

Sygn. akt I ACa 319/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 lipca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – Wydział I Cywilny

w składzie:

| | |
|-----------------|---|
| Przewodniczący: | SSA Mirosław Ożóg |
| Sędziowie: | SA Barbara Lewandowska (spr.) SO del. Małgorzata Zwierzyńska |
| Protokolant: | sekr. sąd. Małgorzata Naróg - Kamińska |

po rozpoznaniu w dniu 16 lipca 2013 r. w Gdańsku na rozprawie

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

przeciwko Muzeum H. G. w G.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 29 stycznia 2013 r. sygn. akt I C 810/11

I/ prostuje oznaczenie strony powodowej w zaskarżonym wyroku poprzez zastąpienie każdorazowo słów „Przedsiębiorstwa Budowlano– (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.” słowami (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.”;

II/ oddala apelację;

III/ zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 5.400(pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Na oryginale właściwe podpisy.

I ACa 319/13

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 29 stycznia 2013 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku uchylił nakaz zapłaty wydany w postępowaniu nakazowym w dniu 10 marca 2011 r. pod sygn. akt I Nc 87/11 i oddalił powództwo Przedsiębiorstwa Budowlano– (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. (obecnie – (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.)

przeciwko pozwanemu (...) Historycznemu Miasta G. w G. o zapłatę kwoty 280.600 zł z ustawowymi odsetkami z tytułu wynagrodzenia za naprawę tynków w ramach remontu Ratusza G. G., objętej fakturą VAT z dnia 7 lipca 2010 r.

Sąd pierwszej instancji oparł się o następujące ustalenia faktyczne w sprawie:

Umową z dnia 25.11.2008 r. utworzone zostało konsorcjum trzech przedsiębiorców: U. D. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą (...) U. D.", (...) Przedsiębiorstwa (...) spółki z o.o. w G. oraz powoda. Celem powstania konsorcjum był udział w przetargu ogłoszonym przez (...)H.a G. na zaprojektowanie i wykonanie remontu i przebudowy instalacji elektrycznej i teletechnicznej oraz naprawczych prac budowlanych Ratusza G. G., a w konsekwencji - wspólna realizacja tego zamówienia publicznego. W umowie konsorcjum jej strony ustaliły, że liderem odpowiedzialnym za kierowanie budową i uprawnionym do reprezentowania pozostałych konsorcjantów będzie U. D.. Umowa upoważniła U. D. do zawarcia umowy z zamawiającym na wykonanie zadania, prowadzenia rozliczeń finansowych z tytułu wykonanych robót, przeprowadzenia odbiorów częściowych i końcowego, prowadzenia spraw w okresie gwarancyjnym i z tytułu rękojmi za wady, a także powierzono jej rozliczenie kosztów poniesionych na sprawy dotyczące zadania na członków konsorcjum. Konsorcjanci oświadczyli, że akceptują warunki umowy określone przez zamawiającego w materiałach przetargowych, które miały być przeniesione do umowy o wykonanie robót zawartej przez lidera konsorcjum z zamawiającym oraz do umów z pozostałymi członkami konsorcjum na roboty im przypisane. Zgodnie z umową konsorcjum jego lider upoważniony został do reprezentowania członków konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Umowa konsorcjum obowiązywała od dnia jej podpisania przez upoważnionych przedstawicieli wszystkich podmiotów tworzących konsorcjum i miała wygasnąć w przypadkach: powierzenia przez zamawiającego realizacji zadania innym podmiotom, zakończenia realizacji zadania przez konsorcjum, wypełnienia wszystkich zobowiązań wynikających z kontraktu i wzajemnych pomiędzy członkami konsorcjum, łącznie z okresem gwarancji i rękojmi. Strony umowy konsorcjum zobowiązały się nadto do „braku możliwości” jej rozwiązania oraz dokonywania w niej zmian bez zgody zamawiającego, do czasu wygaśnięcia wszelkich zobowiązań z umowy o zamówienie publiczne. Zastrzegły nadto, że wszelkie zmiany umowy i jej uzupełnienia mogą być dokonywane wyłącznie w formie pisemnych aneksów podpisanych przez członków konsorcjum.

Tak powstałe konsorcjum stanęło do przetargu organizowanego przez powoda w listopadzie 2008 roku jako jedyny oferent. Do oferty załączone zostały pełnomocnictwa udzielone liderowi konsorcjum przez jego pozostałych członków do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz do zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia.

Pismem z dnia 9.12.2008 r. pozwany zawiadomił U. D. o wyborze oferty złożonej przez konsorcjum, a w dniu 11.12.2008 r. – zawarł z nią umowę nr (...) o zaprojektowanie i wykonanie remontu i przebudowy instalacji elektrycznej i teletechnicznej w budynku Ratusza Głównego. W umowie tej pozwany oznaczony jest jako Zamawiający, a U. D. jako Wykonawca, nie wynika z niej natomiast, by U. D. zawierała umowę w imieniu konsorcjum ani żeby działała również jako pełnomocnik pozostałych konsorcjantów. We wstępie umowy zaznaczono, że zostaje ona zawarta w wyniku udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2008 r., Nr 171, poz.1058). Umowa ustalała za wykonanie zamówienia wynagrodzenie kosztorysowe w wysokości nieprzekraczającej 7.498.951,20 zł brutto, przy czym strony dopuściły wystawianie faktur przejściowych zgodnie z dostarczonym przed podpisaniem umowy harmonogramem rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 4 do umowy, przy czym łączna wartość faktur przejściowych nie mogła przekroczyć 80% wartości przedmiotu umowy. Rozliczenie całości robót miało nastąpić fakturą końcową wystawioną przez Wykonawcę po dokonaniu przez Zamawiającego odbioru końcowego zakońzonego protokołem. Faktury miały być płatne przelewem z konta Zamawiającego na konto Wykonawcy w terminie 21 dni od daty ich dostarczenia pozwanemu. Strony przewidziały też możliwość naliczenia kar umownych oraz zawarły zastrzeżenie zakazujące zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy.

