

Sygn. akt I ACa 280/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 lipca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Jarosław Marek Kamiński
Sędziowie	:	SA Jadwiga Chojnowska (spr.) SO del. Grażyna Wołosowicz
Protokolant	:	Elżbieta Niewińska

po rozpoznaniu w dniu 24 lipca 2015 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością" w W.**

przeciwko **S. Ś. (1)**

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 9 grudnia 2014 r. sygn. akt VII GC 147/13

I oddala apelację;

II zasądza od powódki na rzecz pozwanego 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu instancji odwoławczej.

UZASADNIENIE

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. wniosła o zasądzenie od S. Ś. (1) kwoty 147.098,55 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 12 sierpnia 2012 r. do dnia zapłaty, a także kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Wskazała, że zawarła z pozwanym jako wykonawcą wyłonionym w ramach postępowania przetargowego pod nazwą „Termomodernizacja i remont budynków oraz modernizacja sali gimnastycznej w Zespole Szkół nr (...) przy ul. (...) w W.” umowę, w ramach której jako podwykonawca miała wykonać instalację solarną ogrzewania wody, z którego to tytułu miała otrzymać umówione wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 670.677,61 zł netto, tj. 824.933,46 zł brutto. Pomimo upływu terminu do rozpoczęcia objętych umową prac, pozwany nie przekazał jej placu budowy,

czym uniemożliwił jej rozpoczęcie wykonywania robót budowlanych. W związku z tym pismem z dnia 16 lipca 2012 r. odstąpiła od umowy. W niniejszym procesie dochodzi od pozwanego na mocy art. 494 k.c. odszkodowania, obejmującego utracony zysk w postaci *lucrum cessans*. W skład tej kwoty wchodzi różnica pomiędzy umówionym przez strony wynagrodzeniem netto a kosztami, które poniosłaby w związku z realizacją umowy.

W dniu 24 kwietnia 2013 r. został wydany nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym uwzględniający żądanie pozwu w całości.

W sprzeciwie od powyższego nakazu pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości. Twierdził, że strony nie zawarły umowy z uwagi na nieustalenie istotnych warunków. Strony prowadziły negocjacje, które zakończyły się zawarciem projektu umowy na podwykonawstwo. Powódka nie była w stanie dostarczyć zamienną instalacji solarnej i odmówiła dalszych negocjacji. Dlatego przystąpił do dalszych negocjacji z (...) spółką z o. o. w W., która to spółka jako jego podwykonawca dostarczyła i wykonała instalację solarną do ogrzewania wody. Pozwany zakwestionował roszczenie dochodzone pozwem nie tylko co do zasady, ale także co do wysokości. Zarzucił, że powódka nie wykazała kwot odnoszących się do zakupu materiałów i urządzeń niezbędnych do wykonania instalacji solarnej, kosztów robocizny i użycia sprzętu oraz kosztów pośrednich.

Wyrokiem z dnia 9 grudnia 2014 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku oddalił powództwo i rozstrzygnął o kosztach procesu stosownie do wyniku sprawy.

Sąd za podstawę rozstrzygnięcia przyjął następujące ustalenia faktyczne.

W dniu 5 kwietnia 2012 r. zamawiający - Miasto S. W. ogłosił przetarg nieograniczony nr (...) na wykonanie termomodernizacji i remontu budynków oraz modernizacji sali gimnastycznej w Zespole Szkół nr (...) przy ulicy (...) w W. z terminem składania ofert do dnia 19 kwietnia 2012 r. do godz. 14:00. Roboty obejmowały między innymi montaż instalacji solarnej i 40 kolektorów słonecznych rurowych próżniowych o określonych parametrach producenta (...) i były szczegółowo opisane tak pod względem technologii realizacji, jak i urządzeń, które miały być zainstalowane w projekcie budowlano – wykonawczym, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej określane jako SIWZ). Zastrzeżono w nim, że podane urządzenia określonych firm i rozwiązania materiałowe są standardem i możliwe jest zastosowanie innych, równorzędnych o nie gorszych parametrach, po uzyskaniu akceptacji projektanta. Wszelkie dokumenty były dostępne na stronach internetowych zamawiającego.

S. Ś. (1), prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) Przedsiębiorstwo (...), w dniu 18 kwietnia 2012 r. złożył ofertę w przedmiotowym przetargu, w której treści zadeklarował, że wykonanie instalacji sanitarnej ogrzewania wody powierzy (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W.. Przedłożył też referencje wystawione owej firmie przez innego kontrahenta z tytułu należytego wykonania prac solarnych oraz wskazał, że M. G. (1) - pracownik powódki - będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia jako osoba posiadająca odpowiednie uprawnienia budowlane. Oświadczenie to zostało złożone w związku z uprzednim podpisaniem przez pozwanego umowy nr (...) z powódką, na mocy której S. Ś. (1) zlecił (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W. jako własnemu podwykonawcy realizację wykonania instalacji solarnej zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót oraz dokumentacją projektową. Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 824.933,46 zł brutto. W § 14 ust. 2 umowy postanowiły, że wszelkie zmiany umowy wymagają formy pisemnej i zgody obu stron pod rygorem nieważności i mogą być dokonane w zakresie i formie przewidzianej w ustawie Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. Zakazały też istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy.

