

Sygn. akt VI A Ca 236/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 października 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Agata Zając (spr.)

Sędzia SA Regina Owczarek-Jędrasik

Sędzia SA Ewa Zalewska

Protokolant sekr. sąd. Katarzyna Kędzierska

po rozpoznaniu w dniu 4 października 2013 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...) z siedzibą w K.

przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 27 listopada 2012 r., sygn. akt XXV C 1198/09

I. oddala apelację;

II. zasądza od Przedsiębiorstwa (...) z siedzibą w K. na rzecz Skarbu Państwa - Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 5 400 (pięć tysięcy czterysta) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 236/13

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 24 sierpnia 2009 r. Przedsiębiorstwo (...) w K. wniosło o zasądzenie od Skarbu Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w W. kwoty 10 027 115,03 zł z odsetkami wynoszącymi 2.05163% w skali roku od 14 kwietnia 2004 r.

Powód wskazał, że kwotę objętą pozwem składają się następujące roszczenia:

1. kwota 2 199 770,87 zł wynikająca z zmiany stosowanego kursu wymiany euro w trakcie trwania umowy, gdyż w ocenie powoda kwoty do wypłaty powinny być rozliczane, zgodnie z przyjętym przez strony umowy stanowiskiem z zastosowaniem średniego kursu euro publikowanego przez NBP;
2. kwota 2 740 140,49 zł wynikająca ze zmiany sposobu obliczania wskaźnika waloryzacji wynagrodzenia w trakcie trwania umowy zgodnie z punktem 70.1 „warunków kontraktowych”, który przewidywał możliwość zmniejszenia lub zwiększenia ceny kontraktowej o kwoty związane ze wzrostem lub spadkiem kosztu robocizny, materiałów i innych i postanowieniami „warunków szczegółowych” nadających punktowi 70.1 treść „regulacje ceny kontraktowej

w zależności od wzrostu i spadku wskaźnika dla ceny robót budowlanych budownictwa lądowego wg. Biuletynu Statystycznego wydawanego co miesiąc przez GUS w Polsce., przy czym zdaniem powoda zastosowanie powinien mieć wskaźnik „produkcja budowlano-montażowa” stosowany przez strony do 2002 r., a nie wskaźnik „wznoszenie obiektów budowlanych: inżynieria lądowa i wodna” zastosowany przez pozwanego.

Ostatecznie powód wskazał, że z obu powyższych punktów dochodzi zasądzenia kwoty 3 268 850,58 zł jako należności z faktur (...) objętych bezskuteczną kompensatą, ze wskazaniem, że wierzytelności te nie uległy umorzeniu, kwoty 19 283,54 zł tytułem zwrotu nienależnego świadczenia i kwoty 1 651 177,24 zł jako brakującej części wynagrodzenia (art. 647 k.c.) nie zapłaconej w związku z zastosowaniem innego wskaźnika waloryzacji.

3. kwota 664 531,03 zł z tytułu waloryzacji płatności za niektóre pozycje Preliminarza stanowiącego część umowy – powód wskazał, że w preliminarzu ujęto wynagrodzenie za te elementy świadczenia wykonawcy, które nie miały charakteru stricte budowlanego, np. utrzymanie zaplecza, strony były zgodne co do waloryzacji pozycji z preliminarza i pozwany uwzględnił z tego tytułu kwotę 61 014,14 euro, stosując jednak błędny wskaźnik waloryzacji; różnica między kwotą należną zdaniem powoda a wypłaconą wynosi 185 054,59 euro.

4. kwota 331 906,07 zł tytułem zapłaty za utrzymanie zaplecza wykonawcy (podmiotów wchodzących w skład konsorcjum) w wydłużonym czasie umowy - powód wskazał, że z uwagi na obciążający pozwanego brak dostępu do terenu budowy, spowodowany okresowym wstrzymaniem pozwoleń na budowę, ustalone w harmonogramie terminy musiały być przedłużone o 16 miesięcy, 27 marca 2001 r. strony podpisały aneks do umowy ustalający termin zakończenia wszystkich robót do 31 maja 2002 r., wydłużenie okresu realizacji umowy pociągało za sobą zwiększenie kosztów ponoszonych przez wykonawcę, a koszt utrzymania zaplecza wykonawcy stanowił element ceny kontraktu i był określoną kwotą ryczałtową, skalkulowaną dla kontraktu trwającego 26 miesięcy.

5. kwota 393 027,16 zł tytułem zapłaty za zwiększone koszty zapewnienia gwarancji wykonania w wydłużonym czasie umowy.

