

Sygn. akt I ACa 550/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 listopada 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Dorota Gierczak
Sędziowie:	SA Andrzej Lewandowski (spr.) SO del. Małgorzata Zwierzyńska
Protokolant:	stażysta Agnieszka Kisicka

po rozpoznaniu w dniu 15 listopada 2013 r. w Gdańsku na rozprawie
sprawy ze skargi Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.
przeciwko Przedsiębiorstwu (...) - (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K.
o uchylenie wyroku sądu polubownego
na skutek apelacji przeciwnika skargi
od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku
z dnia 23 kwietnia 2013 r. sygn. akt IX GC 368/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w punktach I i II (pierwszym i drugim) w ten sposób, że :

a) oddala skargę;

b) zasądza od skarżącego Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. na rzecz przeciwnika skargi Przedsiębiorstwa (...) – (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 7.217 (siedem tysięcy dwieście siedemnaście) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania za I instancję;

II. zasądza od skarżącego Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. na rzecz przeciwnika skargi Przedsiębiorstwa (...) – (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. kwot 105. 417 (sto pięć tysięcy czterysta siedemnaście) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

UZASADNIENIE

Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. w G. wniosło skargę o uchylenie wyroku Stałego Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w W. z dnia 30 kwietnia 2012 w sprawie SA 132/10 zarzucając wykroczenie poza ramy zapisu na sąd polubowny i naruszenie klauzuli porządku publicznego.

Przeciwnik skargi Przedsiębiorstwo (...) - (...) sp. z o.o. w K. wniósł o jej oddalenie.

Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z dnia 23 kwietnia 2013r. uchylił w całości wyrok Stałego Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w W. z dnia 30 kwietnia 2012r. w sprawie SA 132/10 oraz orzekł o kosztach postępowania. Podstawą wydanego wyroku były następujące ustalenia:

W dniu 4 października 2006r. Przedsiębiorstwo (...) - (...) sp. z o.o. w K. jako wykonawca zawarło z Przedsiębiorstwem (...) sp. z o.o. w G. jako zamawiającym Kontrakt (...) " Budowa sieci wodociągowych i kanalizacyjnych w G., R. i gminie (...)". Integralną część Kontraktu stanowią między innymi Akt Umowy, Warunki Kontraktowe dla (...) dla robót inżyniersko-budowlanych projektowanych przez zamawiającego, pierwsze wydanie w języku angielskim 1999r przygotowane i opublikowane przez (...) Federację (...) oraz drugie wydanie polsko-angielskie 2004r. wydane przez (...) w W. (Warunki (...)) zmodyfikowane i uzupełnione poprzez uzgodnione przez strony i stanowiące integralną część Warunki Szczególne Kontraktu (Warunki Szczególne) oraz Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych (Specyfikacja Techniczna). Zamówienie objęte kontraktem zostało udzielone w trybie zamówienia publicznego.

W rozdziale 20 Warunków (...) uregulowano postępowanie dotyczące sporów i arbitrażu. W pierwszej kolejności uwarunkowano możliwość dochodzenia roszczenia przez Wykonawcę od właściwego zgłoszenia Inżynierowi Kontraktu wydarzenia lub okoliczności dających podstawę do takiego roszczenia. Następnie wskazano na konieczność przesłania przez wykonawcę Inżynierowi kompletnego roszczenia obejmującego wszystkie szczegóły na uzasadnienie roszczenia o przedłużenie czasu lub dodatkową zapłatę.