Nawiązanie współpracy gospodarczej między stronami nastąpiło w wyniku zapytania złożonego drogą e-mailową przez pracownicę pozwanego skierowanego do powódki o możliwość zrealizowania solarów słonecznych według specyfikacji istotnych warunków przedstawionego wyżej zamówienia. Zaznaczone zostało, że niezbędne do realizacji inwestycji jest uprzednie przedłożenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zapewnienia o posiadaniu zasobów ludzkich i referencji. W dniu 17 kwietnia 2012 r. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., w oparciu o SIWZ i dokumenty dostępne na stronie internetowej zamawiającego, dotyczącego postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego nr (...), wystąpiła do producenta urządzeń solarnych (...), wskazanych w treści projektów technicznych jako spełniających wymogi zamawiającego, o dokonanie ich wyceny. Tego samego dnia adresat przysłał ofertę na te produkty, wskazując jako cenę 140.256 €. W dniu 18 kwietnia 2012 r. T. G. w godzinach porannych przesłał do pozwanego projekt umowy na podwykonawstwo, sporządzony według wzoru umowy przygotowanego przez zamawiającego do wskazanego wyżej przetargu, z prośbą o przeanalizowanie i z zaznaczeniem, że musi ona zostać podpisana jeszcze tego samego dnia przed przekazaniem mu stosownych dokumentów. Strony były zgodne co do tego, że przesłany dokument nie zawierał wysokości wynagrodzenia, ale przewidywał w § 1 ust. 1, że podwykonawca miał za zadanie wykonać instalację solarną zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót i dokumentacją projektową. Tego samego dnia doszło do spotkania stron procesu – z ramienia powódki działał T. G.. W jego toku (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. przekazała S. Ś. (1) dokumenty, które pozwany przedłożył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pracownik powódki poinformował pozwanego o proponowanym i wpisanym już komputerowo wynagrodzeniu, które ten zaakceptował i podpisał dokument umowy.

W dniu 30 kwietnia 2012 roku zamawiający zwrócił się do oferentów, w tym pozwanego, o złożenie wyjaśnień, czy w swojej ofercie zastosował rozwiązania równoważne dla urządzeń i materiałów przyjętych w rozwiązaniach projektowych, w tym w szczególności instalacji solarnej ogrzewania wody. Podał, że zapisy SIWZ zobowiązywały oferentów do przedłożenia mu w toku postępowania przetargowego wykazu tego rodzaju zamienników. W odpowiedzi S. Ś. (1) wskazał, że do kalkulacji ceny ofertowej przyjął rozwiązanie zamienne firmy (...).

W dniu 11 maja 2012 r. zamawiający wystosował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty przedstawionej przez (...) Przedsiębiorstwo (...). W następnych dniach strony procesu spotkały się wspólnie z J. K. – prezesem zarządu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., podczas którego doszło do rozbieżności zdań między powódką a pozwanym co do producenta instalacji kolektorów słonecznych i w toku którego poinformowano pracownika powódki, że to spółka (...) wykona przedmiot umowy, taniej i z wykorzystaniem innych produktów.

17 maja 2012 r. między zamawiającym Miastem S. W. a pozwanym jako generalnym wykonawcą została zawarta umowa, której przedmiotem było wykonanie termomodernizacji i remontu budynków oraz modernizacji sali gimnastycznej w Zespole Szkół nr (...) przy ulicy (...) w W. zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia szczegółowo opisanym w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, dokumentacji projektowej, stanowiących załączniki do umowy. Roboty obejmowały między innymi montaż instalacji solarnej i 40 kolektorów rurowych próżniowych o określonych parametrach. Zamawiający w § 1 ust. 2 umowy dopuścił możliwość zmiany przedmiotu zamówienia, jeśli zmiany te będą korzystne dla niego i zajdą okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia do przetargu (...) zamawiający w punkcie 2.8 dopuścił rozwiązania równoważne dla urządzeń i materiałów przyjętych w rozwiązaniach ofertowych projektowych wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia.

22 maja 2013 r. przedstawiciel powódki w korespondencji e-mailowej przypomniał, że strony związały się umową na wykonanie instalacji solarnej i stwierdził, że jest gotowy przystąpić do prac.

W odpowiedzi na tę wiadomość pozwany w dniu 23 maja 2012 r. podał, że parafowany przez niego dokument nie określał przedmiotu umowy, strony nie sprecyzowały więc essentialia negotii żadnej z umów prawa cywilnego, a w szczególności umowy o roboty budowlane, stąd brak jest podstawy do wywodzenia jakichkolwiek roszczeń względem niego. W tym samym dniu S. Ś. (1) poinformował zamawiającego, że część prac budowlanych, sanitarnych, wentylację i instalację solarną zlecił wykonanie (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W..

W piśmie z dnia 30 maja 2013 r. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. stwierdziła, że strony zawarły skutecznie umowę na wykonanie wyspecyfikowanej instalacji sanitarnej.

Pismem z dnia 25 czerwca 2012 r., otrzymanym przez pozwanego w dniu 27 czerwca 2012 r., (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. wezwała generalnego wykonawcę do przekazania terenu budowy zgodnie z § 4 pkt 1 umowy, wyznaczając jako datę przekazania terenu budowy dzień 2 lipca 2012 r. godzina 14:30. W odpowiedzi pozwany zażądał

zaniechania podejmowania przez kontrahenta dalszych czynności zmierzających do wykonania nieistniejącej umowy. W protokole z dnia 2 lipca 2012 r. stwierdzono brak obecności S. Ś. (1) ani żadnego jego przedstawiciela oraz brak przekazania terenu budowy.

