

**Sygn. akt XXV C 974/11**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 lutego 2013 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący SSO Hanna Jaworska

Protokolant: sekr. sąd. Anna Wsól

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2013 roku w Warszawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą P.

przeciwko Skarbowi Państwa reprezentowanemu przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad

o zapłatę

orzeka:

- 1) oddala powództwo,
- 2) zasądza od (...) Spółki z o. o. z siedzibą w P. na rzecz Skarbu Państwa – Kasy Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 468 zł (czteryście sześćdziesiąt osiem złotych) tytułem uzupełnienia wydatków tymczasowo poniesionych przez Skarb Państwa,
- 3) zasądza od (...) Spółki z o. o. z siedzibą w P. na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 7 200 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,
- 4) nakazuje Skarbowi Państwa – Kasie Sądu Okręgowego w Warszawie zwrócić Skarbowi Państwa reprezentowanemu przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwotę 3 000 zł (trzy tysiące złotych) tytułem zwrotu niewykorzystanej zaliczki.

**Sygn. akt XXV C 974/11**

## UZASADNIENIE

(...) Sp. z o.o. w P. (do 3 grudnia 2009 roku z siedzibą w W.) pozwem złożonym w dniu 4 kwietnia 2011 roku przeciwko Skarbowi Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziałowi w G. żądała orzeczeniem nakazem zapłaty, że pozwany zobowiązany jest zapłacić na rzecz powoda kwotę 2 451 241,76 złotych wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz zasądzenia kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego. Kwota dochodzona w niniejszym postępowaniu stanowi część wynagrodzenia za wykonanie ekranów akustycznych, której wypłacenia odmawia pozwany powołując się na zmianę rodzaju wypełnienia ekranów w stosunku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (k. 2-12).

Referendarz sądowy w Sądzie Okręgowym w Gdańsku w I Wydziale Cywilnym nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 28 kwietnia 2011 roku w sprawie I Nc 159/11 nakazał Skarbowi Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziałowi w G. zapłacić (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P. kwotę 2 451 241,76 złotych wraz

z ustawowymi odsetkami od dnia 4 kwietnia 2011 roku do dnia zapłaty oraz kwotę 32 217 złotych tytułem kosztów procesu w terminie dwóch tygodni od doręczenia nakazu albo wniósł w tym terminie sprzeciw (k. 347).

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad zaskarżył powyższy nakaz zapłaty w całości wnosząc sprzeciw domagając się oddalenia powództwa w całości i zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa. Pozwany wniósł o przekazanie niniejszej sprawy do rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie (k. 349-358).

Sąd Okręgowy w Gdańsku I Wydział Cywilny postanowieniem z dnia 29 lipca 2011 roku uznał się niewłaściwym miejscowo i sprawę przekazał do rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie (k. 454).

### ***Sąd ustalił następujący stan faktyczny:***

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w G. ogłosił przetarg nieograniczony na roboty budowlane obejmujące budowę obwodnicy miasta S. (okoliczność bezsporna).

Projekt wykonawczy „Budowa obwodnicy miasta S.” w zakresie projektu akustycznych ekranów ochronnych przewidywał jako wypełnienie żelbetowe płyty akustyczne (projekt – k. 409-424).

Na etapie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego zamawiający odpowiadając na pytanie o dopuszczalność zastosowania do ekranów akustycznych elementów modułowych wykonanych w obudowie z innego materiału niż beton np. aluminium, zielona ściana pod warunkiem, że elementy te posiadałyby nie gorsze właściwości akustyczne i techniczne od podanych w dalszej części specyfikacji technicznej wskazał, że ponieważ ekrany akustyczne będą usytuowane w miejscach narażonych na wandalizm i kradzieże, ewentualne zastosowane inne materiały pochłaniające niż płyty betonowe muszą spełniać wszystkie wymagania wynikające ze specyfikacji technicznej i dokumentacji tj.: posiadać nie gorsze parametry akustyczne, nie gorszą odporność na wandalizm i uszkodzenia mechaniczne niż elementy betonowe, możliwość wykonania elementów łukowych (występują łukowe elementy pochłaniające i łukowe elementy przezroczyste), dodatkowo zastosowanie innych materiałów nie może również zmienić architektury ekranów (pismo GDDKiA z 28 maja 2008 roku – k. 149-156).