W ust. 2 wskazano, że spory będą rozstrzygane przez Komisję Rozjemczą zgodnie z klauzulą 20.4, a strony wspólnie powołają Komisję Rozjemczą w terminie 42 dni po tym jak jedna strona da drugiej stronie powiadomienie o swoim zamiarze wniesienia sporu do Komisji Rozjemczej. W załączniku do oferty uzgodniono jednoosobowy skład Komisji Rozjemczej. Klauzula 20.3 stanowi, że jeżeli strony nie potrafią uzgodnienia jednoosobowej Komisji Rozjemczej w terminie ustalonym w pierwszym akapicie klauzuli 20.2 wówczas na wniosek jednej lub obu stron jednostka wyznaczająca wymieniona w Szczególnych Warunkach (Prezes (...) lub Prezes NOT) lub jej przedstawiciel powinien, po należytych konsultacjach z obiema stronami, wyznaczyć członka Komisji Rozjemczej. Takie wyznaczenie będzie ostateczne i wiążące. Każda ze Stron będzie obowiązana do opłacenia połowy honorarium jednostki wyznaczającej lub jej przedstawiciela.

W klauzuli 20.4. przewidziano tryb uzyskiwania decyzji Komisji Rozjemczej wskazując, że jeżeli zaistnieje spór jakiegokolwiek rodzaju pomiędzy Stronami związany lub wynikający z Kontraktu lub wykonania robót, włącznie ze wszystkimi sporami, co do jakiegokolwiek świadectwa ustalenia, polecenia, opinii lub wyceny dokonanej przez Inżyniera to każda ze Stron może przedłożyć na piśmie spór do Komisji Rozjemczej do decyzji, z kopią dla drugiej strony i Inżyniera. Taki wniosek powinien stwierdzać, że jest składany stosownie do niniejszej klauzuli. Zgodnie z postanowieniami (...) decyzja Komisji Rozjemczej jest wiążąca dla obu stron. Strony winny niezwłocznie wprowadzić ją w życie dopóki i jeżeli nie zostanie ona zmieniona w postępowaniu pojednawczym lub wyroku arbitrażu. Spory w stosunku do których decyzja Komisji Rozjemczej, chociaż wydana, nie stała się ostateczna i wiążąca ani nie zostały rozstrzygnięte polubownie będą ostatecznie rozstrzygnięte przez międzynarodowy arbitraż.

W klauzuli 20.8 Warunków (...) postanowiono, że jeżeli między Stronami powstanie spór w związku z Kontraktem, w jego następstwie lub wykonaniem robót w czasie kiedy nie ma na miejscu Komisji Rozjemczej z powodu wygaśnięcia umowy z Komisją Rozjemczą lub innego to klauzula 20.4 nie będzie miała zastosowania a spór może być skierowany bezpośrednio do arbitrażu na mocy klauzuli art. 20.6.

W toku wykonywania robót budowlanych Wykonawca przedstawił Zamawiającemu;

- wniosek nr (...) z dnia 19 maja 2008r. Rewizja nr (...), o roboty dodatkowe i zamienne dotyczące wykonania odwodnień wykopów w ilości przekraczającej ilości określone w przedmiarze robót i zwiększający koszty o kwotę netto 284 307,10 Euro,

- wniosek nr (...) z dnia 18 sierpnia 2008r. Rewizja nr (...), o roboty dodatkowe i zamienne w ilości przekraczającej ilości określone w przedmiarze robót na zadaniu 5 - OS 12-ego Marca i zwiększający kosztów robót na kwotę netto 953 156,23 Euro,

- wniosek nr (...) z dnia 19 sierpnia 2008r. o roboty dodatkowe i zamienne - dotyczący robót odwodnieniowych w ilości przekraczającej ilości określone w przedmiarze robót na zadaniu nr 2 - Rejon ulic (...) oraz na magistrali wodociągowej zwiększający koszty robót o kwotę 8 560,64 Euro.