W dniu 9 lipca 2012 r. ponownie pisemnie wezwano generalnego wykonawcę do wykonania ciężącego na nim zobowiązania i umożliwienia rozpoczęcia umówionych prac instalacyjnych w Zespole Szkół nr (...) przy ulicy (...) w W. w dodatkowym terminie do dnia 13 lipca 2012 r., równocześnie zastrzegając na wypadek niezadośćuczynienia wezwaniu, dokonanie odstąpienia od umowy na zasadzie art. 491 § 1 k.c. Pozwany w reakcji na powyższe podtrzymał dotychczasowe stanowisko i nie wydał powodowi terenu budowy w kolejno zakreślonym terminie.

W dniu 16 lipca 2012 r. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. odstąpiła od umowy nr (...).

Powódka, wezwaniem do zapłaty z dnia 2 sierpnia 2013 r., zażądała od pozwanego zapłaty kwoty 147.098,55 zł tytułem odszkodowania za utracone korzyści w związku z odstąpieniem od umowy z uwagi na nieprzekazanie terenu budowy i uniemożliwienia zainstalowania instalacji solarnej, które pozostało bez odpowiedzi.

Ostatecznie w Zespole Szkół nr (...) przy ulicy (...) w W. na zlecenie pozwanego (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. wykonała instalację solarną, montując kolektory słoneczne marki H..

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd uznał, że powództwo choć uzasadnione co do zasady, nie zostało udowodnione co do wysokości.

W ocenie Sądu materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, w tym przede wszystkim spójne i szczegółowe zeznania bezpośredniego uczestnika rozmów z S. T. G., w powiązaniu z treścią zaoferowanych dokumentów, dawał podstawy do wniosku, że strony postępowania skutecznie zawarły umowę o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 § 1 k.c. Wbrew bowiem przekonaniu pozwanego nie było przeszkód prawnych, aby związać się tego rodzaju umową przed ostatecznym rozstrzygnięciem przetargu, gdy zlecający określone prace nie stał się jeszcze generalnym wykonawcą określonej inwestycji – w takim wypadku nie można jej jednak zakwalifikować jako umowy podwykonawczej w rozumieniu art. 647¹ § 4 k.c., lecz jako umowę o wykonawstwo określonych robót co ma wpływ na wymogi co do zachowania formy przez jej kontrahentów.

Sąd zaznaczył, że do zawarcia umowy potrzebne są zgodne oświadczenia woli stron, konsensus w zakresie istotnych przedmiotowo warunków umowy, a takowy wystąpił w rozpoznawanej sprawie. Z kolei brak wpisania daty jej zawarcia, jak i rozpoczęcia prac nie niweczy, zdaniem Sądu, jej skuteczności, skoro te uzależnione były w oczywisty sposób, raz od wyboru oferty pozwanego przez zamawiającego, a następnie od terminu zawarcia kontraktu między Miastem S. W. a S. Ś. (1).

Według Sądu znamionym pozostawało też to, na co wskazują dokumenty – SIWZ i zeznania T. G. oraz J. Z., że pozwany składając ofertę w dniu 18 kwietnia 2012 r., wbrew wymogom nie przedłożył listy równoważnych urządzeń solarnych marki H., które zamierzał rzekomo zainstalować w ramach wykonania inwestycji, a co uczynił dopiero na wezwanie inwestora. Nadto na etapie składania ofert nie było zgody Miasta S. W. na zamianę solarów, a pozwany do dnia zawarcia umowy nie informował zamawiającego o zmianie w zakresie zadeklarowanych w ofercie podwykonawców. Natomiast podczas spotkania stron procesu z prezesem zarządu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. traktowana była przez J. K. jako wykonawca instalacji.

Zdaniem Sądu z treści zebranego w sprawie materiału dowodowego nie można wywieść też tezy, że w toku tworzenia kontraktu, przed złożeniem oferty w postępowaniu przetargowym, pozwany był zainteresowany zainstalowaniem przez powódkę kolektorów marki H.. Taki wniosek nie wypływa z żadnej korespondencji przedprocesowej prowadzonej między stronami. Dopiero po podpisaniu umowy, w toku stanu związania złożoną ofertą w związku z wezwaniem przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień i zorientowaniu się, że urządzenia solarne tego producenta są znacznie tańsze, pozwany podjął kroki zmierzające do renegeacji umowy. Te nie odniosły skutku, brak jest bowiem

załącznika czy aneksu do umowy co do dopuszczenia zmiany producenta kolektorów słonecznych, a strony zastrzegły, że wszelkie zmiany warunków kontraktu wymagają dla swej ważności pisemnej formy.

Sąd wyraził stanowisko, że nieprzekonująca była argumentacja pozwanego, że podpisanie umowy było jedynie deklaracją nawiązania przyszłej współpracy. Taka teza stoi w sprzeczności ze standardami wymaganymi od przedsiębiorców w prowadzeniu własnych spraw, racjonalności w nawiązywaniu współpracy gospodarczej i jest niezgodna z zasadami doświadczenia życiowego.

