

Niniejszy dokument nie stanowi doręczenia w trybie art. 15 zzs⁹ ust. 2 ustawy COVID-19 (Dz.U.2021, poz. 1842)

Sygn. akt I AGa 193/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 czerwca 2022 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Jerzy Bess
Protokolant:	Katarzyna Mitan

po rozpoznaniu w dniu 28 czerwca 2022 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa D. M., Z. J. i D. J.

przeciwko Miastu G.

o zapłatę

na skutek strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 17 marca 2021 r. sygn. akt IX GC 216/14

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony pozwanej Miasta G. na rzecz powodów D. M., Z. J. i D. J. kwotę 4.050 zł (cztery tysiące pięćdziesiąt złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

SSA Jerzy Bess

Sygn. akt I AGa 193/21

UZASADNIENIE

Pozwem z datą 27 grudnia 2013 r. D. M., Z. J. oraz D. J. wnieśli o zasądzenie od pozwanego Miasta G. kwoty 148.000 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 11 lipca 2013 r. do dnia zapłaty, a nadto o zasądzenie od pozwanego solidarnie na rzecz powodów kosztów sądowych.

Powodowie podali, że w dniu 10 września 2021 r. strona pozwana zawarła z konsorcjum tworzonym przez Zakład (...) oraz (...) s.c. (...) z siedzibą w G. umowę nr(...) na wykonanie kaskady kolektorów słonecznych dla krytej pływalni w G.. Przedmiotem umowy było wykonanie robót budowlanych obejmujących instalację kolektorów słonecznych o łącznej powierzchni całkowitej 181,8 m² wraz z infrastrukturą techniczną do podgrzewania wody basenowej i ciepłej

wody użytkowej w budynku (...) i basenie kąpielowym otwartym za wynagrodzeniem w łącznej wysokości 619.718,28 zł brutto, w tym instalacji solarnej na kwotę 148.000,00 zł brutto.

W treści projektu budowlanego – stanowiącego integralną część umowy – wskazano użycie modelu kolektorów (...) firmy (...), co wymagałoby zastosowania 72 sztuk kolektorów, a nie 18 sztuk kolektorów, które przewidywała umowa stron. Powodowie wykonali zamówienie publiczne, stosując rozwiązanie równoważne w postaci kolektorów słonecznych firmy(...) uzyskując uprzednio akceptację inspektora nadzoru, Ł. N.. Na podstawie przedłożonej przez wykonawcę dokumentacji stwierdzono w szczególności, iż wykonana kaskada solarna składająca się z ośmiu modułów kolektorów po 9 sztuk każdy posiada znacznie lepsze parametry funkcjonalne od założonych w projekcie budowlanym. Także autor dokumentacji projektowej dotyczącej części instalacyjnej, J. S., potwierdził równoważność zastosowania większej ilości kolektorów o zbliżonej powierzchni jednostkowej innych producentów lub zastosowanie większej ilości kolektorów o mniejszej powierzchni jednostkowej.

Pomimo m.in. braku sprzeciwu ze strony komisji składającej się z pracowników pozwanego, która wizytowała teren budowy w trakcie oraz bezpośrednio po montażu kolektorów słonecznych, pozwany odmówił odbioru instalacji w części dotyczącej kolektorów słonecznych. Do odbioru robót przystąpiono 21 grudnia 2012 r., lecz odbiór został przerwany przez pozwanego do czasu usunięcia wskazanych w protokole „niedoróbek” m.in. w postaci instalacji solarnej wykonanej niezgodnie z dokumentacją projektową.

Późniejszy odbiór w dniu 16 kwietnia 2013 r. zakończył się odebraniem przez pozwanego wszystkich robót umownych z wyjątkiem instalacji solarnej. Pismem z dnia 22 kwietnia 2013 r. pozwany poinformował lidera konsorcjum o braku odbioru instalacji solarnej, uznając ją za wykonaną niezgodnie z umową i za nienadającą się do użytkowania. Zdaniem powodów zastosowana ilość kolektorów nie uniemożliwia użytkowania instalacji zgodnie z przeznaczeniem, stąd odmowa odbioru robót i zapłaty wynagrodzenia jest bezpodstawna. W dniu 10 czerwca 2013 r. powodowie wystawili pozwanemu fakturę VAT nr (...) na kwotę 148.000,00 zł brutto.

W odpowiedzi z datą 14 kwietnia 2014 r. na pozew pozwany uniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powodów solidarnie na rzecz pozwanego kosztów postępowania.

Pozwany podał, że przedmiotem umowy stron były roboty budowlane polegające na instalacji 18 kolektorów słonecznych, a więc ilość kolektorów była wprost określona w umowie. Wszyscy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym powodowie, uzyskali od pozwanego informację o braku możliwości zmiany kolektorów o innych wymiarach. Celem zastosowania kolektorów o dużej powierzchni było maksymalne ograniczenie ilości połączeń hydraulicznych, co wynika z projektu budowlanego. Wprawdzie dokumentacja projektowa podaje różne informacje dotyczące wymaganych kolektorów, jednak wyjaśnienia udzielone przez zamawiającego do SIWZ rozwiewały wątpliwości w tym zakresie.

Pozwany stwierdził, że powodowie nie wykazali, że zastosowane przez nich rozwiązanie jest równoważne z rozwiązaniem oczekiwanym przez pozwanego. Pozwany dopuszczał użycie materiałów, urządzeń i technologii innych producentów niż wskazane w dokumentacji przetargowej – pod warunkiem osiągnięcia założonych standardów technicznych. Wykonana przez powodów kaskada kolektorów solarnych składa się z ośmiu modułów kolektorów (...) po 9 sztuk każda, a nie, jak wynikało z dokumentacji projektowej, 18 sztuk kolektorów. Projekt nie przewidywał instalacji modułów kolektorów, lecz instalację kolektorów. Nadto obecnie wykonana instalacja solarna doprowadza do przegrzewania glikolu, co oznacza, że instalacja nie działa prawidłowo.

Powodowie nie informowali pozwanego o zastosowaniu rozwiązania równoważnego przed montażem, a także po montażu, przedstawiając pozwanego przed faktem dokonany. Pismo powodów z prośbą o akceptację zastosowanych kolektorów wpłynęło do pozwanego w dniu 16 stycznia 2013 r., a więc prawie 2 miesiące po ich zamontowaniu. Pozwany zaprzeczył, by podczas wizyt na terenie budowy powodowie przedstawiali mu przyjęte przez siebie rozwiązania.

W trakcie odbioru powodom wyznaczono termin na usunięcie zaprotokołowanych wad w zakresie wykonanej instalacji solarnej. Wady te nie zostały usunięte, wobec czego **pozwany odstąpił od umowy na zasadzie art. 637 § 2 k.c., powołując się na istotne wady przedmiotu zamówienia, które nie zostały usunięte w wyznaczonym terminie.**

Wyrokiem z dnia 17 marca 2021 r. sygn. akt IX GC 216/14 Sąd Okręgowy Tarnowie:

I. zasądził od strony pozwanej solidarnie na rzecz powodów kwotę 148.000 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 11 lipca 2013 roku do 31 grudnia 2015 roku i z dalszymi odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty;

II. zasądził od strony pozwanej solidarnie na rzecz powodów kwotę 14.034 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

III. obciążył stronę pozwaną kosztami w kwocie 592 zł należnymi dla Skarbu Państwa – Prezesa Sądu Okręgowego w Krakowie i uznał je za uiszczone;

IV. nakazał zwrócić powodom kwotę 3.000 zł tytułem niewykorzystanej zaliczki;

V. nakazał zwrócić stronie pozwanej kwotę 4.481,24 zł tytułem niewykorzystanej zaliczki.

Podstawą rozstrzygnięcia były m.in. następujące ustalenia faktyczne:

Jako bezsporne między stronami Sąd przyjął następujące okoliczności dotyczące:

- zawarcia w dniu 10 września 2012 r. przez Miasto G., jako zamawiającego, oraz konsorcjum wykonawców: D. M. oraz występujących wspólnie jako wspólnicy spółki cywilnej (...), jako wykonawców, umowy nr(...) na wykonanie kaskady kolektorów słonecznych dla krytej pływalni w G.;

- wykonania przez powodów instalacji składającej się z 72 kolektorów solarnych, a nie z 18 kolektorów;

- stwierdzenia przez pozwanego, że instalacja kolektorów solarnych wykonana przez powodów nie odpowiada warunkom umownym i odmowy zapłaty powodom za roboty budowlane w zakresie obejmującym przedmiotową instalację.

