

Sygn. akt I ACa 465/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 czerwca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu, I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Elżbieta Fijałkowska /spr./
Sędziowie:	SA Jacek Nowicki SA Karol Ratajczak
Protokolant:	st. sekr. sądowy Ewa Gadomska

po rozpoznaniu w dniu 20 czerwca 2013 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **Przedsiębiorstwa (...) spółki akcyjnej z siedzibą w Ł.**

przeciwko **Skarbowi Państwa- Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych**

i Autostrad

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 1 marca 2013 r., sygn. akt XII C 130/12

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

a. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 92.521,88 zł (dziewięćdziesiąt dwa tysiące pięćset dwadzieścia jeden złotych osiemdziesiąt osiem groszy) z ustawowymi odsetkami od dnia 28 października 2011 r.;

b. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 11.110,55 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania;

2. w pozostałej części apelację oddala

3. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 7.327 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Jacek Nowicki Elżbieta Fijałkowska Karol Ratajczak

Sygn. akt I A Ca 465/13

UZASADNIENIE

Powód Przedsiębiorstwo (...) S.A. z siedzibą w Ł. wniósł o zasądzenie od **pozwanego Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w P.** kwoty 92.521,88 zł wraz z odsetkami ustawowym od dnia 22 sierpnia 2011 r. do dnia zapłaty.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 1 marca 2013 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanego zwrot kosztów zastępstwa procesowego.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia i wnioski.

18.02.2008 r. została zawarta umowa konsorcjum celem złożenia oferty wykonania zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa obwodnicy m. W. w ciągu drogi krajowej nr (...) P. - B. od km 0+000,00 do km 7+795,39”. Umowa ta została zawarta przez trzy przedsiębiorstwa tj.: (...) Sp. z o.o. (pełniące funkcje (...) Konsorcjum), powoda - Przedsiębiorstwo (...) S.A. ((...) Konsorcjum), (...) Sp. z o.o. ((...) Konsorcjum), Firma (...) Sp. z o.o. ((...) Konsorcjum).

Zgodnie z umową konsorcjum po podpisaniu kontraktu (...) Konsorcjum miał reprezentować Konsorcjum w trakcie realizacji zadania (§ 3 pkt 9). Strony ustaliły, że wszystkie płatności i rozliczenia z Zamawiającym z tytułu realizacji kontraktu z Zamawiającym dokonywane będą przez (...) Konsorcjum ((...) Sp. z o.o.) jako reprezentanta i osobę uprawnioną do występowania w imieniu stron Konsorcjum lub w inny sposób określony w umowie z Zamawiającym i Umowie wykonawczej (§ 5 pkt 1). W sytuacji, gdy płatności będą przejmowane przez (...) płatności za wykonane roboty na rzecz poszczególnych stron, dokonywane miały być na podstawie faktur wystawionych na (...) Sp. z o.o. nie później niż w terminie 3 dni od daty wpływu na rachunek bankowy zapłaty od Zamawiającego (§ 5 pkt 2). W przypadku naliczenia przez Zamawiającego kar umownych, odszkodowań lub innej należności finansowych za nienależyte, nieterminowe wykonanie obowiązków wynikających z kontraktu, należności te miały zostać potrącone z należności uczestnika Konsorcjum, po którego stronie leżeć będzie przyczyna ich wystąpienia (§ 5 pkt 3)

Jednocześnie strony umowy konsorcjum postanowiły, że powyższa umowa nie stanowi umowy spółki cywilnej w znaczeniu art. 860 i nast. k.c. (§ 1 pkt 3).

W wyniku wygrania przetargu nieograniczonego, pomiędzy Wykonawcą (tj. Konsorcjum) reprezentowanym przez prezesa zarządu i prokurenta (...) Sp. z o.o. (...)Konsorcjum), a Zamawiającym - Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddziałem w P. w dniu 19.06.2008 r. została zawarta Umowa nr (...) na realizację budowy obwodnicy m. W. w ciągu drogi krajowej nr (...) P. - B. od km 0+000,00 do km 7+795,39, w zakresie szczegółowo określonym w Ofercie Wykonawcy, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz dokumentacji projektowej. Przedmiot zamówienia miał być wykonany również zgodnie ze Szczegółowymi Specyfikacjami Technicznymi (...). Przedmiot umowy miał być wykonany z materiałów dostarczonych przez Wykonawcę, które powinny odpowiadać co do jakości wymaganiom określonym ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. Nr 92, poz. 881) oraz wymaganiom określonym w (...). Wykonawca zobowiązał się przeprowadzać pomiary i badania materiałów oraz robót zgodnie z zasadami kontroli jakości materiałów i robót określonymi w (...) (§ 2) Przedmiot umowy miał być realizowany zgodnie z zatwierdzonym przez Zamawiającego szczegółowym, harmonogramem rzeczowo - finansowym, stanowiącym załącznik nr 4 do ww. umowy (§ 4). Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu ww. umowy strony ustaliły zgodnie z ofertą Wykonawcy na kwotę netto 131.371.493,97 zł + 22 % podatek VAT 28.901.728,67 zł, tj. łącznie 160.273.222,64 zł brutto (§ 5). Strony ustaliły, że wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa § 5, rozliczane będzie nie częściej niż raz w miesiącu na podstawie faktur VAT wystawianych przez wykonawcę na kwotę ustaloną w dołączonym do faktury zestawieniu wartości wykonanych robót sporządzonym przez Wykonawcę narastająco, pomniejszone o zsumowane kwoty poprzednio zafakturowane. Rozliczenie końcowe za wykonanie przedmiotu umowy nastąpić miało na podstawie faktury VAT wystawionej przez Wykonawcę w oparciu o protokół odbioru ostatecznego przedmiotu umowy.