W rezultacie powyższego Sąd uznał, że oświadczenie powódki o odstąpieniu od umowy nr (...), które poprzedziła wyznaczeniem dodatkowego terminu do jej wykonania z zastrzeżeniem skutków prawnych było ważne i miało umocowanie ustawowe w treści art. 491 § 1 k.c. W takiej sytuacji, na zasadzie art. 494 § 1 zd. 2 k.c., powódka była uprawniona do żądania od pozwanego nie tylko tego co świadczyła, ale również na zasadach ogólnych naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania.

Jednakże, według Sądu, powódka nie sprostала ciężarowi udowodnienia, że z tytułu niewykonania przez pozwanego umowy nr (...) utraciła korzyści w kwocie 147.098,55 złotych. Na tę okoliczność zaoferowała w zasadzie jedynie kosztorys w formie wydruku komputerowego sporządzony przez jednego ze swoich pracowników wskazując, że odszkodowanie wyliczyła jako różnicę między oczekiwanym wynagrodzeniem wynikającym z umowy a kosztami które poniosłaby w związku z wykonaniem kontraktu, na które składać się miały koszty materiałowe, osobowe i działalności operacyjnej. Pismo to, jako nieopatrzone własnoręcznym podpisem sporządzającego, nie miało mocy dokumentu prywatnego w rozumieniu art. 245 k.p.c. i nie mogło być uznane za miarodajny środek dowodowy. Jego wartość procesowa powinna być rozważana przez pryzmat art. 308 k.p.c., a to oznacza, że potwierdza ono jedynie zapis określonych danych w chwili dokonywania wydruku, które same w sobie nie korzystają z domniemania prawdziwości z rzeczywistym stanem rzeczy, lecz powinny być wsparte innymi dowodami.

Sąd zauważył, że w celu udowodnienia wysokości dochodzonej kwoty tytułem utraconych korzyści w okolicznościach sprawy powódka winna złożyć pełną dokumentację źródłową potwierdzającą poprawność wykonanego zestawienia kosztów, tj. prognozowanych faktur zakupu materiałów i urządzeń solarnych, norm ich zużycia niezbędnych przy wykonaniu umowy. W tym celu mogła ona chociażby doprowadzić do złożenia przez (...) spółkę z o.o. w W. zestawienia poniesionych kosztów w związku z realizacją umowy o podwykonawstwo z pozwanym. Wykazanie wysokości szkody (w tym kosztów, które powódka poniosłaby w związku z realizacją umowy) mogłoby wreszcie nastąpić za pomocą dowodu z opinii biegłego, który zweryfikowałby w pełni obiektywny sposób wyliczony przez powódkę zysk. Dowodów tych powódka jednak w toku procesu nie zaoferowała. Wniosek dowodowy zaś o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego, złożony pierwotnie przez pozwanego, został przez niego ostatecznie cofnięty.

W efekcie powództwo podlegało oddaleniu na podstawie art. 6 k.c., art. 471 k.c. w zw. z art. 361 § 2 k.c. oraz art. 491 § 1 k.c. i art. 494 zd. 2 k.c.

Jako podstawę prawną rozstrzygnięcia o kosztach procesu Sąd podał art. 98 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

Powyższy wyrok w całości zaskarżyła apelacją powódka, zarzucając:

1) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. poprzez uznanie, iż nie udowodniła wysokości spodziewanych kosztów, jakie poniosłaby w związku z wykonaniem umowy, ponieważ zaoferowała na tę okoliczność jedynie kosztorys w formie wydruku komputerowego sporządzonego przez jej pracowników, gdy tymczasem wysokość wyszczególnionych w kosztorysie kosztów w sposób wiarygodny potwierdzona została innymi zgromadzonymi w sprawie dowodami, tj. księgą przedmiarów załączoną do SIWZ, ofertami dostawców urządzeń i zeznaniami świadków, a pozwany nie przedstawił żadnych dowodów pozwalających na dokonanie innych ustaleń;

2) naruszenie art. 230 k.p.c. w zw. z art. 232 zd. pierwsze k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez uznanie, iż ogólny zarzut pozwanego, że kwestionuje wyliczone przez nią kwoty zawarte w kosztorysie, bez żadnego uzasadnienia stawianego zarzutu i wskazania przyczyn, dla których kwestionuje kwoty kosztów, skutecznie podjęła obronę przed jej roszczeniami, gdy tymczasem obowiązująca w postępowaniu cywilnym zasada kontrydiktoryjności nakłada na każdą ze stron obowiązek przytaczania okoliczności faktycznych, dowodów na ich poparcie oraz zarzutów, a także podanie uzasadnienia stawianych przez siebie zarzutów;

3) naruszenie art. 232 zd. drugie k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie i nieprzeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, w sytuacji gdy do prawidłowego rozstrzygnięcia sporu, w ocenie Sądu, wymagane było przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, w której zweryfikowano by w pełni obiektywny sposób wyliczony przez nią zysk, pomimo uznania przez Sąd żądania pozwu jako słusznego co do zasady.