Ponadto Sąd ustalił następujący stan faktyczny sprawy:

Przed budynkiem (...)w G. było boisko oraz trybuna, która przeciekała, powodując zalewanie piwnic. Trybuna miała zostać obudowana zadaniem z kolektorów słonecznych stanowiących szczelną całość. Jak stwierdził projektant, J. S., powierzchni zabudowy trybuny odpowiadało akurat 18 kolektorów firmy (...).

W dniu 5 lipca 2012 r. na stronie internetowej Miasta G. zamieszczono ogłoszenie o zamówieniu publicznym na wykonanie robót budowlanych obejmujących wykonanie kaskady kolektorów słonecznych dla krytej pływalni w G.. Przedmiotem zamówienia miały być roboty polegające na instalacji 18 kolektorów słonecznych wraz z przynależną infrastrukturą.

W dniu 30 lipca 2012 r. D. M. (...) oraz Z. J. i D. J. (...) s.c.) zawarli umowę konsorcjum celem wspólnego przystąpienia do przetargu oraz wspólnej realizacji zadania pn. (...)

W dniu 5 września 2012 r. M. S. (...), nawiązując do wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach postępowania ws. zamówienia publicznego, przesłał do wykonawcy ofertę na urządzenia solarne zgodne z SIWZ, w tym na kolektory. J. S. jest przedstawicielem firmy (...).

W dniu 10 września 2012 r. Miasto G., jako zamawiający, oraz konsorcjum wykonawców: D. M. oraz występujący wspólnie jako wspólnicy spółki cywilnej (...), jako wykonawcy, w rezultacie wyboru przez zamawiającego oferty

wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego, zwarli umowę nr (...) na wykonanie kaskady kolektorów słonecznych dla krytej pływalni w G.. W ramach umowy miały zostać wykonane roboty budowlane obejmujące wykonanie instalacji 18 kolektorów słonecznych o łącznej powierzchni całkowitej 181,8 m⁽²⁾ wraz z przynależną infrastrukturą techniczną do podgrzewania wody basenowej i ciepłej wody użytkowej w budynku krytej pływalni „(...)” i basenie kąpielowym otwartym w G.. Szczegółowy zakres przedmiotu umowy został przedstawiony w załącznikach do umowy, tj. w Projekcie budowlanym – Architektura i konstrukcja, Projekcie budowlanym – Część instalacyjna, w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót budowlanych – Architektura i konstrukcja oraz w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót budowlanych – Część instalacyjna (par. 1 umowy). Zgodnie z par. 2 ust. 1 i ust. 4 ppkt 1 dopuszczalne było wprowadzanie zmian postanowień umowy z uwzględnieniem art. 144 Prawa zamówień publicznych za zgodą zamawiającego wyrażoną na piśmie pod rygorem nieważności, przy czym zmiany te mogą dotyczyć m.in. jakości lub innych parametrów charakterystycznych dla objętego proponowaną zmianą elementu robót budowlanych. Termin rozpoczęcia robót ustalono na 10 września 2012 r., zaś termin ich zakończenia na 28 listopada 2012 r. (par. 3 ust. 1-2). Wykonawca przyjął m.in. obowiązek informowania zamawiającego (inspektora nadzoru) o konieczności wykonania robót dodatkowych i zamiennych w terminie 7 dni od daty stwierdzenia konieczności ich wykonania (par. 11 ust. 1). Procedura odbiorów (par. 15 ust. 6) przewidywała m.in., że zarówno oddający, jak i odbierający dołożą należytej staranności przy odbiorze przedmiotu umowy. Warunkiem zgłoszenia gotowości do odbioru było zakończenie robót będących przedmiotem odbioru potwierdzone przez kierownika budowy na piśmie oraz skompletowanie i przedstawienie zamawiającemu przez wykonawców dokumentów pozwalających na ocenę prawidłowego wykonania przedmiotu odbioru, a w szczególności protokołów odbioru, dokumentacji powykonawczej oraz przeprowadzenie z wynikiem pozytywnym wymaganych prób i sprawdzeń zatwierdzonych przez kierownika budowy. Zamawiający powinien wyznaczyć datę i rozpocząć czynności odbioru w ciągu 14 dni od daty zawiadomienia go o osiągnięciu gotowości do odbioru, zawiadamiając o tym wykonawcę. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostałyby stwierdzone wady nadające się do usunięcia, zamawiający powinien odmówić odbioru do czasu usunięcia wad. Jeśli zamawiający, mimo osiągnięcia gotowości przedmiotu do odbioru nie dokona odbioru w terminie, wykonawca powinien ustalić protokolarnie stan przedmiotu przez powołaną do tego komisję, zawiadamiając o tym zamawiającego; protokół taki stanowi podstawę do sporządzenia faktury końcowej i żądania zapłaty; wówczas wykonawca nie pozostaje w zwłoce ze spełnieniem zobowiązania umownego od daty gotowości do odbioru. Z tytułu wykonania umowy wykonawcom przysługiwało wynagrodzenie w kwocie 619.718,28 zł brutto (par. 17 ust. 2). Rozliczenie miało odbyć się poprzez dwie faktury po wykonaniu i odbiorze przedmiotu umowy protokołem stwierdzającym prawidłowe i terminowe wykonanie umowy; druga z faktur miała dokumentować wykonanie robót związanych z przygotowaniem oraz montażem kompletnej instalacji solarnej wraz z przynależną infrastrukturą techniczną. Zamawiający zobowiązał się zapłacić wynagrodzenie na podstawie faktur w terminie 30 dni kalendarzowych od dnia złożenia faktur wraz z dokumentami rozliczeniowymi (par. 18).

Projekt budowlany dotyczący instalacji kolektorów słonecznych do podgrzewania wody (branża – Architektura i konstrukcja), sporządzony w grudniu 2011 r., jako przedmiot projektu wskazywał instalację kolektorów słonecznych (...) do podgrzewania wody basenowej i ciepłej wody użytkowej w budynku krytej pływalni „(...)” i basenie kąpielowym otwartym w G.. Kolektory słoneczne (...) zostały nadto wskazane w punkcie 6.6 projektu oraz na rysunku projektowym nr (...).

Zgodnie z projektem budowlanym dotyczącym instalacji kolektorów słonecznych do podgrzewania wody (branża – Część instalacyjna), sporządzonym w grudniu 2011 r., w instalacji solarnej zastosowane ma być 18 kolektorów słonecznych o dużej powierzchni celem maksymalnego zmniejszenia ilości połączeń (pkt 2.1).

Zgodnie ze Specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych w zakresie instalacji kolektorów słonecznych, sporządzoną w grudniu 2011 r., wszelkie materiały i urządzenia stosowane w dokumentacji projektowej mogły zostać zastąpione równoważnymi, przy zastosowaniu tych samych parametrów technicznych i wymagań funkcjonalnych popartych certyfikatami, świadectwami dopuszczenia, atestami w zależności od wymagań wynikających z odpowiednich przepisów. Wykonawca winien powiadomić inspektora nadzoru o wyborze materiału. Każdy rodzaj robót, w którym znajdują się niezbadane i niezaakceptowane przez inspektora nadzoru

inwestorskiego materiały, elementy budowlane lub urządzenia, wykonawca wykonywał na własne ryzyko, ponosząc pełną odpowiedzialność techniczną i kosztową (pkt 2.5).