Zgodnie z ww. umową, Zamawiający miał prawo, jeżeli jest to niezbędne do zgodnej z umową realizacji robót, polecać dokonywanie takich zmian ich jakości i ilości, jakie będą niezbędne dla wykonania przedmiotu umowy, a Wykonawca miał wykonać każde z poniższych poleceń: 1) zwiększyć lub zmniejszyć ilość robót objętych kosztorysem ofertowym, 2) pominąć jakieś roboty, 3) wykonać roboty nieprzewidziane, 4) zmienić określoną uaktualnionym harmonogramem rzeczowo-finansowym kolejność wykonania robót (§ 7 pkt 1). Wprowadzone przez Zamawiającego zmiany nie miały prowadzić do unieważnienia w jakiegokolwiek mierze umowy, ale skutki tych zmian stanowiły podstawę do zmiany - na wniosek wykonawcy terminu zakończenia robót oraz zmiany wynagrodzenia zgodnie z postanowieniami § 8 (§ 7 pkt 2). Jeżeli roboty wynikające z wprowadzonych postanowieniami § 7 ust. 1 zmian, nie odpowiadałyby opisowi pozycji w kosztorysie ofertowym, wykonawca powinien przedłożyć do akceptacji zamawiającego kalkulację ceny jednostkowej tych robót z uwzględnieniem, cen czynników produkcji nie wyższych od określonych przez Wykonawcę w „wykazie stawek i narzutów” stanowiącym integralną część Oferty Wykonawcy, a dla materiałów, sprzętu i transportu - średnich cen materiałów, sprzętu i transportu publikowanych w wydawnictwie (...) w miesiącu, w którym kalkulacja jest sporządzona oraz nakładów rzeczowych określonych w Katalogach Nakładów (...), a w przypadku robót, dla których nie określono nakładów rzeczowych w (...) wg innych ogólnie stosowanych katalogów lub nakładów własnych zaakceptowanych przez Zamawiającego (§ 8 pkt 2). Wykonawca miał dokonać wyliczeń cen, oraz przedstawić zamawiającemu do akceptacji wysokość wynagrodzenia wynikającą ze zmian przed rozpoczęciem robót wynikających z tych zmian. Poza tym miał zostać sporządzony protokół konieczności, który musiał być zatwierdzony przez Dyrektora Oddziału lub właściwego Zastępcę Dyrektora Oddziału (§ 8 pkt 4).

Zamawiający wyznaczył do pełnienia nadzoru inwestorskiego: D. Z., który miał działać w granicach umocowania określonego w ustawie Prawo budowlane (§ 12). Wykonawca ustanowił kierownika budowy w osobie: M. P., kierownika robót drogowych w osobie: J. K., kierownika robót drogowych w osobie: Z. P., kierownika robót mostowych w osobie: M. K., kierownika robót odwodnieniowych w osobie: M. C., kierownika robót energetycznych w osobie: C. K. i kierownika robót telekomunikacyjnych w osobie: R. M.. Powyższe osoby miały działać w granicach umocowania określonego w ustawie Prawo Budowlane (§ 13).

Powód był jednym z wykonawców, który w zakresie swoich robót, związanych z omawianą inwestycją, miał realizować roboty mostowe. Jednym z pierwszych elementów prac powoda były roboty fundamentowe pod obiekty mostowe - w tym wykonanie pali wielkośrednicowych.

(...) na te pale dostarczał dostawca powoda Przedsiębiorstwo (...) S.A. Nadzór inwestorski nad budową, w imieniu Zamawiającego, wykonywała (...) Sp. z o.o., która stosownie do procedury kontraktowej pełniła funkcję zwaną Inżynierem Kontraktu.