Wnosiła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na jej rzecz całości dochodzonej pozwem kwoty 147.098,55 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 12 sierpnia 2012 r., a także zasądzenie od pozwanego na jej rzecz kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie, podnosząc bezpodstawność roszczenia co do zasady, jak i wysokości.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy rozpoznając sprawę przyjął zasadę odpowiedzialności pozwanego, jednakże uznał, iż powódka nie wykazała wysokości poniesionej szkody w postaci utraconych korzyści i ta ocena była przyczyną oddalenia powództwa. Motywy orzeczenia zadecydowały o konstrukcji zarzutów apelacyjnych (zarzuty naruszenia prawa procesowego).

Zauważyć jednakże należy, że Sąd II instancji jest sądem, który ponownie merytorycznie rozpoznaje sprawę w granicach zaskarżenia (w niniejszej sprawie oddalono powództwo w całości), biorąc z urzędu pod uwagę nieważność postępowania oraz naruszenie przez Sąd I instancji przepisów prawa materialnego. Oznacza to, że nie jest związany oceną prawną w zakresie subsumpcji prawa materialnego zaprezentowaną przez Sąd w zaskarżonym wyroku.

W niniejszej sprawie, z uwagi na argumentację prawną przedstawioną w motywach wyroku, pozwany, mimo korzystnego dla niego finalnego rozstrzygnięcia, mógł przedstawić zarzuty pod adresem przyjętej przez Sąd Okręgowy „zasady odpowiedzialności” dopiero w odpowiedzi na apelację (co też uczynił). Były one zbieżne z prezentowanymi na wcześniejszym etapie postępowania.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w ramach ponownego rozpoznania sprawy zachodzi potrzeba przeanalizowania okoliczności pod kątem jakiej treści został zawiązany stosunek prawny między stronami przed przystąpieniem przez S. Ś. (2) do przetargu nieograniczonego nr (...) ogłoszonego przez Miasto S. W..

Wstępnie wskazać należy, że Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że strony nawiązały współpracę gospodarczą wskutek zapytania złożonego drogą e-mailową przez pracownika pozwanego, skierowanego do powódki, o możliwość zrealizowania solarów słonecznych według SIWZ w związku z ogłoszeniem w dniu 5 kwietnia 2012 r. przez Miasto S. W. przetargu nieograniczonego nr (...) na wykonanie termomodernizacji i remontu budynków oraz modernizacji sali gimnastycznej w Zespole Szkół nr (...) przy ulicy (...) w W.. Pozwany poinformował powódkę o zamiarze przystąpienia do tego przetargu. Wcześniej strony ze sobą nie współpracowały w ramach prowadzonej przez nie działalności gospodarczej (okoliczność niesporna). Nie może ulegać wątpliwości, że stronom, jako profesjonalnym podmiotom gospodarczym, znane były rozwiązania przewidziane ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013, poz. 907), w tym art. 26 ust. 2b tej ustawy. W myśl tego przepisu wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Na

podmiocie przystępującym do przetargu w ramach zamówienia publicznego ciąży obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W tym celu może przedstawić pisemne zobowiązanie takiego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Za dowód tego typu, w świetle brzmienia komentowanego przepisu, w szczególności należy uznać pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów (np. doświadczenia) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jeżeli przystępujący do przetargu wskazuje, że określony zakres prac będzie wykonywany przez konkretnego podwykonawcę nie ma obowiązku przedkładania zamawiającemu umowy zawartej ze wskazanym w ofercie podwykonawcą.

Z dokumentacji przesłanej w dniu 12 grudnia 2013 r. przez Miasto S. W. (k. 337-371), stanowiącej ofertę pozwanego złożoną w toku postępowania przetargowego wynika, że powódka została wskazana jako podwykonawca pozwanego w zakresie wykonania instalacji solarnej ogrzewania wody (k. 339). W aktach postępowania przetargowego znajduje się także zobowiązanie z dnia 12 kwietnia 2012 r., podpisane przez T. G. (prokurenta powódki), do oddania pozwanemu do dyspozycji niezbędnych zasobów, tj. doświadczenia dotyczącego wykonania robót budowlanych w zakresie budowy lub remontu instalacji solarnej ogrzewania wody o wartości brutto min. 300.000 zł oraz osobę posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej, niezbędnych od wykonania zamówienia publicznego (k. 347 akt). Z dokumentu dołączanego do pozwu (k.46 akt) wynika, że w kwocie wynagrodzenia oferowanego przez pozwanego – 4.990.000 zł (k. 338 odwrot) znajdowała się kwota 553.500 zł z tytułu wynagrodzenia brutto w związku z instalacją solarną i kolektorów.

Z niespornych w sprawie okoliczności wynika także, że dokumenty przedstawione przez pozwanego wraz z ofertą przystąpienia do przetargu - w zakresie instalacji solarnej ogrzewania wody - zostały przekazane pozwanemu przez prokurenta powodowej spółki po podpisaniu zredagowanej przez T. G. umowy.

Nie jest kwestionowana też w sprawie treść umowy z dnia 17 maja 2012 r. zawarta przez pozwanego z Miastem S. W. po przyjęciu jego oferty.