Zgodnie z SIWZ na wykonanie kaskady kolektorów słonecznych dla krytej pływalni w G., przedmiotem zamówienia publicznego były roboty polegające na instalacji 18 kolektorów słonecznych (pkt 1.1). Stosownie do punktu 1.3 jeśli w dokumentacji technicznej projektowej ST występowały nazwy własne, handlowe znaki towarowe materiałów i urządzeń, to były one przykładowe. Zamawiający dopuszczał użycie do wyceny i wbudowania materiału, urządzenia i technologie innych producentów w stosunku do przywołanych – równoważne – pod warunkiem osiągnięcia założonych standardów technicznych, co najmniej takich jak wskazane w udostępnionych dokumentach technicznych – parametrów technicznych i fizycznych. Wszędzie gdzie w opisach występowały nazwy materiałów, można było zastosować inne materiały o parametrach technicznych i fizycznych równoważnych do przedstawionych w dokumentacji przetargowej.

Według udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień treści SIWZ w treści pisma z datą 13 lipca 2012 r. zamawiający stwierdził, iż dopuszcza zastosowanie przez wykonawcę rozwiązań (materiałów, urządzeń, technologii) równoważnych do podanych w opisie przedmiotu zamówienia pod względem standardów technicznych (parametrów technicznych i fizycznych). Jednocześnie zamawiający stwierdził, że w projekcie instalacyjnym przewidziano 18 sztuk kolektorów celem zredukowania połączeń hydraulicznych i zamawiający dopuszcza inne wymiary kolektorów przy zachowaniu m.in. liczby 18 kolektorów. Warunkiem projektu były kolektory o zabudowie szczelnej (wbudowane w dach).

J. S. skierował do Urzędu Miasta G. pismo wyjaśniające, wskazując m.in., że na rysunku projektowym nr (...) pokazano wizualny podział szyb 18-tu kolektorów na 72 części, zaś na rysunku nr 5 omyłkowo określono model kolektora jako (...)

Pismem z datą 19 listopada 2012 r. (...) spółka z o.o. sp. k. w L. zwróciła się do Rady Miasta G. o podjęcie działań zmierzających do wyjaśnienia, czy realizowane obecnie przez wykonawców roboty budowlane w ramach wykonywania kaskady kolektorów słonecznych na krytej pływalni w G. są zgodne z umową, z ofertą konsorcjum, z dokumentacją przetargową oraz z Prawem zamówień publicznych. W treści pisma stwierdzono m.in., że z wyjaśnień zamawiającego jednoznacznie wynikało, iż maksymalna ilość sztuk kolektorów, jakie mogą być zamontowane to 18 sztuk.

W piśmie z datą 26 listopada 2012 r. D. M., jako lider konsorcjum wykonawców, zwrócił się do zamawiającego, powołując się na par. 2 ust. 4 ppkt 1 umowy stron i prosząc o akceptację zastosowanych kolektorów słonecznych (...) oraz ich rozmieszczenia według schematu instalacyjnego przedstawionego w formie załącznika. Wykonawca odwołał się do punktu 1.3 SIWZ dotyczącego dopuszczenia zastosowania materiałów i urządzeń równoważnych. Wykonawca zaproponował połączenie w układ 8 zespołów kolektorów po 9 sztuk. Proponowany układ miał posiadać znacznie mniejsze opory hydrauliczne niż projektowany oraz inne właściwości na podobnym poziomie. Wniosek objęty przedmiotowym pismem został zaakceptowany przez kierownika budowy, J. G., oraz inspektora nadzoru, Ł. N..

Powyższe pismo zostało doręczone zamawiającemu dopiero w styczniu 2013 r.

W piśmie z datą 10 grudnia 2012 r. adresowanym do Urzędu Miejskiego w G. J. S. stwierdził, że istnieje wiele rozwiązań równoważnych w stosunku do wskazanego w projekcie kaskady kolektorów słonecznych, np. zastosowanie większej ilości kolektorów o mniejszej powierzchni jednostkowej (za zgodą zamawiającego) – przy zastosowaniu określonych warunków technicznych.

W dniu 21 grudnia 2012 r. sporządzono protokół w sprawie rozpoczęcia odbioru końcowego robót wg umowy z dnia 10 września 2012 r. na realizację kaskady kolektorów. Zgodnie z protokołem komisja stwierdziła wady (niedoróbki) m.in. w postaci wykonania instalacji solarnej mającej obejmować 18 kolektorów niezgodnie z zamówieniem. Termin odbioru usuniętych niedoróbek komisja ustaliła na 30 marca 2013 r.

Wykonawca wystosował do zamawiającego pismo z datą 11 stycznia 2013 r., składając wyjaśnienia do protokołu, stwierdzając m.in., że instalacja kolektorów słonecznych odbyła się zgodnie z pkt 1.3 SIWZ oraz par. 10 pkt 3 umowy,

a nadto stosownie do Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (część instalacyjna) – pkt 2.5. Wykonawca zastosował kolektory równoważne do projektowanych, co zostało zaakceptowane przez inspektora nadzoru reprezentującego zamawiającego.

W odpowiedzi na powyższe pismo zamawiający podtrzymał w całości stanowisko zawarte w protokole z 21 grudnia 2012 r.

W dniu 16 kwietnia 2013 r. spisano protokół ws. dokonania odbioru końcowego oraz wykazanych protokołem z 21 grudnia 2012 r. wad i niedoróbek. Komisja stwierdziła, że wszelkie wady wykazane w protokole z 21 grudnia 2012 r. zostały usunięte z wyjątkiem instalacji solarnej, która miała składać się z 18 sztuk kolektorów. Decyzję w zakresie odbioru instalacji solarnej zamawiający miał podjąć do 23 kwietnia 2013 r. Wykonawca oświadczył, że wykonał przedmiot zamówienia zgodnie z umową stron, w tym z dokumentacją projektową.

W piśmie z datą 22 kwietnia 2013 r. zamawiający stwierdził, że przedmiotem zamówienia było zainstalowanie 18 sztuk kolektorów wielkopowierzchniowych, a nie 72 sztuk kolektorów o małej powierzchni. Komisja odbiorowa stwierdziła, że roboty w przedmiotowym zakresie zostały wykonane niezgodnie z umową i nie mogą zostać odebrane i przekazane do użytkowania.

W odpowiedzi wykonawca skierował do zamawiającego pismo z datą 22 kwietnia 2013 r., wskazując, że zgodnie z art. 29 Prawa zamówień publicznych oraz zgodnie z dokumentacją przygotowaną dla zamówienia publicznego wykonawca miał prawo użyć materiałów i urządzeń równoważnych pod warunkiem osiągnięcia założonych standardów technicznych. Wykonawca powołał się na to, że w dokumentacji projektowej wskazywano model kolektora (...) oraz na rysunki projektowe, na których widnieją 72 szyby kolektorów. Nadto przyjęte w projekcie wymagania dotyczące kolektora (...) spełniały tylko kolektory firmy (...). Wykonawca wskazał, że zastosowanie przezeń kolektorów firmy (...), model(...), nastąpiło po uprzedniej naradzie na terenie budowy z udziałem zamawiającego, inspektora nadzoru, projektanta instalacji J. S., a także po uprzedniej wymianie korespondencji między projektantem i zamawiającym (e-mail z 24 listopada 2012 r.).

W dniu 10 czerwca 2013 r. wykonawca oraz kierownik budowy, J. G., sporządzili protokół na okoliczność ustalenia zakresu wykonanych robót umownych w części dotyczącej kolektorów słonecznych, stwierdzając, że na podstawie par. 15 ust. 6 pkt 1 umowy z 10 września 2012 r. ustala się, iż instalacja solarna została wykonana zgodnie z umową, w tym z SIWZ oraz z dokumentacją projektową.

Wykonawca w dniu 10 czerwca 2013 r. wystawił zamawiającemu fakturę nr (...) na kwotę 148.000,00 zł brutto z tytułu wykonania kaskady kolektorów słonecznych.

Instalacja solarna wykonana przez powodów była równoważna pod względem technicznym i technologicznym względem instalacji przewidzianej w projekcie budowlanym. Nadto powodowie uzyskali akceptację dla stosowanego rozwiązania ze strony kierownika budowy oraz inspektora nadzoru (reprezentującego, zgodnie z Prawem budowlanym, inwestora).