Po rozpoczęciu robót Inżynier Kontraktu zarzucił Wykonawcy, że piasek 0/2 mm z kopalni żwiru i piasku (...), będący składnikiem betonu mostowego i betonu na pale wielkośrednicowe, które były elementem fundamentów obiektu mostowego, nie spełnia wymagań, zgodnych z Polską Normą i Specyfikacjami Technicznymi. Wobec powyższego Inżynier odrzucił wniosek Wykonawcy o zatwierdzenie recept na betony z wytwórni (...) S.A. i zażądał niezwłocznego przedstawienia nowych receptur w oparciu o inne materiały wsadowe.

Wystąpieniem z dnia 09.09.2008 r. (...) / (...) Inżynier Kontraktu wstrzymał wykonanie robót betonowych na obiektach mostowych z uwagi na fakt braku recept oraz odrzucenie kruszyw deklarowanych przez Wykonawcę, jako niezgodnych ze Specyfikacjami Technicznymi. Następnie wpisem do Dziennika Budowy z dnia 10.09.2008 r. Inspektor Nadzoru wstrzymał roboty palowe. Przyczyną wstrzymania prac były negatywne Wyniki badań kruszywa - piasku 0/2 mm oraz żwiru 8/16 mm - w zakresie przekroczenia zawartości siarczków i siarczanów w przeliczeniu na SO₃.

Mając na względzie powyższe wątpliwości Wykonawca przekazał Inżynierowi Kontraktu pismo dostawcy betonu (...) S.A. z dnia 11.09.2008 r., w którym wskazano, że zostały przekazane ponowne receptury na betony mostowe i beton kontraktowy z wnioskiem o ich zatwierdzenie wraz z zastosowanymi materiałami. Dostawca złożył także badania z dnia 11.09.2008 r. Nr (...) (...), wykonane przez Instytut (...), stwierdzające jednoznacznie, że zawartość siarczków

i siarczanów w przeliczeniu na(...) dla której norma jest #0,2%, w badanej próbce piasku do produkcji betonów mostowych i betonu na pale wielkośrednicowe na budowie obwodnicy m. W. wyniosła 0,0%. Tym samym ponieważ piaski w recepturach były prawidłowe nie zaistniały żadne przesłanki skłaniające do wstrzymania robót i odrzucenia stosowanych kruszyw.

Dodatkowo powód dysponował wynikami badań - orzeczeniami o jakości kruszywa wykonanymi przez: laboratorium dostawcy betonu (...) S.A., laboratorium drogowe Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział B., z których jednoznacznie wynikało, że wszystkie parametry betonu, zastosowane przez powoda, miały prawidłowe parametry.

W dniu 24.09.2008 r. w siedzibie laboratorium (...) w P. odbyło się spotkanie robocze wszystkich stron procesu budowlanego w sprawie wyników badań materiału wsadowego piasku i żwiru wytwórni (...) S.A. Ustalono na nim, że aby uniknąć dalszych rozbieżności, związanych z odmiennymi i negatywnymi wynikami badań wykonawcy, żwir w betonie kontraktorowym (...) zostanie zastąpiony grysami.

Zamawiający nie godził się na wypłatę całości wynagrodzenia wykonawcy za pale wykonane z użyciem betonu, którego dotyczyły wyniki badań, w związku z tym wykonawca, aby rozwiązać wątpliwości co do jakości betonu zlecił i przekazał zamawiającemu opinię techniczną z dnia 9.12.2008 r. sporządzoną przez prof. dr hab. inż. A. W., na temat negatywnego oddziaływania związków siarki, zawartych w kruszywie, przeznaczonym do wykonywania pali wielkośrednicowych na budowie obwodnicy m. W.. Z opinii tej wynikało, że niewielka ilość siarczanów ma korzystne oddziaływanie na beton z uwagi na zjawisko ekspansyjności, co przyczynia się do większej szczelności betonu.

Wystąpieniem z dnia 08.01.2009 r. (...) / (...) Inżynier Kontraktu wskazał, że z uwagi na odrzucenie recepty na beton na pale wielkośrednicowe roboty w zakresie pali posiadają wadę trwałą. W związku z powyższym jednostkowa cena ofertowa wykonania pali zostanie obniżona o wartość 4,5% dla następującego zakresu:

- obiekt nr 1 - wszystkie pale,
- obiekt nr 2 - 8 szt. pali w tym 6 szt. na podporze nr 6 i 2 szt. na podporze nr 5,
- obiekt nr 3 - wszystkie pale,
- obiekt nr 4 - wszystkie pale,
- obiekt nr 6 - wszystkie pale.