W ocenie Sądu Apelacyjnego dowody zgromadzone w sprawie, w tym dokumenty przedłożone przez Miasto S. W. przy piśmie z dnia 24 czerwca 2014 r. (k. 545-569 akt) dowodzą, że po otwarciu ofert, w toku postępowania przetargowego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający zwrócił się do wszystkich podmiotów, które złożyły oferty w odpowiedzi na zamówienie publiczne, o złożenie wyjaśnień, czy zostały przez nich zastosowane rozwiązania równoważne w odniesieniu do instalacji solarnej ogrzewania wody. W wyznaczonym w piśmie Burmistrza W. z dnia 30 kwietnia 2012 r., a więc do dnia 8 maja 2012 r., pozwany udzielił stosownej informacji, dołączając odpowiednie dokumenty (wskazał, iż do kalkulacji ceny ofertowej przyjął rozwiązania zamiennie firmy (...) – k. 545 akt). Celem wyjaśnienia powyższej okoliczności przeprowadzono dowód z zeznań świadków E. K. i B. B.. Z zeznań tych świadków (należy uznać je za wiarygodne) wynikało, że z uwagi na różnice w cenach wskazanych w ofertach Komisja Przetargowa zadecydowała o wyjaśnieniu czy oferenci mają zamiar zastosować, dopuszczalne specyfikacją, rozwiązania równoważne. Zauważyć należy, że wynagrodzenie proponowane przez pozwanego było zdecydowanie niższe od proponowanego przez A. Z. (oferta spółki (...) opiewała na najniższą kwotę – k. 245 akt). Oferta pozwanego, jako spełniająca kryteria przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym, została przyjęta. Skutkiem złożenia przez pozwanego wyjaśnień w odniesieniu do przyjęcia rozwiązań zamiennych firmy (...) było to, że wiązały one wykonawcę na równi ze złożoną ofertą.

Nie ulega żadnej wątpliwości, że gdyby pozwany nie przedłożył dokumentów wystawionych przez powódkę to oferta pozwanego nie spełniałaby kryteriów w odniesieniu do części prac objętych zamówieniem publicznym. Dokumenty te spełniały istotną rolę w kontekście wykazania przez oferenta, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, znajdującymi się w dyspozycji powodowej spółki, by wykonać zamówienie publiczne. Podkreślić jednakże należy, że wskazanie w ofercie określonego podmiotu, jako podwykonawcy w zakresie pewnych robót, nie skutkuje, iż wskazany podmiot staje się automatycznie podwykonawcą wyłonionego w przetargu wykonawcy. W tej kwestii istotne są relacje prawne między wykonawcą a podmiotem wskazanym jako podwykonawca, zawiązane przed złożeniem oferty. Godzi się nadto zwrócić uwagę, że SIWZ przewidywała, iż zamawiający dopuszcza zmianę podwykonawcy z zastrzeżeniem, że

jeśli wykonawca w procedurze udzielania zamówienia, w wyniku którego zawarto umowę, posłużył się doświadczeniem podwykonawcy, nowy podwykonawca musi się również wykazać doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego.

Jest poza sporem, że SIWZ była znana obu stronom procesu (na jej treść powoływał się prokurent powodowej spółki jako dokument, który brał pod uwagę przy przygotowywaniu treści umowy).

Sąd Apelacyjny nie podzielił oceny prawnej Sądu I instancji, że strony zawarły skutecznie umowę o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 § 1 k.c. Ocena taka nie jest uprawniona przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych sprawy. Jak już sygnalizowano powyżej relacje prawne między stronami zostały związane w związku z zamiarem pozwanego przystąpienia do przetargu publicznego na wykonanie termomodernizacji i remontu budynków oraz modernizacji sali gimnastycznej w Zespole Szkół nr (...) przy ulicy (...) w W.. W razie wygrania przetargu byłby on wykonawcą tych prac – zawarłby umowę o roboty remontowo – budowlane z zamawiającym. Powódka mogłaby być jedynie podwykonawcą instalacji solarnej. Treść umowy przywoływanej przez stronę powodową dowodzi, iż określała ona siebie jako podwykonawcę pozwanego (tekst umowy, podpisy pod nią – k. 51-56).

Trafne jest natomiast stanowisko Sądu I instancji, że umowa, na którą powołuje się strona powodowa nie może być uznana za umowę podwykonawczą w rozumieniu art. 647¹ k.c.

Pozostaje do rozważenia, jakiej treści stosunek prawny został zawiązany między stronami i czy uzasadnia on żądanie powódki o odszkodowanie w postaci utraconych korzyści.

Nie ulega wątpliwości, że pozwany złożył podpis pod umową przywoływaną przez powódkę. W toku postępowania konsekwentnie podnosił, iż parafowany przez niego dokument nie określał przedmiotu umowy, akcentował okoliczności w jakich doszło – jak to określał – jego parafowania.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego wysłany do powódki przez pracownika pozwanego e-mail był zaproszeniem do negocjacji w zakresie przyszłej współpracy w wypadku wygrania przez pozwanego przetargu publicznego na wykonanie termomodernizacji i remontu budynków oraz modernizacji sali gimnastycznej w Zespole Szkół nr (...) przy ulicy (...) w W. (w odniesieniu do części robót objętych zamówieniem publicznym – instalacji solarnych ogrzewania wody). Powódka przyjęła zaproszenie wskazując w e-mailu z dnia 18 kwietnia 2012 r. warunki przekazania niezbędnych dokumentów (podpisanie umowy na podwykonawstwo – przesłano projekt umowy). Niespornym w sprawie było, że przesłany pocztą elektroniczną projekt umowy (k. 239-244) odbiegał w swojej treści od wersji, na którą powołuje się powódka, a która została parafowana (umieszczenie skróconych podpisów na wszystkich stronach) i podpisana przez pozwanego oraz T. G. na ostatniej stronie – postawiono też odpowiednie pieczęcie (k. 51-56). Różnice pomiędzy przesłanym drogą elektroniczną projektem a podpisaną umową dotyczą: § 3 (dodanie pkt 13 i 14), § 6 (wpisanie wynagrodzenia brutto w wysokości 824.933,46 zł), § 9 (osoby do kontaktu ze strony wykonawcy), § 13 (wskazanie kwoty z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania umowy).