W związku z wykonaniem robót objętych tymi wnioskami powstał między stronami spór o zapłatę wynagrodzenia. W dniu 3 czerwca 2009r. wykonawca wystąpił do zamawiającego z pismem w którym na mocy klauzuli 20.2 Ogólnych Warunków Kontraktów wykonawca zamierzał poddać ów spór Rozjemcy. Zaproponował jako rozjemcę z listy rozjemców (...) W. B. zapewniając, że nie jest on z nimi związany żadnymi więzami rodzinnymi, partnerstwem gospodarczym lub stosunkiem zatrudnienia ani jakimkolwiek innym, który mógłby mieć wpływ na jego bezstronność. Wykonawca zastrzegł, że umotywowany sprzeciw zamawiającego będzie uważany za wiążący. Wówczas zamawiający powinien wskazać inną osobę jako Rozjemcę. Wykonawca zastrzegł też możliwość zgłoszenia zastrzeżeń do zgłoszonego przez zamawiającego kandydata na Rozjemcę., gdyby istniały do tego podstawy. W takim przypadku wskazywał, skieruje spór na drogę postępowania arbitrażowego. W odpowiedzi zamawiający stwierdził, że nie wyraża zgody na zaproponowanego przez wykonawcę Rozjemcę. Potwierdził swoje zainteresowanie polubownym rozwiązaniem powstałych rozbieżności. W przypadku braku porozumienia zamawiający wyraził gotowość poddania się rozstrzygnięciu sprawy w postępowaniu prowadzonym przez wskazany sąd arbitrażowy. Po otrzymaniu pisma zamawiającego wykonawca nie zwracał się do prezesa (...) ani prezesa NOT o wyznaczenie rozjemcy, zgodnie z klauzulą 20.3 Warunków (...).

W dniu 26 kwietnia 2010r. wykonawca złożył do Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej przeciwko zamawiającemu pozew a zapłatę w związku z robotami wykonywanymi na podstawie umowy nr (...). W pozwie domagał się zasądzenia kwoty 1 520 149,12 EURO tytułem wynagrodzenia za prace odwodnieniowe wraz z odsetkami ustawowymi od tej kwoty liczonymi od daty wydania świadectwa przejęcia, tj. od dnia 26 listopada 2008r.

Powód twierdził, że wykonał roboty w ilości przekraczającej ilość określoną w przedmiarze.

Wyroku z dnia 30 kwietnia 2012r. Sąd Arbitrażowy uwzględnił w całości powództwo zarówno co do zasady jak i wysokości. W toku postępowania Sąd zarządził wymianę pism procesowych, przeprowadził dowód z zeznań świadków i opinii biegłego. Pozwany w toku procesu podnosił zarzut przekroczenia zapisu na sąd polubowny a także zarzuty merytoryczne przeciwko żądaniu pozwu., w tym także zarzut naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Arbitrażowy zwrócił uwagę, że w przedmiotowej sprawie Komisja Rozjemcza w ogóle nie została powołana. Skoro jednak zamawiający nie zwrócił się o wyznaczenie rozjemcy do (...), to nieuzasadnione jest powoływanie się przez niego ma niewyczerpanie drogi polubownego zakończenia sporu. Nadto strony nie ustaliły aby rozstrzygnięcie sporu przez Komisję Rozjemczą było obligatoryjne. Klauzule kontraktu wskazują jedynie, że Komisja Rozjemcza może zostać powołana. Na podstawie klauzuli 20.8 Warunków Ogólnych uznać należało, że brak uprzedniej decyzji Komisji Rozjemczej nie stanowi przeszkody do rozpoznania sprawy przez sąd arbitrażowy.

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego sąd polubowny uznał, że wykonawca wykonał dodatkowe odwodnienie, po czym strony kontynuowały wykonywanie obowiązków umownych. Wykonawca dokonał skutecznego powiadomienia Inżyniera Kontraktu w o tym, że powódka uważa się za uprawnioną do dodatkowej zapłaty w myśl klauzuli 20.1 Warunków Ogólnych.. Stosując postanowienia klauzuli 20.1 Ogólnych Warunków