W powyższym wystąpieniu zostało wskazane, że opinia prof. A. W. nie uzyskała potwierdzenia przez laboratorium drogowe zamawiającego. Ponadto żwir 2/8 przeznaczony do produkcji betonu na pale wielkośrednicowe wykazał się reaktywnością alkaliczną i nie może być stosowany do wykonywania elementów betonowych narażonych na stałe bądź krótkotrwale działanie wilgoci.

W odpowiedzi powód złożył kolejną opinię techniczną z dnia 08.01.2009 r. sporządzoną przez dr hab. inż. A. S. w przedmiocie oceny jakości żwirów frakcji # 2-8 i # 8-16 przeznaczonych do produkcji betonów kontraktorowych pali wielkogabarytowych, z której wynikało, że wykonawca zastosował prawidłowe receptury mieszanek betonowych przeznaczonych do realizacji pali wielkośrednicowych.

Pismem z dnia 23.10.2009 r. pozwany oświadczył, że do betonu, użytego do wykonania pali wielkośrednicowych, powinno zostać użyte kruszywo spełniające parametry opisane w Szczegółowej Specyfikacji (...) i Polskiej Normie a 60,54% pali (czyli 178 z 295 sztuk) wykonano z kruszywa nie spełniającego wymagań. W związku z powyższym Zamawiający zaproponował umniejszenie wartości wykonanych robót palowych o kwotę (75.837,61 zł netto, co stanowi 2% wartości wykonanych pali oraz kwotę 9.522 zł za niewykonanie badania.

W dniach 9 listopada 2009 r., 9 grudnia 2009 r. i 14 grudnia 2009 r. spisane zostały protokoły konieczności nr (...), (...), (...), (...), (...) w sprawie zmniejszenia wartości kosztorysu ofertowego na wykonanie pali wielkośrednicowych w związku z użyciem innego materiału i braku badań betonu wymaganych z (...). Powyższe protokoły zostały sporządzone i zaakceptowane przez przedstawiciela zamawiającego (D. H.), kierownika budowy (Z. P.), kierownika robót (J. O.), inżyniera kontraktu (P. S.), inspektora nadzoru (J. W.) oraz kierownika projektu (L. G.). Powyższe zmiany zostały zaakceptowane przez P. C. - zastępcę dyrektora oddziału (...) w P. umocowanego do składania oświadczeń w zakresie praw i obowiązków majątkowych Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad związanych z działalnością Oddziału w P..

W związku z powyższym Zamawiający potrącił z wynagrodzenia Wykonawcy kwotę 92.521,88 zł (75.837,61 zł netto x 22% VAT = 92.521,88 zł).

Po zakończeniu całości robót protokołem odbioru ostatecznego robót przeprowadzonym w dniach 24.05.2010 r. do 29.06.2010 r. przedmiotowa inwestycja została odebrana. W protokole tym nie znalazła się żadna wzmianka na temat zaistnienia jakiegokolwiek wady trwałej obiektu, związanej z odmiennościami, w zakresie dostarczonego betonu na pale wielkośrednicowe, w stosunku do Specyfikacji (...) oraz Norm Polskich.

W ocenie Sądu Okręgowego w świetle dokonanych ustaleń faktycznych żądanie powoda nie zasługiwało na uwzględnienie.

Powód wywodził, że dostarczył materiał zgodny i wykonał pale wielkośrednicowe zgodnie z Polskimi Normami i Szczegółową Specyfikacją (...) i że w związku z tym nie było podstaw do obniżenia wynagrodzenia za powyższe prace. Zatem powód winien wykazać, że wykonał w sposób należyty umowę dnia 19.06.2008 r. tj. że pale wykonane zostały zgodnie z zamówieniem określonym w ofercie Wykonawcy, zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), dokumentacją projektową oraz przede wszystkim ze Szczegółowymi Specyfikacjami (...) (art. 6 k.c.). W tym zakresie, zdaniem Sądu, niezbędny był dowód z opinii biegłego z zakresu budowy dróg i mostów. Tymczasem powód ograniczył się jedynie do przedłożenia prywatnych opinii technicznych, które pozwany zakwestionował. Opinie techniczne nie stanowiły zatem dowodu na okoliczność wyjaśnienia istotnych okoliczności sprawy wymagających wiedzy specjalnej. Powód nie przedłożył żadnych dokumentów, których analiza mogłaby potwierdzić twierdzenia odnośnie zgodności zastosowanego materiału przy budowie pali wielkośrednicowych. Już tylko z tego powodu w żądanie powoda opinii Sądu nie zasługiwało na uwzględnienie.