W treści opinii uzupełniającej (pkt III.6) biegły Z. S. stwierdził, że w celu potwierdzenia lub wykluczenia twierdzenia pozwanego o tym, że temperatura nagrzania czynnika grzewczego nie skutkuje przekazaniem ciepła na magazyny, które pozostają zimne (wobec czego cały układ nie pracuje prawidłowo), konieczne byłoby wykonanie eksperymentu polegającego na przygotowaniu i uruchomieniu wykonanej przez powodów instalacji solarnej.

Na etapie odbioru robót instalacja solarna działała poprawnie. Rozwiązanie obejmujące większą liczbę kolektorów niż 18 sztuk jest lepsze.

Fakt instalowania przez wykonawców kolektorów w innej liczbie niż 18 sztuk był powszechnie wiadomym. Pracownicy zamawiającego byli obecni na budowie, w szczególności M. P. wizytował teren budowy. Inspektor nadzoru i pracownicy zamawiającego nie żądali projektu zamiennego.

Inspektor nadzoru aprobował rozwiązanie zastosowane przez wykonawców jako równoważne i dobre, choć niezgodne z warunkami umownymi. Wykonawcy nie zwracali się do zamawiającego z prośbą o akceptację zastosowanego rozwiązania przed jego realizacją.

Zgodnie z opinią autorstwa L. K. z dnia 21 lutego 2013 r. instalacje z kolektorami (...) oraz (...) są porównywalne pod względem technicznym. Zastąpienie kolektorów(...) kolektorami (...) pod względem energetycznym jest korzystne.

dowód:

- opinia dotycząca równoważności z 21 lutego 2013 r. (k. 367-378)

Wykonawca zwrócił się do inspektora nadzoru, Ł. N., pismem z datą 8 marca 2013 r., przedkładając opinię dotyczącą ustalenia zgodności zastosowanych kolektorów słonecznych z dokumentacją projektową autorstwa L. K. oraz J. D., prosząc o analizę opinii w związku z zamiarem przedłożenia tej opinii do protokołu odbioru końcowego.

Zgodnie z ww. opinią datowaną na 8 marca 2013 r. zastosowanie kolektorów firmy (...) typu (...) jest zgodne z dokumentacją projektową zamówienia publicznego.

Pismami z datą 28 stycznia 2013 r. (treść pisma wskazuje na błędnie wpisaną datę) oraz z datą 5 czerwca 2013 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy o natychmiastowe usunięcie glikolu z instalacji solarnej. Glikol winien być usunięty po dokonaniu rozruchu instalacji. Z uwagi na wysokie temperatury dochodzi do przegrzania glikolu, co zagraża funkcjonowaniu instalacji oraz użytkownikom.

Pismem z datą 21 czerwca 2013 r. zamawiający zwrócił się do zamawiającego po raz kolejny o usunięcie glikolu z obiegu instalacji w związku z alarmującymi informacjami (...)w G. odnośnie bardzo wysokich temperatur glikolu i ryzykiem awarii o nieprzewidywalnych skutkach.

Pismem z datą 24 lipca 2013 r. wykonawca poinformował zamawiającego, że obecny stan technologiczny instalacji oraz panujące wysokie temperatury zewnętrzne uniemożliwiają opróżnienie instalacji solarnej i pozostawienie jej bez glikolu bez ryzyka uszkodzenia kolektorów oraz instalacji. Płyty solarne zostały zabezpieczone przed słońcem, co zapobiega uszkodzeniu instalacji solarnej przez przegrzanie.

W treści wiadomości e-mail z dnia 16 maja 2013 r. M. P. reprezentujący zamawiającego zwrócił się do (...)oraz do firmy (...) z prośbą o ustosunkowanie się co do możliwości eksploatacji kolektorów słonecznych pomimo rozbieżności co do ilości sztuk zastosowanych w kaskadzie.

Pismem z datą 17 czerwca 2013 r. zamawiający odesłał wykonawcy fakturę nr (...) z 10 czerwca 2013 r., odmawiając jej zapłaty wobec wykonanie prac niezgodnie z umową.

W dniu 26 lipca 2013 r. wykonawca wezwał zamawiającego do zapłaty kwoty 148.000,00 zł brutto zgodnie z fakturą nr (...).

W odpowiedzi zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko, zwracając fakturę nr (...) bez księgowania.

W piśmie z datą 18 grudnia 2013 r. zamawiający złożył wykonawcom oświadczenie o odstąpieniu od umowy na podstawie art. 637 par. 2 k.c. wobec wad istotnych przedmiotu zamówienia stwierdzonych w protokole z 21 grudnia 2012 r., które nie zostały usunięte w wyznaczonym terminie. W trakcie odbioru stwierdzono wykonanie 72 sztuk kolektorów o innej powierzchni niż wskazana w SIWZ, co stanowi wadę istotną przedmiotu zamówienia. Zamawiający wezwał do usunięcia zamontowanych kolektorów w terminie 21 dni pod rygorem dokonania ich demontażu na koszt wykonawców przy dokonaniu stosownego zabezpieczenia kolektorów.

W odpowiedzi wykonawca nadał do zamawiającego pismo z datą 9 stycznia 2014 r., stwierdzając, że oświadczenie o odstąpieniu jest pozbawione podstaw prawnych, zaś użycie przez wykonawców kolektorów firmy (...) nie skutkuje obciążeniem przedmiotu umowy jakąkolwiek wadą, tym bardziej wadą istotną.

Zgodnie z ustaleniami biegłego J. C. istnieje niezgodność pomiędzy danymi tabliczki znamionowej umieszczonej na kolektorach a charakterystyką techniczną podaną przez producenta kolektorów zamontowanych przez powodów. Przeprowadzenie eksperymentu procesowego wymagałoby od powodów wykazania, że zamontowane kolektory posiadają parametry równe lub wyższe niż kolektor (...). Biegły stwierdził także m.in., iż u pozwanego brak dokumentacji projektu budowlanego w części instalacyjnej dotyczącej kaskady kolektorów w zakresie obliczeń podzespołów instalacji solarnej, a także brak dokumentacji techniczno-ruchowej zaprojektowanych kolektorów. Biegły stwierdził, że wobec podjęcia przez inwestora decyzji o opróżnieniu instalacji z cieczy solarnej, inwestor przejął odpowiedzialność za ewentualną utratę gwarancji producenta kolektorów. Biegły wyraził przekonanie, że stwierdzenie w ramach eksperymentu procesowego prawidłowej pracy kolektorów (w postaci uzyskania przez nie wymaganą wydajność) pozwoli rozstrzygnąć kwestię wywiązania się przez powodów z obowiązków umownych.

W piśmie z datą 5 czerwca 2017 r. biegły sądowy J. C., stwierdził, że nie pozyskał i nie odnalazł dokumentów, które pozwoliłyby ustalić, jaki efekt energetyczny powinny zapewniać kolektory. Powodowie zapewnili efekt wymagany w dokumentacji przetargowej w postaci uszczelnienia skarpy basenowej. Wykonanie eksperymentu po bardzo długim okresie postoju kolektorów słonecznych wiąże się z możliwością stwierdzenia znacznie obniżonej wydajności kolektorów. Z kolei długi okres postoju instalacji jest wynikiem decyzji pozwanego o opróżnieniu instalacji solarnej. Zostało to narzucone powodom, choć wiadomo, iż instalacja solarna jest wyposażona w regulator z funkcją ochrony kolektorów przed przegrzaniem. Nie jest możliwe podanie, w jakim stopniu mogła zmniejszyć się wydajność opróżnionych kolektorów słonecznych narażonych przez długi okres czasu na działanie warunków atmosferycznych.

Wyrażając stanowisko w piśmie z 10 czerwca 2018 r. biegły J. C. poinformował, że w trakcie wizji lokalnej stwierdził, iż kolektory nie były w wielu miejscach przykryte i zabezpieczone przed promieniowaniem słonecznym. W efekcie mogło dojść do uszkodzenia powłoki kolektorów.

