym, Sąd Najwyższy przyjął, że sporządzenie i podpisanie protokołu odbioru robót budowlanych uzasadnia domniemanie, że zostały one wykonane zgodnie z umową, ale jest to domniemanie, które można obalić przez wykazanie, że umowa została wykonana nienależycie. Z tego co powiedziano wyżej, jest rzeczą niewątpliwą, że w rozpoznawanej obecnie sprawie takie domniemanie zostało obalone. Prowadzi to do wniosku, że powodowi, który wykonał roboty budowlane z wadami, obniżającymi w sposób istotny ich wartość i przydatność, należy się odpowiednio obniżone wynagrodzenie (art. 656 k.c. w zw. z art. 637 § 2 k.c.) – por. także wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2007 r., II CNP 70/06 oraz z dnia 10 stycznia 2008 r., IV CNP 147/07, niepubl.). Trzeba dodać, że obniżenie wynagrodzenia sugerował w wydanej opinii powołany w sprawie biegły, niepotrzebnie jednak wskazując konkretną wysokość tej obniżki, gdyż jest to domena Sądu, który powinien ją ustalić po rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy. Dlatego też przyznanie powodowi w zaskarżonym wyroku całości umówionego wynagrodzenia naruszało art. 647 k.c., co czyniło usprawiedliwioną także sprecyzowaną w ten sposób materialnoprawną podstawę skargi kasacyjnej.



Z podanych przyczyn na podstawie art. 398<sup>15</sup> w zw. z art. 108 § 2 k.p.c. orzeczono jak w sentencji.