

Sygn. akt I ACa 929/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 listopada 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Agnieszka Sołtyka (spr.)
Sędziowie:	SSA Mirosława Gołuńska SSA Artur Kowalewski
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Waclawik

po rozpoznaniu w dniu 26 listopada 2015 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.

przeciwko Gminie Miasto S.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 29 lipca 2015 r., sygn. akt VIII GC 524/14

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. oddala powództwo,

2. zasądza od powódki (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. na rzecz pozwanej Gminy Miasto S. kwotę 7.200 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem kosztów procesu,

II. zasądza od powódki na rzecz pozwanej kwotę 15.832 (piętnaście tysięcy osiemset trzydzieści dwa złote) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA A. Kowalewski SSA A. Sołtyka SSA M. Gołuńska

Sygnatura akt IACa 929/15

UZASADNIENIE

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. wniosła o zasądzenie od pozwanej Gminy Miasta S. kwoty 100.362,98 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 31 lipca 2014 roku oraz o zasądzenie zwrotu

kosztów procesu. Powołała się na umowę zawartą z pozwaną w dniu 21 maja 2014 roku w sprawie wykonania i utrzymania oznakowania pionowego i poziomego miasta S. w latach 2014-2016, zawartą po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznakowanie pionowe i poziome było wykonywane na podstawie protokołów konieczności. Zwróciła uwagę na załącznik nr 1A do umowy, zawierający opis robót, jednostki miary i orientacyjny obmiar poszczególnych pozycji (zakres rzeczowy), cenę jednostkową oraz wartość poszczególnych pozycji (zakres finansowy). Sprecyzowała, że roszczenie obejmuje wykonanie prac związanych z oznakowaniem pionowym z materiałów zamawiającego w związku z organizacją (...) w dniach od 6 do 16 czerwca 2014 roku, w sytuacji, gdy pozwana zapłaciła powódce tylko za dni 6 i 16 czerwca 2014 roku, a na podstawie kolejnego protokołu konieczności w dniach 12-16 czerwca 2014 roku, w sytuacji, gdy pozwana zapłaciła powódce tylko za dzień 12 i 16 czerwca. Zdaniem powódki nie było możliwe zrealizowanie zadania według takiego sprecyzowania czasu jego wykonywania. Możliwe było natomiast ograniczenie zadania o niektóre pozycje oznakowania, albo rezygnacja z powierzenia wykonania i utrzymania oznakowania niektórych przedsięwzięć wymagających czasowej organizacji ruchu.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym pozwana wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od powódki zwrotu kosztów procesu. Pozwana przyznała, że zawarła z powódką umowę wskazaną w pozwie po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powołała się na § 1 ust. 4 i 5 tej umowy, pozwalające jej zdaniem na ograniczenie przedmiotu umowy w stosunku do zakresu określonego w SIZW, zaś wykonawca nie miał dochodzić w związku z tym roszczeń finansowych. Wskazała też na treść uwagi zawartej w załączniku nr 1A do umowy, że podany w nim obmiar jest orientacyjny i nie stanowi o wielkości zlecenia. Pozwana podniosła też, że nadzór nad jej znakami wykonywali w dniach 7-15 czerwca 2014 roku pracownicy jednostki pozwanej – Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego. Pozwana przyznała, że nadzór nad znakami powódki był wykonywany przez jej pracowników.

W toku procesu powódka rozszerzyła pozew o roszczenie zapłaty kwoty 108.261,49 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 25 września 2014 roku. Roszczeniem tym objęła wynagrodzenie za wykonanie usług objętych umową z dnia 21 maja 2014 roku, związanych z inną imprezą masową – (...)

Pozwana zanegowała również to roszczenie powódki, powtarzając argumentację odnoszącą się do jej rozumienia umowy stron z dnia 21 maja 2014 roku.

Sąd Okręgowy wskazał, że niespornym pomiędzy stronami było, że umowa z dnia 21 maja 2014 roku została zawarta w trybie udzielenia zamówienia publicznego, po przeprowadzeniu przetargu i obejmuje lata 2014-2016. Również w poprzednich okresach powódka wykonywała analogiczne usługi na podstawie umów zawartych w tym samym trybie. Na podstawie tych umów powódka wykonywała montaż, demontaż i utrzymanie oznakowania z własnych materiałów i wystawiała faktury za cały czas trwania czasowej organizacji ruchu, zaś pozwana płaciła w całości kwoty z tych faktur. Przed zawarciem obecnie obowiązującej umowy pomiędzy stronami pozwana zakupiła od powódki niektóre oznakowania stosowane przy tymczasowych organizacjach ruchu. Znaki te są przechowywane w magazynie powódki i montowane oraz demontowane przez powódkę w czasie trwania imprez, w związku z którymi następuje czasowa organizacja ruchu w S..

Wyrokiem z dnia 29 lipca 2015 roku Sąd Okręgowy w Szczecinie zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 208.624,47 złotych z ustawowymi odsetkami od kwot: 100.362,98 złotych od dnia 31 lipca 2014 roku, a od 108.261,49 złotych od dnia 26 września 2014 roku oraz zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 17.650 złotych tytułem kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny;

Pozwana Gmina Miasto S., działając przez swoją jednostkę – Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego, przeprowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie i utrzymanie oznakowania pionowego i poziomego na ulicach miasta S. w latach 2014-2016”. W ramach tego postępowania przedstawiła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, w której wskazano, że zakres zamówienia na oznakowanie pionowe i oznakowanie poziome obejmuje wskazane elementy oznakowania, ich montaż, kierowanie ruchem poprzez brygady robocze o określonej

ilości osób i należywym przeszkoleniu wyrażonym odpowiednim zaświadczeniem co najmniej jednej osoby, a przy oznakowaniu pionowym również utrzymywanie telefonicznego pogotowia awaryjnego. Załącznik 1A wskazywał elementy znaków, ich montaż, demontaż, wymianę, mycie, ustawianie, poprawianie, przewieszanie, przestawianie, prostowanie, a niektórych również malowanie. W zakresie oznakowania tymczasowego załącznik ten obejmował wynajem elementów znaków, ustawianie i demontaż. W zakresie ustawiania znaków drogowych z materiału zamawiającego załącznik ten obejmował wdrażanie tymczasowej organizacji ruchu, utrzymanie montaż i demontaż poszczególnych elementów oznakowania. W załączniku tym wskazano, że podany w kolumnie 4 obmiar wskazujący na ilość sztuk poszczególnych znaków i ich elementów jest orientacyjny i nie stanowi o wielkości zamówienia.

Po wyborze oferty powódka strony zawarły w dniu 21 maja 2014 roku umowę, w której pozwana, jako zamawiający, zleciła powódce, jako wykonawcy, zadanie polegające na wykonaniu i utrzymaniu oznakowania pionowego i poziomego ulic miasta S. w latach 2014-2016 (§ 1 ust. 1). Wskazano, że szczegółowy zakres rzeczowy czynności składających się na przedmiotu umowy określony został w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiącej integralną część umowy oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót (§ 1 ust. 2). Zakres prac do wykonania miał być każdorazowo określany protokołami konieczności (§ 1 ust. 4c). W umowie zapisano, że zamawiający jest uprawniony do ograniczenia przedmiotu umowy w stosunku do zakresu określonego w SIZW, a w przypadku zlecenia mniejszej ilości prac wykonawca nie miał dochodzić roszczeń finansowych od zamawiającego z tego tytułu (§1 ust. 5). Oferta stanowiła integralną część umowy.

W toku postępowania powódka skierowała do pozwanej pytania, w tym między innymi pytanie o informację na temat zakładanej liczby projektów tymczasowej organizacji ruchu w latach 2014-2016, które mają być obsłużone elementami znaków drogowych należącymi do zamawiającego. Powódka wskazała, że informacja ta jest potrzebna w celu prawidłowego skalkulowania oferty. Pozwana oświadczyła, że nie ma informacji o projektach czasowych organizacji ruchu w latach 2014-2016.