Sąd stwierdził, że wykonawca spełnił zawarte w nim wymagania dotyczące "wstępnego" powiadomienia Inżyniera Kontraktu, o tym, że powódka uważa się za uprawnioną do dodatkowej zapłaty. W szczególności dzienniki pompowań dołączone do każdego z wniosków wskazują, że Inżynier Kontraktu każdorazowo potwierdzał wykonanie pompowań. Inżynier Kontraktu był na bieżąco informowany o ilości igłofiltrów i czasie pompowań. W ocenie Sądu pozwala to uznać, że nastąpiło należyte zgłoszenie roszczenia w rozumieniu klauzuli 20.1 Ogólnych Warunków Także opinia mgr inż. J. K., biegłego sądowego z zakresu budownictwa potwierdza fakt, że Inżynier Kontraktu wiedział o zwiększonym zakresie pompowania niezgodnymi z założeniami, o czym świadczy m. in. opinia hydrologiczna i dziennik pompowań. W ocenie Zespołu (...) wobec skutecznego poinformowania Inżyniera Kontraktu o konieczności przeprowadzenia dodatkowych robót odwodnieniowych zgodnie z klauzulą 20.1 Warunków Ogólnych oraz akceptowania przez Inżyniera Kontraktu dzienników pompowań nie można uznać, że uchybienie dotyczące terminu zgłoszenia roszczenia miało jakikolwiek wpływ na możliwość zbadania jego zasadności. Brak projektu odwodnień nie pozbawia pozwaną możliwości zmodyfikowania prac tak aby dodatkowe prace odwodnieniowe zostały zminimalizowane. Sąd polubowny nie podzielił stanowiska pozwanej jakoby wnioski o roboty dodatkowe i zamienne nie zostały podpisane przez osobę uprawnioną. Inżynier Kontraktu akceptował działania powódki. Opinia biegłego w przekonaniu zespołu orzekającego była przekonująca, a podniesione przez pozwaną zarzuty nieuzasadnione. Sposób wykonania odwodnień był zgodny z ustaleniami stron zawartymi w Specyfikacji (...) (...) Wobec powyższego powódka prawidłowo obliczyła wysokość roszczenia.

Sąd Okręgowy rozpoznając skargę o uchylenie wyroku Sądu Polubownego uznał za zasadny zarzut wykroczenia poza zakres zapisu na sąd polubowny. Rozdział 20 Warunków (...) wprowadza obowiązek poddania sporu najpierw Komisji Rozjemczej Zawarte w klauzuli 20.4. sformułowanie "każda ze stron może przedłożyć na piśmie spór do KR do decyzji" nie oznacza fakultatywności w zakresie rozpoznawania sporów przez Komisję Rozjemczą. Fakultatywne jest samo zgłoszenie roszczenia a tryb postępowania w tej materii. Jeżeli wykonawca podejmuje decyzję o zgłoszeniu jakiegoś roszczenia musi postępować ściśle według reguł opisanych w rozdziale 20 Warunków (...). W szczególności dotyczy to poddania sprawy do rozpoznania Komisji Rozjemczej.

Odnosnie spornych w niniejszej sprawie zapisów rozdziału 20 Warunków Kontraktowych (...) w doktrynie prezentowane stanowisko jest zbieżne ze stanowiskiem przedstawionym przez skarżącego. Według tej wykładni jeśli któraś ze stron nie zastosuje się do procedury określonej w wielostopniowej klauzuli rozwiązywania sporów jej roszczenie nie może być skutecznie dochodzone w arbitrażu. Warunki (...) przewidują tylko jeden wyjątek, kiedy postępowanie może być wszczęte bezpośrednio przed sądem polubownym. Może to nastąpić wówczas gdy Komisji nie ma, czy to z powodu wygaśnięcia z nią umowy, czy z innego powodu np. niemożności powołania Komisji na skutek braku współdziałania drugiej strony. Konieczne jest jednak zachowanie wszystkich procedur poprzedzających zgłoszenie wniosku do Komisji Rozjemczej. Rozszerzająca interpretacja klauzuli 20.8 nie jest dopuszczalna, gdyż otwierałaby ona drogę do dowolnego omijania przez strony wszystkich wcześniejszych klauzul rozdziału 20 Warunków (...). Wskazuje na to systematyka tego rozdziału, wykładnia funkcjonalna i celowościowa.