6. kwota 603 413,73 zł z tytułu utrzymania i bezpieczeństwa ruchu, gdyż ze względu na przedłużony czas realizacji kontraktu i zmieniające się warunki, powód musiał ponieść dodatkowe koszty związane z utrzymaniem i bezpieczeństwem ruchu, koszt utrzymania i bezpieczeństwa ruchu stanowił element ceny kontraktu, był określony ryczałtowo i skalkulowany dla 26 miesięcy, zaś brak pozwoleń na budowę na określonych odcinkach skutkowało zmianą organizacji pracy i podziałem na trzy odcinki, konieczne było wykonanie większej ilości przejazdów i objazdów niż pierwotnie planowano, zaś pozwany kwestionował wyliczenia kosztów przedstawione przez powoda i z całkowitej kwoty poniesionej przez powoda – 706 931 euro, pozwany zapłacił 538 896 euro.

7. kwota 2 246 529,60 zł z tytułu kosztu przyspieszenia robót w okresie maj-październik 2001 r. , gdyż zdaniem powoda przesunięcie czasu realizacji robót i opóźnienia po stronie zamawiającego zmusiły wykonawcę do przyspieszenia wykonania prac, co wymagało dodatkowych nakładów.

8. kwota 178 487,06 zł jako koszt dodatkowych prac związanych z osiadaniami terenu, gdyż w trakcie wykonywania umowy na znacznym rejonie robót doszło do osiadania terenu w związku ze szkodami górniczymi.

9. kwota 232 157,57 zł jako roszczenie z tytułu skradzionego oznakowania, gdyż zdaniem powoda po dopuszczeniu do ruchu autostrady obowiązki opieki i ryzyko związane z uszkodzeniem oznakowania przeszły na pozwanego.

10. kwota 69 393,60 zł jako koszt wymiany gruntu – powód wskazał, że w trakcie realizacji kanalizacji w rejonie węzła G. wykopano wykop w litej skale, zatwierdzono obmiar robót, ale odmówiono akceptacji kosztów odwozu gruntu nieprzydatnego do wbudowania wykopu oraz dowozu gruntu z dokopu do zsytki kanalizacji, jest to praca dodatkowa, której koszt nie został ujęty w jednostkowej cenie za wykonanie wykopu.

11. kwota 251 370 zł jako koszt wykonania nawierzchni z mieszanki mastyksowo-grysowej - (...) ze wskazaniem, że w trakcie realizacji kontraktu doszło do zmiany specyfikacji technicznej w związku z wejściem w życie nowych norm dla nawierzchni autostradowych, wykonawca zmienił technologię wykonywania nawierzchni.

12. kwota 47 936,26 zł jako wynagrodzenie z tytułu zabezpieczenia skarp wężła G., gdyż z uwagi na występowanie na skarpach tego wężła węgla i skał, konieczne było zastąpienie typowej wierzchniej warstwy gleby przy zastosowaniu metody zabezpieczenia i technologii (...), powód wskazał, że inżynier kontraktu wydał w tym zakresie polecenie zmiany zabezpieczenia i zastąpiono typową wierzchnią warstwę gleby matami jutowymi i turbohydroobsiewem, a dodatkowe roboty z tym związane skutkowały zwiększeniem wartości netto kontraktu o 80 338,33 euro, nie zapłacono zaś kwoty stanowiącej zabezpieczenie wykonania robót do czasu zazielenia skarp, mimo ziszczenia się warunku.

13. kwota 68 451,64 zł jako wynagrodzenie z tytułu plantowania skarp i poboczy oraz humusowania poboczy i pasów rozdziału, gdyż nie zostało wypłacone zabezpieczenie finansowe robót mimo ziszczenia się warunku.

Jako podstawy prawne dochodzonych roszczeń powód wskazał: zwiększenie ceny kontraktowej (art. 647 k.c.), odszkodowanie za naruszenie kontraktu (art. 471 k.c.), bezpodstawne wzbogacenie .

Pozwany wniósł o oddalenie powództw podnosząc:

- brak metody wyliczenia wysokości poszczególnych kwot,
- brak legitymacji czynnej, gdyż powód nie wykazał, że roszczenia przysługują jemu a nie drugiemu z podmiotów tworzących Konsorcjum,
- zarzut przedawnienia,
- skuteczność dokonanej przez pozwanego potrącenia wierzytelności,
- uwzględnienie kosztów wynikających z dłuższego okresu realizacji umowy w aneksie nr (...), o czym świadczy zwiększone o 10 000 000 euro wynagrodzenie wykonawcy,
- brak polecenia przyspieszenia robót,
- co do roszczeń związanych z osiadaniem terenu – zapisy klauzuli 20.4 warunków szczegółowych,
- uwzględnienie kosztów związanych z kanałem deszczowym w rejonie wężła G. w cenach jednostkowych, pkt 5.2 specyfikacji technicznej D.