Do umowy dołączono załącznik 1A, odpowiadający załącznikowi do SIZW o tym samym oznaczeniu, przy czym ze wskazanymi w kolumnie 5 cenami jednostkowymi, a w kolumnie 6 wartościami zamówienia w tych pozycjach.

Ustalił Sąd Okręgowy, że również poprzednia umowa stron, z dnia 28 grudnia 2011 roku, zawierała postanowienie o treści tożsamej z przepisem § 1 ust. 5 umowy z dnia 21 maja 2014 roku, w tej samej jednostce redakcyjnej. Także załącznik do tej umowy, zawierający obmiary, wskazywał, że obmiary są orientacyjne i nie stanowią o wielkości zamówienia.

W dniu 6 czerwca 2014 roku pozwana przedstawiła powódce protokoły konieczności na wykonanie robót związanych z utrzymaniem ulic w zakresie oznakowania pionowego w związku z organizacją (...). Montaż oznakowania obejmował ulice wymienione w decyzjach Prezydenta Miasta S. z dnia 4 czerwca 2014 roku i 6 czerwca 2014 roku o zatwierdzeniu czasowej organizacji ruchu.

Powódka złożyła pisemne zastrzeżenia, co do wpisu w kolumnie „data wykonania” obejmującego wskazanie, że płatność będzie dokonana za 1 dobę. Podniosła, że zakres zadania zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia obejmuje: odbiór materiałów z miejsca wskazanego przez zamawiającego na podstawie protokołu przekazania, dowóz na miejsce wykonania pracy tymczasowej organizacji ruchu, ustawienie i nadzór (3 x na dobę co 8 godzin) tymczasowego oznakowania robót celem zapewnienia bezpieczeństwa pracowników i użytkowników dróg, zwrot pobranych materiałów do miejsca wskazanego przez zamawiającego na podstawie protokołów odbioru, w związku z powyższym wskazanie jako daty wykonania tylko jednego dnia nie znajduje podstawy w umowie, zwłaszcza że wykonawca nie jest zwolniony z obowiązku nadzoru nad wykonaną tymczasową organizacją ruchu od czasu jej wdrożenia do czasu jej demontażu.

Pozwana odpowiedziała, że protokołami konieczności powierzyła określoną ilość dób robót określonych w pozycjach 163 i następnym załącznika nr 1A do umowy jako utrzymanie, montaż i demontaż, zgodnie z wyceną właśnie za 1

dobę. Powołała się też na wynikające z § 1 ust. 5 umowy prawo do ograniczenia przedmiotu zamówienia w stosunku do zakresu określonego w SIZW.

Pismem z dnia 16 czerwca 2014 roku powódka ponowiła swoje stanowisko co do interpretacji przedmiotu zamówienia i stwierdziła, że zamawiający nie jest uprawniony do wyłączenia nadzoru nad znakami od czasu ich montażu do dnia demontażu. Powódka zgłosiła prace dotyczące czynności wykonania i utrzymania czasowej organizacji ruchu w czasie (...) 2014 roku. Wobec braku reakcji pozwanej, dokonała jednostronnego odbioru w zakresie oznakowania z materiału zamawiającego. Wykonała też obmiary powykonawcze i sporządziła kosztorysy powykonawcze. Na tej podstawie powódka wystawiła fakturę z dnia 30.06.2014 roku na kwotę 100.362,98 złotych z terminem płatności do dnia 30 lipca 2014 roku. Pozwana odmówiła zapłaty pismem z dnia 15 lipca 2014 roku. Pozwana odebrała prace w zakresie oznakowania tymczasowego na (...) z materiału zamawiającego, z powołaniem się na książkę obmiarów. Pozwana uregulowała jedynie kwotę na podstawie faktury nr (...).

W dniach 30 lipca – 7 sierpnia 2014 roku pozwana skierowała do powódki protokoły konieczności dotyczące wykonania robót związanych z utrzymaniem ulic w zakresie oznakowania pionowego w związku z imprezą masową pod nazwą (...) 2014. Nastąpiło to w związku z zatwierdzeniem przez Prezydenta Miasta S. w dniu 30 lipca 2014 roku czasowej organizacji ruchu w dniach 8-10 sierpnia 2014 roku Pismem z dnia 31 lipca 2014 roku powódka oświadczyła, że przyjmuje zlecone prace jednak z zastrzeżeniami szerzej opisanymi w jej pismach z dnia 6, 10 i 16 czerwca 2014. W piśmie z dnia 1 sierpnia 2014 roku powódka podniosła sprzeczność protokołów konieczności z § 1 ust. 4 umowy stron.

Powódka zgłosiła do odbioru oznakowanie pionowe w dniu 8 sierpnia 2014 roku. Z uwagi na brak reakcji na to zgłoszenie powódka dokonała jednostronnego odbioru robót drogowych w dniu 25 sierpnia 2014 roku wraz obmiarami powykonawczymi i kosztorysami powykonawczymi. Stały się one podstawą do wystawienia faktury na kwotę 108.261,49 złotych. Pozwana oświadczyła w piśmie do powódki z dnia 8 września 2014 roku, że faktura ta została wystawiona bezpodstawnie i w związku z tym nie zostanie zapłacona. Podniosła, że fakturę wystawiono za czynności, które nie zostały powódce zlecone.

Z udziałem przedstawiciela pozwanej sporządzono protokół odbioru końcowego robót wykonanych przez powódkę w miesiącu sierpniu 2014 z obmiarami powykonawczymi i kosztorysami powykonawczymi zatwierdzonymi przez pozwaną. Było to podstawą do wystawienia faktury na kwotę 80.563,75 złotych.

W związku ze stanowiskiem pozwanej powódka wystawiała przy robotach wykonanych w związku z wymienionymi wyżej imprezami faktury, które były niesporne oraz faktury na czynności, które polegały na utrzymaniu oznakowania pionowego z materiałów zamawiającego w dniach pomiędzy dniami montażu i dniami demontażu oznakowania. Oznakowanie to było wykonane zarówno z elementów powódki, jak i z elementów pozwanej, magazynowanych przez powódkę. Niekiedy na jednym stojaku znajdowały się elementy oznakowania należące do powódki i elementy oznakowania należące do pozwanej. Przeglądu oznakowania w poszczególnych dniach dokonywali pracownicy powódki i pracownicy pozwanej. Powódka była odpowiedzialna za odbieranie zgłoszeń o wadliwości lub uszkodzeniu oznakowania oraz reagowania na te zgłoszenia.

Po dokonaniu takich ustaleń Sąd uznał, że powództwo jest uzasadnione.

Stwierdził, że strony powoływały się na umowę z dnia 21 maja 2014 roku, której nie nazwały, natomiast jej przedmiot określiły jako „zadanie polegające na wykonaniu i utrzymaniu oznakowania pionowego i poziomego ulic miasta S. w latach 2014-2016”.

Sąd wskazał, że w niniejszej sprawie kwalifikacja umowy stron nie miała decydującego znaczenia, a można stwierdzić, że powódka świadczyła pozwanej usługi, które miały prowadzić do konkretnego rezultatu, a więc montażu i utrzymania oznakowania pionowego i poziomego, między innymi w ramach czasowej organizacji ruchu. Sąd I instancji przypomniał, że roszczenie powódki zostało skonkretyzowane w ten sposób, że odnosiło się do czynności obejmujących utrzymanie oznakowania pionowego z materiałów pozwanej w okresie pomiędzy pierwszym i ostatnim

dniem (z wyłączeniem tych dni) trwania tymczasowej organizacji ruchu podczas dwóch masowych imprez w 2014 roku – (...) i (...).