W dniu 15 maja 2008 roku (...) Sp. z o.o. w W. (jako lider) i (...) Sp. z o.o. w L. (jako partner) zawarły umowę konsorcjum, która regulowała wzajemne relacje pomiędzy stronami, ich reprezentację w stosunku do zamawiającego w zakresie złożenia wniosku, oferty oraz realizacji projektu, do czasu jego wykonania i ostatecznego rozliczenia w przypadku przyznania kontraktu. Zakres robót objętych kontraktem został podzielony między strony – każdej ze stron miały zostać przyznane do realizacji roboty, których wartość stanowić miała w przybliżeniu – 60 % wartość kontraktu dla S. i 40 % wartości kontraktu dla W.. Liderem i pełnomocnikiem konsorcjum na czas przetargu, a przypadku uzyskania kontraktu na czas jego realizacji i ostatecznego rozliczenia ustanowiono S.. Lider został upoważniony do wykonywania wszelkich czynności w postępowaniu przetargowym, a w szczególności: podpisania oferty, wszystkich załączników i dokumentów towarzyszących oraz do złożenia dokumentów zamawiającemu, składania w toku postępowania wszelkich oświadczeń i dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa, w tym poświadczania kopii dokumentów za zgodność z oryginałem, zadawania pytań, składania wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz dokumentów składanych w postępowaniu oraz do prowadzenia korespondencji związanej z postępowaniem, wnoszenia w imieniu wykonawcy wszelkich środków ochrony prawnej (protestów, odwołań i skarg), jak również złożenia oświadczenia o przyłączeniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestów przez innych wykonawców oraz do przystąpienia do postępowań odwoławczych, reprezentowania na posiedzeniach i na rozprawach przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz przed Sądami Okręgowymi, wniesienia wadium w postępowaniu. W przypadku przyznania kontraktu partner upoważnił lidera do: podpisania za oraz w imieniu partnera umowy z zamawiającym wraz ze wszystkimi aneksami na realizację projektu oraz innych umów związanych z realizacją umowy z zamawiającym, w szczególności umów na roboty dodatkowe, nawet gdy ich pozyskanie przeprowadzone było w odrębnych postępowaniach w ramach regulacji Prawa zamówień publicznych, bieżącego analizowanie wykonania kontraktu i rozstrzygania problemów związanych z jego realizacją, reprezentowania partnera wobec zamawiającego i Inżyniera oraz ich personelu w ramach realizacji zamówienia w tym m.in. do

prowadzenia korespondencji z zamawiającym i Inżynierem, otrzymywania instrukcji i zleceń na rzecz oraz w imieniu wszystkich i każdego z Partnerów, koordynowania robót prowadzonych przez partnera, z tym, że za podwykonawców, poddostawców zatrudnionych przez partnera, partner odpowiada i koordynuje ich prace we własnym zakresie, przekazywania zamawiającemu wniosków i dokumentów przekazywanych przez partnera w oparciu o warunki kontraktu, występowania w imieniu i na rzecz partnera w sprawach ewentualnych robót dodatkowych i zamiennych, rozliczania z zamawiającym robót wykonanych przez partnera oraz do przyjmowania płatności dokonywanych przez zamawiającego na podstawie faktur wystawionych przez lidera konsorcjum za roboty wykonane przez partnerów. Rozliczanie i fakturowanie wykonanych robót z zamawiającym miało być dokonywane przez lidera konsorcjum, na podstawie dostarczanych przez partnera wszelkich informacji i materiałów niezbędnych do ich wystawienia oraz dokumentujących postęp prac, zgodnie z umową z zamawiającym i wzorami dokumentów rozliczeniowych przekazanych przez zamawiającego, zamawiający miał dokonywać płatności na rachunek bankowy lidera konsorcjum, a następnie lider po otrzymaniu płatności od zamawiającego dokonywał płatności za wykonane roboty na podstawie faktur VAT wystawionych przez partnera (umowa konsorcjum – k. 325-331).

Zgodnie z porozumieniem wykonawczym dot. podziału robót prace obejmujące zabezpieczenie akustyczne przydzielone zostały w całości S. (porozumienie wykonawcze – k. 332-344).

(...) Sp. z o.o. w L. upoważniła (...) Sp. z o.o. w W. do pełnienia funkcji lidera konsorcjum z umocowaniem do wykonywania w jego imieniu i na jego rzecz wszelkich czynności mających na celu uzyskanie zamówienia „Budowa obwodnicy miasta S.” (pełnomocnictwo – k. 165).

(...) Sp. z o.o. w W. (jako lider konsorcjum) i (...) Sp. z o.o. w L. (jako partner) złożyli ofertę na realizację robót budowlanych „Budowa obwodnicy miasta S.” wraz ze zbiorczym kosztorysem ofertowym. W zbiorczym kosztorysie ofertowym zabezpieczenie akustyczne (bez wskazywania rodzaju wypełnienia) oszacowano na kwotę 5 527 305,35 złotych na podstawie przedmiaru robót i ceny jednostkowej (oferta – k. 163-216).

W dniu 5 sierpnia 2008 roku po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w G.(dalej: zamawiający, GDDKiA) i (...) Sp. z o.o.w W.i (...) Sp. z o.o. w L.(dalej: wykonawcy) zawarły umowę nr (...), na podstawie której zamawiający powierzył, a wykonawca się zobowiązał do wykonania robót budowlanych „Budowa obwodnicy miasta S.”. Części niniejszej umowy stanowiły:

1. umowa,
2. oferta wykonawcy z 17 czerwca 2008 roku wraz z załącznikami,
3. Szczególne Warunki Kontraktu,
4. Warunki Kontraktowe dla budowy dla robót inżynieryjno – budowlanych projektowanych przez zamawiającego – FIDIC 1999, 3 wydanie angielsko – polskie niezmienione 2005,
5. Instrukcja dla Wykonawców – specyfikacja istotnych warunków zamówienia,
6. dokumentacja projektowa,
7. harmonogram robót,
8. umowa konsorcjum (pkt (...)).