Wyrokiem z dnia 27 listopada 2012 r. Sąd Okręgowy oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz na rzecz pozwanej kwotę 7 200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy dokonał następujących ustaleń faktycznych:

W dniu 12 grudnia 1997 r. powód zawarł z (...) SA w W. wstępne porozumienie o utworzeniu spółki jawnej w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i jego realizacji.

W dniu 28 września 1998 r. pozwany zawarł z powodem i (...) SA jako wykonawcami umowę na realizację i wykończenie prac w postaci autostrady (...), odcinek G. – K., pododcinek B.- (...) oraz naprawę wszelkich wad tam występujących, określając termin ukończenia prac na 26 miesięcy, cenę za wykonanie i ukończenie prac oraz usunięcie wad w nich się znajdujących uzgodniono na 41 393 452 ecu (od 1 stycznia 1999 r. - euro, 1 ecu = 1 euro). Zgodnie z umową kwoty do wypłaty miały być przeliczane na walutę polską z zastosowaniem oficjalnego kursu kupna NBP stosowanego w miesiącu poprzedzającym bezpośrednio miesiąc, w którym przypadał ostatni dzień okresu poszczególnego zestawienia.

Wykonawca był obowiązany dostarczyć zamawiającemu zabezpieczenie prawidłowego wykonania robót kontraktowych w postaci gwarancji bankowej, zabezpieczenie miało być ważne aż do chwili, gdy wykonawca wykona i wykończy roboty oraz usunie wszelkie usterki.

Wykonawca ponosił pełną odpowiedzialność za opiekę nad robotami od dnia ich rozpoczęcia do dnia wystawienia świadectwa przejścia dla całości robót, kiedy to opieka nad robotami przechodziła na zamawiającego; wystawienie świadectwa przejścia robót dla jakiegokolwiek części lub odcinka robót stałych skutkowało ustaniem odpowiedzialności wykonawcy w odniesieniu do tego odcinka; jeżeli wydarzyłaby się strata lub szkoda w robotach lub w jakiegokolwiek ich części w czasie, kiedy wykonawca był odpowiedzialny, niezależnie od przyczyny – ten wykonawca powinien na swój koszt naprawić stratę. Strony umowy uzgodniły miesięczne okresy rozliczeniowe, co miesiąc wykonawca przedkładał inżynierowi oświadczenie zawierające kwoty należności, w ciągu 28 dni inżynier (Dyrekcja Okręgowa Dróg Publicznych w K.) winien dostarczyć zamawiającemu świadectwo przejściowe płatności ustalają wysokość kwot, które uważa za należne, wypłata należności miała nastąpić w ciągu 56 dni od dostarczenia zamawiającemu świadectwa przejściowego. Końcowe rozliczenie kontraktu miało nastąpić w ciągu 56 dni po wydaniu świadectwa przejścia w odniesieniu do całości robót, wykonawca winien przedłożyć inżynierowi stwierdzenie ukończenia, obejmujące ostateczną wartość wszystkich prac wykonanych zgodnie z kontraktem do dnia wymienionego w świadectwie przejścia, dalsze należności, do których wykonawca uważa się za uprawnionego oraz szacunek należności, które zdaniem wykonawcy będą mu się należały do wypłaty zgodnie z kontraktem, a także złożyć projekt ostatecznego stwierdzenia z dokumentami towarzyszącymi wykazującymi szczegółowo w formie zatwierdzonej przez inżyniera wartość wszystkich prac wykonanych zgodnie z kontraktem oraz wszystkie dalsze należności, które wykonawca uważa za należne mu zgodnie z kontraktem lub z innego tytułu. Następnie miały być dokonane uzgodnienia między wykonawcą a inżynierem nad projektem stwierdzenia ostatecznego, które wraz z pisemnym potwierdzeniem, że kwota wymieniona w stwierdzeniu przedstawia ostateczne uregulowanie wszelkich należności wykonawcy powstałych w wyniku kontraktu jest podstawą wystawienia przez inżyniera zamawiającemu końcowego świadectwa płatności stwierdzającego kwotę ostatecznie należną wykonawcy zgodnie z kontraktem lub z innego tytułu oraz saldo należności wzajemnych należnych wykonawcy od zamawiającego lub odwrotnie. Wypłata należności miała nastąpić w ciągu 56 dni od dostarczenia końcowego świadectwa płatności zamawiającemu.

W dniu 19 października 1998 r. powód i (...) SA zawarły umowę o wspólnym przedsięwzięciu, wyznaczając jako lidera powoda; w umowie stwierdzono, że strony przedstawiły wspólną ofertę przetargową na kwotę 41 393 452 ecu na realizację inwestycji oraz określono udziały stron w realizacji wspólnego przedsięwzięcia - 61% powód, 39% (...) SA, ze szczegółowym określeniem zakresu robót.

W dniu 6 listopada 1998 r. doszło do przekazania placu budowy, jednak ostatecznie nastąpiło opóźnienie w rozpoczęciu robót wynikające z braku prawomocnych pozwoleń na budowę wynoszące kilkanaście miesięcy.