Sąd meriti zwrócił uwagę na to, strony nie toczyły sporu co do wartości tych czynności zgodnie z ofertą powódki, natomiast spór ogniskował się wokół kwestii, czy w świetle umowy stron, zawartej w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pozwana może ograniczyć zakres zamówienia protokołami konieczności w ten sposób, że wyłączy utrzymanie montowanego przez nią oznakowania z elementów należących do pozwanej.

Sąd stwierdził, że strony zawarły umowę w trybie określonym ustawą z dnia 29 stycznia 2004 roku –Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2013. 907, ze zm.). Wskazał, że zawarcie umowy na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzedzone jest ogłoszeniem zamawiającego, to zaś oznacza, że określenie przedmiotu umowy spoczywa na zamawiającym w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, przy czym zwykle – bez możliwości negocjowania postanowień umowy przez wykonawcę zamówienia. Z tego względu na zamawiającym spoczywa ciężar odpowiedzialności za treść zamówienia. Zgodnie z art. 29 ust. 1 powołanej ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Potencjalny wykonawca ma mieć możliwość zapoznania się z tym opisem w taki sposób, by mieć swobodę podjęcia decyzji, czy ukształtowany w oparciu o ogłoszenia o zamówieniu stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę.

Sąd I instancji zauważył, że potencjalny wykonawca powinien otrzymać opis przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W tym kontekście wskazał, że pozwana nie wskazała w opisie przedmiotu zamówienia, że pewne elementy składające się na ten przedmiot (sprecyzowany jako wykonanie i utrzymanie oznakowania pionowego i poziomego), mogą być z niego wyłączone. Wskazał w związku z tym Sąd na odpowiedź na pytanie 6 spośród pytań zadanych przez powódkę pozwanej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pytanie to odnosiło się do zakładanej liczby projektów tymczasowej organizacji ruchu w latach 2014-2016, mających być obsługiwane z elementów zamawiającego. Zamawiający stwierdził, że nie posiada informacji o projektach czasowej organizacji ruchu w latach 2014-2016.

Sąd podkreślił, że pozwana nie tylko nie podała liczby przewidywanych projektów, ale też czasu trwania poszczególnych przedsięwzięć wymagających tymczasowej organizacji ruchu. Nie wskazała również zakresu ilościowego użycia elementów zamawiającego, ani też nie podała informacji, że zlecenie nie będzie obejmować utrzymania oznakowania tymczasowej organizacji ruchu w czasie jego trwania.

Tym samym w ocenie Sądu I instancji pozwana uniemożliwiła powódce sporządzenie dokładnej oferty cenowej, nie tylko poprzez niewiedzę o przewidywanej ilości projektów, ale i co do zakresu zastosowania oznakowania z materiałów pozwanej, a zwłaszcza poprzez pominięcie informacji, że jeden z elementów przedmiotu zamówienia – utrzymanie oznakowania, będzie wyłączony w niektórych dniach trwania tymczasowej organizacji ruchu.

Sąd Okręgowy podniósł, że podstawowym dokumentem, przedstawianym w treści ogłoszenia o zamówieniu, jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Przez jej udostępnienie jest ona wiążąca dla zamawiającego, co odpowiada treści art. 70¹ § 4 k.c. w zw. z art. 14 ustawy – Prawo zamówień publicznych. W świetle art. 29 ust. 1 powołanej ustawy, opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ ma zawierać wszystkie, a nie tylko podstawowe, warunki i przedmiot zamawianego świadczenia. Zamawiający ma też wskazać sposób, w jaki będzie oceniał spełnianie postawionych przez niego warunków.

Sąd I instancji stwierdził, że SIWZ przedstawiony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego strony zawarły umowę z dnia 21 maja 2014 roku, nie zawierał informacji o możliwości ograniczenia przedmiotu zamówienia określonego jako wykonanie i utrzymanie oznakowania. Dlatego Sąd przyznał rację stronie powodowej, że postanowienie o możliwości zlecenia mniejszej ilości prac (§ 1 ust. 5 umowy), powinno być rozumiane jako dające prawo do ograniczenia ilościowego, polegającego na powierzeniu wykonania i utrzymania oznakowania

tylko na części ulic objętych tymczasową organizacją ruchu, albo wyłączenia zleceń powódce obsługi niektórych imprez wymagających takiej tymczasowej organizacji.

W ocenie Sądu tłumaczenie pozwanej, że zmierzała do ograniczenia wydatkowania środków publicznych i w tym celu zakupiła własne oznakowanie oraz pojazdy do wykonywania nadzoru nad oznakowaniem własnymi siłami, nie wskazywało na dopuszczalność ograniczenia przedmiotu zamówienia według jego opisu obejmującego zespół czynności składających się na ten przedmiot. Takie ograniczenie, jakiego dokonała pozwana, w ocenie Sądu musi być rozumiane jako zmiana przedmiotu zamówienia w stosunku do jego opisu określonego w dokumentach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Sąd zauważył także, że ograniczenie przedmiotu zamówienia w sposób rozumiany przez pozwaną byłoby niewykonalne. Wskazał, że to powódka dowoziła i montowała oznakowanie, niezależnie od tego, czy z własnych elementów, czy z magazynowanych przez nią elementów pozwanej. Montowała też elementy oznakowania pionowego z własnych materiałów. Wskazał, że pozwana przyznała, że zleceniem objęte było utrzymanie oznakowania z własnych elementów powódki. W takiej sytuacji niewykonalnym było rozdzielanie nadzorów nad częścią oznakowania z elementów powódki i nad częścią oznakowania z elementów pozwanej. W tym zakresie sąd zauważył, że nawet z zeznań świadków wnioskowanych przez pozwaną wynikało, że znaki powódki i pozwanej niekiedy były umieszczane na jednym słupku. Sąd uznał, że okoliczność, że oznakowania doglądali też pracownicy pozwanej, nie wyłącza prawa powódki do otrzymania wynagrodzenia za wykonania przedmiotu umowy zgodnie z jego opisem przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zauważył Sąd, że powódka była odpowiedzialna za odbieranie sygnałów o uszkodzeniach lub usterkach oznakowania, niezależnie od tego, z których elementów zostało ono wykonane, miała też obowiązek reagowania na te zgłoszenia.

Sąd I instancji uznał, że zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, zakres świadczenia wykonawcy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Stwierdził, że z załącznika nr 1A do SIZW i do umowy z dnia 21 maja 2014 roku wynika, że wycena przedmiotu zamówienia obejmowała elementy oznakowania z czynnościami, które miały go dotyczyć, ze wskazaniem cen jednostkowych. Ograniczenie tak opisanego zakresu świadczenia, w ocenie Sądu meriti stanowiłoby naruszenie powołanego przepisu. Co więcej, gdyby doszło do zmiany umowy z tego względu, albo do niezgodności protokołów konieczności z określonym w umowie przedmiocie zamówienia, to taka zmiana podlegałaby unieważnieniu (art. 140 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych). Sąd podkreślił, że dozwolone są tylko takie zmiany, które zostały przez zamawiającego przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIZW i zostały określone warunki ich dokonania (art. 144 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych).

Podsumowując powyższe Sąd I instancji stwierdził, że umowa w sprawach zamówień publicznych - co do zakresu świadczenia wykonawcy - powinna ściśle odpowiadać treści sporządzonej uprzednio SIWZ i oferty złożonej następnie przez uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy nie może być ani szerszy, ani węższy, niż jego zobowiązania zawarte w ofercie.