Po podpisaniu umowy z dnia 11.12.2008 r. pomiędzy powodem i U. D. powstał spór na tle prawidłowego wykonywania umowy konsorcjum. W jego wyniku powód złożył w dniu 19 stycznia 2009 r. oświadczenie o wypowiedzeniu pełnomocnictwa udzielonego U. D. w dniu 3 grudnia 2008 r. i wszelkich pełnomocnictw udzielonych jej w umowie

konsorcjum. O powyższym poinformował zamawiającego. W dniu 21 stycznia i 2 lutego 2009 r. powód wezwał U. D. do należytego wykonywania umowy konsorcjum, a pismem z dnia 18 lutego 2009 r. oświadczył jej, że umowa ta nie uprawnia żadnego członka konsorcjum do wykluczenia innych członków z jakichkolwiek czynności w trakcie realizacji zamówienia.

W dniu 26 stycznia 2009 r. U. D. przesłała powodowi umowę z dnia 11 grudnia 2008 r. zawartą w pozwanym oraz projekt umowy pomiędzy członkami konsorcjum na wykonanie określonych prac na rzecz (...). Powód odmówił podpisania takiej umowy zarzucając, że została jednostronnie zaproponowana przez U. D. i jest sprzeczna z elementarną logiką kolejności prac oraz niezgodna z kosztorysem powoda. Zarzucił też, że nie jest podwykonawcą U. D., lecz członkiem konsorcjum. Pismem z dnia 28 kwietnia 2009 r. U. D. wezwała powoda ponownie do podpisania umowy. Ostatecznie do podpisania jej doszło w dniu 8 maja 2009 r. W umowie tej powód przyjął na siebie wykonanie remontu i przebudowy instalacji elektrycznej oraz naprawczych prac budowlanych w budynku Ratusza Głównego. W treści umowy jej strony zaznaczyły, że U. D. jest liderem konsorcjum i zamawiającym, a powód – uczestnikiem konsorcjum i wykonawcą, a umowa zostaje zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego i wyboru oferty konsorcjum na wykonanie przedmiotowych robót, których inwestorem jest (...) Historyczne Miasta G..

W myśl umowy z dnia 8 maja 2009 r. zawartej z U. D. powód zobowiązał się do wykonania powierzonego mu zakresu prac zgodnie z kosztorysem ofertowym i dokumentacją techniczną, a zamawiająca miała mu wypłacić wynagrodzenie kosztorysowe w kwocie nieprzekraczającej 1.935.167,46 zł brutto. Końcowa wartość prac wykonanych miała być określona na podstawie zatwierdzonego przez inwestora kosztorysu powykonawczego opartego na obmiarze robót, sporządzonego przy zastosowaniu cen jednostkowych według kosztorysu ofertowego wykonawcy. Analogicznie jak w umowie konsorcjum z inwestorem, w umowie z dnia 8 maja 2009 r. uregulowano kwestie odbiorów i rozliczeń, w tym - możliwość rozliczania fakturami przejściowymi do wysokości 80% wartości przedmiotu umowy.

Po wykonaniu przez powoda znacznej części prac z zakresu branży elektrycznej, robót niskoprądowych oraz towarzyszących robót budowlanych i po ich protokolarnym odbiorze oraz sporządzeniu kosztorysu w/w robót, powód wystawił za nie U. D. fakturę VAT. Faktura ta nie została przez nią zapłacona, wobec czego powód zwrócił się o jej uregulowanie bezpośrednio do pozwanego inwestora. Wraz z pismem z dnia 29 grudnia 2009 r. powód przedstawił pozwanemu kopię umowy z dnia 8 maja 2009 r. wskazując, że zgodnie z tą umową jest podwykonawcą U. D., która nie zapłaciła za zleczone mu roboty, wobec czego pozwany jako inwestor odpowiedzialny jest z tego tytułu solidarnie z wykonawcą na podstawie art.647¹ § 5 k.c.