Obecnie istnieje możliwość uruchomienia instalacji solarnej, jednak po spełnieniu licznych warunków, m.in. wymiany uszczelnień wszystkich połączeń solarnych, naprawy lub wymiany uszkodzonego kolektora i wykonania prób szczelności instalacji glikolowej. Jednakże przez elementy zastosowane w instalacji (ciepłomierz o nominalnym przepływie równym 41,67 l/min) układ nie będzie działał prawidłowo, bowiem będzie się przegrzewał.

Sąd ustalił stan faktyczny sprawy w oparciu o dowody z dokumentów, dowody z opinii biegłych sądowych, dowody z przesłuchania świadków oraz dowód z przesłuchania powoda D. M. – w zakresie, w jakim przedmiotowe dowody miały charakter relevantny dla rozstrzygnięcia sprawy.

Autentyczność dokumentów stanowiących dowody w sprawie nie była kwestionowana przez strony i nie budziła wątpliwości Sądu. Dowody z dokumentów pozwoliły odtworzyć relatywnie spójny obraz stanu faktycznego sprawy w zakresie okoliczności związanych z zawarciem umowy na realizację zamówienia publicznego, a także z obiegiem korespondencji między stronami dotyczącej spornego zakresu robót.

Dowody z opinii biegłych sądowych, w tym biegłego Z. S. oraz J. C., pozwoliły na ustalenie relacji zachodzących teoretycznie pomiędzy układem 18 kolektorów oczekiwanym przez pozwanego, a układem zainstalowanym przez powodów. W szczególności z ustaleń biegłych wynika, iż jest możliwe, że instalacja wykonana przez powodów dawałaby zasadniczo tożsame efekty jak instalacja oczekiwana przez pozwanego, co przesądzałoby o równoważności technicznej i technologicznej wymienionych układów kolektorów solarnych. Zarazem rzeczywiste efekty zapewniane przez instalację wykonaną przez powodów mogłyby zostać ustalone w drodze eksperymentu procesowego. Jak jednak wynika ze stanowiska J. C., a także ze wstępnej opinii technicznej sporządzonej przez (...) spółkę z o.o. w G., wykonanie

eksperymentu wymagałoby kosztownych przygotowań w związku z nieprawidłowym zabezpieczeniem instalacji przez pozwanego oraz w związku z opróżnieniem przez pozwanego instalacji z cieczy solarnej.

Sąd pominął dowód z eksperymentu procesowego – stosownie do wniosku o pominięcie przedmiotowego dowodu, który to wniosek sformułował pozwany w piśmie procesowym z datą 22 grudnia 2020 r. (k. 1212).

Sąd oparł się o dowody z zeznań świadków J. S., J. F., Ł. N., J. G., K. G. oraz M. P.. Zeznania świadków były spójne w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia. W szczególności z zeznań świadków wynika, iż fakt instalowania przez powodów 72 sztuk kolektorów był wiadomy osobom związanym z inwestycją, w szczególności pracownikom pozwanego. O zeznania powoda D. M. Sąd oparł się jedynie w pomocniczym zakresie.

W rozważaniach prawnych Sąd Okręgowy przedstawił motywy swego rozstrzygnięcia:

Powództwo zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. nr 19, poz. 177 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym od dnia 25 maja 2006 r. do 27 lipca 2016 r. przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „**lub równoważny**”.

Strony łączyła umowa o roboty budowlane o jakiej mowa w art. 647 k.c. Stosownie do art. 656 § 1 k.c. do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło.

Zgodnie z art. 637 k.c., obowiązującym do dnia 24 grudnia 2014 r., jeżeli dzieło ma wady, zamawiający może żądać ich usunięcia, wyznaczając w tym celu przyjmującemu zamówienie odpowiedni termin z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu nie przyjmie naprawy. Przyjmujący może odmówić naprawy, gdyby wymagała nadmiernych kosztów (§ 1). Gdy wady usunąć się nie dadzą albo gdy z okoliczności wynika, że przyjmujący zamówienie nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim, zamawiający może od umowy odstąpić, jeżeli wady są istotne; jeżeli wady nie są istotne, zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. To samo dotyczy wypadku, gdy przyjmujący zamówienie nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego (§ 2).

Zgodnie z treścią art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Stosownie zaś do art. 232 k.p.c. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

W niniejszej sprawie powodowie zainstalowali 72 kolektory słoneczne na krytej pływalni w G. w ramach realizacji umowy nr (...) zawartej z pozwanym w dniu 10 września 2012 r. Tym samym powodowie wykonali świadczenie, w oparciu o które domagają się zapłaty w niniejszej sprawie. Powodowie wykonali instalację składającą się łącznie z 72 sztuk kolektorów, podczas gdy pozwany, jak stwierdza, oczekiwał użycia przez wykonawcę 18 sztuk kolektorów. **Spór dotyczy tego, czy instalacja wykonana przez powodów odpowiada postanowieniom umowy zawartej z pozwanym – w szczególności, czy wykonana przez powodów instalacja pozwala na uzyskanie równoważnych efektów funkcjonowania.**

Zgodnie z wyżej przywołanym art. 29 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (obowiązującej w okresie realizowania umowy na wykonanie zamówienia publicznego pomiędzy stronami niniejszej sprawy), a nadto stosownie do dokumentacji projektowej (w szczególności punktu 2.5 Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych w zakresie instalacji kolektorów słonecznych) wykonawca mógł zastosować inne urządzenia i materiały przy budowie instalacji niż wskazane w dokumentacji, pod warunkiem zapewnienia ich

równoważnych parametrów i funkcjonalności. **Należy przy tym wskazać, iż istotne wady wykonanych robót budowlanych, o których to wadach mowa w art. 637 k.c., na który powołał się pozwany, odstępując od umowy, to takie wady, które czynią przedmiot robót niezdatnym do zwykłego użytku albo do użytku określonego umową** (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 28 października 1999 r., sygn. I ACa 620/99). **Skuteczne uchylenie się przez pozwanego od zapłaty za wykonaną przez powodów instalację 72 kolektorów wskutek odstąpienia od umowy byłoby zatem możliwe wtedy, gdyby przedmiot robót zrealizowanych przez powodów nie nadawał się do umówionego użytku.**

Jak wynika z ustaleń biegłego J. C., instalacja wykonana przez powodów zapewniała szczelność, co stanowiło istotny warunek stawiany przez zamawiającego. Pozostałe parametry techniczne mogłyby zostać sprawdzone w drodze eksperymentu procesowego polegającego na uruchomieniu instalacji. Jak jednak ustalono, upływ czasu sprawił, że wykonanie eksperymentu byłoby kosztowne, a nadto mogłoby nie dać jednoznacznych wyników w perspektywie oceny jakości prac powodów. Stało się tak w szczególności w związku z brakiem odpowiedniego zabezpieczenia kolektorów – które wszak były w posiadaniu pozwanego – przed działaniem warunków atmosferycznych. Wydajność zainstalowanych kolektorów może być zaś niemożliwa do weryfikacji w związku z opróżnieniem przez pozwanego instalacji z glikolu, choć instalacja ta była technicznie zabezpieczona przed przegrzaniem. **W kontekście powyższego należy stwierdzić, że przeprowadzenie eksperymentu procesowego mającego na celu ustalenie, czy wykonana przez powodów instalacja solarna jest równoważna technicznie i funkcjonalnie względem instalacji wymaganej przez pozwanego, stało się niemożliwe z przyczyn, za które odpowiada pozwany.**