Sąd Okręgowy podkreślił, że pozwana musi ponieść konsekwencje niejednoznaczności, czy niepełności sformułowań SIZW w tych postanowieniach, które zakładają zmniejszenie ilości prac. W ocenie Sądu powinno to być oczywiste w sytuacji, gdy to zamawiający jest wyłącznym autorem ogłoszenia i wszystkich jego elementów. Wskazał Sąd, że zapisami SIZW związany jest nie tylko wykonawca, ale przede wszystkim zamawiający. Tym samym zamawiający jest pozbawiony możliwości stosowania rygorystycznej interpretacji niejasnych lub niepełnych postanowień SIZW w sytuacji, gdy jest ich wyłącznym autorem.

Końcowo Sąd I instancji stwierdził, że powódka wykonała i utrzymywała oznakowanie pionowe w ramach tymczasowej organizacji ruchu podczas imprez: (...) i (...) w 2014 roku przez cały czas ich trwania, a więc również w dobach pomiędzy dniami montażu oznakowania i dniami ich demontażu, toteż należy się jej wynagrodzenie na podstawie faktur dołączonych do pozwu i pisma zawierającego rozszerzenie powództwa. Terminy płatności kwoty z tych faktur

zostały określone w sposób zgodny z umową stron, toteż powódka miała prawo domagać się zasądzenia odsetek od kwot należności głównej od dni następujących od upływu terminów do zapłaty tych kwot.

Uwzględniając powództwo w całości, na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. i art. 98 § 3 w zw. z art. 99 k.p.c. Sąd zasądził od pozwanej na rzecz powódki zwrot kosztów procesu. Na zasądzoną kwotę złożyły się: opłata sądowa w kwocie 10.433 złotych, wynagrodzenie radcowskie według stawek z § 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu – 7.200 złotych oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa – 17 złotych.

Z wyrokiem tym nie zgodziła się pozwana, która zaskarżyła w całości wyrok Sądu Okręgowego, zarzucając:

1) sprzeczność istotnych ustaleń faktycznych Sądu z treścią zebranego materiału dowodowego w sprawie w postaci:

a) przyjęcia, iż w każdej dobie rozliczeniowej imprez kilkudniowych winno być zakontraktowane w charakterze koniunkcji ustawienie i nadzór znaków drogowych w sytuacji, gdy podobnej koniunkcji Sąd nie przyjął w zleceniu usługi montażu i demontażu znaków drogowych w każdej dobie rozliczeniowej, b) ustalenia przez Sąd orientacyjnego obmiaru jednostek za zagwarantowaną umownie liczbę zleconych jednostek usług kontraktowych pomimo wyłącznie informacyjnego i szacunkowego charakteru tych danych, c) ustalenia przez Sąd, że pojęcie umowne jednej doby (jako jednostki rozliczeniowej) nie obowiązuje w wypadku imprez masowych (wydarzeń) obejmujących kilka dób i rozciągnięcie obowiązku kontraktowego na doby pomiędzy dobą montażu i demontażu znaków drogowych poprzez odrębne ich zarachowanie zgodnie z załącznikiem nr 1A - Przedmiar, pomimo wyraźnego braku zleceń ze strony pozwanej,

d) ustalenia przez Sąd, że pozwana zlecała powódce nadzór nad znakami drogowymi pozwanej podczas imprez masowych w 2014 roku, tj. (...) i (...) w dobach, kiedy wyraźnie w Protokołach konieczności nadzór został wyłączony, czyli w dobach, kiedy nadzór (ani żadne inne czynności) nie zostały powódce zlecone,

e) ustalenia, że niemożliwym było rozdzielenie nadzoru nad znakami powódki od nadzoru nad znakami pozwanej,

f) ustalenia, że pozwana dokonała jednostronnie zmiany umowy nr (...) z dnia 21.05.2014 r., podczas gdy w istocie wykonywała ją zgodnie z literalnym brzmieniem zapisów umownych;

2) naruszenie przepisów prawa materialnego, poprzez:

a) naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) w szczególności art. 1, 7, 8, 9, 10, 15 ust. 1, 38, 180, 182 P.z.p. poprzez błędną ich wykładnię, w szczególności w zakresie zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stosownie do umowy zawartej w tym trybie,

b) art. 144 P.z.p. poprzez błędną jego wykładnię polegającą na uznaniu, iż doszło do zmiany postanowień umowy zawartej pomiędzy stronami, podczas gdy w istocie zamawiający wykonywał umowę zgodnie z jej literalnym brzmieniem.

c) art. 56 K.c. poprzez przyjęcie, iż wbrew literalnemu brzmieniu umowy a w szczególności klauzul wyłączających odpowiedzialność Zamawiającego ponad zlecenia wskazane w protokołach konieczności, Wykonawca może domagać się wynagrodzenia także za okres, kiedy nie realizuje żadnych zleceń (prac) między dobą montażu oraz demontażu znaków drogowych, a także może domagać się wynagrodzenia za czynności nie zlecone tj. nadzór nad znakami pozwanej,

d) art. 60 K.c. przez błędną wykładnię polegającą na tym, iż odmowa podpisania protokołu odbioru nie zleconych usług przez Zamawiającego upoważnia Wykonawcę do dokonania odbioru jednostronnego, co zostało uczynione bez stosownego upoważnienia umownego (umowa nie przewidywała możliwości dokonania odbioru jednostronnego), a wobec czego taką czynność należy uznać jako contra legem,

e) art. 65 K.c. poprzez błędne zastosowanie polegające na uznaniu, iż zgodny zamiar stron oraz cel umowy sprowadzał się do uznania, iż pozwana pomimo dysponowania w momencie zawierania umowy własnymi środkami materialnymi w postaci własnych znaków drogowych pionowych jako podmiot organizujący postępowanie przetargowe w rozumieniu Prawa zamówień publicznych miała zamiar realizować umowę (z nowym elementem umownym w postaci własnego oznakowania) w taki sam sposób, jak wykonywana była poprzednia umowa (kiedy pozwana nie posiadała własnego oznakowania) oraz, że chciałaby płacić na zasadzie konsensusu za usługi, których wykonawcy nie zleci,

f) art. 6 K.c. poprzez jego niezastosowanie, albowiem Sąd nie uwzględnił, iż to na powódzie spoczywa obowiązek wykazania, że pozwana zleciła powódce prace, za które powódka domaga się zapłaty, a nie na pozwanej, że tego nie zleciła (choć pozwana dowiodła brak zleceń wyraźnymi zapisami w Protokołach konieczności), a ponadto poprzez nieuwzględnienie, że powódka nie udowodniła, iż niemożliwe było wykonywanie umowy zgodnie ze zleceniami pozwanej,

g) art. 481 § 1 i § 2 k.c. poprzez przyznanie powódce odsetek ustawowych;

3) naruszenie przepisów postępowania mających wpływ na treść wydanego wyroku w postaci:

a) art. 233 K.p.c. poprzez dowolną nie zaś swobodną ocenę materiału dowodowego w sprawie, a w konsekwencji ustalenie stanu faktycznego sprzecznego z zasadami logiki i doświadczenia życiowego wyrażającego się tym, iż:

- niezgodnie z zasadami doświadczenia życiowego przyjęcie, że zainteresowani w sprawie nie są bezstronni, przyznanie zbyt dużego znaczenia dowodowi z zeznań świadka A. B. (prezesa zarządu powodowej spółki) oraz jego współpracownika J. S. (udziałowca powódki) co do treści oraz interpretacji postanowień umownych umowy nr (...) z dnia 21 maja 2014 r., co jest niezgodne z zasadą, iż zeznaniom świadków nie można dać wiary przeciw literalnemu brzmieniu osnowy dokumentu,

