



Sygn. akt II CSK 327/06

**WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 5 grudnia 2006 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Teresa Bielska-Sobkowicz (przewodniczący,
sprawozdawca)

SSN Barbara Myszka

SSN Tadeusz Żyznowski

Protokolant Anna Banasiuk

w sprawie z powództwa "B." Spółki Akcyjnej przeciwko Filharmonii [...]

o zapłatę,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 5 grudnia 2006 r.,

skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 20 kwietnia 2006 r.,

oddala skargę kasacyjną.

Uzasadnienie

Nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 16 września 2004 r. Sąd Okręgowy nakazał pozwanej Filharmonii zapłatę na rzecz powódki B. S.A. kwoty 66 347,98 zł z odsetkami ustawowymi. Na skutek sprzeciwu pozwanej od nakazu zapłaty, wyrokiem z dnia 28 września 2005 r. Sąd Okręgowy zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 55 507,70 zł z odsetkami ustawowymi tytułem wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych dodatkowych oraz kwotę 9 074,04 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, zaś w pozostałej części powództwo oddalił.

Wyrokiem z 20 kwietnia 2006 r. Sąd Apelacyjny oddalił apelację pozwanej od powyższego wyroku, zasądzając również od pozwanej na rzecz powódki kwotę 2 700 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego. Za podstawę powyższego rozstrzygnięcia zostały przyjęte następujące ustalenia faktyczne i ich ocena prawna:

Dnia 10 maja 2001 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych ukazało się ogłoszenie pozwanej o przetargu na wykonanie robót budowlanych pod nazwą „Budowa odtworzeniowa Filharmonii [...]”. Powódka, na podstawie dokumentacji przedstawionej przez pozwaną, sporządziła i złożyła ofertę, która została uznana za najkorzystniejszą. Na tej podstawie 19 września 2001 r. została zawarta umowa o roboty budowlane, którą ze strony inwestora podpisał, jako inwestor zastępczy, „W.” S.A. Umówione wynagrodzenie opiewało na kwotę 44 900 000 zł, zaś w § 11 umowy przewidziano nadto możliwość powierzenia do realizacji powódce jako generalnemu wykonawcy, w razie takiej konieczności, robót dodatkowych o wartości nieprzekraczającej 20% wartości zamówienia, przy czym w takim przypadku powódka miała obowiązek wykonać roboty dodatkowe przy zachowaniu tych samych norm, parametrów i standardów.

W trakcie realizacji zamówionych robót funkcję inwestora zastępczego pozwana powierzyła „I.” Sp. z o.o., w związku z czym dokonano stosownej zmiany umowy. Gdy okazało się, że poprzedni inwestor zastępczy pozostawił na placu budowy nierozebrany, żelbetowy fundament dźwigu, co uniemożliwiało prawidłowe wykonanie robót, zlecono dodatkowo powódce prace rozbiórkowe. Zostały one

podjęte na podstawie protokołu konieczności, podpisanego przez inwestora zastępczego. Wynagrodzenie zostało określone według kosztorysu dodatkowego na kwotę 77 100 zł, którą po przeprowadzeniu negocjacji określono na 62 007,76 zł. W pkt 6 protokołu znalazło się oświadczenie, że postanowienia protokołu nie wymagają sporządzenia umowy. Inwestor główny wiedział o powierzeniu tego zadania powódce, a nadto brał udział w negocjacjach odnośnie do wysokości wynagrodzenia.

Decyzją z dnia 20 sierpnia 2003 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zatwierdził zamówienie z wolnej ręki m.in. na wykonanie demontażu przedmiotowego fundamentu. Rozbiórkę fundamentu faktycznie zakończono 22 stycznia 2004 r. Przedtem jednak pismami z 25 listopada 2003 r. i z 12 stycznia 2004 r. inwestor zastępczy wezwał powódkę, w imieniu pozwanej, do przedstawienia projektu umowy o wykonanie robót dodatkowych, wartość zlecenia określając na kwotę 43 748,62 zł. Po zakończeniu robót powódka przedstawiła pozwanej fakturę za wykonane roboty, na podstawie protokołu konieczności określając ich wartość na 66 347,98 zł, a w dniu 14 maja 2004 r. wezwała pozwaną do zapłaty, które ponowiła 21 maja 2004 r. Pozwana dwukrotnie odmówiła.

Powyższe ustalenia faktyczne Sąd Apelacyjny podzielił i przyjął w całości za własne, nie podzielił jednak ich oceny prawnej. Sąd Okręgowy uznał bowiem powództwo za częściowo zasadne na tej podstawie, że powierzenie robót dodatkowych temu samemu wykonawcy, zgodnie z art. 71 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (j.t.: Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 z późn. zm.; dalej jako „u.z.p.”) i odpowiednio art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t.: Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.; dalej: „pr.z.p.”), jest możliwe w szczególności wówczas, gdy nie są one objęte zamówieniem podstawowym i nie przekraczają łącznie 20% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, jeżeli zarazem ich realizacja okazała się konieczna na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. W tym stanie rzeczy zarzut strony pozwanej niedopełnienia procedur udzielenia zamówienia publicznego nie mógł odnieść zamierzonego skutku, zaś samo

zlecenie pisemne w postaci protokołu konieczności prowadziło, zdaniem Sądu pierwszej instancji, do przyjęcia, że strony wiązała umowa o wykonanie robót dodatkowych.