W sytuacji gdy zamawiający nie zgodził się na proponowanego przez wykonawcę członka Komisji Rozjemczej, wykonawca jako inicjujący spór winien zwrócić się do właściwego organu o wyznaczenie członka Komisji Rozjemczej. Zamawiający jako odmawiający zapłaty nie był zainteresowany rozstrzygnięciem sporu. Trudno zatem od niego wymagać aby uruchamiał procedurę rozstrzygnięcia sporu. Zaniechanie przez wykonawcę wystąpienia o wyznaczenie członka Komisji Rozjemczej nie pozwala przyjąć, że wystąpiły obiektywne przeszkody w powołaniu Komisji Rozjemczej. W konsekwencji Sąd Arbitrażowy nie był uprawniony do rozpoznania sprawy na podstawie klauzuli 20.8 Warunków (...).

W ocenie Sądu Okręgowego wyrok Sądu Arbitrażowego narusza także podstawowe zasady porządku prawnego poprzez całkowite pominięcie odniesienia się do zasad wynikających z prawa zamówień publicznych.

Wyrok Sądu Okręgowego został zaskarżony apelacją przeciwnika skargi, który zarzucił;

- naruszenie art. 65 § 1 i 2 k.c. przez dokonanie sprzecznej z regułami interpretacyjnymi wykładni klauzul 20.2, 20.4 w zw. z 20.8 Warunków Ogólnych i Szczególnych kontraktu, a w konsekwencji przyjęcie nieprawidłowego znaczenia braku zgody skarżącego na powołanie Komisji Rozjemczej, w szczególności uznanie, że brak zgody nie był tożsamy z "innym powodem" nieistnienia Komisji Rozjemczej, uzasadniającym skierowanie sprawy do rozpoznania Sądowni Polubownemu,

- naruszenie art. 1206 § 2 pkt. 3 k.p.c. przez przyjęcie, że rozstrzygnięcie sądu polubownego wykraczało poza zakres zapisu na sąd polubowny,

- naruszenie art. 1206 § 2 pkt. 2 k.p.c. w zw. z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przyjęcie, że pominięcie przez sąd arbitrażowy odniesienia się do zasad wynikających z prawa zamówień publicznych naruszyło podstawowe zasady porządku prawnego w Rzeczypospolitej Polskiej mimo, że uzasadnienie wyroku zawierało wszystkie wymagane przez ten akt elementy, natomiast art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest adresowany do sądu, w szczególności do sądu arbitrażowego,

- naruszenie art. 1206 § 2 pkt. 2 k.p.c. w zw. z art. 45 Konstytucji RP przez przyjęcie, że wyrok sądu polubownego jest sprzeczny z zasadą prawa do sądu,

- naruszenie art. 1206 § 2 pkt. 2 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez uwzględnienie przy wyrokowaniu okoliczności, które nie stanowią ustawowej podstawy uchylecia orzeczenia sądu arbitrażowego,

Wskazując na te zarzuty przeciwnik skargi wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja zasługuje na uwzględnienie. Okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy znajdują pełne potwierdzenie w niekwestionowanych przez strony dokumentach, a spór dotyczy kwestii o charakterze prawnym.