Wykonawca zobowiązał się wykonać i zakończyć roboty oraz usunąć wady w całkowitej zgodności z postanowieniami niniejszej umowy (pkt (...)).

Zamawiający zobowiązał się zapłacić wykonawcy za wykonanie robót i usunięcie z nich wad cenę kontraktową. Zaakceptowana Kwota Kontraktowa wynosiła 288 092 709,75 złotych netto, czyli 351 473 105,90 złotych brutto (pkt (...)).

Wykonawca zobowiązał się wobec zamawiającego do zakończenia przedmiotu umowy w terminie 25 miesięcy od dnia rozpoczęcia robót, podzielonym na 3 etapy:

- etap I – 5 miesięcy, zakres rzeczowy – roboty przygotowawcze, roboty ziemne i odwodnienie,
- etap II – 12 miesięcy, zakres rzeczowy – roboty ziemne, obiekty inżynierskie, pozostałe roboty przygotowawcze i podbudowy,
- etap III – 8 miesięcy, zakres rzeczowy – pozostałe roboty objęte zamówieniem (pkt (...)).

Wszelkie zmiany i uzupełnienia treści niniejszej umowy mogą być wprowadzone, pod rygorem nieważności, wyłącznie w formie aneksu podpisanego przez zamawiającego i wykonawcę (pkt (...)).

W sprawach nieuregulowanych postanowieniami niniejszej umowy miały zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego, ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawy Prawo budowlane (pkt (...)) (umowa nr (...)- k. 22-23).

W dniu 12 sierpnia 2008 roku kierownik projektu – J. G. reprezentujący zamawiającego przekazał wykonawcom teren budowy (protokół przekazania terenu budowy – k. 109-111).

W dniu 31 sierpnia 2010 roku strony zawarły aneks nr (...) do umowy nr (...), w którym powołując się na niekorzystne warunki pogodowe, które spowodowały opóźnienie w realizacji zadania w stosunku do założonego harmonogramu robót ustaliły termin zakończenia robót na dzień 15 października 2010 roku, pozostawiając bez zmian pozostałe warunki umowy (aneks nr (...) – k. 24).

Już w trakcie realizacji zamówienia Kierownik budowy wystąpił do Inżyniera Kontraktu z wnioskiem o zmianę wypełnienia ekranów akustycznych z paneli betonowych pierwotnie projektowanych na panele aluminiowe firmy (...), wskazując jednocześnie jako wykonawcę tych prac (...). Inżynier kontraktu pozytywnie zaopiniował wniosek wykonawców w zakresie zmiany wypełnienia ekranów oraz wykonawcy tych prac. Kierownik projektu zatwierdził propozycję wykonawców – wyraził zgodę na panele aluminiowe firmy (...) oraz (...) jako wykonawcę tych prac zaznaczając, że panele aluminiowe muszą spełniać wszystkie wymagania wynikające ze specyfikacji technicznej i dokumentacji tj.: posiadać nie gorsze parametry akustyczne, nie gorszą odporność na wandalizm i uszkodzenia mechaniczne niż elementy betonowe, możliwość wykonania elementów łukowych (występują łukowe elementy pochłaniające i łukowe elementy przezroczyste), dodatkowo zastosowanie innych materiałów nie może również zmienić architektury ekranów (wystąpienia wykonawcy – k. 157-158).

Inżynier kontraktu wniósł o przedłożenie projektantowi zamiennych rysunków projektu budowlanego oraz obliczeń w celu uzgodnienia zmiany wypełnienia (k. 159).

Wykonawca zwrócił się o przekazanie pełnego projektu wykonawczego na ekrany akustyczne wraz ze szczegółowym opisem technicznym, szczegółowymi rysunkami rozwiązań konstrukcyjnych, specyfikacją oraz przedmiarem robót. Inżynier kontraktu zarządził przekazanie projektu, o który wносił wykonawca. Przekazując wykonawcy projekt ekranów akustycznych wezwano wykonawcę do przedstawienia uwag, co pozwoli zatwierdzić projekt. Inżynier kontraktu wezwał wykonawcę do przedłożenia kalkulacji cenowej w celu wydania polecenia zmiany (wystąpienie wykonawcy – k. 160).

Wykonawca przedstawił wycenę ekranów akustycznych uwzględniającą różnicę w przedmiarze pomiędzy wersją przyjętą w ofercie wykonawcy a ilością zgodną z przedmiarem przekazany wykonawcy. Wykonawca wskazując, że wypełnienie ekranów przewidziane w projekcie zamiennym jest zgodne z założeniami przyjętymi przez wykonawcę na etapie opracowywania oferty, za bezzasadne uznał kalkulowanie na nowo cen związanych z wykonaniem ekranów

akustycznych, gdyż ceny ich wykonania znajdują się w wycenionym przedmiarze robót. Inżynier kontraktu pozytywnie zaopiniował propozycje wykonawcy (wystąpienie wykonawcy – k. 161-162).

W dniu 1 września 2010 roku Inżynier kontraktu wydał polecenie nr 63 w zakresie przekazania rozbitcia ceny jednostkowej na budowę ekranu (polecenie nr 63 – k. 374).