Natomiast Sąd Apelacyjny stanął na stanowisku, że art. 74 u.z.p., znajdujący zastosowanie w sprawie na mocy art. 220 ust. 2 pr.z.p. wyklucza jakiegokolwiek zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego w formie innej niż pisemna, przy czym wymaga to sporządzenia dokumentu będącego umową i obejmującego wolę stron. Dokumentu nie stanowi zaś ani faktura czy rachunek, ani — w danych okolicznościach sprawy — pisemny protokół konieczności. Nie został on bowiem opatrzony datą, nie nosi podpisów wszystkich stron, a także nie wynika z jego treści, iż stanowi on umowę. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego należało zakładać, że strony traktowały protokół konieczności jedynie jako podstawę do sporządzenia umowy na roboty dodatkowe.

Powyższe nie przesądzało jednak o zasadności apelacji pozwanej, gdyż w okolicznościach sprawy, roszczenie powódki należało, zdaniem Sądu Apelacyjnego, ocenić na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Nie ulega wątpliwości, że powódka roboty wykonała, zaś pozwana je odebrała, nie kwestionując zasadności ich wykonania. W sprawie występuje szczególny przypadek bezpodstawnego wzbogacenia, uregulowany w art. 410 § 2 k.c., polegający na tym, że czynność prawna zobowiązująca powódkę do świadczenia — z uwagi nie niedochowanie formy zastrzeżonej *ad solemnitatem* — była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia.

Pozwana Filharmonia uzyskała korzyść majątkową kosztem powódki, w postaci robót dodatkowych, jest zatem obowiązana do zwrotu powódce jej wartości. Jej wartość Sąd Okręgowy trafnie przyjął na poziomie ustalonym w oparciu o czynniki cenotwórcze z września 1991 r., a więc z okresu, kiedy została zawarta umowa o roboty budowlane objęte zleceniem podstawowym.

Nie zachodziła przy tym, zdaniem Sądu Apelacyjnego, sytuacja, o której mowa w art. 411 pkt 1 k.c. Powołując się na poglądy wyrażone w orzecznictwie Sądu Najwyższego, Sąd drugiej instancji przyjął, iż wątpliwości dłużnika co do

obowiązku spełnienia świadczenia nie mogą być uznane za równoznaczne z jego pozytywną wiedzą o braku powinności świadczenia.

W skardze kasacyjnej od powyższego wyroku pozwana Filharmonia zarzuciła naruszenie prawa materialnego, poprzez błędną wykładnię art. 71 ust. 1 pkt 5 i art. 72 ust. 1 w zw. z art. 74 u.z.p. oraz niewłaściwe zastosowanie art. 410 k.c. w zw. z art. 405 k.c. i art. 411 pkt 1 k.c., a także niezastosowanie art. 2 pkt 9 u.z.p. w zw. z art. 35 ust. 2a u.z.p. wskutek uznania, że mimo braku ważnej umowy o zamówienie publiczne, wykonawcy robót budowlanych należy się wynagrodzenie tytułem nienależnego świadczenia, gdyż nie wiedział, że nie jest do tego świadczenia zobowiązany — ustalone ponadto według cen z daty zawarcia umowy podstawowej na to zadanie, a nie z daty zlecenia robót dodatkowych.

W ramach drugiej podstawy kasacyjnej, skarżący podniósł natomiast zarzuty obrazy art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., poprzez niewyjaśnienie w uzasadnieniu wyroku, dlaczego w konkretnej sprawie zachodzą podstawy do zastosowania art. 411 pkt 1 k.c., a także art. 385 k.p.c., poprzez oddalenie apelacji pozwanej, mimo że była ona zasadna.