W dalszych rozmowach z pozwanym powód zarzucał, że nie otrzymuje wynagrodzenia od U. D. i zagroził, że wstrzyma wykonywanie dalszych prac, jeśli nie uzyska zapłaty. Zaproponował pozwanemu, aby ten zamiast płacić za roboty liderowi konsorcjum, dokonywał płatności bezpośrednio na rzecz powoda. Pozwany odmawiał tłumacząc, że nie jest to możliwe z uwagi na treść łączącej strony umowy. Konflikt pomiędzy konsorcjantami stwarzał realne zagrożenie dla terminowego wykonania robót, co mogło skutkować zakłóceniami w kalendarzu istotnych wydarzeń zaplanowanych w Ratuszu G.. Chcąc tego uniknąć, pozwany zaczął rozważać ewentualność zapłaty bezpośrednio powodowi, z pominięciem lidera konsorcjum. Lider ten ostatecznie zgodził się na wypłatę dla powoda należności z niezapłaconej faktury. Główna księgowa pozwanego zastrzegła jednak, że nie ma podstawy do bezpośredniej wypłaty powodowi, ponieważ zgodnie z umową o zamówienie publiczne wypłaty mogły być dokonywane tylko liderowi konsorcjum. Mówiła, że musi mieć jakiś dokument jako podstawę do wypłaty świadczenia powodowi. Wówczas pełnomocnik powoda sporządził projekt porozumienia stron.

Sporządzony w dniu 26 czerwca 2010 r. dokument zatytułowany (...) stanowi, że powód w ramach konsorcjum wykonuje roboty przewidziane umową z dnia 11 grudnia 2008 r. i umową konsorcjum. Pozwany w porozumieniu tym oświadczył, że przejmuje bezpośrednio zobowiązanie z tytułu płatności na rzecz powoda za wykonane prace w zakresie niewykonanym przez lidera konsorcjum (...), zaś powód zobowiązał się do fakturowania wykonanych prac bezpośrednio na (...) i dokonania korekty faktury wystawionej już na D.-S. przez wystawienie jej na (...). Pozwany zobowiązał się do wypłacenia powodowi zaliczkowo kwoty 310.000 zł netto do dnia 20.03.2010 r., a w pozostałym

zakresie – nie wcześniej niż do 27 marca 2010 r. Powód oświadczył, że do dnia zawarcia porozumienia D.-S. nie dokonał żadnych płatności na jego rzecz. Porozumienie zostało podpisane przez przedstawicieli powoda i pozwanego.

Stosownie do postanowień porozumienia powód anulował fakturę wystawioną U. D. i wystawił fakturę na tę samą kwotę pozwanemu. Pismem z dnia 11 marca 2010 r. U. D. oświadczyła jako lider konsorcjum, że wyraża zgodę na „cesję zaliczkowego wynagrodzenia” dla konsorcjanta, tj. powoda, za wykonywany przez niego zakres robót związany z realizacją kontraktu. Jednocześnie oświadczyła, że wszystkie pozostałe postanowienia umowy zawartej przez nią z powodem w dniu 8 maja (...). pozostają bez zmian. Wystawiona przez powoda faktura została zapłacona przez pozwanego na rachunek powoda. Powód kontynuował więc roboty i przystąpił do naprawy tynków. W momencie przedstawienia do odbioru roboty były wykonane poprawnie pod względem technicznym. Zostały odebrane protokołem odbioru i protokołem zdawczo-odbiorczym. Zestawienie wartości wykonanych robót zostało zaakceptowane przez inspektora nadzoru, U. D. i kierownika budowy robót energetycznych. Inspektor nadzoru zaakceptował kosztorys podwykonawczy dotyczący tych robót.

W dniu 7 lipca 2010 r. powód wystawił pozwanemu fakturę VAT na kwotę 230.000 zł netto (280.600 zł brutto). Fakturę odebrał pod powoda M. L., zastępca dyrektora pozwanego (...) do spraw ekonomicznych, składając swój podpis w miejscu opisanym na fakturze jako „imię i nazwisko osoby upoważnionej do otrzymywania faktur”.

Pismem z dnia 10 lipca 2010 r. doręczonym pozwanemu w dniu 13 lipca 2010 r. U. D. oświadczyła, że „wycofuje cesję” wynagrodzenia dla powoda za wykonywany przez niego zakres robót i zwróciła się do pozwanego o informację co do wysokości wypłaconego już powodowi wynagrodzenia. Pismem z dnia 25 sierpnia 2010 r. pozwany zawiadomił powoda o „cofnięciu cesji wynagrodzenia” przez U. D. i w związku z tym wezwał go do korekty wystawionej faktury wskazując, że nie jest jej adresatem, a cofnięcie cesji przez U. D. spowodowało wygaśnięcie porozumienia z dnia 26 lutego 2010 r. Pozwany stwierdził, że ostateczne rozliczenie wykonanych prac winno być dokonane pomiędzy członkami konsorcjum.

Pismem z dnia 8 września 2010 r. U. D. ponownie wyraziła zgodę na cesję wynagrodzenia w kwocie 280.600 zł brutto dla powoda jako konsorcjanta za wykonywany przez niego zakres robót wynikający z wystawionej przez niego faktury VAT za te roboty. Faktura ta nie została jednak zapłacona przez pozwanego.

Zgodnie z § 8 statutu pozwanego, do składania oświadczeń woli w zakresie spraw majątkowych i finansowych (...) upoważnieni są dyrektor i główny księgowy lub osoby przez nich umocowane. Wezwaniem z dnia 27 września 2010 r. powód zażądał od pozwanego zapłaty, m.in. należności z faktury z dnia 7 lipca 2010 r. Pismem z dnia 20 października 2010 r. pozwany odmówił zapłaty wskazując, że jest zobowiązany do rozliczeń z liderem konsorcjum, tj. firmą (...), a inne rozwiązania były wyjątkiem – jednym z nich było porozumienie, mocą którego (...) wypłaciło zaliczkowo powodowi wynagrodzenie za wykonane prace, lecz było to porozumienie jednorazowe i wygasło w związku z wywiązaniem się z niego przez pozwanego. Ponadto pozwany zwrócił uwagę na fakt, że końcowa wartość przedmiotu umowy zostanie ustalona na podstawie kosztorysu powykonawczego, który – jak wskazano w piśmie – wówczas nie istniał, tak samo jak nie była wówczas wykonana całość robót elektrycznych.