Wykonawca wykonał prace obejmujące wykonanie ekranów akustycznych zgodnie z projektem zmieniając jedynie rodzaj wypełnienia – zastosował aluminiowe w miejsce betonowego. Zamawiający bez zastrzeżeń odebrał wykonane ekrany akustyczne (zeznania świadków: B. W. – k. 464-465, M. K. – k. 466, 468, J. G. – k. 476, J. M. (1) – k. 496).

Strony nie zawarły aneksu do umowy nr (...) w zakresie zmiany rodzaju wypełnienia ekranów akustycznych ani też zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z uwagi na zmianę wypełnienia (zeznania świadków: B. W. – k. 464).

W dniu 26 października 2010 roku Inżynier kontraktu wystawił Świadczenie przejęcia całości robót stwierdzając, że roboty zostały zasadniczo ukończone zgodnie z kontraktem, szacunkowa wartość ustalona została na kwotę 313 934 000 złotych (Świadczenie przejęcia robót – k. 113).

Na dzień 16 listopada 2010 roku wykonawca nadal nie przedstawił rozbitcia ceny jednostkowej za budowę ekranu akustycznego (pismo – k. 375).

W dniu 3 grudnia 2010 roku wykonawca przekazał Inżynierowi kontraktu odkrycie ceny przyjętej w ofercie wykonawcy dla wykonania zabezpieczeń akustycznych (odkrycie ceny – k. 519).

Wykonawca stał na stanowisku, że ostateczne ceny ekranów powinny być takie same jak w ofercie na roboty kontraktowe, natomiast Inżynier kontraktu podnosił, że ceny te są zawyżone w porównaniu z cenami rynkowymi na innych kontraktach. Cęta kontraktowa budowy ekranów według Inżyniera była niższa od ceny ofertowej o 1 992 879,48 złotych (protokół nr (...) z negocjacji ostatecznych cen budowy ekranu – k. 322).

Inżynier kontraktu pismem z dnia 7 grudnia 2010 roku skierowanym do wykonawców zawiadomił, że nie akceptuje odkrycia ceny przyjętej w ofercie wykonawcy dla wykonania zabezpieczeń akustycznych oraz kalkulacji dla wykonania zabezpieczeń akustycznych według zamiennego projektu, wskazując że w wycenie przyjęto niewłaściwą technologię wykonania pali wierconych oraz brak jest uzasadnienia dla przyjętych cen materiałów (paneli) (pismo – k. 377).

Inżynier kontraktu powołując się na subklauzulę 3.1 i 12.3 Warunków Szczególnych Umowy oraz Warunków Kontraktowych i akceptacji zamawiającego biorąc pod uwagę brak akceptacji Inżyniera dla propozycji wyceny wykonawcy z dnia 3 grudnia 2010 roku ustalił cenę tymczasową zabezpieczeń akustycznych wykonanych wg projektu zamiennego (ustalenie ceny tymczasowej nr 1/2010 – k. 378, wycena kosztów budowy ekranów akustycznych wg projektu zamiennego – k. 519).

Inżynier kontraktu pismem z dnia 7 grudnia 2010 roku skierowanym do Kierownika projektu wniósł o akceptację w formie pisemnej propozycji Inżyniera kontraktu ustalenia cen tymczasowych dla rozliczenia zabezpieczeń akustycznych wykonanych według projektu zamiennego (k. 380).

Inżynier kontraktu w opinii dotyczącej rozliczenia końcowego kontraktu nr (...)w zakresie zabezpieczenia akustycznego wskazał, że rozbitcie cen oraz kalkulacje przedłożone przez wykonawcę nie mogły zostać zatwierdzone ponieważ zawierały zawyżone koszty wykonania pali pod ekrany, jak i innych materiałów użytych do budowy ekranów, co zostało potwierdzone porównaniem cen na innych kontraktach, co wobec braku możliwości uzgodnienia stanowisk w sprawie ceny ostatecznej ekranów skutkowało ustaleniem ceny tymczasowej dla wystawienia Świadczenia płatności zgodnie z klauzulą 12.3 warunków kontraktowych FIDIC (k. 381-382).

W dniu 7 grudnia 2010 roku (...) Sp. z o.o. w P. wystawiła fakturę VAT na kwotę 22 932 127,86 złotych netto za okres rozliczeniowy od 1 września do 15 października 2010 roku (faktura VAT nr (...) – k. 217).

W dniu 7 grudnia 2010 roku Inżynier kontraktu wystawił Przejściowe świadectwo płatności nr (...)za okres od 1 września do 15 października 2010 roku na kwotę 22 932 127,86 złotych netto (Przejściowe świadectwo płatności – k. 218).

Zamawiający do pisma z dnia 29 grudnia 2010 roku załączył wyjaśnienia Inżyniera kontraktu z dnia 27 grudnia 2010 roku opisujące okoliczności ustalenia ceny tymczasowej za wykonanie ekranów akustycznych, wnosząc o zajęcie stanowiska w przedmiocie wyjaśnień Inżyniera kontraktu (k. 388, 385-386).