Pierwszą kwestią wymagającą rozważenia jest to, czy wyrok sądu polubownego wykraczał poza zakres zapisu na sąd polubowny. Skarżący nie twierdził, sąd polubowny orzekł o sprawie, która ze względów podmiotowych lub przedmiotowych wyłączona była spod zapisu na sąd polubowny. Argumentował jedynie, że przeciwnik skargi nie dochował wymogów proceduralnych przewidujących konieczność przedłożenia sporu do rozstrzygnięcia przez Komisję Rozjemczą, a uchybienie temu obowiązkowi sprawia, że wykonawca utracił swoje roszczenie o zapłatę. Pogląd ten podzielił Sąd Okręgowy stwierdzając, że za takim rozumieniem przemawiają argumenty wykładni systemowej, funkcjonalnej i celowościowej. Myśli tej szerzej jednak nie rozwinął. Należy w związku z tym zauważyć, że strony zawierając umowę skorzystały z opracowania Warunków Kontraktu przez (...) Federację (...) ((...)). Nie jest to jednak jakikolwiek akt prawny lecz jedynie propozycja mogąca zostać uznana za przydatną przy zawieraniu umowy. Także zatem do umowy zawartej przy wykorzystaniu tych Warunków Kontraktu znajduje zastosowanie reguła interpretacyjna zawarta w art. 65 § 2 k.c. zgodnie z którą przy umowach należy raczej badać jaki był zgodny zamiar i cel umowy aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Unormowanie dotyczące rozpoznawania sporów i arbitrażu zawarte jest w klauzuli 20.1 20.8 Warunków Kontraktowych (...) (k. 79-81) ze zmianami wprowadzonymi w umowie stron (k. 39 v). Zgodnie z klauzulą 20.6 spory w stosunku do których decyzja Komisji Rozjemczej, chociaż wydana nie stała się ostateczna i wiążąca ani nie zostały rozstrzygnięte polubownie będą ostatecznie rozstrzygnięte przez Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w W.. Spór między stronami spełnia te kryteria. Nie został w sposób wiążący rozstrzygnięty przez Komisję Rozjemczą, ani w inny polubowny sposób.

Umowa łącząca strony przewidywała możliwość powołania Komisji Rozjemczej, jednak strony takiej komisji nie powołały. Nie można podzielić poglądu Sądu pierwszej instancji jakoby w związku z zaistniałym sporem wykonawca

powinien doprowadzić do powołania Komisji Rozjemczej i przedstawić jej spór, a konsekwencją zaniechania tych działań jest utrata możliwości skutecznego dochodzenia roszczenia. Postanowienia rozdziału - Roszczenia, spory i arbitraż nie przewidują takich sankcji. Zgodnie z klauzulą 20.1 jedynie niegłoszenie Inżynierowi Kontraktu w terminie 28 dni żądania przedłużenia czasu na ukończenie lub dodatkowej zapłaty powoduje, że czas ten nie będzie przedłużony, a wykonawca nie będzie uprawniony do dodatkowej zapłaty, a zamawiający będzie zwolniony z wszelkiej odpowiedzialności z tytułu roszczenia.

Funkcjonowanie Komisji Rozjemczej ma na celu sprawne rozpoznawanie mogących się pojawiać w toku wykonania umowy sporów bez konieczności wszczynania procedury arbitrażowej. Komisja Rozjemcza może wydawać zarówno opinie jak i decyzję. Decyzja Komisji Rozjemczej może zostać odrzucona przez stronę poprzez zgłoszenie protestu. Protest ten jest zgłaszany drugiej stronie sporu, a nie Komisji Rozjemczej. Nie jest on czynnością inicjującą postępowanie przed sądem polubownym. Nawet gdyby strona nie złożyła przewidzianego umową protestu, a do decyzji Komisji Rozjemczej się nie zastosowała, decyzja komisji rozjemczej nie podlega przymusowemu wykonaniu. Zgodnie z klauzulą 20.7 może wówczas wnieść pozew do sądu polubownego powołując się na sam fakt niezastosowania się do decyzji Komisji Rozjemczej w stosunku do której druga strona nie złożyła protestu. W postępowaniu przed Sądem Polubownym arbitrzy nie są związani decyzjami Komisji Rozjemczej, której decyzje winny być traktowane jako dowód w sprawie. Decyzja Komisji Rozjemczej nie może być traktowana w sposób analogiczny jak wyrok sądu polubownego, ani postępowanie przed taką Komisją nie jest częścią postępowania przed Sądem Polubownym.