Strony w umowie ustaliły, że w razie zmiany co do jakości i ilości robót związanej z wykonaniem przedmiotu umowy, która będzie wpływać na zmianę harmonogramu rzeczowo - finansowego, wykonawca dokona wyliczeń cen, oraz przedstawi Zamawiającemu do akceptacji wysokość wynagrodzenia wynikającą ze zmian przed rozpoczęciem robót wynikających z tych zmian. Poza tym miał zostać sporządzony protokół konieczności, który musiał być zatwierdzony przez Dyrektora Oddziału lub właściwego Zastępcę Dyrektora Oddziału. W sprawie doszło właśnie do takich zmian i spisania protokołów konieczności, które następnie zatwierdzone zostały przez zastępcę dyrektora oddziału (...) w P..

Zgodnie z umową przedmiot umowy miał być wykonany z materiałów dostarczonych przez wykonawcę, które powinny odpowiadać co do jakości wymaganiom określonym ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych oraz wymaganiom określonym w (...). Nadto wykonawca zobowiązał się przeprowadzać pomiary i badania materiałów oraz robót zgodnie z zasadami kontroli jakości materiałów i robót określonymi w (...). Po rozpoczęciu robót Inżynier Kontraktu zarzucił wykonawcy, że piasek będący składnikiem betonu mostowego i betonu na pale wielkośrednicowe, które były elementem fundamentów obiektu mostowego, nie spełnia wymagań zgodnych z Polską Normą i Szczegółowymi Specyfikacjami (...) W związku z tym Inżynier odrzucił wniosek Wykonawcy o zatwierdzenie recept na betony z wytwórni (...) S.A. i zażądał niezwłocznego przedstawienia nowych receptur w oparciu o inne materiały wsadowe, a następnie, wstrzymał wykonanie robót betonowych na obiektach mostowych. Ostatecznie po wymianie korespondencji i wyników badań, w dniu 24 września 2008 r. w siedzibie laboratorium (...) w P. odbyło się spotkanie robocze wszystkich stron procesu budowlanego w sprawie wyników badań materiału wsadowego piasku i żwiru. Ustalono, że aby uniknąć dalszych rozbieżności, związanych z odmiennymi i negatywnymi

wynikami badań wykonawcy, żwir w betonie kontraktorowym (...) zostanie zastąpiony grysami. W związku z powyższymi zmianami co do umówionego pierwotnie materiału do budowy pali wielkośrednicowych w dniach 9 listopada 2009 r., 9 grudnia 2009 r. i 14 grudnia 2009 r. spisane zostały protokoły konieczności nr (...), (...), (...), (...), (...), (...) w sprawie zmniejszenia wartości kosztorysu ofertowego na wykonanie pali wielkośrednicowych (art. 636 § 1 k.c.).

W ocenie Sądu powód jako partner konsorcjum w sprawie realizacji powyższej inwestycji w stosunkach z pozwanym reprezentowany był przez tzw.(...) Konsorcjum - § 3 pkt 9 umowy z dnia 18.02.2008 r. Także rozliczenia finansowe i wypłata wynagrodzenia odbywała się za pośrednictwem(...) Konsorcjum - § 5 pkt 1 ww. umowy. Za niezasadne uznał twierdzenia powoda, że protokoły konieczności i wszelkie rozliczenia podpisane przez (...)Konsorcjum nie wiążą powoda z uwagi na brak umocowania. Umowę konsorcjum zawarły w imieniu powoda osoby uprawnione do jego reprezentacji, w związku z tym niezasadne są zarzuty o braku należytego umocowania (...)Konsorcjum. Podpisane i zatwierdzone protokoły konieczności, które stanowiły podstawę do obniżenia wynagrodzenia na skutek zmian wprowadzonych w materiale do budowy pali i na skutek niezachowania procedur badaniowych betonu, odniosły skutek względem powoda.

Strony umowy z dnia 19 czerwca 2008 r. w § 7 pkt 2 wyraźnie wskazały, że powyższe zmiany skutkujące podpisaniem protokołu konieczności nie prowadzą do nieważności umowy. Nadto strony określiły tryb zatwierdzenia powyższych zmian tj. właśnie poprzez sporządzenie protokołu konieczności, który musiał być zatwierdzony przez Dyrektora Oddziału lub właściwego Zastępcę Dyrektora Oddziału - § 8 pkt 4 (art. 77 § 1 k.c.). Powyższe protokoły konieczności zostały sporządzone i zaakceptowane przez przedstawicieli wszystkich stron umowy. Z protokołów konieczności nie wynikało, aby (...) Konsorcjum w imieniu powoda zrzekł się roszczenia w zakresie obniżonego wynagrodzenia. Obniżenie wynagrodzenia wynikało ze zmian wprowadzonych w trakcie realizacji umowy co do materiału użytego do budowy pali i w związku z niezachowaniem przez powoda wymaganych ww. umową procedur badania dostarczonego materiału pod względem zgodności z (...). Zatem w przedmiotowej sprawie doszło do ustalenia zmian w zakresie wykonania umowy, skutkujących także zmniejszeniem wynagrodzenia w stosunku do oferty wykonawcy.