- niezgodnie z zasadami logiki Sąd nie wziął pod uwagę w swoich rozważaniach zeznań świadków pozwanej, w tym w szczególności R. U. i A. D. na okoliczność intencji pozwanej przy zawieraniu umowy, faktycznego wykonywania umowy przez obie strony, odbiorów prac, rozumienia postanowień umownych i wyjaśniania ich powódce a także wyraźnych zapisów umowy jak i załączników do umowy stanowiących integralną jej część,

- pominięcie przez Sąd istotnej dla sprawy okoliczności faktycznego niewykonywania przez powódkę umowy (w zakresie dot. oznakowania stanowiącego własność pozwanej) w tzw. środkowych dobach trwania imprez kilkudniowych,

- niezgodnie z zasadami logiki Sąd błędnie ocenił znaczenie Protokołów konieczności z dnia 5 czerwca 2014 r. oraz z dnia 9 czerwca 2014 r. poprzez nie uznanie, iż o zakresie wykonywanych prac każdorazowo decyduje zamawiający poprzez protokół konieczności (tak jak wynika to z zapisu § 1 ust. 4 lit. c umowy), a nie wykonawca;

b) art. 386 § 4 K.p.c. poprzez nie rozpoznanie istoty sprawy, w szczególności poprzez nieustalenie, że możliwe było wykonywanie umowy w sposób, jaki zlecała to pozwana, czyli tylko w konkretnie wskazanych dobach trwania imprez masowych oraz poprzez odmowę przeprowadzenia kluczowego dla sprawy dowodu z uzupełniającego przesłuchania świadka pozwanej w odpowiedzi na mowę końcową powódki, pomimo wniosku pozwanej z dnia 20 lipca 2015 r. o otwarcie rozprawy na nowo, oraz poprzez nie uwzględnienie, że pojawił się nowy, kluczowy dla sprawy, element umowny w stosunku do poprzednich umów, tj. zawarte w Przedmiarze: ustawianie znaków drogowych z materiału zamawiającego,

c) art. 247 K.p.c. poprzez uznanie przez Sąd argumentacji powódki, która interpretuje umowę z dnia 21 maja 2014 r. przeciwko osnowie dokumentu, dowodząc, iż wbrew jasnym zapisom umownym: § 9 ust. 6 - „Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za faktyczne wykonanie zlecenia. Brak zleceń nie daje podstaw do jakichkolwiek roszczeń Wykonawcy do wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 7” oraz § 1 ust. 5 - „Zamawiający uprawniony jest ograniczyć Przedmiot Umowy w stosunku do zakresu określonego w SIWZ. W przypadku zlecenia mniejszej ilości prac

Wykonawca nie będzie dochodził roszczeń finansowych od Zamawiającego z tego tytułu" to nie praca zlecona decyduje o wynagrodzeniu Wykonawcy, ale jego możliwości oraz szacunkowe wyliczenia umowne dotyczące możliwości Zamawiającego,

d) art. 230 K.p.c. poprzez błędne jego zastosowanie polegające na błędnym uznaniu, iż Pozwana nie kwestionowała wysokości roszczenia, a więc uznała roszczenie co do zasady;

Wskazując na te zarzuty apelująca wniosła o: zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Ponadto, na podstawie art. 382 K.p.c. w zw. z art. 241 K.p.c. wniosła o:

- przeprowadzenie dowodu uzupełniającego z przesłuchania świadka R. U. na okoliczność wykazania faktycznego sposobu wykonywania umowy w zakresie oznakowania pozwanej, w szczególności celem wykazania, że pozwana była uprawniona do niezlecenia nadzoru nad swoimi znakami w świetle zapisów umownych i że możliwe było faktyczne rozdzielenie nadzorowania znaków powódki od nadzorowania znaków pozwanej, a jeśli nawet powódka dokonywała nadzoru nad znakami pozwanej w dobach, w których pozwana wyraźnie jej tego nadzoru nie zlecała, to czyniła to pomimo braku zleceń (wręcz wbrew życzeniu pozwanej), uprzedzona o tym, że nie otrzyma za to zapłaty oraz na okoliczność potwierdzenia, że powód nie miał wątpliwości, jak wykonywać umowę, gdyż zarówno pisemnie, jak i ustnie pozwana to powódce tłumaczyła, w szczególności zapisy i sposób rozumienia załącznika nr 1A do umowy w postaci Przedmiaru.

Ewentualnie apelująca wniosła o - uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu wraz z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania za obie instancje.

W uzasadnieniu apelacji pozwana m.in. podniosła, że zgodnie z Przedmiarem, jednostką rozliczeniową (dla której powód skalkulował zryczałtowaną cenę) jest doba (zał. nr 1A do umowy). A zatem za usługi zlecone w poszczególnych dobach (wyraźnie wskazanych w protokołach konieczności) pozwana była zobowiązana powódce zapłacić i to uczyniła. Podkreśliła, że to doba była jednostką rozliczeniową zgodnie z Przedmiarem, a nie impreza. Dlatego w ocenie apelującej bezpodstawne są żądania zapłaty za prace w tych dobach, w których prace powódce nie były zlecone.

Pozwana zarzuciła także, że nie zgadza się ze stanowiskiem Sądu, iż musi ponieść konsekwencje niejednoznaczności, czy niepełności sformułowań SIWZ, podnosząc, że takowe tu nie występowały. Wskazała na fakt, iż w niniejszej sprawie powódka złożyła ofertę i nie zgłaszała żadnych zastrzeżeń ani tym bardziej nie skorzystała z przewidzianych prawem środków ochrony prawnej (odwołanie od treści SIWZ), co jest jednoznaczne z tym, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany przez pozwaną w sposób wystarczająco jasny.

Podkreśliła dalej, że w niniejszym postępowaniu, to powódka usiłuje niejako zmienić treść umowy, która to treść jest jasna i znana jej była na etapie tworzenia oferty cenowej. Dlatego też nie można mówić o wątpliwościach w zakresie interpretacji umowy.

Apelująca zarzuciła także, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy nie może być ani szerszy, ani węższy, niż jego zobowiązanie zawarte w ofercie. Jednakże nie można uznać za dopuszczalną próbę rozszerzenia przez wykonawcę przedmiotu świadczenia. Podkreśliła ponownie, że jednostką rozliczeniową wskazaną w załączniku 1A do umowy była 1 doba, a nie 1 impreza, stąd za chybione uznała twierdzenia powódki, jakoby była ona zobligowana do pełnienia nadzoru nad znakami przez cały czas trwania imprezy.

Apelująca podniosła, że Sąd nie zważył, iż nieekonomicznie byłoby ze strony pozwanej, będącej jednostką dysponującą środkami publicznymi, zlecać wykonawcy zadania, które jest w stanie wykonać samodzielnie i podkreśliła, że w

niniejszym przypadku zadania, za które powód domaga się zapłaty, nie były mu zlecone, a ponadto- wykonali te zadania pracownicy pozwanej, za co ta im zapłaciła.

Zdaniem pozwanej Sąd dopuścił się naruszenia art. 65 K.c. poprzez błędne zastosowanie polegające na uznaniu, iż zgodny zamiar stron oraz cel umowy sprowadzał się do uznania, iż pozwana, pomimo dysponowania w momencie zawierania umowy własnymi środkami materialnymi w postaci własnych znaków drogowych pionowych, jako podmiot organizujący postępowanie przetargowe w rozumieniu Prawa zamówień publicznych, miała zamiar realizować umowę (z nowym elementem umownym w postaci własnego oznakowania) w taki sam sposób, jak wykonywana była poprzednia umowa (kiedy pozwana nie posiadała własnego oznakowania) oraz, że chciałaby płacić na zasadzie konsensusu za usługi, których wykonawcy nie zleciła.