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne Sąd pierwszej instancji ocenił powództwo jako niezasadne. Sąd ten wskazał, że wbrew literalnej treści umowy z dnia 11 grudnia 2008 roku została ona zawarta przez pozwanego z konsorcjum, w skład którego wchodził powód, zaś U. D. działała w nim jako pełnomocnik wszystkich konsorcjantów, na podstawie wyników przetargu o zamówienie publiczne, w którym konsorcjum to wzięło udział. Z tego względu Sąd orzekający zważył, że oświadczenia woli stron z umowy z dnia 11 grudnia 2008 r. muszą być interpretowane w kontekście wcześniejszych oświadczeń woli składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji powyższego Sąd pierwszej instancji stwierdził, że powód był stroną umowy z dnia 11 grudnia 2008 r. o wykonanie zamówienia publicznego, w której występował jako wykonawca – członek konsorcjum. Zdaniem tego Sądu treść porozumienia zawartego przez strony w dniu 26 lutego 2010 r. nie potwierdza stanowiska pozwanego, że miało ono dotyczyć tylko jednej faktury, lecz wskazuje, że dotyczyło ono wszystkich płatności na rzecz powoda.

Jednocześnie Sąd pierwszej instancji wskazał, że powód oparł swoje żądanie na wąsko określonej podstawie faktycznej, podnosząc, że jest podwykonawcą U. D. będącej wykonawcą robot budowlanych na rzecz pozwanego inwestora. Jako podstawę prawną roszczenia powód wskazywał przepis art.647¹ § 5 k.c., przewidujący odpowiedzialność solidarną inwestora i wykonawcy względem podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. W tej sytuacji Sąd orzekający uznał, że nie ma podstaw do oceny roszczenia w oparciu o umowę łączącą powoda z pozwanym, gdyż naruszałoby to przepis art.321 § 1 k.p.c., skoro powód w swoich pismach procesowych taką podstawę faktyczną swojego żądania wręcz neguje. Skoro zaś powód w stosunku do pozwanego był wykonawcą – jednym z członków konsorcjum, a nie podwykonawcą U. D., jak twierdził, to jego roszczenie oparte o art.647¹ § 5 k.c. musi ulec oddaleniu. Nie można bowiem pozwanego uznać za osobę trzecią odpowiedzialną z mocy ustawy za dług U. D. wobec powoda. Podniesienie przez powoda po raz pierwszy w procesie w załączniku do protokołu ostatniej rozprawy, po jej zamknięciu, bezpodstawnego wzbogacenia jako ewentualnej podstawy materialnoprawnej powództwa, zdaniem Sądu orzekającego było spóźnione.

W następstwie uznania, że powód jest stroną umowy z dnia 11 grudnia 2008 r. o zamówienie publiczne, Sąd pierwszej instancji nie podzielił też koncepcji powoda, że przedmiotem porozumienia z dnia 26 lutego 2010 roku, wskazywanego jako niezależna podstawa żądania, było przejęcie przez pozwanego długu U. D. wobec powoda. W ocenie Sądu przedmiotem tego porozumienia była jedynie zmiana sposobu spełnienia świadczenia powoda na rzecz wciąż tego samego wierzyciela, tj. konsorcjum. Wspomniane porozumienie było dokumentem utworzonym jako podstawa dla (...) dla dokonywania płatności środków publicznych za prace wykonane przez powoda, wbrew umowie z konsorcjum, bezpośrednio do rąk powoda zamiast do rąk U. D. jako lidera konsorcjum zobowiązanego do dalszych rozliczeń z pozostałymi konsorcjantami. Na taką zmianę sposobu płatności wspomniany lider konsorcjum wyraził zgodę, nie wpłynęło to jednak na definitywną zmianę treści umowy o zamówienie publiczne.

Zdaniem Sądu orzekającego źródłem roszczenia powoda nie może być także akceptacja faktury przez dyrektora M. L., bowiem w okolicznościach sprawy nie stanowiła ona uznania długu. Skoro zaś za jedyną podstawę powództwa można było uznać umowę z dnia 11 grudnia 2008 roku, to brak zgody U. D. na płatność spornej faktury bezpośrednio do rąk powoda uniemożliwia uwzględnienie powództwa, pomimo bezspornego faktu wykonania i odebrania robót wykonanych przez powoda. Roszczenie powoda nie jest bowiem niezależne od roszczeń całego konsorcjum wobec pozwanego, a powód nie posiada legitymacji do samodzielnego dochodzenia wynagrodzenia za swoje własne prace od inwestora. W tych warunkach, na podstawie art.647¹ § 5 k.c. a contrario oraz art.519 § 1 k.c. a contrario, Sąd Okręgowy oddalił powództwo po uchyleniu nakazu zapłaty na zasadzie art.496 k.p.c. O kosztach procesu, którymi obciążony został powód, Sąd Okręgowy orzekł na zasadzie art.98 k.p.c.