Nie było sporu co do tego, że pozwany i T. G. spotkali się osobiście przed przekazaniem przez T. G. pozwanemu dokumentów i przed tym przekazaniem doszło do podpisania umowy.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego strony podczas prowadzonych negocjacji zgodnie ustaliły, że powódka w wypadku przyjęcia przez komisję przetargową oferty pozwanego będzie podwykonawcą S. Ś. (1) w odniesieniu do instalacji solarnej (art. 72 § 1 k.c.). Kształt przyjętej oferty w ramach zamówienia publicznego miał decydować o treści umowy podwykonawczej, zawartej w oparciu o art. 647¹ k.c. (zgoda zamawiającego oraz jego obowiązki w odniesieniu do wypłaty wynagrodzenia podwykonawcy). Z zeznań świadka T. G. wynika, że wpisane do umowy wynagrodzenie zostało ustalone na podstawie kosztorysu, w oparciu o ceny kolektorów wskazane przez dostawcę – urządzenia (...). Słuchany w charakterze świadka T. G. nie zaprzeczył twierdzeniom pozwanego, że podpisane egzemplarze umowy, po przekazaniu dokumentacji, zabrał ze sobą – pozwany nie jest w posiadaniu egzemplarza podpisanej przez siebie umowy, której kserokopia została dołączona do pozwu.

Sąd Apelacyjny, mając na uwadze twierdzenia strony pozwanej, zeznania T. G. oraz treść dokumentów powyżej wskazanych uznał, że w ramach prowadzonych negocjacji, mimo formalnego podpisania przez strony umowy, z której strona powodowa wywodzi skutki prawne, nie doszło do złożenia zgodnych oświadczeń woli w przedmiocie ustalenia, że powódka jako podwykonawca pozwanego – w razie wygrania przez niego przetargu - wykona instalację solarną z wykorzystaniem urządzeń firmy (...), za wykonanie której otrzyma wynagrodzenie w wysokości 824.933,46 zł brutto (art. 72 § 1 k.c.). Prowadzone między stronami negocjacje zakończyły się w dniu 18 kwietnia 2012 r. (czy też 19 kwietnia 2012 r. przed południem) ustaleniem, że powódka będzie podwykonawcą pozwanego w odniesieniu do instalacji solarnej, jeżeli jego oferta zostanie przyjęta. Wyliczone przez powódkę wynagrodzenie – określone w umowie – nie posłużyło pozwanemu do kalkulacji składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty (przyjął on kwotę 553.500 zł brutto, a nie 824.933,46 zł brutto). Nie może też budzić wątpliwości, na co już zwracano uwagę, że oferent mógł zastosować rozwiązania równoważne (taką możliwość przewidywała bowiem SIWZ).

Nawiązując do argumentacji Sądu I instancji wskazać należy, że odpisy dokumentów przesłane temu Sądowi przez zamawiającego istotnie nie wskazywały listy równoważnych urządzeń solarnych marki H.. Stosowne wyjaśnienia tych kwestii zostały złożone przez pozwanego na podstawie wezwania Komisji Przetargowej w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Okoliczność ta, wbrew odmiennemu stanowisku Sądu Okręgowego, nie ma znaczenia prawnego w odniesieniu do stosunku prawnego zawiązanego między stronami przed złożeniem przez pozwanego oferty (jako ewentualny podwykonawca musiałby zrealizować przedmiot umowy zgodnie z przyjętą ofertą, a więc z zastosowaniem rozwiązań równoważnych).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego kontakty między stronami po przyjęciu przez zamawiającego oferty pozwanego nie zmierzały do re negocjacji umowy (jak przyjął Sąd Okręgowy) ale ustalenia jej treści z powódką jako podwykonawcą z uwzględnieniem wyników przetargu – zgodnie z projektem umowy (jak również zawartą umową z zamawiającym) wykonawca był zobowiązany do udostępnienia zamawiającemu projektów umów zawartych z podwykonawcami.

Jak już wskazywano pozwany, zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi do oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględnionymi przez Komisję Przetargową, był zobowiązany do wykorzystania urządzeń solarnych marki H..