Powyższa konstatacja niesie istotne skutki w zakresie rozkładu ciężaru dowodu co do okoliczności uzasadniających powództwo w niniejszej sprawie. Co do zasady, strona powołująca się na określony fakt, jest zobowiązana do jego wykazania stosownymi środkami dowodowymi. **Tym niemniej, w orzecznictwie można uznać za ukształtowany pogląd, że ilekroć jedna ze stron swoim postępowaniem spowoduje uniemożliwienie lub poważne utrudnienie wykazania okoliczności przeciwnikowi, na którym spoczywał ciężar ich udowodnienia, wówczas na tę stronę przechodzi ciężar dowodu, co do tego, że okoliczności takie nie zachodziły** (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 1971 r., II PR 453/70; także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lipca 2009 r., II PK 30/09). Jeżeli przeprowadzenie eksperymentu procesowego weryfikującego zasadność powództwa stało się obiektywnie niemożliwe z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność pozwany, wówczas to na pozwanego przechodzi ciężar dowodu co do tego, że nie zachodziły okoliczności, których wykazaniu miał służyć eksperyment procesowy. **W tej sytuacji uznanie zgłoszonego w niniejszej sprawie powództwa za niezasadne wymagałoby od pozwanego udowodnienia tego, że instalacja wykonana przez powodów nie była równoważna w istotnym zakresie względem instalacji składającej się z 18 kolektorów, której oczekiwał pozwany. Miasto G. winno zatem wykazać okoliczności przemawiające za tym, że instalacja wykonana przez powodów nosi wady istotne, uniemożliwiające czynienie z niej umówionego użytku, wskutek czego powodom nie należy się wynagrodzenie, a odstąpienie przez pozwanego od umowy było uzasadnione.** Pozwany nie sprostał tak rozłożonemu ciężarowi dowodzenia i nie wykazał, by wykonana na jego rzecz instalacja była wadliwa w stopniu istotnym i by nie odpowiadała wymogom stawianym wykonawcy w umowie na wykonanie zadania publicznego. Pozwany, choć posiadał instalację po jej wykonaniu, doprowadził do sytuacji, w której nie można już ocenić, czy instalacja spełnia cel przypisany jej w umowie stron; pozwany, choć miał świadomość trwającego sporu z powodami, nie złożył wniosku o zabezpieczenie dowodu, a także nie zapewnił we własnym zakresie odpowiedniej ekspertyzy technicznej, która wspierałaby jego stanowisko w niniejszej sprawie. Powołane okoliczności przemawiają za przyjęciem, iż powodowie poprawnie wykonali umówione świadczenie w zakresie wykonania kaskady kolektorów solarnych, w związku z czym należy im się umówione wynagrodzenie.

Powyższy wniosek jest tym bardziej zasadny wobec tego, iż pozwany miał świadomość tego, jaką instalację montują powodowie. Powodom nie zgłaszał sprzeciwu ani inspektor nadzoru (aprobujący stosowane przez powodów rozwiązanie pod względem technicznym), ani pracownicy pozwanego obecni na budowie lub w jej bliskiej okolicy.

Zgodnie z art. 354 k.c. wierzyciel powinien współdziałać z dłużnikiem przy wykonaniu zobowiązania zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Oznacza to, że dłużnicy (tj. powodowie) mogli zasadnie oczekiwać, że pozwany dochowa względem nich obowiązku lojalnego współdziałania i bezzwłocznie zasygnalizuje, iż wykonywana instalacja składająca się z 72 kolektorów słonecznych nie zostanie przezeń akceptowana. **Sytuacja, w której powodowie wykonywali i ukończyli roboty budowlane w omawianym zakresie, zyskując przy tym akceptację kierownika budowy oraz inspektora nadzoru, a pozwany nie zgłosił swego wyraźnego sprzeciwu, przemawia za uznaniem, że pozwany nie wywiązał się z obowiązku współdziałania z powodami przy wykonywaniu ich zobowiązania.**

Mając na uwadze powyżej przedstawione okoliczności sprawy należało uznać, że powodom należy się umówione wynagrodzenie w kwocie 148.000 złotych w części dotyczącej wynagrodzenia za instalację solarną, o czym orzeczono na zasadzie art. 647 k.c. w zw. z treścią umowy łączącej strony w zw. z art. 481 § 1 i 2 k.c.

O kosztach procesu orzeczono na zasadzie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z § 3 k.p.c. mając na uwadze okoliczność, iż strona pozwana przegrała proces w całości. Na zasądzoną na rzecz powodów kwotę 14.034,00 złotych złożyły się: wynagrodzenie pełnomocnika według stawek obowiązujących w dniu wszczęcia procesu w kwocie 3.600,00 złotych, zwrot opłat skarbowych w kwocie 34,00 złotych, zwrot uiszczonej opłaty sądowej od pozwu w kwocie 7.400,00 złotych oraz zwrot zaliczki poniesionej na koszty biegłego w kwocie 4.000,00 złotych (pkt. II wyroku). Jednocześnie Sąd nakazał pobranie od strony pozwanej na zasadzie art. 113 ust. 1 u.k.s.c. nie uiszczoną część kosztów procesu w kwocie 592,00 złotych i rozliczył ją w uiszczoną i nie wykorzystaną zaliczką (pkt. III wyroku). Mając na uwadze to, że strony wpłaciły zaliczki, które nie zostały wykorzystane, to w Sąd nakazał ich zwrot (pkt. IV i V wyroku).

Pozwana apelacją zaskarżyła niniejszy wyrok w zakresie pkt I, II i III.

Wskazał na fakty, stanowiące podstawę orzeczenia w sprawie, ustalone przez Sąd I instancji niezgodnie ze stanem faktycznym, tj.:

1. Przyjęcie przez Sąd 1 instancji, że powodowie wykonywali i ukończyli roboty budowlane w zakresie montażu kolektorów za akceptacją kierownika budowy i inspektora nadzoru, a pozwany nie zgłosił do tego wyraźnego sprzeciwu, podczas gdy inspektor nadzoru nie dysponował w tym zakresie żadną decyzją i wymagał do jej podjęcia akceptacji projektanta, której nie uzyskano, zaś pozwany do czasu zamontowania kolektorów nie wiedział o zmianie ich rodzaju w stosunku do dokumentacji projektowej, zaś niezwłocznie po powzięciu o tym wiedzy niezwłocznie sprzeciwił się takiemu rozwiązaniu,
2. Przyjęcie przez Sąd I instancji, że montaż 72 kolektorów był powszechnie wiadomy zarówno dla pracowników Miasta G. jak i dla osób postronnych, podczas gdy montaż ten odbył się na przestrzeni jednego weekendu i bez udziału przedstawicieli inwestora,
3. Przyjęcie przez Sąd I instancji, że wykazanie równoważności instalacji poprzez wykonanie eksperymentu stało się obiektywnie niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Miasta G., podczas gdy przy bierności strony powodowej w tym względzie to pozwana wnioskuje o przeprowadzenie tego dowodu i wskazywała techniczne metody jego przeprowadzenia zaś od roku 2016 strony oczekiwały na znalezienie przez Sąd biegłego lub innego podmiotu, który będzie w stanie przeprowadzić eksperyment, a co za tym idzie przypisywanie pozwanemu, że to za jego przyczyną doszło do rzekomego odwrócenia ciężaru dowodu pozostaje co najmniej niezrozumiałe.

W nawiązaniu do wskazanych faktów skarżonemu orzeczeniu zarzucił:

1. **Naruszenie przepisów postępowania, a to art. 233 § 1 k.p.c.** polegające na:

- dowolnej a nie swobodnej ocenie dowodów w postaci zeznań świadków M. P., Ł. N., J. S. oraz powoda D. M. oraz dokumentów w postaci notatki z 09.11.2012r., pisma PHU (...) Sp. z o.o. Sp. k. z 19.11.2012r., pisma powodów

opatrzonego datą 26.11.2012r. z prezentatą UM w G. z 26.01.2013r. polegające na przyjęciu, że zarówno pracownicy pozwanego jak i inspektor nadzoru mieli wiedzę o tym, że odbywa się montaż kolektorów niezgodnych z dokumentacją projektową i taki stan rzeczy akceptowali, podczas gdy z treści przywołanych dowodów wniosku takiego wywodzić nie sposób,

- dowolnej a nie swobodnej ocenie dowodu w postaci opinii biegłego J. C. w zakresie w jakim wskazywała na szereg rozbieżności pomiędzy wykonaną instalacją kolektorów a instalacją zaprojektowaną, a przede wszystkim kwestionowała użycie przez powodów kolektorów (...), które miały według ich oświadczenia zostać zastosowane zamiennie do projektu i były przedstawiane do wszystkich wyliczeń,