Od przedstawionego wyroku powód wniósł apelację, zarzucając:

- 1) naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, tj. art.328 § 2 k.p.c. w związku z art.187 k.p.c. poprzez ustalenie błędnej podstawy faktycznej pozwu, tj. poprzez bezpodstawne ograniczenie jej wyłącznie do faktu podwykonawstwa czy porozumienia z dnia 26 lutego 2010 r.,
- 2) naruszenie art.321 k.p.c. w związku z art.187 k.p.c. poprzez uznanie, że rozstrzygnięcie powództwa na podstawie umowy z dnia 11 grudnia 2008 r. byłoby orzeczeniem ponad żądanie pozwu jako nieoparte na podstawie faktycznej powództwa określonej przez powoda,
- 3) naruszenie art.321 k.p.c. w związku z art.187 k.p.c. w związku z art.316 k.p.c. poprzez nierozpoznanie istoty sprawy i oddalenie powództwa w sytuacji jednoznacznego ustalenia, że podstawę powództwa mogłaby stanowić tylko umowa z dnia 11 grudnia 2008 r. a jednocześnie ustalenie, iż powód był stroną tejże umowy, a zatem w szeroko określonym przez powoda stanie faktycznym sprawy Sąd winien był rozstrzygnąć powództwo również na podstawie umowy z dnia 11 grudnia 2008 r.,

4) naruszenie art.321 k.p.c. w związku z art.187 k.p.c. w związku z art.199 § 1 pkt 2 k.p.c. poprzez oddalenie powództwa, co zamknęło powodowi drogę sądową do dochodzenia roszczenia objętego sporem,

5) naruszenie art.485 § 1 ust.1 i 2 k.p.c. w związku z art.495 § 4 k.p.c. poprzez ustalenie, że oświadczenie dyrektora pozwanego M. L. w postaci przyjęcia faktury VAT z dnia 7 lipca 2011 r. nie stanowiło uznania długu, a zatem nie było podstaw do rozstrzygnięcia sprawy w trybie postępowania nakazowego, co się zaś z tym wiąże, również stosowania rygorystów procesowych przewidzianych dla tegoż postępowania, jak np. wyłączenie możliwości zastosowania art.194-196 i 198 k.p.c.,

6) naruszenie art.233 § 1 k.p.c. w związku z art. 227 k.p.c. i art.316 § 1 k.p.c. przez dokonanie sprzecznej z materiałem dowodowym oraz zupełnie dowolnej (niezgodnej z zasadami logiki i doświadczenia życiowego) oceny materiału dowodowego prowadzącej do błędnych ustaleń w zakresie stanu faktycznego,

7) naruszenie prawa materialnego w postaci art.353¹ k.c. w związku z art.65 § 2 k.c. poprzez ich niezastosowanie i uznanie, że porozumienie z dnia 26 lutego 2010 r. nie wywierało skutków prawnych w postaci konkretnych zobowiązań stron, tj. np., zobowiązania pozwanego do zapłaty powodowi, podczas gdy obie strony tego porozumienia w toku posiedzenia potwierdziły, że wola obydwu stron była nakierowana na zawarcie skutecznego i prawnie wiążącego strony porozumienia wywołującego skutek w postaci zobowiązania pozwanego do zapłaty powodowi, zaś powoda do wystawiania faktur na pozwanego, do zawarcia którego były uprawnione w myśl zasady autonomii woli stron i swobody kontraktowania,

8) naruszenie art.379 § 1 k.c. poprzez niezastosowanie w zw. z art.353¹ k.c. poprzez niezastosowanie i brak ustalenia, że powód był uprawniony samodzielnie do dochodzenia wynagrodzenia za wykonane przez niego roboty na podstawie umowy z dnia 11 grudnia 2008 r. w związku z porozumieniem z dnia 26 lutego 2010 z uwagi na okoliczność, iż świadczenie pozwanego w oparciu o umowę z dnia 11 grudnia 2008 r. było świadczeniem pieniężnym, a zatem podzielnym, którego powód w zakresie swojej części (a zatem objętej niniejszym powództwem) mógł dochodzić samodzielnie,

9) naruszenie art.647¹ § 5 k.c. przez błędną wykładnię w zw. z art.353¹ k.c. poprzez niezastosowanie oraz w związku z art.2 ust 11 i art.23 ust.3 prawa zamówień publicznych poprzez niezastosowanie i uznanie, że powód nie mógł być podwykonawcą w postępowaniu o zamówienie publiczne, podczas gdy to konsorcjum wykonawców było stroną umowy z dnia 11 grudnia 2008 r., których ustawa nakazuje traktować jako wykonawcę, powód zaś samodzielnie nie mógł być stroną w/w umowy w zamawiającym, stał się zaś stroną umowy podwykonawczej z Konsorcjum Wykonawców i wykonywał powierzoną mu część robót w ramach zamówienia publicznego.

