

Sygn. akt I ACa 666/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 września 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Elżbieta Uznańska
Sędziowie:	SSA Barbara Górczanowska <u>SSA Andrzej Szewczyk</u>
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Lech

po rozpoznaniu w dniu 29 sierpnia 2012 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa Spółdzielni (...) w T.

przeciwko Zespołowi (...) w D.

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Tarnowie

z dnia 19 października 2010 r. sygn. akt I C 299/09

1. oddala apelację;

2. zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 16.200 zł (szesnaście tysięcy dwieście złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego.

Sygn. akt I ACa 666/12

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 11 września 2012 r.

Powodowa Spółdzielnia (...) w T. pozwem z dnia 19 lutego 2009 r. domagała się zapłaty od pozwanego Zespołu (...) w D. kwoty 510.244 złote z ustawowymi odsetkami podając w uzasadnieniu, że strony w dniu 19 grudnia 2007 r. zawarły umowę o roboty budowlane, na podstawie której powódka zobowiązała się wykonać na rzecz pozwanego termoizolację budynku, roboty te wykonała i w dniu 19 grudnia 2008 r. wystawiła fakturę VAT na sumę dochodzoną pozwem, lecz zapłaty nie otrzymała.

Sąd Okręgowy w Tarnowie w dniu 13 marca 2009 r. wydał w postępowaniu nakazowym nakaz zapłaty zgody z żądaniem pozwu.

W zarzutach od powyższego nakazu zapłaty pozwany ZOZ (skarżąc nakaz w całości) wniósł o uchylenie nakazu i oddalenie powództwa zarzucając bezzasadność roszczenia. Twierdził, że jeden z elementów prac, a to budowa instalacji solarnej dla podgrzewania wody została wykonana przez powódkę niezgodnie z umową; mianowicie powódka wbrew negatywnej opinii pozwanego wstawiła solary S. M. zamiast uzgodnionych V. (...), zmiana ta nie była korzystna dla pozwanego, ówczesny dyrektor pozwanego wprowadzony został w błąd co do walorów takiej zamiany, w konsekwencji zmiana umowy była niedopuszczalna i nieważna w świetle art. 144 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Wyrokiem z dnia 19 października 2010 r. Sąd Okręgowy w Tarnowie uchylił wyżej wymieniony nakaz zapłaty i oddalił powództwo, zasądając od powódki na rzecz pozwanego kwotę 7217 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego, zaś na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1860,50 zł tytułem uzupełnienia kosztów sądowych (związanych z opinią biegłego), a w uzasadnieniu powołał następujące ustalenia i konkluzje:

W dniu 19 grudnia 2007 r., w wyniku wygrania przez powódkę przetargu publicznego z uwagi na zgłoszenie najkorzystniejszej oferty, pozwany jako inwestor zawarł z powódką jako wykonawcą umowę na wykonanie zadania inwestycyjnego pod nazwą „Termomodernizacja budynków ZOZ w D.”. Wynagrodzenie dla wykonawcy za wykonanie robót zgodnie z przeprowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia ustalono na kwotę 4.506.970,19 zł brutto, ich zakończenie przewidziano maksymalnie na czas do 20 września 2008 r. Rozliczenie miało być dokonywane na podstawie faktur przejściowych na podstawie kosztorysu oraz faktury końcowej; podstawę do wystawienia faktury końcowej i końcowego rozliczenia robót miał stanowić protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy i dołączony kosztorys. Po zawarciu umowy powódka zorientowała się, że nie uzyska upustów na kolektory marki V. przewidziane w projekcie technicznym dostarczonym przez zamawiającego, stanowiące element umowy stron, w związku z czym rozpoczęła poszukiwania innego dostawcy kolektorów słonecznych na polskim rynku. Członkiem powodowej Spółdzielni została firma (...) produkująca kolektory o nazwie S. (...). Pismem z dnia 11 lutego 2008 r. powódka zwróciła się do pozwanego o wyrażenie zgody na zamianę kolektorów do instalacji solarnej skazując przy tym, że proponowane kolektory S. M. 1 charakteryzują się równorzędnymi parametrami technicznymi do opisanych w ofercie, a zamiana pozwoli wykonać instalację solarną w terminie wcześniejszym od umówionego; z kolei w piśmie z dnia 25 lutego 2008 r. powódka podniosła, że termin gwarancji zostanie (w razie zgody na zmianę) wydłużony, a firma (...) gwarantuje serwis w ciągu 24 godzin. Zastępca dyrektora pozwanego ZOZ pismem z dnia 28 marca 2008 r. poinformował powódkę o niewyrażeniu zgody na zastosowanie proponowanych kolektorów S. M. 1 wskazując, że całość instalacji podgrzewu wody należy wykonać zgodnie z założeniami przyjętym w dokumentacji projektowej, złożonej w ofercie oraz w zawartej przez strony umowie. W odpowiedzi na to powódka stwierdziła, że odmowna decyzja na jej propozycję zmiany jest niezrozumiała i nieuzasadniona. Pismem z dnia 29 maja (...). dyrektor pozwanego inż. M. R. wyraził zgodę na przedmiotową zamianę kolektorów słonecznych. Inspektor nadzoru inwestycji pismem z dnia 10 września 2008 r. poinformował pozwanego, że zamiana o której mowa i związane z tym zmiany parametrów budzą wątpliwości, czy zapewnione będzie prawidłowe działanie instalacji, proponując powołanie niezależnego eksperta. Pismem z dnia 30 września 2008 r. pozwany wezwał powódkę do wykonania inwestycji w zakresie budowy baterii kolektorów słonecznych zgodnie z postanowieniami umowy i załączonym do niej projektem zastrzegając, że w przeciwnym razie inwestycja w zakresie wykonanym niezgodnie z projektem zostanie wykonana w drodze wykonania zastępczego. Profesor J. Z. w opracowanej (na zlecenie pozwanego) opinii stwierdził odstępstwa od projektu, które pogarszają parametry techniczne, ekonomiczne i eksploatacyjne projektu pierwotnego. Pismem z dnia 10 listopada 2008 r. pełniący obowiązki dyrektora pozwanego ZOZ oświadczył, że ze względu na wprowadzenie inwestora w błąd uchyla się od skutków prawnych oświadczenia woli zawartego we wspomnianym piśmie dyrektora inż. M. R. z dnia 29 maja 2008 r. w sprawie wyrażenia zgody na zamianę kolektorów słonecznych, zaś pismem z dnia 23 października 2008 r. poinformował, iż w związku z brakiem działań powódki i upływem wyznaczonego terminu przystępuje do wykonania przedmiotowych prac w drodze wykonania zastępczego. Wezwał też powódkę do niezwłocznego zdemontowania baterii kolektorów słonecznych dla podgrzewu wody wraz z połączeniami i mocowaniem – w zakresie niezgodnym z umową stron i załączonym do niej projektem. Powódka w dniu 19 grudnia