Główny księgowy GDDKiA pismem z 11 maja 1999 r. wyraził zgodę na stosowanie średniego kursu euro publikowanego przez NBP oraz oświadczył, że użyte w umowie słowa „oficjalny kurs kupna” zostaną zastąpione słowami „oficjalny kurs średni”.

Pismem z 21 grudnia 2000 r. powód zwrócił się do inżyniera rezydenta na podstawie klauzuli 42.2 i 44.1 ogólnych warunków kontraktu o przyznanie dodatkowej sumy dla pokrycia kosztów kontraktu związanych z utrzymaniem zaplecza w przedłużonym czasie realizacji kontraktu, prezentując swoje propozycje co do poszczególnych kosztów.

W dniu 27 marca 2001 r. strony zawarły aneks nr (...) stwierdzający, że działając w oparciu o klauzulę 42.2 i 44.1 warunków ogólnych kontraktu – z uwagi na czasowe uchylenie pozwolenia na budowę oraz powiększenie zakresu robót określonych w dokumentacji technicznej – strony ustaliły przedłużenie czasu wykonania kontraktu w głównym zakresie do 17 listopada 2001 r., a pozostałe roboty i pełne zakończenie kontraktu do 31 maja 2002 r. Rozszerzenie zakresu prac skutkowało zwiększeniem wartości kontraktu o kwotę 10 431 266 euro. Wartość robót po uwzględnieniu aneksu wyniosła 51 824 718 euro. Pozostałe postanowienia umowy pozostały bez zmian.

Pismami z 9 kwietnia i 12 czerwca 2001 r. powódka zwróciła się do inżyniera rezydenta w sprawie płatności w przedłużonym czasie realizacji kontraktu za utrzymanie zaplecza wykonawcy zgodnie z kosztorysem nr (...) poz. 19 preliminarza kosztorysu kontraktowego w miesięcznej wysokości 9 016,03 euro.

W dniu 20 lipca 2001r. strony zawarły aneks nr (...) z uwagi na konieczność przesunięcia terminu umownego w związku z protestami ekologów, ustalając zmianę zasad obliczania rewaloryzacji cen.

W dniu 29 listopada 2001 r. dopuszczono do ruchu autostradę (...) na odcinku węzeł (...) w C. – węzeł (...) w K., stwierdzając m.in. prawidłowe wykonanie oznakowania pionowego.

W dniu 9 stycznia 2002 r. dokonano przeglądu oznakowania pionowego na odcinku oddanej do użytku autostrady stwierdzając brak 23 tablic, 6 marca 2002 r. stwierdzono kradzież 73 znaków, kolejne kradzieże stwierdzono w kwietniu i maju, co skutkowało złożeniem przez (...) SA zawiadomienia na policji, dochodzenia zostały umorzone z uwagi na niewykrycie sprawcy.

Wykonawca w styczniu, lutym i dwukrotnie w maju dokonał ponownego montażu oznakowania pionowego, wystawiając faktury, jednak inżynier rezydent odmówił wypłaty wynagrodzenia wskazując, że zgodnie z umową i nie dokonaniem przejścia żadnej części robót, odpowiedzialność z tytułu kradzieży oznakowania obciąża wykonawcę.

Z uwagi na występowanie na skarpach węzła (...) węgła i skał, konieczne było zastąpienie typowej wierzchniej warstwy gleby przy zastosowaniu metody zabezpieczenia i technologii (...), inżynier kontraktu wydał w tym zakresie polecenie zmiany zabezpieczenia i zastąpiono typową wierzchnią warstwę gleby matami jutowymi i turbohydroobsiewem; dodatkowe roboty z tym związane skutkowały zwiększeniem wartości netto kontraktu o 80 338,33 euro. Zamawiający zatwierdził to polecenie zmiany według podanego szacunkowego kosztu, z uwzględnieniem wyników ponownego obmiaru i na podstawie załączników, powołał zmodyfikowaną kwotę kontraktu z uwzględnieniem tego polecenia zmiany. Nie wpłynęło to na termin realizacji kontraktu.

Prace zakończyły się do 31 maja 2002 r.

W związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami w sposobie naliczania waloryzacji ceny kontraktowej pozwany pismem z 23 października 2003 r. zwrócił się do inżyniera kontraktu o wprowadzenie stosownych poprawek do świadectw płatności, sporządzenie faktur korygujących lub uwzględnienie odliczenia stosownych kwot od końcowego świadectwa płatności ze wskazaniem, że do waloryzacji powinien być zastosowany wskaźnik „wnoszenie budowli: inżynieria lądowa i wodna”; skutkiem tego było wystawienie przez powódkę faktur korygujących.