Wskazując na te zarzuty powód wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i utrzymanie w mocy nakazu zapłaty Sądu Okręgowego z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie I Nc 87/11, ewentualnie – o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania z uwagi na nierozpoznanie istoty sprawy. Powód wniósł nadto o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego kosztów procesu za wszystkie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości potrójnej stawki minimalnej. Wraz z apelacją powód przedłożył aktualne dokumenty z KRS, z których wynika, że w dniu 31.12.2012 r., tj. przed wydaniem zaskarżonego wyroku, do rejestru tego wpisana została zmiana nazwy i siedziby powodowej spółki na obecną: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. (v.K.530-536).

W odpowiedzi na apelację pozwany wnosił o jej oddalenie i o zasądzenie na jego rzecz od powoda kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie jest zasadna. Sąd Apelacyjny w pierwszym rzędzie podzielił ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji uznając, że będą one stanowiły, z zastrzeżeniem wynikającym z poniższych rozważań, odpowiednie oparcie faktyczne także dla niniejszego rozstrzygnięcia.

Sąd Apelacyjny jako nietrafne ocenił zarzuty przedstawione w apelacji powoda, w szczególności odnoszące się do naruszeń przepisów prawa procesowego. Należy bowiem podnieść, że zasadnicze i decydujące znaczenie dla zasadności niniejszego powództwa ma ocena uwzględniająca przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.jedn. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz.759 ze zm., dalej – p.z.p.), w oparciu o którą zawarta została umowa o wykonanie przedmiotowych robót budowlanych, tj. umowa z dnia 11 grudnia 2008 r.

Wbrew zarzutom apelacji Sąd pierwszej instancji poczynił rozważania co do możliwości dochodzenia niniejszego roszczenia przez powoda, mając na uwadze cztery wskazane przez niego umowy:

- umowę konsorcjum z dnia 25 listopada 2008 r. zawartą przez trzech przedsiębiorców: U. D., powoda i spółkę (...),
- umowę o zamówienie publiczne z dnia 11 grudnia 2008 r. zawartą pomiędzy pozwanym (...) a U. D. jako liderem konsorcjum,
- umowę „podwykonawczą” z dnia 8 maja 2009 r. zawartą przez powoda z U. D.,
- umowę z dnia 26 lutego 2010 r. – (...) – zawartą pomiędzy powodem a pozwanym.

Sąd orzekający w swoich rozważaniach doszedł do trafnego wniosku końcowego, że powództwo nie może zostać uwzględnione. Zawierając umowę konsorcjum z dnia 25 listopada 2008 r., konieczną – gdyż żaden z konsorcjantów z osobna nie miał odpowiednich kompetencji do samodzielnego wzięcia udziału w przetargu organizowanym przez pozwanego – do celu uczestnictwa w tym przetargu, członkowie konsorcjum, w tym powód, wypełnili przesłanki określone w art.23 p.z.p. Zgodnie z nakazem tego przepisu (ust.2), jako wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia, konsorcjanci ustanowili pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia i do zawarcia umowy z sprawie zamówienia publicznego. Na pełnomocnika, i jednocześnie lidera konsorcjum, jego członkowie wyznaczyli U. D.. Utworzony w ten sposób stosunek prawny, w relacji z pozwanym (...) usytuował powoda wraz z pozostałymi członkami konsorcjum w pozycji podobnej do stosunku prawnego wspólników spółki cywilnej, co do zasady niedopuszczalnym czyniąc korzystanie ze środków ochrony prawnej przez poszczególnych konsorcjantów. Oznaczało to, że dla pozwanego partnerem do ustaleń, a także rozliczeń, było konsorcjum, a konkretnie wyznaczony przez nie lider, nie zaś firmy wchodzące w skład konsorcjum.

Zgodnie z art.141 p.z.p. wykonawcy zgrupowani w konsorcjum przyjęli na siebie – ex lege – solidarną odpowiedzialność wobec inwestora za wykonanie całości umowy, niezależnie od tego, w jaki sposób każdy z nich zrealizował powierzony mu zakres robót. Wprawdzie wynagrodzenie za ich wykonanie, jako świadczenie pieniężne, jest świadczeniem podzielnym w rozumieniu art.379 § 1 k.c., na co słusznie wskazał powód w apelacji, a brzmienie przepisu art.141 p.z.p. wskazuje na to, że określona w nim solidarność konsorcjantów wobec inwestora ma charakter bierny, a nie czynny, jednak nie rodzi to podstawy do samodzielnego dochodzenia przez powoda przedmiotowego roszczenia. Na powyższe regulacje prawne nakładają się bowiem zapisy umowy łączącej strony i dopiero łączna ich analiza może prowadzić do wniosku o możliwości lub wyłączeniu samodzielnności konsorcjantów w zakresie dochodzenia wynagrodzenia za wykonany przez nich zakres robót. Należy przy tym mieć na uwadze to, że art.144 ust.1 p.z.p. zakazuje istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany, co w niniejszej sprawie nie zachodzi. W myśl art.144 ust.2 p.z.p. zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust.1 podlega unieważnieniu.