2008 r. wystawiła pozwanemu fakturę VAT nr (...) za wykonanie instalacji solarnej na kwotę 510.243,96 zł. Fakturę tę pozwany zwrócił powódce bez zapłaty w dniu 18 marca 2009 r., wzywając jednocześnie powódkę do odbioru 144 sztuk solarów. Biorąc pod uwagę parametry techniczne oraz sposób wykonania instalacji przez powódkę, zmiana kolektorów marki V. na kolektory słoneczne marki S. nie była ostatecznie korzystna dla zamawiającego, to jest dla pozwanego (co Sąd ustalił również w oparciu o opinię biegłego inż. J. J.). Zmiana taka w ocenie Sądu Okręgowego nie była też konieczna wskutek okoliczności, których nie można byłoby przewidzieć w chwili zawierania umowy. Kolektory V. były dostępne na rynku, a dokumentacja projektowa nie była wadliwa. Konieczność zamiany wynikała z tego, że wykonawca nie wyliczył dokładnie kosztu zakupu lusterek i nie uzyskał ewentualnego rabatu na ich zakup co spowodowało, że nie był w stanie zrealizować zamówienia w tym zakresie w cenie jaką podano w kosztorysie ofertowym. W efekcie korzyść z zamiany odniósł wykonawca, to jest powódka, gdyż mogła zrealizować zamówienie tańszym kosztem. W tym aspekcie zgoda dyrektora pozwanego wyrażona w piśmie z dnia 29 maja 2008 r. nie może być uznana za ważną i zgodną z interesem zamawiającego. Korzyści wskazywane przez wykonawcę jakie miał odnieść zamawiający wskutek zmiany kolektorów nie miały przy tym dla zamawiającego znaczenia, bowiem podstawowym kryterium jakie wskazano przy wyborze ofert było kryterium cenowe. Kosztorys zamienny przedłożony przez wykonawcę 8 kwietnia 2008 r. opiewał na 702.072,19 zł, to jest na kwotę wyższą od umówionej, wynoszącej w ofercie przetargowej 684.018,32 zł. W ocenie Sądu Okręgowego, zmiany wprowadzone przez wykonawcę i nawet pierwotnie przez zamawiającego zaakceptowane nie były obiektywnie korzystne i tym samym są nieważne w świetle art. 144 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych co skutkuje tym, że wykonawca (powódka) nie może się domagać za nie zapłaty.

Wyrok powyższy zaskarżyła powódka w całości apelacją, wnosząc o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, ewentualnie o zmianę i utrzymanie w mocy wydanego nakazu zapłaty. Zarzucając naruszenie przepisów postępowania, a to art. 316 § 1 k.p.c., art. 328 § 2 k.p.c., niewyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, sprzeczność istotnych ustaleń z zebrany materiał oraz naruszenie prawa materialnego, a to art. 144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych apelująca podnosiła, że faktura VAT z dnia 19 grudnia 2008 r. (...) była fakturą końcową, zamykającą rozliczenie całości wykonanych robót; w dniu 29 maja 2008 r. doszło do zmiany umowy poprzez wyrażenie zgody przez dyrektora pozwanego ZOZ na zastosowanie solarów S. M. 1 i zmiana ta była ważna; w dacie składania propozycji przez powódkę informacje ujawnione przez producentów konkurencyjnych urzędzie wskazywały, że ostatnio wymienione kolektory były lepsze do kolektorów V., zaś wyniki badań wykonanych dwa lata później nie powinny być brane pod uwagę; ocena, czy zmiana umowy jest korzystna czy też niekorzystna dla zamawiającego winna być dokonana przy uwzględnieniu stanu wiedzy i stanu rzeczy istniejącego w chwili wprowadzania do umowy zmian.

Pozwany w odpowiedzi na apelację wniósł o oddalenie apelacji, podtrzymując swe zarzuty i twierdzenia podnoszone przed Sądem Okręgowym.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 28 stycznia 2011 r. uwzględnił apelację i zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że utrzymał w mocy nakaz zapłaty z dnia 11 marca 2009 r., obciążając pozwanego kosztami procesu. Nie podzielił ustalenia, że zastosowanie kolektorów S. było niekorzystne dla zamawiającego; uznał, iż oceny tej należało dokonać z uwzględnieniem wiedzy stron i stanu istniejącego w dacie zmiany umowy, a w tym czasie uprawniona była ocena, że zmiana rodzaju kolektorów jest korzystna dla zamawiającego. Brak było podstaw by przyjąć, że pozwany wyraził zgodę na zmianę umowy pod wpływem błędu i skutecznie uchylił się od skutków oświadczenia z dnia 29 maja 2008 r. o zmianie umowy; skoro zaś zmiana o której mowa była ważna, to należało apelację uwzględnić.