Kolejno skarżąca zarzuciła, że niezgodne z rzeczywistością jest twierdzenie powódki, które następnie przyjął w swej ocenie Sąd I instancji, że nie dało się oddzielić nadzoru nad znakami powódki, od nadzoru nad znakami pozwanej. Wskazała, że wbrew ustaleniu Sądu, możliwe było nadzorowanie przez powódkę wyłącznie własnych znaków, ponieważ każdy znak jest opisany, a ponadto to pracownicy powódki ustawiali oznakowanie, a więc dobrze wiedzieli, gdzie, jaki i czyj znak umieścili.

Zarzuciła też apelująca, iż spójnik „i” pojawia się w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik Nr 1A Przedmiar od pozycji nr 162 Przedmiaru gdzie zawarte są zapisy dotyczące oznakowania zamawiającego) nie tylko pomiędzy słowami „ustawienie i nadzór”, ale także pomiędzy słowami: „montaż i demontaż”. Podkreśliła w związku z tym, że montażu i demontażu nie wykonywała powódka codziennie przy imprezach trwających dłużej niż jedną dobę. W konsekwencji zarzuciła Sądowi, iż przyznał rację twierdzeniom powódki uznając, że koniunkcję „i” pomiędzy wyrazami ustawienie i nadzór należy czytać łącznie i nadzoru nie można wyłączyć w danej dobie, a np. demontaż, który również nie występuje w każdej dobie można czytać bez koniunkcji „i” wraz z montażem. Wskazała, że o ile, przy jednodniowych imprezach (jednodniowych tymczasowych organizacjach ruchu) ten problem nie powstał, gdyż wszystkie elementy z danej pozycji Przedmiaru zostały zlecone i wykonane, o tyle problem powstał przy imprezach (organizacjach tymczasowych) kilkudniowych. Tylko przy imprezach jednodniowych mogły być faktycznie wykonane wszystkie elementy z danej pozycji Przedmiaru, tj. odebranie znaków z magazynu, ustawienie i nadzór, generalnie: montaż i demontaż oznakowania. Podniosła w konsekwencji, że przy imprezach kilkudniowych to zamawiający decyduje, w których dobach zleca wykonywanie czynności przez wykonawcę, a w których nie (jednostką rozliczeniową jest doba). Apelująca podniosła, że nie rozdzieliła koniunkcji łączącej słowa „ustawienie” i „nadzór” zamieszczonych w opisach poszczególnych pozycji załącznika nr 1A do umowy -Przedmiar. Zarówno w pierwszej i ostatniej dobie trwania imprez: (...) i (...) w 2014 roku, w których to dobach pozwana zleciła czynności były zlecone zarówno „ustawienie i nadzór” znaków pozwanej. Wskazała przy tym, że kalkulacja Wykonawcy była sporządzona dla jednej doby wykonywania elementów z danej pozycji Przedmiaru, stąd Zamawiający miał prawo zdecydować, w których dobach zleca usługi. Odzwierciedleniem życzenia Zamawiającego były zatem zapisy w Protokołach konieczności, gdzie opisane zostało, kiedy rozstawić oznakowanie wraz z nadzorem, kiedy zebrać, a także (dla wyraźnego podkreślenia tego wykonawcy), w których dobach Zamawiający ogranicza Wykonawcę o nadzór nad znakami pozwanej, bo skoro w tych dobach nie były wykonywane żadne inne czynności, to tylko dlatego Zamawiający wyraźnie dopisywał w protokołach konieczności, że ogranicza Wykonawcę o nadzór.

W konsekwencji skarżąca podniosła, że Sąd I instancji nie zważył, iż prawo zamówień publicznych charakteryzuje się właśnie tym, że to zamawiający decyduje o tym, co „zamawia”, opisując przedmiot zamówienia i decyduje o sposobie jego wykonywania. Wykonawca zaś godzi się na to, składając swoją ofertę na wykonanie danej umowy. Na tym polega odrębność zawierania umów w tym trybie w stosunku do innych sposobów zawierania umów wymienionych w przepisach kodeksu cywilnego. Tryb zawierania umów w drodze zamówień publicznych jest ściśle uregulowany (a wzór umowy, która zostanie zawarta stanowi załącznik do SIWZ). Stąd postawiła zarzut naruszenia przez Sąd przepisów P.z.p. poprzez ich błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, w szczególności art. 1, 7, 8, 9, 10, 15 ust. 1, 38, 180, 182 P.z.p., a generalnie podniosła, że Sąd zastosował błędną interpretację Prawa zamówień publicznych

jako całości nie uwzględniając odrębnego, specyficznego ich charakteru stanowiącego *lex specialis* w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego.

Podkreśliła też, że Sąd nie uwzględnił przy orzekaniu, że przepisy P.z.p. przewidują możliwość zadawania pytań do SIWZ przed złożeniem ofert, jeśli cokolwiek budzi wątpliwości potencjalnych oferentów lub stanowi jakieś *novum* w stosunku do umów, które poprzednio wykonywał ten sam wykonawca. Wskazała, że w niniejszej sprawie wykonawca nie zgłaszał żadnych wątpliwości, a pytanie, jakie zadał dotyczyło ilości imprez przewidywanych przez zamawiającego w okresie umownym. Zamawiający zaś udzielił odpowiedzi twierdząc, iż nie jest w stanie podać dokładnej ilości imprez. Przy tym stanie wiedzy powód złożył swoją ofertę, a zatem uznał, iż posiada dostateczne dane do jej złożenia i skalkulowania ceny oferty.

Apelująca przyznała, że strony współpracują od wielu lat. Podniosła jednak, że dopiero po raz pierwszy, właśnie w tej aktualnej umowie został zawarty nowy element w postaci ustawiania znaków z materiałów zamawiającego. Nigdy wcześniej pozwana nie dysponowała własnymi znakami. Pozwana kupiła znaki a - co ma istotne znaczenie w niniejszej sprawie - kupiła te znaki od powódki, więc powódka doskonale wiedziała, że od tej umowy sposób wykonywania umowy się zmieni. Dlatego w ocenie skarżącej nie było konieczności modyfikowania zapisów umownych, które funkcjonowały także w poprzednich umowach, ponieważ były one trafne. Dawały prawo zamawiającemu powierzyć określone przez niego zadania i tylko za zlecone prace płacić. Podkreśliła także pozwana, że za wszystkie doby wykonywania usług z materiałów należących do Wykonawcy, pozwana zapłaciła (za wszystkie doby trwania imprez - zgodnie ze zleceniami).

Podniosła apelująca, że złożona oferta wiąże strony, a wykonawca nie może się tłumaczyć, że inaczej rozumiał jasne, zdaniem pozwanej, zapisy umowne.

Pozwana zarzuciła też Sądowi naruszenie art. 56 K.c. poprzez przyjęcie, iż wbrew literalnemu brzmieniu umowy, a w szczególności klauzul wyłączających odpowiedzialność Zamawiającego ponad zlecenia wskazane w protokołach konieczności, Wykonawca może domagać się wynagrodzenia także za okres, kiedy nie realizuje żadnych zleceń (prac) między dobą montażu oraz demontażu znaków drogowych, a także może domagać się wynagrodzenia za czynności nie zlecone tj. nadzór nad znakami pozwanej.

Podkreślono też w apelacji, że Sąd, wbrew logicznemu rozumowaniu, nie wziął pod uwagę, że gdyby wszystko miało wyglądać tak samo, jak w poprzedniej umowie, jak to usiłuje twierdzić powódka, to niecelowe byłoby inwestowanie przez pozwaną we własne oznakowanie. Wskazano, że zakup znaków przez pozwaną miał na celu spowodować oszczędności środków publicznych tak, aby mniej prac zlecać wykonawcom. Zarzucono także, iż powódka nie zdała pytania przed złożeniem oferty jak będzie realizowana umowa przy uwzględnieniu faktu, że pozwana dysponuje swoim oznakowaniem. Wskazano również, że w opisie przedmiotu zamówienia została zawarta informacja, iż zakres umowy jest orientacyjny i nie stanowi o wielkości zlecenia.