Pogląd Sądu Okręgowego, że wykonawca dla zachowania swoich roszczeń powinien wyczerpać wszelkie możliwości powołania Komisji Rozjemczej nie znajduje oparcia w treści łączącej strony umowy. Wskazać przy tym należy, że w niniejszej sprawie wykonawca zaproponował członka Komisji Rozjemczej. Zamawiający na tego członka się nie zgodził. Nie zaproponował jednak innej osoby ani nie wystąpił do Prezesa (...) lub Prezesa NOT. Oczywistym był jego brak zainteresowania poddaniu sporu rozstrzygnięcia sprawy przez Komisję Rozjemczą. Okoliczność tę zauważa Sąd pierwszej instancji przyjmując jednak, że skoro stroną inicjującą spór był wykonawca to jego obowiązkiem było wystąpienie o wyznaczenie rozjemcy, a zaniechanie tej czynności pozbawia go możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń. Nie da się jednak takiego wniosku wyprowadzić z postanowień zawartej przez strony umowy ani pogodzić z funkcjami jakie ma pełnić Komisja Rozjemcza oraz przedstawionym wyżej znaczeniem jej decyzji. Warto w tym miejscu zauważyć także, że zgodnie z klauzulą 20.3. o wyznaczenie członka Komisji Rozjemczej mógł wystąpić zarówno wykonawca jak i zamawiający. Jeśli jak trafnie zauważa Sąd Okręgowy zamawiający nie był zainteresowany powołaniem Komisji Rozjemczej to nie mogła ona w istocie rzeczy wiążąco rozstrzygnąć sporu, skoro dla unicestwienia takiego skutku wystarcza zgłoszenie protestu od decyzji Komisji, a nawet gdyby taki protest nie został złożony to niewykonanie decyzji może co najwyżej podstawę wniesienia sprawy do sądu polubownego.

Nie ma podstaw aby wyrok Sądu Polubownego wydany przez Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w dniu 30 kwietnia 2012r. (sygn. akt. SA 132/10) uznać za sprzeczny z podstawowymi zasadami porządku prawnego w Rzeczypospolitej Polskiej. W skardze o uchylenie wyroku sądu polubownego skarżący podniósł, że naruszenie klauzuli porządku publicznego nastąpiło przez naruszenie zasady autonomii woli stron oraz zasądzenie świadczenia objętego nieistniejącym roszczeniem, pominięcie zasad wypływających z Prawa zamówień publicznych, a także wyrokowanie w sposób arbitralny i dowolny oparty na wybiórczej ocenie dowodów.

Sąd Okręgowy prawidłowo zauważył, że sąd powszechny rozpoznając skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego nie ma możliwości ingerowania w działania czy też ocenę mocy dowodowej konkretnych dowodów, albowiem nie prowadzi kontroli instancyjnej. W okolicznościach niniejszej sprawy należy zauważyć, że Sąd Polubowny przeprowadził dowód z opinii biegłego, zapewnił stronom możliwość swobodnego wypowiedzenia się co do jej treści oraz złożenia stosownych wniosków dowodowych. Żadna ze stron nie została pozbawiona możliwości obrony swych praw. Organizacja postępowania, skład sądu oraz zastosowane procedury nie budzą zastrzeżeń. W uzasadnieniu orzeczenia Sąd Polubowny dokonał szczegółowej analizy stosunku łączącego strony i oceny ustalonych okoliczności faktycznych. Nie ma zatem żadnego uzasadnienia zarzut naruszenia zasady autonomii woli stron, zasądzenia

świadczenia objętego nieistniejącym roszczeniem, czy też naruszenia klauzuli porządku prawnego w aspekcie proceduralnym.