W uwzględnieniu skargi kasacyjnej wniesionej przez pozwanego, Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 16 lutego 2012 r. sygn. akt III CSK 197/11 uchylił ostatnio wymieniony wyrok Sądu Apelacyjnego i przekazał temu Sądowi sprawę do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy wskazał, że zasadny jest zarzut naruszenia art. 144 p.z.p. Bezzasadnie bowiem przyjął Sąd Apelacyjny, że ocena w zakresie czy dokonana zmiana umowy była korzystna dla zamawiającego powinna uwzględniać wyłącznie stan wiedzy stron i okoliczności z daty dokonania zmiany umowy. Pogląd ten niezasadnie pomija obiektywne kryteria oceny skutków dokonanej zmiany umowy, pozwalające stwierdzić, jaki był rzeczywisty skutek zmian wprowadzonych do umowy. Nie wskazano ponadto, jakie przepisy prawa materialnego stanowiły podstawę uwzględnienia roszczenia

powódki w całości, jak też nie odniósł się do własnego ustalenia wskazującego, że faktura obejmująca zasądzoną kwotę 510.244 zł była fakturą końcową i nie jest jasne, czy obejmowała ona wyłącznie wynagrodzenie za wykonanie instalacji solarnej, której dotyczyły ustalenia i rozważania.

Rozpoznając ponownie sprawę, z uwzględnieniem wskazań Sądu Najwyższego zawartych w uzasadnieniu przytoczonego wyroku z dnia 16 lutego 2012 r., **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja jest bezzasadna, nie zachodzi bowiem naruszenie powołanych w niej przepisów prawa procesowego czy materialnego, a podniesione zarzuty nie mogą skutkować jej uwzględnieniem. Na powyższą konkluzję pozwala – po pierwsze, ustalony przez Sąd I instancji stan faktyczny, a po drugie – zastosowanie i dokonana przez Sąd Najwyższy w powołanym wyżej wyroku z dnia 16 lutego 2012 r. wykładnia art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), określanej dalej skrótowo p.z.p.

Gdy chodzi o ustalony w postępowaniu pierwszoinstancyjnym stan faktyczny, wyżej przytoczony w części opisowej uzasadnienia, to wbrew zarzutom apelacji brak jest podstaw do jego skutecznego kwestionowania, w konsekwencji czego Sąd Apelacyjny ten stan faktyczny akceptuje i recypuje. Dodać należy, że znaczna część ustaleń faktycznych jest niesporna, jak przede wszystkim treść pisemnej umowy stron, zawartej w wyniku wygrania przetargu publicznego przez powódkę, sekwencja dalszych zdarzeń jakie miały miejsce pomiędzy stronami po zawarciu umowy, w tym treść korespondencji stron. Dopiero na etapie postępowania apelacyjnego (bo w apelacji) powódka podniosła w ramach zarzutu niewyjaśnienia wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, że niewyjaśniono, jaki zakres robót objęty był fakturą VAT nr (...) opiewającą na kwotę dochodzoną pozwem, bowiem faktura ta (czego w uzasadnieniu pozwu nie podnoszono) była fakturą końcową i obejmowała także i pozostałe nierozliczone w pełni roboty w zakresie innych elementów całej inwestycji. Takie twierdzenie powódki pozostaje w sprzeczności z tym, co sama precyzowała w toku postępowania przez Sądem Okręgowym. Otóż na wezwanie tego Sądu na rozprawie w dniu 14 września 2009 r. skierowane do powódki o przedstawienie „szczegółowego rozliczenia, z którego wynika roszczenie dochodzone pozwem, tzn. za jakie konkretnie prace i elementy zalega z zapłatą strona pozwana” (zob. karta 195 akt), powódka odpowiedziała w piśmie procesowym złożonym w dniu 30 września 2009 r., że „Kwota 510.243,96 zł stanowi wynagrodzenie za prace związane z wykonaniem instalacji solarnej, w zakresie zakwestionowanym przez Zamawiającego (pозwanego)” – zob. karta 247 akt. Nie było zatem wątpliwości w toku dalszego postępowania i nie powinno ich być i obecnie, że powódce chodziło o zapłatę za prace dotyczące instalacji solarnej; tym bardziej gdy powódka nie twierdziła, by za inne prace wynagrodzenia nie otrzymała. W tym kontekście należy też wskazać, że stosownie do niekwestionowanego przecież zapisu umowy stron (zob. jej § 11 ust. 3 i 4 na karcie 7 akt) powódka zobowiązana była dołączyć do końcowej faktury kosztorys powykonawczy, zawierający liczbę wykonanych prac z książki obmiarów oraz ceny jednostkowe robót, oraz odpowiedni protokół odbioru wykonanych robót podpisany przez inspektora nadzoru i kierownika budowy. Niewątpliwie zaś faktura o której mowa wymogów powyższych nie spełniała. Odnośnie natomiast innego, zdaje się w świetle apelacji spornego, elementu stanu faktycznego, mianowicie opinii biegłego J. J., to też brak jest podstaw do jej skutecznego kwestionowania. Apelująca nie przedstawiła bowiem żadnych takich zarzutów, które by tę opinię dezawuowały jako (przykładowo) niefachową czy nielogiczną. Zarzuty powódki biegły odparował w opinii uzupełniającej, o innego biegłego nie wnoszono.