Wobec tego roszczenie powoda należało uznać za niezasadne i w związku z tym powództwo podlegało oddaleniu.

O kosztach procesu Sąd orzekł w oparciu o przepis art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c.

Apelację od wyroku wniósł powód, zaskarżył go całości. Powód zarzucał orzeczeniu:

- błąd w ustaleniach faktycznych polegający na tym, że (...)Konsorcjum był umocowany, w imieniu powoda, do składania oświadczeń woli, w zakresie zmiany umowy w przedmiocie wynagrodzenia Partnera Konsorcjum oraz, że (...) Konsorcjum podpisał Protokoły Konieczności,
- naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewskazanie przyczyn, dla których odmówiono dowodom wiarygodności i mocy dowodowej w zakresie dowodów z których wynikało, że osoby podpisane na Protokołach Konieczności nie miały umocowania do składania oświadczeń woli w imieniu (...)Konsorcjum i powoda, a także, że nie składają, w ich imieniu, oświadczenia o zmianie przedmiotowej umowy o zamówienie publiczne, w zakresie dowodów, z których wynikało, że beton - pale fundamentowe, nie był odmienny od założeń przyjętych w specyfikacji technicznej,
- błędne zastosowanie art. 6 k.c. poprzez przyjęcie, że ciężar dowodowy wykazania roszczenia, w zakresie w jakim dokonał tego Sąd, obciążał powoda,
- błędne przyjęcie i przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, sprowadzające się do faktu, że strony ustaliły zmianę wynagrodzenia w związku z zaistniałymi wadami na podstawie § 7 i 8 Umowy z dnia 19.06.2008 r.,
- zarzut nieskutecznego złożenia oświadczenia woli o zmianie umowy z dnia 19.06.2008 r. w zakresie wynagrodzenia powoda,

- zarzut nieskuteczności jednostronnego potrącenia przez pozwanego z wynagrodzenia powoda, roszczenia o obniżenie ceny w związku z rzekomymi wadami betonu na pale, w szczególności: po stronie pozwanego nie powstało uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia powoda, tak aby mogło ono stać się przedmiotem skutecznego oświadczenia o potrąceniu; rzekoma odmienność od Specyfikacji technicznej w zakresie składu betonu na pale, nie stanowiła wady całego obiektu w sensie funkcjonalnym i nie mogła być podstawą do potrącenia.

Wskazując na te zarzuty powód wniósł o zmianę w całości zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na jego rzecz 92.521,88 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 22.08.2011 r. do dnia zapłaty wraz z kosztami sądowymi, a także zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych, ewentualnie uchylenie w całości zaskarżonego wyroku oddalającego powództwo i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Poznaniu do ponownego rozpoznania sprawy wraz z rozstrzygnięciem o kosztach instancji odwoławczej.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji oraz o zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy w granicach apelacji Sąd odwoławczy uznał, że zasługiwała ona na uwzględnienie. **Sąd Apelacyjny** za własne przyjął ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd I instancji z korektami będącymi skutkiem odmiennej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego i **zważył, co następuje.**

Problem w sprawie sprowadzał się do odpowiedzi, czy istniała ustawowa lub umowna podstawa do obniżenia powodowi wynagrodzenia za wykonane prace.

Pozwany nie powoływał się na szkodę, nie twierdził także, że oddane prace mają jakiegokolwiek wady zmniejszające wartość lub użyteczność wykonanych robót (protokół odbioru ostatecznego robót (k. 66 -72) w odniesieniu do robót wykonanych przez powoda nie zawierał żadnych zastrzeżeń). Wskazywał, że umniejszenie wynagrodzenia za wykonanie pali fundamentowych było wynikiem ustaleń dokonanych pomiędzy pozwanym jako zamawiającym, a wykonawcą reprezentowanym przez (...) Konsorcjum.

Wobec takiego stanowiska procesowego pozwanego jako podstawy prawne obniżenia należnego powodowi wynagrodzenia, nie wchodziły w grę ani przepisy dotyczące odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 kc), ani też rękojmi (art.637, 638 w zw. z art. 656 kc)

Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych także nie dawały podstawy do obniżenia umówionego wynagrodzenia. Nie daje ona(...) konsorcjum uprawnienia do składania oświadczeń woli w imieniu poszczególnych wykonawców w trakcie wykonywania umowy z zamówienia publicznego. Ustawa wymaga, kiedy wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, ustanowienia pełnomocnika do ich reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 23 ust 1 i 2 ustawy). W dalszych przepisach nie daje pełnomocnikowi (tu: (...)) żadnych uprawnień do składania oświadczeń woli w imieniu uczestników konsorcjum. Nakazuje do umów w sprawie zamówień publicznych stosować przepisy kodeksu cywilnego (art. 139 ust. 1).