W dniu 30 maja 2003 r. odbył się odbiór pogwarancyjny, ze wskazaniem usterek, w tym m.in. Węzeł (...) – uzupełnić zieleń na skarpie „wyspy” węzła, brak wzrostu traw na poboczach i pasie rozdziału.

Ostateczna kwota kontraktowa wyniosła 54 919 386,12 euro.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy, odnosząc się do zarzutu braku legitymacji czynnej powoda stwierdził, że postanowienia umowy o wspólnym przedsięwzięciu określają jedynie warunki wzajemnej współpracy powoda i (...) SA, potencjalny dług pozwanego jako pieniężny jest świadczeniem podzielonym, zaś należne każdemu z wykonawców wynagrodzenie było efektem przydzielonych im zakresów robót. Z dokonanych ustaleń wynika, że (...) SA była wykonawcą przynajmniej części prac, za które powód dochodzi wynagrodzenia. W ocenie Sądu Okręgowego powód posiada uprawnienie do dochodzenia należności we własnym imieniu tylko w zakresie 61% tego co przysługuje Konsorcjum.

Za zasadny Sąd Okręgowy uznał zarzut przedawnienia wskazując na trzyletni termin przedawnienia roszczeń powoda jako związanych z działalnością gospodarczą – także w zakresie roszczeń wywodzonych z bezpodstawnego wzbogacenia, przy czym kontrakt realizowany był w latach 1998 – 2002 i ze zdarzeń z tamtego okresu powód,

jako przedsiębiorca, wywodził swe roszczenia. Zdaniem Sądu powód nie wykazał, aby jego roszczenia powstały w późniejszym okresie, niwecząc zarzut przedawnienia.

Niezależnie od powyższego Sąd Okręgowy uznał roszczenia powoda za bezzasadne.

Odnosząc się do roszczenia wywodzonego ze zmiany stosowanego kursu wymiany euro w trakcie trwania umowy (2 199 770,87 zł) Sąd Okręgowy wskazał, iż należy odróżnić wykładnię umowy dotyczącą postanowień niejednoznacznych od nadawania postanowieniu umownemu treści odmiennej od jego literalnego brzmienia, podjęte przez Najwyższą Izbę Kontroli działania wynikały ze stwierdzenia, że praktyka wykonywania umowy nie jest zgodna z jej literalną treścią. Oceniając treść łączącej strony umowy Sąd Okręgowy wskazał, iż strony przyjęły kurs kupna waluty, ponieważ zaś nie istnieje „oficjalny kurs kupna NBP obowiązujący w miesiącu”, za słuszne należy uznać stanowisko pozwanego co do zasadności stosowania średniej wszystkich dziennych kursów kupna euro w miesiącu. Sąd Okręgowy wskazał też, że pismo z 11 maja 1999 r., w którym Główny Księgowy GDDP wyraził jedynie zgodę na stosowanie „średniego kursu euro publikowanego przez NBP” nie jest zmianą umowy w zakresie jej art. 10 przez zastąpienie słów „oficjalny kurs kupna” słowami „oficjalny kurs średni”.

Odnosząc się do roszczeń wywodzonych ze zmiany sposobu obliczania wskaźnika waloryzacji wynagrodzenia w trakcie trwania umowy (2 740 140,49 zł) oraz waloryzacji płatności za niektóre pozycje Preliminarza stanowiącego część umowy (664 531,03 zł) Sąd Okręgowy wskazał, że zarówno w chwili podpisywania umowy, jak i w momencie dokonywania waloryzacji GUS publikował wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w dwu podkategoriach: „wznoszenie budowli: inżynieria lądowa i wodna” oraz „wykonywanie instalacji budowlanych”.

Jak wynika z informacji publikowanych na stronie internetowej GUS, wskaźnik „wznoszenie budowli: inżynieria lądowa i wodna” stosowany jest dla prac budowlanych takich jak m.in. budowa autostrad, ulic, placów, dróg kołowych i szynowych, zaś wskaźnik „wykonywanie instalacji budowlanych” – dla prac związanych z zakładaniem instalacji elektrycznych, budowlanymi pracami izolacyjnymi, zakładaniem urządzeń hydraulicznych i budowlanych itp.

Z uwagi na zakres kontraktu zastosowanie powinien więc znaleźć wskaźnik „wznoszenie budowli: inżynieria lądowa i wodna”. Ponadto w ocenie Sądu Okręgowego powód nie wskazał, o waloryzację których pozycji preliminarza wnosi i w jaki sposób waloryzacja ma nastąpić, zaś z końcowego świadectwa płatności wynika, że roszczenie powódki w tym zakresie zostało w całości uwzględnione kwotą 265 500 euro z tytułu wzrostu ceny.