Z tych względów w ocenie apelującej nie może być mowy o niedopuszczalnym ograniczeniu świadczenia.

Odnosząc się do odbiorów wykonywanych prac przez pozwaną, zarzucono naruszenie art. 60 K.c. przez błędną wykładnię polegającą na tym, iż odmowa podpisania protokołu odbioru nie zleconych usług przez Zamawiającego upoważnia Wykonawcę do dokonania odbioru jednostronnego, co zostało uczynione bez stosownego upoważnienia umownego (umowa nie przewidywała możliwości dokonania odbioru jednostronnego), a wobec czego taką czynność należy uznać jako *contra legem*.

Zarzuciła też pozwana naruszenie art. 233 K.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, a także naruszenie art. 247 K.p.c. poprzez uznanie argumentacji powódki i przyznanie mocy dowodowej twierdzeniom świadków powódki ponad osnowę dokumentów umownych.

W odpowiedzi na apelację powódka wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie od pozwanej na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje;

Apelacja zasługiwała na uwzględnienie, prowadząc w konsekwencji do zmiany zaskarżonego wyroku w postulowanym przez skarżącą kierunku.

Na wstępie zauważa Sąd Apelacyjny, że w istocie stan faktyczny sprawy w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia o żądaniu zgłoszonym przez powódkę pozostawał bezsporny między stronami. Stąd niezasadny jest zarzut odnoszący się do sprzeczności istotnych ustaleń sądu z treścią materiału dowodowego zebranego w sprawie podniesiony w apelacji. Sąd I instancji rozpoznał też istotę sprawy.

Powódka domagała się w tej sprawie zapłaty za czynności obejmujące utrzymanie oznakowania pionowego z materiałów pozwanej w okresie pomiędzy pierwszym i ostatnim dniem (z wyłączeniem tych dni) trwania tymczasowej organizacji ruchu podczas dwóch masowych imprez w 2014 roku – (...) i (...). Nie była sporna także między stronami wysokość dochodzonej należności. Wskazać także należy, co przyznano na rozprawie apelacyjnej, że pozwana zapłaciła powódce za wszystkie dni zleconych prac, które wykonywane były z materiałów powódki.

Sąd I instancji uznał żądanie powódki za zasadne na podstawie umowy łączącej strony, a wszystkie zarzuty apelującej w istocie zmierzają do zakwestionowania dokonanej przez Sąd I Instancji wykładni zapisów umowy łączącej strony, a w szczególności zapisu jej § 1 ust.5. Ta bowiem kwestia była jako jedyna sporna pomiędzy stronami.

W świetle powyższego nie sposób uznać za zasadny zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. i przyjąć, że Sąd Okręgowy naruszył reguły zawarte w tym przepisie, czy dokonał błędnych ustaleń faktycznych. Stan faktyczny w sprawie w zasadzie bowiem był niesporny, a spór wywoływała tylko interpretacja zapisów umowy łączącej strony.

Dlatego za zbędny i nie mający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia w rozumieniu art. 227 k.p.c. uznał Sąd odwoławczy wniosek dowodowy o przesłuchanie świadka R. U., przy czym teza dowodowa zawarta w apelacji zmierzała częściowo do obejścia przepisów o formie zastrzeżonej dla umowy zawartej w trybie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, stąd w takim zakresie wniosek był niedopuszczalny- art. 247 k.p.c. Z tych przyczyn wniosek dowodowy sąd odwoławczy oddalił.

Rację ma jednak skarżąca, gdy zarzuca naruszenie art. 247 K.p.c. poprzez uznanie argumentacji powódki i przyznanie mocy dowodowej twierdzeniom świadków powódki ponad osnowę dokumentów umownych. Treść umowy stron w powiązaniu z dokumentacją przetargową i zapisami SIWZ oraz treść protokołów konieczności jest bowiem jasna i nie powinna budzić wątpliwości interpretacyjnych, natomiast świadkowie zeznawali na okoliczności w umowie uregulowane, nadając umowie inne brzmienie, a zatem ponad osnowę dokumentu.

Rozpoznając zatem sprawę jako sąd merytoryczny, a nie tylko kontrolny (art. 378§ 1 k.p.c.) Sąd Apelacyjny dokonał interpretacji umowy łączącej strony przez pryzmat żądania strony powodowej oraz przy uwzględnieniu zakresu zleconych w protokołach konieczności prac. Wziął jednakże Sąd Apelacyjny pod uwagę także i to, że była to kolejna umowa łącząca strony, przy czym w tym przypadku, rozpisując przetarg, pozwana uwzględniła nowe okoliczności, jakimi był zakup przez nią materiałów do wykonywania zamówienia. Znalazło to wyraz w opisie przedmiotu zamówienia, który w zakresie oznakowania pionowego przedstawiał załącznik 1A Przedmiar- zakres rzeczowy i finansowy. W tym miejscu wskazać trzeba, że w opisie przedmiotu zamówienia pozwana rozróżniła, że oznakowanie tymczasowe wykonywane będzie z materiałów wykonawcy bądź zamawiającego. Tej ostatniej sytuacji dotyczyły w szczególności pozycje 162-170.

Zauważa także Sąd Apelacyjny, że za każdym razem przy kalkulacji ceny jednostkowej za poszczególne pozycje dotyczące oznakowania tymczasowego jednostką rozliczeniową była 1 doba. Pozwany miał zatem płacić za każdą dobę zleconej usługi.

Wskazać teraz trzeba na zapisy umowy stron. Umowa z dnia 21 maja 2014r nr (...) w § 1 ust. 1 określała, że zamawiający zleca, a wykonawca przyjmuje do wykonania zadanie polegające na wykonaniu i utrzymaniu oznakowania pionowego

i poziomego ulic miasta S., w latach 2014-2016. Ust. 2 wskazywał, że szczegółowy zakres czynności składających się na przedmiot umowy określony został w specyfikacji istotnych warunków zamówienia do przetargu stanowiącej integralną część umowy. W ustępie 4c) strony wskazały, że zakres prac do wykonania każdorazowo zostanie ustalony w następujący sposób: zakres robót do wykonania oraz termin ich wykonania zostanie określony każdorazowo w protokole konieczności. § 1 ust. 5 umowy stanowił, że zamawiający uprawniony jest ograniczyć Przedmiot Umowy w stosunku do zakresu określonego w SIWZ. W przypadku zlecenia mniejszej ilości prac Wykonawca nie będzie dochodził roszczeń finansowych od Zamawiającego z tego tytułu. § 4 ust. 1 pkt 3 umowy dotyczący oznakowania pionowego wyznaczał zakres obowiązków wykonawcy wskazując, że ma on obowiązek wykonywania robót zgodnie z ustalonym w protokole konieczności zakresem i terminem. Wskazać dalej trzeba, że w zakresie wynagrodzenia wykonawcy istotne znaczenie mają zapisy § 9 umowy. Ust.1 stanowi, że za wykonanie przedmiotu zamówienia w okresie realizacji umowy ustala się wynagrodzenie zgodnie z ofertą cenową do kwoty 7.209.472, 27 zł. §9 ust. 3 stanowi natomiast, że ceny jednostkowe za poszczególne roboty określone są w załączniku 1A i 1 B do umowy, a § 9 ust. 6 stanowi, że wykonawca otrzyma wynagrodzenie za faktycznie wykonane zlecenia. Brak zleceń nie daje podstaw do jakichkolwiek roszczeń Wykonawcy do wynagrodzenia, o którym mowa w ust.1. § 10 umowy określa, że wynagrodzenie za wykonany zakres robót zleconych ustala się powykonawczo, a prace określone w załączniku 1A oraz 1 B do umowy rozliczane będą w sposób: iloczyn obmiaru wykonanych i odebranych robót oraz cen jednostkowych zawartych w tabeli.