- dowolnej a nie swobodnej ocenie dowodów w postaci oświadczenia o odstąpieniu od umowy oraz protokołu z dnia 21.12.2012r. polegające na uznaniu, że przyczyną odmowy odbioru i odstąpienia od umowy było stwierdzenie istotnej wady fizycznej (technicznej] przedmiotu umowy, podczas gdy podstawę taką stanowiła niezgodność przedmiotu umowy z projektem, co jednoznacznie wskazano w przywołanych dokumentach,

2. Naruszenie przepisów postępowania, a to art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. polegające na przyjęciu że w okolicznościach sprawy ciężar dowodu w zakresie wykazania równoważności zamontowanych kolektorów obciążał pozwane Miasto G., podczas gdy to powodowie powinni tą równoważność wykazać - prawidłowo już na etapie postępowania przetargowego, zaś wobec swojego stanowiska procesowego również w trakcie procesu - czego jednoznacznie nie uczynili, a co więcej wskazywany przez Sąd 1 instancji jako kluczowy dowód z eksperymentu nie został przeprowadzony już w roku 2015 na skutek sprzeciwu powodów, zaś później wyłącznie na skutek organizacji postępowania przez Sąd,

3. Samoistne, niezależne od ustaleń faktycznych, rażące **naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 29 ust. 3, 82 ust. 3 i art. 87 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej Ustawą PZP] w zw. z art. 647 k.c.** poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że:

- świadczenie równoważne w ramach umowy o roboty budowlane, zawartej w trybie Ustawy PZP może zostać wykonane na każdym etapie, niezależnie od treści złożonej w sprawie oferty, podczas gdy badanie równoważności proponowanych rozwiązań może następować wyłącznie na etapie składania ofert, a na etapie realizacji wykonawca pozostaje związany treścią zarówno oferty jak i projektu,

- w razie złożenia przez Wykonawcę oferty realizacji przedmiotu umowy o roboty budowlane, zawartej w trybie Ustawy PZP, bez wskazania, że będzie realizował przedmiot umowy równoważny do wynikającego z zaakceptowanej przez niego dokumentacji projektowej, Wykonawca uprawniony jest do wykonywania przedmiotu umowy niezgodnie z tym projektem, a wyłącznie kierując się kryterium osiągnięcia celu założonego przez Zamawiającego, podczas gdy z przywołanych regulacji dopuszczalności i racjonalności stanowiska takiego wywodzić nie sposób, bowiem jednoznacznie pozbawiałoby ono Zamawiającego jakiegokolwiek realnej kontroli i wpływu na przedmiot umowy, który w wyniku jej realizacji otrzyma.

Mając na uwadze powyższe zarzuty wniósł o:

1. zmianę pkt I i II zaskarżonego Wyroku poprzez orzeczenie o oddaleniu powództwa w całości,

.2. zmianę pkt III zaskarżonego Wyroku poprzez zasądzenie na rzecz pozwanego solidarnie od powodów kosztów postępowania w I instancji według norm przepisanych,

3. zasądzenie od powodów solidarnie na rzecz pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych,

ewentualnie

4. uchylene zaskarżonego Wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania apelacyjnego Sądowi Okręgowemu w Krakowie.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o:

1. oddalenie apelacji pozwanego;
2. zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

Ponadto, działając na podstawie art. 381 k.p.c. wnieśli o przeprowadzenie szeregu dowodów na fakty: mechanicznego uszkodzenia kolektorów słonecznych w miesiącu marcu 2021 r., zdemontowania przez pozwanego kolektorów słonecznych w miesiącu marcu 2021 r. i ingerencji w instalację wykonaną przez powodów, poinformowania mediów przez pozwanego reprezentowanego przez Zastępcę Burmistrza Miasta G. Ł. B. o ponownym wykorzystaniu zdemontowanych kolektorów słonecznych na dachu krytej pływalni w G..

W odpowiedzi pozwany wniósł przeprowadzenie szeregu dowodu na okoliczność wykazania przyczyn demontażu kolektorów objętych przedmiotem sporu przed prawomocnym zakończeniem postępowania, braku zamiaru ich ponownego montażu na obiekcie w związku z prowadzonymi w latach 2021 - 2022 robotami budowlanymi, zmagazynowania kolektorów w sposób zabezpieczający je przed pogorszeniem ich stanu oraz zabezpieczenia ewentualnych roszczeń powodów o zwrot kolektorów poprzez zrealizowanie uprawnień odszkodowawczych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Dla oceny zasadności apelacji celowym jest poprzedzenia jej uwagami natury teoretycznej, porządkującej kolejność analizy poszczególnych zagadnień.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do charakteru zarzutów naruszenia prawa materialnego w zakresie jego błędnej wykładni, bądź błędnego zastosowania, albo błędnego niezastosowania.

Przez wykładnią prawa należy rozumieć ustalenie znaczenia przepisów prawa (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2002 r., II CKN 860/00, niepubl.). Wykładnia prawa to ogół czynności poznawczych zmierzających do ustalenia właściwego sensu przepisów prawnych. Z kolei stosowanie prawa poprzedza ustalenie obowiązujących przepisów i ich sensu, ustalenie faktów, które mają znaczenie dla określenia konsekwencji prawnych oraz porównanie treści norm z ustalonymi faktami i stwierdzenie ich odpowiedniości (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 maja 2021 r. sygn. akt III CSKP 92/21).

W związku z czym wykładnia prawa poprzedza jego stosowanie. Natomiast stosowanie prawa poprzedzone jest ustaleniem stanu faktycznego. W tym kontekście należy rozumieć dyspozycje zawarta w normie art. 227 k.p.c., zgodnie z którą przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie.

Tak więc, cofając się w tym wywodzie, wykładnia prawa określa granice ustalenia faktów mających istotne znaczenie dla sprawy i determinuje kierunek postępowania dowodowego w sprawie.

Drugą uwagą porządkującą postępowanie apelacyjne w niniejszej sprawie jest fakt, że w istocie argumentacja prawna zawarta w zarzutach apelacji, była przedstawiona przez pozwanego w toku postępowania przed Sądem I instancji i do argumentacji tej odniósł się Sąd I instancji w motywach swego rozstrzygnięcia.

Przechodząc zatem do oceny zarzutów apelacji po pierwsze wskazać i podkreślić należy, że Sąd II instancji podziela wykładnię przepisów prawnych przedstawioną przez Sąd I instancji i uznaje ją za własną.

Tym samym trudno zakwestionować stanowisko powodów wyrażone w odpowiedzi na apelację, że wobec możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych bez konieczności uzyskiwania zgody pozwanego dopuszczoną przez obowiązujące w dacie zawierania umowy Stron przepisy prawa oraz dokumentację przetargową, a także z powodu niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ilości kolektorów twierdzenia pozwanego, że Sąd nie powinien zajmować się równoważnością ponieważ powodowie nie złożyli oferty równoważnej w terminie złożenia ofert i nie dokonano zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego są bezpodstawne. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wykonawcy na każdym etapie postępowania mają prawo zaproponować rozwiązanie równoważne, co więcej takie samo stanowisko zajął pozwany w odpowiedzi na pytania do SIWZ z dnia 13 lipca 2012 r. informując, że na etapie składania ofert nie wymaga wykazywania równoważności odwołując się do dokumentacji przetargowej dopuszczającej równoważność. Wobec treści dokumentacji przetargowej nietrafny jest zarzut, że powodowie nie składali środków ochrony prawnej, na etapie postępowania nie mieli wiedzy że pozwany zmieni zdanie co do możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych. Pozwany odpowiada za opis przedmiotu zamówienia więc powoływane przez niego działania w zaufaniu do J. S. nie może skutkować ponoszeniem tego negatywnych skutków przez powodów. Również jakość dokumentacji przetargowej, brak opisu przedmiotu zamówienia w sposób wymagany przepisami prawa zamówień publicznych czyli w formie dokumentacji projektowej są okolicznościami wyłącznie obciążającymi pozwanego. Z tych względów stanowisko pozwanego o nieuzasadnionym przyjęciu przez Sąd, że przyczyną braku odbioru była wada uniemożliwiająca użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, a nie niezgodność z dokumentacją projektową jest bezpodstawne. Pozwany nie wykazał staranności w zleceniu dokumentacji projektowej, w wyniku czego uzyskał dokument nie mający waloru projektu, uwzględniający zastosowanie 18 sztuk kolektorów firmy (...) opracowany przez wyłącznego ich dystrybutora. Skoro pozwany oczekiwał wykonania zamówienia publicznego zgodnie z tym dokumentem i odmawiał prawa zastosowania rozwiązań równoważnych oznacza to, że był zainteresowany wyłącznie dostawą urządzeń (...), co rodzi wątpliwości powodów co do jego rzetelności. Pozwany kwestionując ustalenie Sądu, że zamówienie można było zrealizować jedynie z wykorzystaniem urządzeń firmy (...), powołał się na stanowisko J. S.- dystrybutora (...). Z kolei Sąd dokonał ustaleń w oparciu o całokształt materiału dowodowego, m.in. dokumenty stanowiące wynik poszukiwań przez powodów 18 sztuk kolektorów słonecznych.