(...) Sp. z o.o. w P. pismem z dnia 24 lutego 2011 roku skierowanym do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w G. wezwała do niezwłocznej zapłaty kwoty 1 992 653,94 złotych stanowiącej część wynagrodzenia za wykonanie ekranów akustycznych (k. 323).

GDDKiA Oddział w G.w odpowiedzi na powyższe wezwanie wskazała, że nie uznaje ani co do zasady ani co do wysokości roszczenia w kwocie 1 992 653,94 złotych (k. 324).

Powyższe fakty nie były sporne między stronami.

Pozwany nie kwestionował, że wykonawca wykonał ekrany akustyczne ze zmienionym w stosunku do projektu wypełnieniem – projektowe wypełnienie betonowe zostało zastąpione wypełnieniem aluminiowym, na co też zamawiający wyraził zgodę.

Spór dotyczył konsekwencji tej zmiany – według powoda zmiana ta nie miała wpływu na należne zgodnie z umową wykonawcy wynagrodzenie za te prace, skoro miało ono charakter kosztorysowy, natomiast pozwany stał na stanowisku, że zmiana rodzaju wypełnienia skutkowałą zmianą należnego wykonawcy wynagrodzenia, zwłaszcza, że aluminiowe wypełnienie było tańsze niż wypełnienie betonowe, nie tylko w zakresie materiałów, lecz również kosztów wykonania. Jednakże mając na uwadze podstawy oddalenia powództwa – brak legitymacji czynnej po stronie powodowej, kwestia wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu wykonanych ekranów akustycznych nie stanowiła przedmiotu postępowania, stąd postępowanie dowodowe przeprowadzone w niniejszej sprawie – dowody z dokumentów oraz przesłuchani świadkowie i strony w głównej mierze potwierdzające stanowiska każdej ze stron, nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Wśród dowodów z dokumentów kluczowe znaczenie miała umowa z dnia 5 sierpnia 2008 roku nr (...) (k. 22-23), umowa konsorcjum wraz z porozumieniem wykonawczym (k. 325-344), gdyż pozwoliły one na ustalenie komu – czy samemu powodowi, czy też konsorcjum, a może działającym razem powodowi i (...) Sp. z o.o.w L.przysługuje roszczenie o zapłatę należnego wynagrodzenia za wykonane prace.

Zeznania przesłuchanych w sprawie świadków: B. W.(k. 463-466) pracownika powoda – Kierownika budowy na przedmiotowym projekcie, M. K.(k. 466-468) pracownika powoda – dyrektora Oddziału (...) S., J. G.(k. 475-478) pracownika pozwanego – Kierownika projektu „Budowa obwodnicy miasta S.”, A. O.(k. 493-495) pracownika (...) Sp. z o.o.pełniącej funkcję nadzoru inwestorskiego, J. M. (2)(k. 495-498) pracownika (...) Sp. z o.o.pełniącego funkcję inspektora nadzoru i koordynatora zespoły nadzoru na projekcie „Budowa obwodnicy miasta S.”, W. R.(k. 560-563) pełniącego funkcję Inżyniera kontraktu oraz przesłuchanego w charakterze powoda W. T.(k. 613-615) i w charakterze pozwanego S. G.(k. 616-617) Sąd uznał w zdecydowanej części za wiarygodne – przesłuchane osoby w sposób spójny przedstawiły realizację projektu „Budowa obwodnicy miasta S.” ze szczególnym uwzględnieniem prac przy zabezpieczeniu akustycznym – wskazali, że doszło do zmiany projektu w zakresie wypełnienia ekranów akustycznych, zamawiający wyraził zgodę na taką zmianę, wykonawca wykonał pracę. Jednakże zeznania te nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

#### **Sąd zważył, co następuje:**

Powództwo z uwagi na brak po stronie powoda legitymacji czynnej zostało oddalone.

Powód realizując zamówienie publiczne „Budowa obwodnicy miasta S.” nie działał sam, lecz wspólnie z (...) Sp. z o.o. w L. – spółki te zawarły na potrzebę wzięcia udziału w przetargu i na wypadek wybrania ich oferty jako najkorzystniejszej do realizacji projektu umowę konsorcjum – okoliczność ta miała kluczowe znaczenia dla ustalenia, kto winien wystąpić z żądaniem zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace.

Możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wprost przewiduje art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp). Art. 23 pzp nie posługuje się określeniem „konsorcjum”, umowa konsorcjum nie została też w żaden sposób uregulowana w prawie polskim, lecz dopuszczalność jej zawarcia nie budzi żadnych wątpliwości w ramach swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego przewidzianej w art. 353<sup>1</sup> k.c. Najogólniej określa się ją jako umowę zawieraną przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia określonego celu gospodarczego, którym w pierwszej kolejności jest uzyskanie zamówienia publicznego, następnie zawarcie umowy o jego wykonanie oraz osiągnięcie pewnego zysku w wyniku wykonania zawartej umowy (tak: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 września 2008 roku w sprawie III CSK 119/08, LEX nr 513248, Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 23 maja 2012 roku w sprawie V ACa 216/12, LEX nr 1217701). Właśnie z uwagi na ten „wspólny cel gospodarczy” umowa konsorcjum porównywana jest do umowy spółki cywilnej (art. 860 k.c.), z tą różnicą, że działanie poszczególnych konsorcjantów nie przybiera formy wnoszenia wkładów, więc nie powstaje wspólny majątek konsorcjum, dodatkowo art. 23 ust. 2 pzp w sposób odmienny niż w przypadku spółki cywilnej kształtuje sposób reprezentacji – uczestnicy konsorcjum mają obowiązek ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z reguły konsorcjum tworzone będzie na potrzeby wspólnej realizacji jednorazowego przedsięwzięcia, tymczasem spółka cywilna z założenia ma charakter bardziej trwały, nie ograniczając swojego istnienia do jednego przedsięwzięcia. Konsorcjum nie jest żadnym odrębnym podmiotem, nie posiada osobowości prawnej ani zdolności sądowej – członkowie konsorcjum zachowują swoją odrębność prawną, zdolność sądową. Organizacja wewnętrzna konsorcjum pozostawiona jest jej uczestnikom z wykorzystaniem wszelkich możliwości dyspozytywnej regulacji cywilnoprawnej. Najczęściej jeden z uczestników spełnia rolę wiodącą tzw. lider i to on – we wszystkich lub najważniejszych sprawach – w sposób wiążący pozostałych konsorcjantów występuje wobec zamawiającego (jest pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – art. 23 ust. 2 pzp). Uczestnicy konsorcjum mogą kształtować wewnętrzne zasady odpowiedzialności za wykonanie zobowiązań. Stosunek prawny łączący uczestników konsorcjum jest skuteczny jedynie dla stron (inter partes) i nie rodzi żadnych skutków prawnych wobec osób trzecich, w tym również zamawiającego. Podział między poszczególnymi wykonawcami zakresu umowy wskazujący, jakie części zamówienia winien wykonać każdy z nich w żadnym stopniu nie wiążą zamawiającego (tak: Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny Odwoławczy w wyroku z sprawie VI ACa 1152/08).

Prawo zamówień publicznych nie definiuje „wykonawcy wielopodmiotowego”, lecz wykonawcę, którym jest osoba fizyczna, osoba prawa lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zatem uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub stroną postępowania sądowego związanego z realizacją zamówienia publicznego nie jest ani konsorcjum, ani lider konsorcjum, lecz podmioty tworzące konsorcjum. To nie konsorcjant, lecz wykonawcy wspólnie realizujący zamówienie publiczne stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków stąd wynikających. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, wspólnie je realizujący w oparciu o łączącą ich umowę konsorcjum są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym o zapłatę wynagrodzenia, nie ma natomiast takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym nawet lider konsorcjum (tak: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 października 2011 roku w sprawie V CSK 475/10, LEX nr 1108492).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że (...) Sp. z o.o. w W. oraz (...) Sp. z o.o. w L. zawierając w dniu 15 maja 2008 roku umowę konsorcjum zdecydowały się wspólnie przygotować i złożyć w GDDKiA ofertę przetargową w przetargu nieograniczonym „Budowa obwodnicy miasta S.” i jeśli postępowanie przetargowe zakończy się przyznaniem im kontraktu i zawarciem umowy przez partnerów z zamawiającym wspólnie wykonać roboty zgodnie z zawartą umową konsorcjum (k. 325-344). Strony określiły warunki wzajemnej współpracy

w ramach zawiązanych stosunków wewnętrznych – podzieliły między siebie zakres robót objętych kontraktem (60 % wartości kontraktu dla (...) Sp. z o.o.w W., a 40 % wartości kontraktu dla (...) Sp. z o.o.w L.– podział ten został sprecyzowany poprzez wskazanie wykonawcy poszczególnych prac w porozumieniu wykonawczym), ustanowiły liderem i pełnomocnikiem konsorcjum na czas przetargu i realizacji kontraktu (...) Sp. z o.o.w W., lider został upoważniony do wykonywania wszelkich czynności w postępowaniu przetargowym, a w szczególności: podpisania oferty, wszystkich załączników i dokumentów towarzyszących oraz do złożenia dokumentów zamawiającemu, składania w toku postępowania wszelkich oświadczeń i dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa, w tym poświadczania kopii dokumentów za zgodność z oryginałem, zadawania pytań, składania wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz dokumentów składanych w postępowaniu oraz do prowadzenia korespondencji związanej z postępowaniem, wnoszenia w imieniu wykonawcy wszelkich środków ochrony prawnej (protestów, odwołań i skarg), jak również złożenia oświadczenia o przyłączeniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestów przez innych wykonawców oraz do przystąpienia do postępowań odwoławczych, reprezentowania na posiedzeniach i na rozprawach pod Krajową Izbą Odwoławczą oraz przed Sądami Okręgowymi, wniesienia wadium w postępowaniu. W przypadku przyznania kontraktu partner upoważnił lidera do: podpisania za oraz w imieniu partnera umowy z zamawiającym wraz ze wszystkimi aneksami na realizację projektu oraz innych umów związanych z realizacją umowy z zamawiającym, w szczególności umów na roboty budowlane, nawet gdy ich pozyskanie przeprowadzone było w odrębnych postępowaniach w ramach regulacji Prawa zamówień publicznych, treść aneksów oraz innych umów winna być wcześniej uzgodniona z partnerem, bieżącego analizowania wykonania kontraktu i rozstrzygania problemów związanych z jego realizacją, reprezentowania partnera wobec zamawiającego i inżyniera oraz ich personelu w ramach realizacji zamówienia w tym: m.in. do prowadzenia korespondencji z zamawiającym i inżynierem, otrzymywania instrukcji i zaleceń na rzecz oraz w imieniu wszystkich i każdego z partnerów, koordynowania robót prowadzonych przez partnera, z tym, że za podwykonawców poddostawców zatrudnionych przez partnera, partner odpowiada i koordynuje ich prace we własnym zakresie, przekazywania zamawiającemu wniosków i dokumentów przekazywanych przez partnera w oparciu o warunki kontraktu, występowania w imieniu i na rzecz partnera w sprawach ewentualnych robót dodatkowych i zamiennych, rozliczenia z zamawiającym robót wykonanych przez partnera oraz do przyjmowania płatności dokonywanych przez zamawiającego na podstawie faktur wystawianych przez lidera konsorcjum za roboty wykonane przez partnerów (pkt 3). Rozliczanie i fakturowanie wykonanych robót z zamawiającym miało być dokonywane przez lidera konsorcjum, na podstawie dostarczanych przez partnera wszelkich informacji i materiałów niezbędnych do ich wystawienia oraz dokumentujących postęp prac, zgodnie z umową z zamawiającym i wzorami dokumentów rozliczeniowych przekazanych przez zamawiającego, zamawiający miał dokonywać płatności na rachunek bankowy lidera konsorcjum, a następnie lider po otrzymaniu płatności od zamawiającego dokonywał płatności za wykonane roboty na podstawie faktur VAT wystawionych przez partnera (pkt (...)).