W umowie konsorcjum z dnia 25 listopada 2008 r. (v.K.71-72) jego członkowie (w § 3 ust.4) powierzyli liderowi, tj. U. D., m.in. prowadzenie z Zamawiającym rozliczeń finansowych z tytułu wykonanych robót (pkt b) i rozliczenia

ostateczne spraw finansowych z Zamawiającym (pkt d). Strony tej umowy zobowiązały się przy tym do jej nierozwiązywania oraz do niedokonywania w niej zmian bez zgody Zamawiającego, tj. pozwanego (§ 9 ust.2), a ewentualne zmiany wymagały zachowania formy pisemnych aneksów, podpisanych przez członków konsorcjum (§ 10). W świetle umowy konsorcjum (§ 3 ust.4 pkt a) nie ulega wątpliwości, że umowa z dnia 11 grudnia 2008 r. zawarta pomiędzy pozwanym jako Zamawiającym a U. D. jako Wykonawcą (v.K.19-21) w wyniku udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego „wygranego” przez wspomniane konsorcjum, była zawierana również w imieniu powoda i że nadała ona powodowi, niezależnie od sposobu określenia stron tej umowy, status prawny wykonawcy. Statusu tego nie mogła zmienić umowa „podwykonawcza”, jaką powód podpisał z U. D. w dniu 8 maja 2009 roku, która to umowa nie mogła w żaden sposób wiązać pozwanego, a jedynie jej strony.

W relacjach pomiędzy powodem a pozwanym (...) zakres praw i obowiązków wyznaczała zatem umowa z dnia 11 grudnia 2008 r. o wykonanie zamówienia publicznego, w tym sposób zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane, określony w § 10, jak również zapisy o karach umownych obciążających każdą ze stron, przewidziane w wypadkach wskazanych w jej § 11. Te postanowienia umowy precyzowały zakres ustawowej odpowiedzialności solidarnej członków konsorcjum wobec Zamawiającego z tytułu prawidłowego wykonania umowy, przewidzianej w art.141 p.z.p.

Zgodzić się trzeba ze stanowiskiem Sądu pierwszej instancji co do tego, że porozumienie z dnia 26 lutego 2010 r. nie mogło stanowić samodzielnej, odrębnej podstawy odpowiedzialności pozwanego za wynagrodzenie. Porozumienie to nie zmieniało bowiem ani umowy konsorcjum z dnia 25 listopada 2008 r., ani nie mogło zmieniać (wobec ustawowego zakazu) umowy o zamówienie publiczne, z dnia 11 grudnia 2008 r., a jedynie – jak to zasadnie przyjął Sąd orzekający – określało sposób płatności za faktury wystawione przez powoda w zakresie, w jakim zgodę na to wyraziła U. D., godząc się na przekazanie, na zasadzie wyjątku, określonej kwoty bezpośrednio do rąk powoda.

Zmiana umowy konsorcjum drogą wspomnianego porozumienia nie nastąpiła, gdyż wbrew § 10 umowy konsorcjum nie doszło do podpisania w tym względzie aneksu z udziałem wszystkich konsorcjantów. Porozumienie to było bowiem jedynie umową zawartą przez strony niniejszego procesu (v.K.155) i nawiązującą do istnienia umowy konsorcjum oraz umowy o zamówienie publiczne. Wynikające z zeznań powoda i świadków przesłuchanych w sprawie okoliczności zawarcia porozumienia z dnia 26 lutego 2010 r. jasno wskazują, że pozwany, motywowany presją, że roboty niewykonane w terminie (czym groził powód) zdeorganizują działanie Ratusza, poszukiwał możliwości uwolnienia środków publicznych przeznaczonych na realizację zamówienia, ostatecznie godząc się na zapłatę bezpośrednio do rąk powoda, ale wyłącznie za pisemną zgodą lidera konsorcjum jako jedynie upoważnionego w myśl łączącej strony umowy do dokonywania rozliczeń. Porozumienie z dnia 26 lutego 2010 r. zatem, w połączeniu z pismem U. D. z dnia 11 marca 2010 r. wyrażającym zgodę na przelew bezpośrednio na konto powoda (K.156), można co najwyżej kwalifikować jako zgodę lidera konsorcjum, wyrażoną wbrew treści umowy konsorcjum bez akceptacji trzeciego konsorcjanta (spółki (...)), na uwolnienie części środków z pominięciem rozliczania ich przez samego lidera pomiędzy członków tego konsorcjum.

Jak wskazano wyżej, porozumienie z dnia 26 lutego 2010 r. w niczym nie mogło jednak zmieniać postanowień umowy z dnia 11 grudnia 2008 r. o zamówienie publiczne, w tym – jej § 10 czy 11. Solidarna odpowiedzialność powoda za wykonanie całego zamówienia, a także z tytułu kar umownych, jest zatem czynnikiem decydującym o możliwości skutecznego domagania się wypłaty części wynagrodzenia przypadającej według kosztorysów na te prace, które w ramach zamówienia były wykonywane wyłącznie przez powoda. Jest to odpowiedzialność wynikająca z ustawy (z art.141 p.z.p.) i niezależna od zgody lidera konsorcjum, wyrażonej w odniesieniu do spornej w sprawie faktury pismem z dnia 8 września 2010 r.