Przechodząc do kwestii prawa materialnego, to do oceny zasadności roszczenia powódki zastosowanie znajduje art. 144 ust. 1 i 2 p.z.p. w brzmieniu obowiązującym od dnia 29 listopada 2007 r. (Dz.U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655). Według tego przepisu niedopuszczalna była zmiana postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te były korzystniejsze dla zamawiającego; zmiana dokonana z naruszeniem powyższego jest nieważna. W świetle tego nieistotna jest kwestia istnienia zgody dyrektora pozwanego ZOZ. Istotne jest natomiast, że konieczność wprowadzenia zmian (zamiany kolektorów) o które chodzi nie wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy – bo nawet powódka tak nie twierdziła, a zatem skoro niewątpliwie do zmiany warunków umowy stron z inicjatywy powódki doszło, to należało rozważyć, czy zmiana ta była korzystna dla pozwanego jako zamawiającego. Jak wskazał Sąd Najwyższy, niezasadne jest stanowisko, że ocena w zakresie czy dokonana zmiana umowy była

korzystna dla zamawiającego powinna uwzględniać stan wiedzy stron i okoliczności z daty dokonania zmiany umowy; dodać należy, że takie stanowisko, to jest że chodzi o stan wiedzy stron i okoliczności z daty dokonania zmiany umowy prezentuje powódka i to nawet odwołując się do cytatów z opinii wspomnianego biegłego J. J.. Chodzi natomiast, wbrew stanowisku powódki, o obiektywne kryteria oceny skutków dokonanej zmiany umowy, pozwalające stwierdzić (jak podkreślił Sąd Najwyższy), jaki był rzeczywisty skutek zmian wprowadzonych do umowy. Według opinii biegłego, na której trafnie oparł się Sąd I instancji, proponowana przez powódkę zamiana kolektorów firmy (...) na kolektory S. M. 1 firmy (...) w sposób oczywisty nie tylko nie była korzystna ale wręcz była niekorzystna dla pozwanego jako zamawiającego. Jedyną korzyść, jak trafnie wskazano w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, odniósł z przedmiotowej zmiany wykonawca, to jest powódka; zmiany te, jak też tam wskazano, nie były obiektywnie korzystne dla zamawiającego pozwanego ZOZ. W konsekwencji tych uzasadnionych stwierdzeń zmiana umowy stron jako dokonana z naruszeniem ust. 1 art. 144 p.z.p. jest nieważna w świetle ust. 2 art. 144 p.z.p., co trafnie skutkowało oddaleniem powództwa.

W tym stanie rzeczy, oddalając apelację jako bezzasadną z przyczyn wyżej wskazanych, Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji na podstawie art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego i kasacyjnego orzeczono przy tym na podstawie art. 98 k.p.c., zasądzając je od powódki na rzecz pozwanego w łącznej sumie 16.200 zł, na którą składa się wynagrodzenie radcy prawnego według stawek minimalnych w postępowaniu apelacyjnym (2 x 5400 zł) i wywołanym skargą kasacyjną (5400 zł), przewidzianych w § 6 pkt 7 i § 12 ust. 1 pkt 2, § 12 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (...) (Dz.U.Nr 163, poz.1349 ze zm.)