Konsekwencją tego było właściwe ukierunkowanie postępowania dowodowego w celu ustalenia stanu faktycznego relewantnego pod kątem przesłanek przepisów prawa materialnego, które przy ich właściwej wykładni, mają zastosowanie w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia prawa procesowego podniesionych w apelacji, a koncentrujących się w istocie na szeroko rozbudowanej argumentacji naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., poprzez naruszenie obowiązku wszechstronnego rozważenia całości materiału dowodowego i dokonanie ustaleń faktycznych jedynie na podstawie dowodów korzystnych dla jednej ze stron, z pominięciem korzystnych dla drugiej strony, w tym kontekście w pierwszej kolejności należy wskazać, iż w orzecznictwie Sądu Najwyższego podnosi się, iż „dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie można poprzestać na stwierdzeniu, że dokonane ustalenia faktyczne są wadliwe, odnosząc się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Niezbędne jest wskazanie przyczyn, które dyskwalifikują postępowanie sądu w zakresie ustaleń. Skarżący powinien zwłaszcza wskazać, jakie kryteria oceny zostały naruszone przez sąd przy analizie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne im taką moc przyznając" (zob. postanowienie SN z dnia 23 stycznia 2001 r., IV CKN 970/00, Lex nr 52753; wyrok SN z dnia 6 lipca 2005 r., III CK 3/05, Lex nr 180925). Ponadto Sąd Najwyższy wielokrotnie w swoim orzecznictwie wskazywał, że „jeżeli wnioski wyprowadzone przez sąd orzekający z zebranego materiału dowodowego są logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, ocena tego sądu nie narusza przepisu art. 233 § 1 k.p.c. i musi się ostać, choćby z materiału tego dawały się wysnuć również wnioski odmienne. Tylko wówczas, gdy brakuje logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych związków przyczynowo-skutkowych, przeprowadzona przez sąd orzekający ocena dowodów może być skutecznie podważona" (Zob. m.in. wyrok SN z 7.10.2005 r., IV CK 122/05, LEX nr 187124).

Należy zatem stwierdzić, iż skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez Sąd pierwszej instancji art. 233 § 1 k.p.c. wymaga nie polemiki, lecz wskazania, że Sąd ten uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu Sądu do dokonania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął Sąd doniosłości (wadze) poszczególnych dowodów, ich odmiennej ocenie, niż ocena sądu pierwszej instancji.

Powyższa argumentacja analogicznie odnosi się do zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zarzuty pozwanego nie mają żadnego merytorycznego uzasadnienia, a jedynie charakter polemiki z oceną dokonaną przez Sąd I instancji, która to ocenę Sąd II instancji w całości podziela uznając ją za własną.

Brak też podstaw do zakwestionowania opinii biegłych i jakkolwiek wprost nie postawiono zarzutu naruszenia art. 227 k.p.c., art. 217 § 1 k.p.c. w związku z art. 278 § 1 k.p.c., to krytyczne uwagi pod adresem opinii biegłych nie zasługują na aprobatę Sądu II instancji.

Dowód z opinii biegłego, jak podkreśla się w orzecznictwie, podlega ocenie sądu z zastosowaniem art. 233 § 1 k.p.c. według właściwych dla przedmiotu opinii kryteriów zgodności z zasadami logiki i wiedzy powszechnej, poziomu wiedzy biegłego, podstaw teoretycznych opinii, a także sposobu motywowania oraz stopnia stanowczości wyrażonych w niej wniosków. Jednakże zdaniem judykatury sąd orzekający nie może nie podzielać merytorycznych poglądów biegłego ani zamiast nich przedstawiać własnych (por. wyrok SN z dnia 13 października 1987 r., II URN 228/87, PiZS 1988, nr 7, poz. 62; wyrok SN z dnia 19 grudnia 1990 r., I PR 148/90, OSP 1991, z. 11-12, poz. 300).

W szczególności brak jest podstaw do zakwestionowania przydatności wydanych opinii do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Podkreślić bowiem należy, że bezzasadność tego zarzutu jest m.in. konsekwencją braku podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenie przepisów postępowania, a to art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. polegające na przyjęciu że w okolicznościach sprawy ciężar dowodu w zakresie wykazania równoważności zamontowanych kolektorów obciążał pozwane Miasto G..

Sąd II instancji podziela stanowisko wyrażone w tym zakresie przez Sąd I instancji, w tym w szczególności w zakresie odwróceniu ciężaru dowodu w realiach niniejszej sprawy.

Tym samym trudno zakwestionować stanowisko Sądu I instancji, który w uzasadnieniu podejmowanych przez siebie decyzji procesowych stwierdził, że stan faktyczny został ustalony na podstawie bezspornej między stronami treści powołanych wyżej dokumentów urzędowych i prywatnych, których autentyczność nie była kwestionowana. Strony wywodziły z nich tylko różne skutki prawne. Dopuszczone w sprawie dowody obrazowały sekwencję zdarzeń i tworzyły logiczną całość, a nadto okazały się przydatne do ustalenia stanu faktycznego, będącego podstawą rozstrzygnięcia i stanowiły w ocenie Sądu wystarczający materiał dowodowy do rozstrzygnięcia sprawy.

Tym samym odnosząc się do zarysowanej przez Sąd I instancji osi sporu w niniejszej sprawie dotyczą tego, czy instalacja wykonana przez powodów odpowiada postanowieniom umowy zawartej z pozwanym – w szczególności, czy wykonana przez powodów instalacja pozwala na uzyskanie równoważnych efektów funkcjonowania, stwierdzić należy, przy przyjętym powyżej założeniu, że pozwany nie wykazał – a na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie - że instalacja wykonana przez powodów nie była równoważna w istotnym zakresie względem instalacji składającej się z 18 kolektorów, której oczekiwał pozwany.

Miasto G. winno zatem wykazać – czego także nie wykazało - okoliczności przemawiające za tym, że instalacja wykonana przez powodów nosi wady istotne, uniemożliwiające czynienie z niej umówionego użytku, wskutek czego powodom nie należy się wynagrodzenie, a odstąpienie przez pozwanego od umowy było uzasadnione.

Mając na względzie podstawę rozstrzygnięcia, bezprzedmiotowym było przeprowadzenie dowodów zgłoszonych przez obie strony na okoliczności nieistotne dla sprawy. Dlatego też dowody te zostały pominięte.

Podsumowując zatem, brak jest podstaw do uwzględnienia wszystkich zarzutów naruszenia prawa procesowego, jaki materialnego podniesionych w apelacji, z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, które Sąd Apelacyjny podziela, uznając je za własne.

Dlatego też Sąd Apelacyjny, uznając apelację pozwanego za bezzasadną, orzekł jak w pkt 1 sentencji na mocy art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono według zasady odpowiedzialności za wynik postępowania określonej w art. 98 § 1 k.p.c., a co do wysokości odnośnie zwrotu kosztów zastępstwa, zgodnie z stawkami określonym w § 2 pkt 6 oraz § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 05.11.2015 r. poz. 1804; zm. Dz.U. z 12.10.2016 r. poz. 1667).

SSA Jerzy Bess