Przepisy kodeksu cywilnego, które nie wyróżniają odrębnego typu umowy konsorcjum, nie zawierają żadnego ogólnego unormowania pozwalającego wyprowadzić wniosek, że (...) Konsorcjum miał ustawowe umocowanie do reprezentowania powoda w sprawie zmiany umowy w odniesieniu do wynagrodzenia za wykonane prace. Pozwany nie powoływał się na żadne szczególne pełnomocnictwo (...) wobec tego rozważyć należało czy umowa konsorcjum, jak to przyjął Sąd Okręgowy, dawała (...) takie umocowanie i w konsekwencji czy protokoły konieczności, na które powoływał się w sprzeciwie (k.94 – 96) pozwany, mogły stanowić podstawę do „umniejszenia wynagrodzenia z tytułu wykonywania pali fundamentowych”.

Sąd Apelacyjny nie podziela stanowiska Sądu I instancji, że podpisane i zatwierdzone protokoły konieczności „odniosły skutek względem powoda”.

W kontekście zarzutów pozwanego zawartych w sprzeciwie, obarczanie powoda obowiązkiem wykazywania, że umowa została wykonana zgodnie z zamówieniem określonym w ofercie wykonawcy, z (...)dokumentacją projektową oraz ze (...) było niesłuszne. Stanowisko, że niezbędny był dowód z opinii biegłego celem wykazania powyższego faktu i wnioski, że nieprzeprowadzenie tego dowodu skutkowało „niewwzględnieniem żądania powoda” pozbawione było racji. To na pozwanym spoczywał ciężar wykazania, że tzw. protokoły konieczności, podpisane przez kierownika budowy reprezentującego Wykonawcę, stanowiły podstawę do obniżenia wynagrodzenia. Udowodnienia, skoro pozwany nie powoływał się na szkodę i prawo do skorzystania z rękojmi, że na drodze porozumienia, które zdaniem pozwanego miało wynikać z tych protokołów, doszło do zmiany wysokości wynagrodzenia.

Przywołane przez Sąd I instancji pełnomocnictwo powoda dla (...)Konsorcjum (k.124) oraz postanowienia umowy § 3 pkt 9, § 5 pkt 1 nie stanowiły podstawy do przyjęcia rozważanej reprezentacji. Rola (...)Konsorcjum określona została w § 3 ust. 3 i sprowadzała się organizacji i koordynacji złożenia wspólnej oferty przez Konsorcjum i uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Upoważnienie (...) Konsorcjum (udzielone na podstawie art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) uprawniało go do reprezentowania wszystkich wykonawców wyłącznie w ramach wynikających z przywołanego przepisu ustawy (por. § 3 ust.5 umowy). Reprezentacja, na którą powoływał się Sąd Okręgowy (§ 3 pkt 9 umowy), a która odnosiła się do okresu już po podpisaniu kontraktu, nie łączyła się, w ocenie Sądu Apelacyjnego, z uprawnieniem do składania wszystkich oświadczeń woli. Zapis ten mógł się odnosić wyłącznie do oświadczeń wiedzy, czynności technicznych związanych z prawidłowym wykonywaniem zobowiązania ewentualnie oświadczeń woli wyraźnie w umowie wskazanych. Nawet gdyby chcieć inaczej interpretować to postanowienie, to pozwany nie mógłby się na nie powoływać, gdyż nie był stroną tej umowy. Sama zaś umowa łącząca pozwanego z Konsorcjum żadnego umocowania dla (...) do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawców nie zawierała. (...) dla wniosku o istnieniu reprezentacji (...)nie dawał również § 5 ust. 1 umowy Konsorcjum, który dotyczył wyłącznie płatności i rozliczeń z tytułu realizacji kontraktu. Analiza tego postanowienia prowadzi do wniosku, że chodziło o uproszczenie rozliczeń za już wykonane prace. Z postanowienia tego nie sposób wyprowadzić innego wniosku, skoro każdy z wykonawców ponosił odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zobowiązania, jeżeli po jego stronie wystąpiła przyczyna potrącenia należności przez zamawiającego (§ 5 ust. 5).