Pozwany w zarzutach od wydanego w sprawie nakazu zapłaty zasadnie podniósł, że niezależnie od ostatecznej zgody U. D. na uwolnienie spornej kwoty wynikającej z faktury objętej żądaniem pozwu, w dacie wyrażenia tej zgody (8 września 2010 roku), suma wypłat częściowych wynagrodzenia za roboty, dokonanych przez Zamawiającego, przekroczyła 80 %, co w myśl § 10 ust.2 umowy o zamówienie publiczne z dnia 11 grudnia 2008 r. uniemożliwiało pozwanemu jakiegokolwiek dalsze płatności. Ta bowiem część wynagrodzenia należnego wykonawcom zastrzeżona była, zgodnie z umową, dla rozliczenia końcowego. Sporządzone przez główną księgową pozwanego zestawienie sum zapłaconych

dotąd faktur (v.K.302), niepodważone dowodowo przez powoda, wskazuje, że z kwoty kontraktu netto – 6.146.681,31 zł liderowi (w tym za jedną fakturę bezpośrednio powodowi na podstawie wspomnianego porozumienia z dnia 26 lutego 2010 r.) wypłacił pozwany łącznie 4.981.539,77 zł netto, co stanowi ponad 81% wartości netto kontraktu, zaś do zapłaty w ramach rozliczenia końcowego pozostało 1.165.141,43 zł netto. Jak z powyższego wynika, umowa o zamówienie publiczne zakazywała w tym czasie dalszego rozliczania faktur przejściowych z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, niezależnie od tego, czy miałyby być płatne do rąk lidera konsorcjum, czy do rąk powoda.

Pozwany dalej zarzucił, że dotąd nie wystąpiły warunki do dokonania rozliczenia końcowego, bowiem konsorcjum nie wykonało należycie umowy o zamówienie publiczne, w związku z czym Zamawiający naliczył i potrącił z wynagrodzenia wykonawców kary umowne za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy, notą obciążeniową w kwocie 777.391,85 zł wystawioną w dniu 30 czerwca 2010 r. (K.340), która to kwota przenosi wartość wynagrodzenia dochodzonego w niniejszym procesie przez powoda. Taki też stan dotychczasowego rozliczenia pomiędzy pozwanym a konsorcjum wynika też z zeznań świadka M. P., głównej księgowej pozwanego (v.K.431v.).

Bezsporne pomiędzy stronami jest to, że o powyższe pozostałe 20% wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego objętego umową z dnia 11 grudnia 2008 r. U. D. wytoczyła odrębne powództwo przeciwko pozwanemu, przy czym spór ten nie został dotąd prawomocnie zakończony.

Trafnie w tych warunkach pozwany wskazywał, że zgoda U. D. wyrażona w dniu 8 września 2010 r. na dokonanie przelewu za sporną fakturę bezpośrednio na konto powoda, wraz z treścią porozumienia z dnia 26 lutego 2010 roku, nie może mieć istotnego znaczenia dla oceny zasadności niniejszego powództwa, bowiem powyższe działanie lidera konsorcjum nie uwzględnia wiążącej strony umowy z dnia 11 grudnia 2008 r. o zamówienie publiczne i ustalonych tam zasad rozliczeń, których w żadnym razie porozumienie to zmienić nie mogło z przyczyn powyżej przedstawionych.

Nie bez racji przy tym Sąd pierwszej instancji zważył, że kwestie prawidłowości wykonania całej umowy o zamówienie publiczne – a nie tylko części robót przypadających na powoda – oraz ich odbioru dokonano zgodnie z treścią umowy, nie były przedmiotem prowadzonego postępowania, w którym powód w pierwszym rzędzie wywodził roszczenie ze swojej funkcji podwykonawcy U. D. i odpowiedzialności ustawowej inwestora, która to koncepcja w świetle poczynionych w niniejszej sprawie ustaleń faktycznych zasadnie została odrzucona przez Sąd orzekający jako pozbawiona podstaw.

O zasadności roszczenia powoda nie może także przesądzać podnoszony przez niego fakt przyjęcia spornej faktury przez dyrektora do spraw ekonomicznych pozwanego (...), M. L., bowiem w szerszym kontekście faktycznym sporu czynność ta oznaczała jedynie dostarczenie faktury osobie upoważnionej do odbioru faktur, nie zaś o obowiązku zapłaty kwoty wynikającej z tego dokumentu, skoro przesłanki do dokonania końcowego rozliczenia całości zamówienia nie zostały przez powoda wykazane (ani nawet podnoszone w sytuacji, gdy skarżący domagał się zapłaty jedynie za tę część zamówionych prac, które bezspornie wykonał i które zostały odebrane).

Z przedstawionych wyżej względów Sąd Apelacyjny ocenił apelację powoda jako pozbawioną uzasadnionych podstaw i oddalił ją, w oparciu o art.385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł zgodnie z art.98 § 1 i 3 k.p.c. w związku z art.108 § 1 k.p.c. Koszty te stanowi wynagrodzenie pełnomocnika procesowego powoda w kwocie 5.400 zł, określone na podstawie § 6 pkt 7 w związku z § 12 ust.1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych orz. ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz.1349 ze zm.).

Na zasadzie art.350 § 1 i 3 k.p.c. Sąd Apelacyjny z urzędu sprostował oznaczenie strony powodowej w zaskarżonym wyroku. Jak bowiem wynika z przedłożonych dokumentów, w dniu 31 grudnia 2012 r. do Krajowego Rejestru Sądowego wpisana została zmieniona nazwa i siedziba powodowej Spółki, podczas gdy wyrok Sądu pierwszej instancji wydany w dniu 29 stycznia 2013 r. okoliczności tej nie uwzględnił.