Zauważyć należy, że T. G. słuchany w charakterze świadka nie zaprzeczył, że po wygranym przetargu były prowadzone rozmowy z pozwanym. Twierdził jedynie, iż pozwany przekazał mu informację, że ma innego, tańszego wykonawcę. Nawiązał też ogólnie do spotkania w siedzibie spółki (...) i wskazał, że dotyczyły one wprowadzenia innego podwykonawcy. Słuchany w charakterze świadka J. K. – prezes zarządu spółki (...) zeznał, że był u pozwanego podwykonawcą w zakresie robót budowlanych. W siedzibie jego firmy były prowadzone negocjacje z innymi podwykonawcami, w tym T. G.. Na tym spotkaniu była mowa, że mają być wykorzystane solary próżniowe firmy (...). Przedstawiciel powódki nie godził się na wykonanie instalacji solarnej z wykorzystaniem urządzeń solarnych marki H.. Zeznania świadka J. K., pomimo tego, iż pozostawał on w kontaktach gospodarczych z pozwanym, uznać należy w zakresie charakteru spotkania i kwestii na nim poruszanych za w pełni wiarygodne.

Niespornym jest w sprawie, że instalacja solarna została wykonana z wykorzystaniem urządzeń solarnych marki H. przez spółkę (...). Prawidłowo Sąd I instancji ustalił, że spółka (...) złożyła także ofertę w zamówieniu publicznym (jej oferta była jedną z trzech), ale została ona odrzucona (w najniższym spośród oferentów proponowanym wynagrodzeniu ujmowała innego rodzaju solary – tzw płaszczyznowe).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego negocjacje rozpoczęte przez strony przed przystąpieniem przez pozwanego do przetargu nie zostały sfinalizowane po wybraniu przez Komisję Przetargową jego oferty. Wystąpiły bowiem pomiędzy stronami rozbieżności przede wszystkim na tle rodzaju instalacji solarnej. Powódka stała na stanowisku, iż może wykonać w ramach podwykonawstwa instalację solarną z wykorzystaniem urządzeń firmy (...), zaś pozwany z wykorzystaniem urządzeń solarnych marki H., zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami przed Komisją Przetargową. Rozbieżności

dotyczyły także wielkości wynagrodzenia. Brak konsensusu między stronami wywarł taki skutek, iż podwykonawcą pozwanego, w rozumieniu art. 647¹ k.c., został inny podmiot, a mianowicie spółka (...).

Wobec niezawązania przez strony stosunku prawnego, rodzącego po stronie pozwanego odpowiedzialność odszkodowawczą w postaci utraconych korzyści w związku z niewykonaniem umowy przywoływanej przez powódkę, powództwo o zapłatę kwoty 147.098,55 zł podlegało oddaleniu (art. 72 § 1 k.c.).

Podkreślić należy, że powódka skonkretyzowała swoje roszczenie w sposób niebudzący wątpliwości. Dochodzone przez nią roszczenie nie jest szkodą, jaką poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy – art. 72 § 2 k.c.

Wyrok Sądu Okręgowego oddalający roszczenie powoda jest zatem prawidłowy i wskutek wniesionej apelacji nie mógł być zmieniony.

Ustosunkowując się ogólnie do zarzutów apelacji powódki należało stwierdzić, że nie są one również uzasadnione.

Poczynając od sprzeciwu pozwany zwalczał zasadę odpowiedzialności, jak i kwestionował wysokość wyliczonego odszkodowania (przyjęte koszty zakupu materiałów i urządzeń, koszty robocizny, użycia sprzętu i kosztów pośrednich). W pozwie wskazano sposób wyliczenia odszkodowania i odwołano się do odpowiednich dowodów, które miały być przeprowadzone celem wykazania poniesienia szkody (kosztorysy, oferty handlowe, zeznawania świadków i przesłuchanie strony powodowej). Wbrew stanowisku skarżącej pozwany nie był zobligowany do wykazywania, że przyjęte koszty bezpośrednie i pośrednie są zawyżone. To bowiem na powódce ciążył obowiązek udowodnienia środkami dowodowymi poddającymi się weryfikacji przez Sąd rozpoznający sprawę, a także i drugą stronę wysokość szkody. Sąd I instancji dokonał prawidłowej wykładni art. 6 k.c. i art. 361 § 2 k.c., przywołując stosowne orzecznictwo sądowe oraz poglądy doktryny w odniesieniu do rozumienia szkody w postaci utraconych korzyści. Wyrażając ocenę, że powódka nie udowodniła wielkości utraconych korzyści nie naruszył art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c.

Zgromadzone w sprawie dowody mogły co najwyżej pozwolić na ustalenie, że firma (...) standardowo udziela 30 % rabatu przy zakupie od niej urządzeń instalacji solarnych. Inne natomiast skalkulowane koszty takiej weryfikacji nie podlegają. Wysokość ich była kwestionowana przez stronę pozwaną.

Niespornym natomiast było w sprawie, iż ze strony powódki wnioski dowodowe w kierunku wyjaśnienia zakwestionowanych przez stronę pozwaną okoliczności opinią specjalistyczną nie były zgłaszane.

Apelacja nie podważała zatem oceny Sądu Okręgowego, że powódka nie udowodniła wysokości poniesionej szkody w postaci utraconych korzyści.

Mając na względzie powyższe, na mocy art. 385 k.p.c., Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzekł mając na uwadze wynik tego postępowania oraz treść art. 98 § 1 i 3 k.p.c. Powódka przegrała sprawę w drugiej instancji i dlatego powinna zwrócić pozwanemu poniesione przez niego w postępowaniu apelacyjnym koszty procesu obejmujące wynagrodzenie reprezentującego go radcy prawnego, którego wysokość ustalono na podstawie § 6 pkt 6 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

J. J. M. G. (2) W.