Przenosząc powyższe do żądania powódki stwierdza Sąd Apelacyjny, że umowa stron upoważniała pozwaną do zlecenia wykonania tymczasowego oznakowania z materiału zamawiającego w konkretnych terminach. Pozwana nie miała obowiązku zlecenia prac we wszystkich dniach trwania czasowych imprez masowych takich jak (...) czy (...) w 2014r. W takim przypadku miała obowiązek zapłaty za konkretne zleczone dni, a ściślej doby, gdyż jednostką rozliczeniową była doba.

Okoliczność, że w protokołach konieczności znalazło się określenie „ogranicza się o nadzór nad oznakowaniem zamawiającego”, dla rozstrzygnięcia sprawy nie może mieć decydującego znaczenia, gdyż w istocie w dobach środkowych imprez kilkudniowych pozwana nie zlecała powodowi żadnych prac i żadne nie miały być według protokołów konieczności wykonywane.

Dodać też trzeba, że w dobie pierwszej pozwana, co oczywiste, nigdy nie wykonywała takich czynności, jak demontaż znaków i odwiezienie ich do magazynu, a w dobie ostatniej nie odbierała znaków z magazynu i ich nie montowała, choć wszystkie te czynności wyszczególniono w pozycjach 162 – 170 Przedmiaru przy kalkulacji za 1 dobę odrębnie za każdy znak. Zbędne zatem było, w ocenie sądu odwoławczego, wskazywanie w protokole konieczności zapisów ograniczających wykonywanie innych czynności, ponieważ żadne inne (ani odbieranie znaków z magazynu, ani ich montaż ani demontaż) w dobach środkowych nie były wykonywane.

Wskazuje Sąd Apelacyjny, że pozwana w protokołach konieczności nie zlecała powodce wykonywania prac w dniach, których nie wyszczególniła w tych protokołach konieczności, a do takiego określenia zlecenia upoważniała ją umowa stron. Miała zatem obowiązek zapłaty za prace wykonane jedynie w tych terminach, które wskazano w protokołach konieczności.

W tym zakresie zapisy umowy są jasne i precyzyjne, nie ma więc żadnych „niejednoznaczności, czy niepełności sformułowań, za które - zdaniem Sądu I instancji - pozwana musi ponieść konsekwencje. Nie było także potrzeby dokonywania wykładni czy interpretacji zapisów umowy zeznaniami świadków.

Wskazać też trzeba, że obmiar podany w opisie przedmiotu zamówienia był jedynie orientacyjny i to też wyraźnie sformułowane zostało w umowie. Ponadto wysokość wynagrodzenia określona została w umowie „do kwoty” a nie „na kwotę” (§ 9 ust. 1 umowy), co przy zapisie § 9 ust. 6 umowy dowodzi, że pozwana jednoznacznie określiła, iż dokona zapłaty tylko za zadania zleczone, jak trafnie zauważa apelująca.

W tym miejscu zauważyć należy, że strony w § 10 pkt 1 umowy przewidywały, że rozliczenie nastąpi w sposób: iloczyn obmiaru wykonanych i odebranych robót oraz cen jednostkowych zawartych w tabeli. Ceny jednostkowe podawane

były za 1 dobę (por. np. poz. 163- k.52). Jednocześnie strony nie wskazywały, jak rozumieją pojęcie „ 1 doba”, a wobec tego Sąd odwoławczy przyjął, że w tym kontekście należy stosować 24-godzinny okres mający swój początek w godzinie rozpoczęcia zleconych robót wynikającej z protokołu konieczności. Dlatego też twierdzenia powódki o braku pełnej zapłaty za poz. 305, 304a i zaniżeniu wynagrodzenia za dwie doby uznaje Sąd Apelacyjny za niezasadne.

Odnosząc się dalej do twierdzeń powódki, że gdyby przewidywała wykonywanie umowy w sposób, w jaki oczekiwała pozwana (bez zlecenia usług w oznaczonych dobach imprez kilkudniowych) to kalkulacja umowy (cena oferty) byłaby inna, wskazuje Sąd Apelacyjny, że z załącznika 1A – Przedmiar wynika, że w przypadku oznakowania tymczasowego powódka zastosowała jednakową cenę jednostkową za 1 dobę w pozycji 149, taką samą jak w poz. 162 (4,48) , a także w poz. 150 i 163- 5,22 oraz 151 i 164; 152 i 165; 153 i 166; nie różnicując w tych przypadkach cen za 1 dobę za oznakowanie tymczasowe z materiału własnego czy zamawiającego.

Wskazuje także Sąd Apelacyjny, że strony łączyła już w przeszłości umowa na wykonanie podobnych zadań, przy czym poprzednio do wykonania wszystkich zleceń powódka używała materiałów własnych. W niniejszej umowie, co wynikało z ogłoszonego zamówienia, niektóre zlecenia miały być wykonywane z materiałów Zamawiającego. Choć przepisy P.z.p. przewidują możliwość zadawania pytań do SIWZ przed złożeniem ofert, jeśli cokolwiek budzi wątpliwości potencjalnych oferentów lub stanowi jakieś novum w stosunku do umów, które poprzednio wykonywał ten sam wykonawca, to powódka nie zgłaszała żadnych wątpliwości, a pytanie, jakie zadała dotyczyło jedynie ilości imprez przewidywanych przez zamawiającego w okresie umownym. Powódka nie zapytała natomiast o sposób rozliczania imprez wielodniowych z materiałów zamawiającego, choć takie pytanie wydawałoby się istotne przy uwzględnieniu okoliczności, że w takim wypadku nie używała własnych materiałów. Przy tym stanie wiedzy powódka złożyła swoją ofertę, a zatem uznała, iż posiada dostateczne dane do jej złożenia i skalkulowania ceny oferty.

Końcowo zauważa Sąd Apelacyjny, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy jest ta okoliczność, że powódka miała umieszczać znaki stanowiące jej własność oraz znaki pozwanej na jednym słupku, co w jej ocenie stanowi podstawę do przyznania jej wynagrodzenia za dni, w których wykonywała nadzór nad tym oznakowaniem. Niezależnie bowiem od tego, że w protokołach konieczności pozwana nie zlecała powódce żadnych prac w dobach pomiędzy pierwszą i ostatnią przy zleceniu prac z materiału pozwanej, to zwrócić należy uwagę, że powódka pomija tę okoliczność, że jak przyznano w procesie, za zlecenia realizowane przy wykorzystaniu własnych znaków powódka otrzymała pełne wynagrodzenie, zatem w tej sytuacji jej żądanie zmierza w części do zdublowania wynagrodzenia.

Z tych wszystkich względów Sąd Apelacyjny uznał, że żądanie powódki jest bezzasadne i na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok i oddalił powództwo, o czym orzeczono w punkcie I ppkt 1 wyroku. W konsekwencji przy zastosowaniu zasady odpowiedzialności za wynik procesu na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. i art. 98 § 3 w zw. z art. 99 k.p.c. Sąd zasądził od powódki na rzecz pozwanej zwrot kosztów procesu, na które złożyło się wynagrodzenie radcowskie według stawek z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu – 7.200 złotych, o czym orzeczono w punkcie I ppkt 2 wyroku.

Orzeczenie o kosztach postępowania apelacyjnego wydano stosując także zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, a na zasądzone koszty składają się: opłata sądowa w kwocie 10.432 złotych oraz wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 5400 zł według stawek z §12 ust 1 pkt 2 w związku z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu

SSA A. Kowalewski SSA A. Sołyka SSA M. Gołuńska