Niewątpliwie oznacza to w ocenie Sądu Apelacyjnego, że reprezentacja z ust 9 § 3 nie mogła dotyczyć oświadczeń woli, co potwierdzały także zeznania świadka G. G., będącego wówczas członkiem zarządu powoda. Przyjęcie odmiennej wykładni wskazywałoby, że strony Konsorcjum z góry uznały uprzywilejowaną rolę (...) prowadzącą do nierówności stron. W okolicznościach rozważanego zagadnienia (...) mógłby decydować o obniżeniu wynagrodzenia wykonawcy, co mogłoby prowadzić do wewnętrznego konfliktu, skoro każdy z wykonawców w całości odpowiadał za swoje działania. Protokoły konieczności z dnia 9 listopada oraz z 9 i 14 grudnia 2009r(k. 98 -103), na które powoływał się pozwany podpisane zostały ze strony Wykonawcy przez kierownika budowy Z. P., który zgodnie z § 13 ust. 2 umowy zawartej między pozwanym a Konsorcjum (k.34) mógł działać wyłącznie w granicach umocowania określonego w prawie budowlanym oraz świadka J. O. - kierownika robót. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko apelującego, że protokoły, gdyby podpisane zostały przez osoby mające odpowiednie umocowanie, mogłyby zostać uznane za ugodę dotyczącą obniżenia wynagrodzenia. Pozwany nie wykazał jednak aby Z. P. legitymował się pełnomocnictwem (...) Konsorcjum do reprezentowania go ponad granice wynikające z przepisów prawa budowlanego. Umocowania takiego nie sposób się doszukać w piśmie(...)Konsorcjum z dnia 20 czerwca 2008r (k.97) kierowanym do pozwanego, które było wyłącznie wykonaniem § 10 umowy zawartej z pozwanym zobowiązującego Wykonawcę do zawiadomienia zamawiającego o zmianach osób wskazanych do kierowania budową. Nawet zatem przy przyjęciu hipotetycznego założenia o umocowaniu (...) Konsorcjum do reprezentowania powoda w zakresie składania oświadczeń woli, nie ma podstaw do wniosku, że oświadczenie pozwanego o obniżeniu wynagrodzenia zostało złożone osobie upoważnionej do reprezentacji. Świadek J. O., jako pracownik powoda, również nie miał żadnych uprawnień do składania oświadczeń woli.

Wobec tego ustalenie Sądu Okręgowego, że protokoły konieczności zostały „zaakceptowane” przez osoby je podpisujące i że w konsekwencji doszło do ustalenia zmian w zakresie wykonania umowy skutkujących zmniejszeniem wynagrodzenia należało uznać za błędne.

Słuszny był też argument apelującego, że kiedy chodziło o zmianę umowy i zastąpienie żwiru grysami to Wykonawca był reprezentowany przez lidera Konsorcjum i przez wykonawcę tej części umowy tj. prezesa zarządu powoda (k. 55 – 56). W ocenie Sądu Apelacyjnego było tak dlatego, że wiązało się to z ustaleniem innej niż umówiona wartość prac, wykonywanych przez powoda. Taki tryb postępowania narzucały ust. 3 i 4 § 7 oraz ust. 4 § 8 umowy łączącej Konsorcjum i pozwanego, które wszelkie zmiany co do jakości i ilości robót uzależniały od zgody zamawiającego (tu taka była) i upoważniały wykonawcę do wyliczenia wynagrodzenia wg zasad wynikających z § 8 umowy. Z oświadczenia powoda złożonego w dniu 24 września 2008r. wynikało, że pomimo zastąpienia żwiru grysami nie będzie domagał się zmiany wysokości wynagrodzenia („wykonawca zapewnił, że ze względów zmiany materiałów nie będzie wnosił żadnych roszczeń”). Skoro pozwany w dniu 24 września 2008r zaakceptował zmianę co do zastosowanego materiału do budowy pali wielkośrednicowych i nie została wdrożona procedura związana z ponownym wyliczeniem wynagrodzenia, bowiem pozwany przystał na propozycję powoda nieweryfikowania wynagrodzenia, to brak było podstaw, uprawniających pozwanego do jednostronnej zmiany wysokości wynagrodzenia, gdyby tak chcieć potraktować propozycję pozwanego zawartą w piśmie z dnia 23 października 2009r. (k.65) o obniżenie wynagrodzenia.

W związku z powyższym Sąd Apelacyjny uznał, że w wiążącej strony umowie nie było podstaw do obniżenia wynagrodzenia należnego powodowi. Zakres niewykonania umowy nie był przez pozwanego kwestionowany. Wobec tego Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok na podstawie art. 386 § 1 kpc i zasądził na rzecz powoda kwotę 92.521,88 zł z ustawowymi odsetkami od 28 października 2011r. tj zgodnie z żądaniem pozwu od dnia doręczenia odpisu pozwu (k.93). Oddalenie apelacji (art. 385 kpc) dotyczyło roszczenia o odsetki, których powód zażądał w apelacji od 28 sierpnia 2011r.

Sąd Apelacyjny zasądził też na rzecz powoda od pozwanego zwrot kosztów postępowania za I i II instancję na które składały się koszty sądowe i zastępstwa procesowego.

Jacek Nowicki Elżbieta Fijałkowska Karol Ratajczak