Z porozumienia wykonawczego wynika, że zabezpieczenie akustyczne wykonać miał powód i jemu też przysługiwać miała wynagrodzenie w wysokości 5 527 305,35 złotych (k. 342).

Z umowy nr (...)w przedmiocie wykonania robót budowlanych w ramach projektu „Budowa obwodnicy miasta S.” jednoznacznie wynika, że zamawiający zobowiązany był wypłacić należne wynagrodzenie wykonawcy, czyli (...) Sp. z o.o.w W.i (...) Sp. z o.o. w L.. Tym samym treść umowy nie pozwala uznać, aby zgodnym zamiarem stron umowy było ustanowienie solidarności wykonawców w zakresie należnego im wynagrodzenia.

Podział prac w porozumieniu wykonawczym – przyznanie do wykonania prac w zakresie ekranów akustycznych i należnego z tego tytułu wynagrodzenia wyłącznie S. Sp. o.o. w W. nie wywoływało żadnego skutku dla zamawiającego, od którego powód powołując się właśnie na wykonywanie tych prac w ramach realizacji zamówienia „Budowa obwodnicy miasta S.” domaga się zapłaty wynagrodzenia, czyli świadczenia pieniężnego, które zawsze jest świadczeniem podzielnym, czyli zgodnie z art. 379 § 1 k.c. dług zamawiającego dzieliłby się na tyle niezależnych części ilu jest wierzycieli – skoro powód wspólnie z (...) Sp. z o.o. realizował zamówienie publiczne, wspólnie też winni dochodzić należnego z tego tytułu wynagrodzenia. Porozumienie wykonawcze przyznające poszczególne prace i należne z tego tytułu wynagrodzenie pomiędzy wykonawcami ma znaczenia jedynie do ich wzajemnych rozliczeń.



Okoliczność, że powód był liderem konsorcjum, w tym również uprawnionym do prowadzenia rozliczeń z zamawiającym nie skutkowało uzyskaniem przez powoda uprawnienia do samodzielnego dochodzenia od zamawiającego należnego wynagrodzenia.

Skoro w niniejszej sprawie powód nie wystąpił także w imieniu drugiego wykonawcy, jako jego pełnomocnik (choć nie było ku temu przeszkód), lecz w imieniu własnym, nie był podmiotem legitymowanym do dochodzenia zwrotu wadium.

W ocenie Sądu w niniejszej sprawie nie zaistniały okoliczności z art. 195 k.p.c. obligujące Sąd do wezwania strony powodowej do wskazania osób nie biorących udziału w sprawie (w niniejszej sprawie drugiego członka konsorcjum), gdyż łączny udział (...) Sp. z o.o. w P.i (...) Sp. z o.o. w L. po stronie powodowej nie był konieczny.