Odnosząc się do roszczeń z tytułu zapłaty za utrzymanie zaplecza wykonawcy w wydłużonym czasie umowy (331 906,07 zł) Sąd Okręgowy wskazał, że powód nie wykazał, aby podwyższenie ceny kontraktowej aneksem nr (...) nie uwzględniało tych kosztów w czasie dodatkowych 16 miesięcy, a w tym zakresie aneks realizował klauzulę warunków ogólnych; koszt utrzymania zaplecza był określony ryczałtowo, a więc powód miał możliwość przed zawarciem aneksu koszt ten wyliczyć i pismem z 15 grudnia 2000 r. koszt ten przedstawił, tym samym aneks zawarty 27 marca 2001 r. mógł uwzględniać te koszty w podwyższonej cenie kontraktowej, powód zaś nie wykazał, że określone w aneksie podwyższenie kosztów tych nie obejmowało.

Odnosząc się do roszczenia dotyczącego zapłaty za zwiększone koszty zapewnienia gwarancji wykonania w wydłużonym czasie umowy (393 027,16 zł) Sąd Okręgowy uznał, że załączone dokumenty (k. 568-573) potwierdzają koszty poniesione przez powódkę z tytułu utrzymania ważnej gwarancji bankowej przez dodatkowe 16 miesięcy, jednak powód nie wykazał, aby podwyższenie ceny kontraktowej aneksem nr (...) nie uwzględniało tych kosztów.

Odnosząc się do roszczeń związanych z utrzymaniem i bezpieczeństwem ruchu (603 413,73 zł) Sąd Okręgowy uznał, że nie została wykazana zasadność roszczenia w tym zakresie, powód mógł ustalić te koszty w aneksie nr (...).

Odnosząc się do roszczeń związanych z kosztami przyspieszenia robót w okresie maj-październik 2001 r. (2 246 529,60 zł) Sąd Okręgowy wskazał, że inżynier kontraktu nie wydał polecenia przyspieszenia robót, powódka nie wykazała, aby faktycznie doszło do przyspieszenia robót, była to tylko decyzja wykonawcy i nie ma podstaw do obciążenia związanymi z tym kosztami pozwanego.

Odnosząc się do roszczenia związanego z osiadaniami terenu (178 487,06 zł) Sąd Okręgowy stwierdził, że pojawienie się takiego problemu potwierdzają dowody (dokumenty z k. 1652-1682 i zeznania świadka W. M. k. 2393), na spotkaniu, w którym uczestniczyli przedstawiciele wykonawców i przedstawiciele inżyniera kontraktu uzgodniono przedstawienie do zatwierdzenia kosztu robót dodatkowych, prace zostały przeprowadzone (k. 729-794), pozwany podtrzymał, że za te prace zapłacił (świadek W. k. 2280), powód nie wykazał zaś, że za wykonane prace należy się mu wskazane w pozwie roszczenie.

Odnosząc się do roszczenia z tytułu skradzionego oznakowania (232 157,57 zł) Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z umową wykonawca ponosił pełną odpowiedzialność za opiekę nad robotami od dnia ich rozpoczęcia do dnia wystawienia świadectwa przejęcia dla całości robót, kiedy to opieka nad robotami przechodziła na zamawiającego; wystawienie świadectwa przejęcia robót dla jakiegokolwiek części lub odcinka robót stałych skutkowało ustaniem odpowiedzialności wykonawcy w odniesieniu do tego odcinka; jeżeli wydarzyła się strata lub szkoda w robotach lub w jakiegokolwiek ich części w czasie, kiedy wykonawca był odpowiedzialny, niezależnie od przyczyny – ten wykonawca powinien na swój koszt naprawić stratę, zaś do wystawienia świadectwa przejęcia robót doszło dopiero w dniu 21 czerwca 2002 r.

Odnosząc się do roszczenia z tytułu wymiany gruntu pod kanalizacją (69 393,60 zł) Sąd Okręgowy wskazał, że w cenach jednostkowych był ujęty koszt transportu i przywozu odpowiednich materiałów do wypełnienia rowu (k. 860-861), a powód nie wykazał braku zapłaty wynagrodzenia za transport.

Odnosząc się do roszczeń związanych z kosztami wykonania nawierzchni z mieszanki mastyksowo-grysowej - (...) (251 370 zł) Sąd Okręgowy uznał, że wykonawca otrzymał wynagrodzenie zgodnie z ustaloną wcześniej stawką, gdyż zgodnie z klauzulą 52.1 ogólnych warunków umowy inżynier kontraktu ustalił stawkę robót zamiennych.

Odnosząc się do roszczeń obejmujących wynagrodzenie z tytułu zabezpieczenia skarp wężła (...) (47 936,26 zł) Sąd Okręgowy uznał, że stawkę robót zamiennych ustalił inżynier kontraktu zgodnie z klauzulą 52.1, zazielenienie skarpy miało nastąpić do 31 maja 2004 r., powód nie wykazał, aby w uzgodnionym terminie warunek się ziścił, zaś dowodem na tę okoliczność nie mogą być zdjęcia wykonane w 2012 r.