Zarzut naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego w Rzeczypospolitej Polskiej poprzez pominięcie regulacji zawartych w ustawie Prawo zamówień publicznych również nie jest uzasadniony. W świetle dokonanych przez Sąd Polubowny ustaleń faktycznych, znajdujących potwierdzenie w przeprowadzonym przez ten sąd postępowaniu dowodowym strony zawarły umowę o wykonanie robót budowlanych. W trakcie wykonywania tych prac zaszła konieczność wykonania odwodnień wykopów przekraczających ilości określone w przedmiarze robót. Wykonawca zgłosił z tego tytułu roszczenie o dodatkową zapłatę. Zamawiający zarzucił, że wykonawca nie sporządził projektu odwodnień. Zdaniem Sądu Polubownego okoliczność ta nie istotna dla oceny zasadności roszczeń wykonawcy, gdyż zamawiający miał możliwość podjęcia działań mających na celu ograniczenie kosztów związanych z koniecznością przeprowadzenia robót dodatkowych. Dokumentacja powykonawcza została przeanalizowana przez biegłego i uznana za prawidłową i kompletną. W tych okolicznościach uwzględnienie powodztwa o zapłatę wynagrodzenia za wykonanie dodatkowych i koniecznych robót prawidłowo udokumentowanych i wycenionych nie może być uznane za naruszające podstawowe zasady porządku prawnego. Skarżący zarzucił, że zapłata tej kwoty narusza art. 15 ust.1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 139 ust.2, art. 140 ust.1, art. 144 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy w związku z tym zauważyć, że przepis art. 15 ust. 1 powołanej ustawy nie ma żadnego związku z istotą sprawy. Stanowi o bowiem, że postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Art. 29 dotyczy obowiązków zamawiającego przy przygotowywaniu zamówienia. Przepis art. 139 ust 2 stanowi, że umowy w sprawie zamówień publicznych wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności. W takiej też formie została zawarta umowa między stronami. Nie ma też podstaw do przyjęcia, że orzeczenie Sądu Polubownego naruszało art. 140 ust. 1 i art. 144 ust 1. 2. ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art.144a Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie części umowy o której mowa w art. 140 ust.3 oraz zmian umowy dokonanej z naruszeniem art. 144 ust.1. Unieważnienie następuje zatem na skutek orzeczenia Sądu. Kwestie te wykraczają poza ramy podstawy faktycznej roszczenia wykonawcy, który nie powoływał się na jakąkolwiek zmianę umowy.

Zgodnie z klauzulą 3 ust. 1 Warunków (...) gdziekolwiek Inżynier Kontraktu pełni obowiązki lub korzysta z uprawnień wymienionych lub wynikających z kontraktu uważa się, że działa w imieniu zamawiającego. Postanowienia klauzuli 20 Warunków Kontraktu w zakresie w jakim nie naruszają regulacji zawartej w art. 67 ustawy Prawo zamówień publicznych nie są sprzeczne z prawem. Brak jest podstaw aby uznać, że wykonanie robót dodatkowych nie było niezbędne dla prawidłowej realizacji przedmiotu umowy lub wartość robót dodatkowych przekraczała 50 % realizowanego zamówienia. Niezależnie od tego te szczegółowe rozwiązania nie mogą być uznane za podstawowe zasady porządku prawnego. Ustawa o zamówieniach publicznych określa zasady i tryb udzielania zamówienia publicznego, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach zamówień publicznych. W zakresie nieuregulowanym w tej ustawie do czynności zamawiającego i wykonawcy stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, w tym także art. 354§ 1 k.c. zgodnie z którym dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli w tym zakresie istnieją ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Zamawiający o konieczności wykonania prac dodatkowych został prawidłowo poinformowany i konieczności ich wykonania nie zakwestionował. Nie może zatem skutecznie podnosić, że zapłata za te prace z uwagi na zaangażowanie środków publicznych w finansowanie robót narusza podstawowe zasady porządku prawnego. Sąd polubowny mógłby kwestionować zasadność roszczenia w kontekście naruszenia zasad określonych w ustawie o zamówieniach publicznych wówczas gdyby chodziło o nieważność umowy lub gdyby doszło do jej prawomocnego unieważnienia w całości lub w części.

Biorąc powyższe okoliczności pod uwagę Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.pc. w zw. z art. 1206 § 1 pkt. 3 i art. 1206 § 2 pkt. 2 orzekł jak w pkt. Ia. Na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 k.p.c. orzeczono jak w pkt. Ib. Na podstawie art. 98 k.p.c. orzeczono jak w pkt. II.