Według art. 195 § 1 k.p.c. współuczestnictwo konieczne po stronie powodowej zachodzi wtedy, gdy legitymacja czynna przysługuje nie każdemu z powodów oddzielnie, ale wszystkim łącznie, z takim skutkiem, że każdemu działającemu oddzielnie można zarzucić brak pełnej legitymacji procesowej, co w konsekwencji prowadzi do oddalenia powództwa. Kodeks postępowania cywilnego nie określa, kiedy "łączny udział w sprawie jest konieczny", gdyż przypadki współuczestnictwa koniecznego powstają na tle konkretnej sytuacji prawnej. W nauce - a także w orzecznictwie (por. motywy wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 października 1975 r., III CRN 288/75, OSNCP 1976/10 poz. 211) - nie budzi jednak wątpliwości fakt, że współuczestnictwo konieczne może powstać, gdy z przepisu ustawy lub z istoty spornego stosunku prawnego wynika, że w charakterze strony musi występować kilka osób. Współuczestnictwo konieczne powstaje zatem wtedy, gdy sytuacja prawna kilku osób jest jednakowa w stosunku do treści żądania powództwa, a przepis szczególny nie udziela samodzielnej legitymacji procesowej każdej z tych osób lub niektórej z nich (tak: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 lipca 1999 roku w sprawie II CK 395/98, LEX nr 78411, wyrok z dnia 11 marca 2005 roku w sprawie II CK 487/04, LEX nr 603410).

O ile z uwagi na fakt wspólnego ubiegania się do udzielenia zamówienia publicznego i wspólnego wykonania umowy nr (...) Sp. z o.o. w P.i (...) Sp. z o.o. w L. mogą tylko łącznie domagać się zapłaty, jednakże brak jest podstaw do uznania, że sytuacja każdego z uczestników konsorcjum jest jednakowa w stosunku do treści żądania powództwa – tym samym nie zaistniały tutaj warunki współuczestnictwa koniecznego z art. 195 § 1 k.p.c.

Stwierdzenie, że powód nie jest upoważniony do samodzielnego dochodzenia w niniejszym postępowaniu sądowym zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace skutkowało brakiem podstaw do merytorycznej oceny roszczenia zgłoszonego przez powoda, gdyż nawet ustalenie, że roszczenie to było zasadne nie pozwalałoby na jego uwzględnienie i zasądzenie na rzecz powoda z uwagi na brak po jego stronie legitymacji czynnej.

Niezależnie od tego zwrócić należy uwagę, że roszczenie powoda byłoby również niezasadne pod względem merytorycznym. Strony umówiły się na cenę ryczałtową, co nie oznacza w ocenie Sądu orzekającego, że w ramach tej samej ceny wykonawca może wykonać roboty o mniejszej wartości. Skoro inwestor złożył zamówienie na ekrany z wypełnieniem cementowym, a w ofercie wykonawcy nie wskazano sposobu wypełnienia, to oznaczałoby, że cena za ekrany z wypełnieniem obejmuje cenę za ekrany z wypełnieniem cementowym. Inwestor w okresie składania ofert przewidział możliwość zastosowania innego wypełnienia i w trakcie realizacji inwestycji zrealizował obietnicę-podjął rozmowy w kierunku decyzji o sposobie wypełnienia. Zgodził się na propozycję wykonawcy, by zastosować wypełnienie inne niż cementowe, ale swoją zgodę uzależnił od odkrycia ceny. Tymczasem wykonawca nie dokonał takiego odkrycia ceny, stojąc na stanowisku, że nie istnieje taka potrzeba ale zamontował ekrany w wypełnieniu innym niż cementowe, czyli innym, niż w zamówieniu inwestora. Różnica w cenie takich ekranów z wypełnieniem była zasadnicza, dlatego inwestor zapłacił jedynie za cenę ekranów z wypełnieniem aluminiowym, a powód w niniejszym postępowaniu skutecznie nie wykazał, by wyplacona kwota była zaniżona.

Skoro na etapie podejmowania decyzji o sposobie wypełnienia powstał pomiędzy stronami spór, czy wypełnienie aluminiowe będzie wg ceny z umowy czy po odkryciu ceny, to wykonawca dla zabezpieczenia swoich interesów winien

podjąć stosowne kroki prawne albo zdecydować o zastosowaniu wypełnienia betonowego, skoro brak było zgody inwestora na zastosowanie dotychczasowej ceny przy wypełnieniu aluminiowym.

Dlatego z przyczyn merytorycznym powództwo podlegałoby również oddaleniu.

Konsekwencją rozstrzygnięcia w przedmiocie żądania pozwu było rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów procesu.

Oddalenie powództwa skutkowało obciążeniem strony powodowej, jako strony przegrywającej kosztami procesu na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. – koszty te obejmowały: koszty sądowe poniesione tymczasowo przez Skarb Państwa w postaci zwrotu kosztów dojazdu do Sądu świadkom (468 złotych) oraz koszty zastępstwa prawnego strony pozwanej.

Sąd zasądził od powódki na rzecz Skarbu Państwa – Kasy Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 468 złotych tytułem nieuiszczonych wydatków.

Powołując się na art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 roku o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa Sąd zasądził na rzecz wykonującej zastępstwo procesowe pozwanego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 7 200 złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego (kwota wyliczona zgodnie z § 6 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu).

Sąd z urzędu na podstawie art. 84 w zw. z art. 80 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych zwrócił stronie pozwanej kwotę 3 000 złotych – zaliczkę wpłaconą przez pozwaną na poczet wynagrodzenia biegłego (k. 564v), mając na uwadze, że ostatecznie uchylono postanowienie o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego (k. 594), czyli zaliczka ta nie została wykorzystana w żadnej części.