Odnosząc się do roszczenia obejmującego wynagrodzenie z tytułu plantowania skarp i poboczy oraz humusowania poboczy i pasów rozdziału (68 451,64 zł) Sąd Okręgowy wskazał, że również w tym zakresie powód nie wykazał, aby w uzgodnionym terminie ziścił się warunek obejmujący zazielenienie skarpy, ponadto należności z tego tytułu zostały rozliczone i zapłacone w 2001 r.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód, zaskarżając wyrok w całości i podnosząc zarzuty sprzeczności z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, dokonanie rozstrzygnięcia z pominięciem istotnych elementów stanu faktycznego oraz naruszenie przepisów prawa materialnego i przepisów postępowania, tj. art. 56 k.c., art. 65 § 1 i 2 k.c., art. 367 § 1 i 2 k.c., art. 647 i 471 k.c., art. 379 k.c., art. 233 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c., art. 120 § 1 k.c. oraz art. 123 § 1 pkt 1 k.c., art. 227 i art. 278 § 1 k.p.c. , art. 232 zd. 1 k.c., art. 6 k.c.

Wskazując na powyższe powód wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Okręgowy w Warszawie wraz z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego, ewentualnie o zmianę zaskarżonego orzeczenia przez uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Powód wskazał też, że na podstawie art. 380 k.p.c. zaskarża postanowienie Sądu Okręgowego wydane na rozprawie w dniu 19 czerwca 2012 r. i 13 listopada 2012 r. w przedmiocie oddalenia wniosków dowodowych powoda, wnosząc o ich zmianę i dopuszczenie wnioskowanych dowodów.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż mimo częściowo błędnego uzasadnienia zaskarżone orzeczenie odpowiada prawu.

Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne dokonane przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne, uzupełniając je ustaleniem, że z § 12 zawartej przez powoda z (...) SA umowy o wspólnym przedsięwzięciu wynika, iż czas trwania umowy ograniczony do daty wykonania i ostatecznego rozliczenia kontraktu z zamawiającym, zaś z zeznań świadka J. Ż. (k.1107) wynika, że powód rozliczył się ze spółką (...) z wyjątkiem robót, które nie zostały uznane przez pozwanego.

Nie ulega też wątpliwości, że swoje roszczenia powód wywodzi z realizacji zawartego z pozwanym, w trybie ustawy prawo zamówień publicznych, kontraktu obejmującego realizację i wykończenie odcinka autostrady (...) i że realizacja tego kontraktu stanowiła „wspólne przedsięwzięcie”, realizowane przez powoda wspólnie z (...) SA.

W ocenie Sądu Apelacyjnego za zasadny należy uznać podniesiony przez pozwanego w odpowiedzi na pozew zarzut braku legitymacji czynnej po stronie powoda.

Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z art. 6 k.c. ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na pozwanym.

Z dokonanych przez Sąd Okręgowy ustaleń wynika zaś, że powód ubiegał się o uzyskanie zamówienia publicznego wspólnie z innym wykonawcą, zawierając z nim umowę określającą zasady wspólnej realizacji uzyskanego zamówienia.

Ustawa prawo zamówień publicznych w art. 23 dopuszcza możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia; są oni wówczas zobligowani do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1. Ustawa nie definiuje odrębnie "wykonawcy wielopodmiotowego", lecz wykonawcę (art. 2 pkt 11), w ten sposób, że jest nim osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Odrębną kwestią jest ocena charakteru prawnego porozumienia zawartego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego treść zawartej przez powoda z (...) SA umowy pozwala na zastosowanie do tej umowy przepisów art. 860 i nast. k.c.

Zawarta przez wykonawców umowa zawiera bowiem zobowiązanie się do wspólnego działania celem urzeczywistnienia określonego przedsięwzięcia gospodarczego, na zasadzie wspólnego odnoszenia korzyści i wspólnego ponoszenia ryzyka. Wspólny cel tej umowy prowadzi do powstania specyficznej wspólnoty gospodarczej. Podstawową zasadą konsorcjum jest wspólne ponoszenie ryzyka, związanego ze wspólnym przedsięwzięciem. Oznacza to z jednej strony udział w wygospodarowanych zyskach, z drugiej - wspólne pokrywanie kosztów i ewentualnych strat.

Nie ma przy tym istotnego znaczenia, w ocenie Sądu Apelacyjnego, wskazanie w treści umowy, że „strony nie zawierają umowy spółki”. Po pierwsze bowiem, stwierdzenie to wynika z faktu zawarcia wcześniejszego porozumienia o utworzeniu spółki jawnej, do której zawiązania nie doszło; poza tym zgodnie z art. 65 k.c. w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny cel umowy i zamiar stron niż opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Zasadniczym elementem kształtującym naturę zobowiązania z umowy spółki jest zobowiązanie wspólników, że będą oni dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 2006 r. IV CSK 216/06), zaś takie zobowiązanie wynika zarówno z istoty wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego, jak i z treści zawartej przez powoda ze Spółką (...) umowy. Drugim elementem jest zobowiązanie każdego wspólnika w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów, przy czym

w piśmiennictwie prezentowany jest pogląd, iż formą działania wspólnika nie musi być wniesienie wkładu, zaś konsekwencją zawarcia umowy spółki jest wspólność majątku – w tym wypadku obejmująca wynagrodzenie należne z tytułu realizacji kontraktu.

Także w orzecznictwie i przez większość przedstawicieli doktryny umowa konsorcjum jest zaliczana do kategorii umów nienazwanych i traktowana jest jako umowa spółki prawa cywilnego, do której stosuje się odpowiednio przepisy art. 860-875 k.c.

Takie stanowisko zajął Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 października 2011 r. V CSK 475/10 wskazując, że to nie wspólnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący spółkę cywilną (konsorcjum), stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

Powód nie wykazał, aby zawarta ze Spółką (...) umowa została rozwiązana, zaś wskazane w treści umowy zdarzenie powodujące rozwiązanie umowy, tj. ostateczne rozliczenie kontraktu z pozwanym niewątpliwie nie nastąpiło, skoro powód w niniejszym postępowaniu dochodzi roszczeń wynikających właśnie z rozliczenia realizacji kontraktu.

Konsekwencją uznania, iż zawarta przez strony umowy jest umową spółki, jest stwierdzenie braku legitymacji czynnej po stronie powoda z uwagi na istnienie współuczestnictwa materialnego koniecznego (art. 72 § 1 pkt 1 i § 2 k.p.c.) po stronie czynnej wspólników istniejącej spółki cywilnej w sprawie o zasądzenie wierzytelności należącej do ich majątku wspólnego. O takim charakterze współuczestnictwa świadczy wspólność praw i obowiązków wynikających ze współwłasności łącznej, wymagająca łącznego występowania w sprawie wszystkich uprawnionych podmiotów.

Takie stanowisko zajął Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 19 lutego 2011 r. III CZP 130/10 wskazując, że wspólnik spółki cywilnej nie jest legitymowany do dochodzenia wierzytelności wchodzącej w skład majątku wspólnego wspólników tej spółki.

Konsekwencją współuczestnictwa koniecznego czynnego jest istnienie łącznej legitymacji procesowej, wymagającej występowanie w sprawie wszystkich uprawnionych w charakterze powodów.

Skutki procesowe niewystępowania w charakterze powodów wszystkich współuczestników koniecznych są określone w art. 195 i 198 § 2-4 k.p.c., przekształcenia podmiotowe nie są jednak dopuszczalne w postępowaniu apelacyjnym wobec treści art. 391 § 1 zd. 2 k.p.c.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nawet w wypadku uznania, że do zawartego przez powoda ze Spółką (...) porozumienia nie mają zastosowania przepisy dotyczące spółki cywilnej, powód nie wykazał, aby roszczenia dochodzone w niniejszym postępowaniu przysługiwały właśnie jemu, a nie drugiemu wykonawcy.

Określenie w umowie procentowych udziałów w realizacji zamówienia odnosi skutek tylko między stronami umowy, zaś w umowie zawartej z pozwanym nie zostały określone zakresy zadań każdego z wykonawców z osobna. Tym samym powód, dochodząc wynagrodzenia za wykonane prace powinien był wykazać, że właśnie jemu wierzytelności te przysługują, czy to z uwagi na wykonanie określonych prac czy poniesienie dodatkowych kosztów przez powoda, czy też wobec dokonanego z drugim wykonawcą rozliczenia.

Brak wykazania powyższych okoliczności także uzasadnia oddalenie powództwa w całości.

Z uwagi na powyższe Sąd Apelacyjny za bezzasadne uznał odnoszenie się do pozostałych zarzutów apelacji, mimo iż trafnie skarżący zarzuca uchybienia w zakresie dokonanej przez Sąd Okręgowy oceny zasadności zarzutu przedawnienia roszczeń wynikające z pominięcia skutków związanych ze złożonym przez powoda w dniu 6 czerwca 2006 r. wnioskiem o zawezwanie do próby ugodowej w sprawie I Co 1967/06 przed Sądem Rejonowym dla Warszawy Woli w Warszawie.

Brak legitymacji czynnej po stronie powoda uzasadnia bowiem oddalenie powództwa w całości.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny oddalił apelację powoda jako bezzasadną.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c.