Wskazując na powyższe podstawy zaskarżenia kasacyjnego, strona skarżąca wnosiła o uchylenie w całości zaskarżonego wyroku i o przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania według norm przepisanych za wszystkie instancje oraz kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Odnosząc się do podstawy naruszenia przepisów postępowania, należy zauważyć, że art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 k.p.c. rzadko bywa skutecznym zarzutem kasacyjnym. Sąd Najwyższy wielokrotnie wypowiadał się w tej kwestii, wyrażając zapatrywanie, zgodnie z którym sporządzenie uzasadnienia w sposób nie w pełni odpowiadający stawianym mu wymaganiom może stanowić usprawiedliwioną podstawę kasacji wyjątkowo wtedy, gdy przedstawione w nim motywy nie pozwalają na przeprowadzenie kontroli kasacyjnej zaskarżonego

orzeczenia. Jedynie bowiem w takim wypadku uchybienie art. 328 § 2 może być – w świetle art. 393¹ pkt 2 k.p.c. – uznane za mogące mieć wpływ na wynik sprawy (por. postanowienie SN z dnia 5 kwietnia 2002 r., II CKN 1368/00, nie publ.; wyrok SN z dnia 20 lutego 2003 r., I CKN 65/01, nie publ.; wyrok SN z dnia 18 marca 2003 r., IV CKN 1862/00, nie publ.). Stanowisko to zachowało walor aktualności także pod rządem art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.

Przytoczone wyżej argumenty prawne dają podstawę do stwierdzenia, że w sprawie niniejszej nie zachodzi przypadek niepoddawania się orzeczenia kontroli kasacyjnej. Stanowisko Sądu Apelacyjnego w zakresie kwestionowanym przez skarżącą jest co prawda lakoniczne, nie można jednak powiedzieć, aby nie zostało w ogóle wyrażone. Sprowadza się ono do stanowiska, że powódka nawet mając wątpliwości co do obowiązku świadczenia, nie miała jednak świadomości, że nie jest w ogóle zobowiązana do świadczenia. Jest to stwierdzenie wystarczające do poddania zasadności oceny prawnej Sądu drugiej instancji kontroli kasacyjnej.

Gdy zaś chodzi o drugi z powołanych przepisów, tj. art. 385 k.p.c., należy zwrócić uwagę, że zgodnie z obowiązującym w Rzeczypospolitej Polskiej prawem, sędziowie są niezawisli i podlegają jedynie Konstytucji i ustawom (art. 178 ust. 1 Konstytucji RP). Ocena zasadności lub bezzasadności wniesionego przez stronę środka prawnego należy tylko do sądu. W tak ujęte kompetencje sądów powszechnych Sąd Najwyższy — jako organ powołany do nadzoru judykacyjnego, a więc zapewnienia spójności orzecznictwa sądowego — nie może ingerować. Kontrola kasacyjna zawsze dokonuje się z pozycji zgodności aktu stosowania prawa oraz postępowania przed sądem drugiej instancji z obowiązującymi normami prawnymi.

Z powyższych względów jedynie wyjątkowo przepis art. 385 k.p.c. będzie stanowił usprawiedliwioną podstawę skargi kasacyjnej. Jak wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z 8 maja 2002 r., III CKN 917/00 (niepubl.), naruszenie tego przepisu miałoby miejsce wtedy, gdyby sąd uznał, że apelacja jest bezzasadna i nie oddalił jej albo gdyby ją oddalił, uznając ją jednocześnie za zasadną. Wykazanie zatem zasadności naruszenia art. 385 k.p.c. wymaga wskazania innych przepisów

postępowania, naruszenie których doprowadziło sąd drugiej instancji do jego błędnego zastosowania.

Na marginesie trzeba jeszcze zauważyć, że prawidłowe sformułowanie drugiej podstawy kasacyjnej, zgodnie z art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c., nie może abstrahować od wykazania istotnego wpływu obrazy powołanego w zarzucie kasacyjnym przepisu prawa procesowego na wynik postępowania. Samo bowiem naruszenie przepisów postępowania — nawet jeżeli jest obiektywnie istotne — nie jest wystarczającą podstawą skargi kasacyjnej (por. wyrok SN z 29 listopada 1996 r., III CKN 14/96, OSP 1997/3, poz. 65; wyrok SN z 15 lutego 2006 r., IV CSK 15/05, LEX nr 179731).

Wobec powyższego należy poddać rozpoznaniu zarzuty podniesione w ramach podstawy z art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c. Zarzut błędnej wykładni art. 71 ust. 1 pkt 5 i art. 72 ust. 1 w zw. z art. 74 u.z.p., niewłaściwego zastosowania art. 410 k.c. w zw. z art. 405 k.c. i art. 411 pkt 1 k.c., a także niezastosowania art. 2 pkt 9 u.z.p. w zw. z art. 35 ust. 2a u.z.p. skarżąca uzasadniała m.in. tym, że przepisy ustawy o zamówieniach publicznych powinien być Sąd Apelacyjny zastosować, jako *lex specialis*, z pierwszeństwem przed przepisami kodeksu cywilnego. Tego rodzaju ważnej umowy strony między sobą nie zawarły. Wywodziła także skarżąca, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego stanowi odrębny typ umowy nazwanej.

Z powyższymi twierdzeniami można się częściowo zgodzić. Trafne jest twierdzenie skarżącej, że przepisy ustawy o zamówieniach publicznych (zaś w obecnym stanie prawnym: ustawy – Prawo zamówień publicznych) obejmują przepisy szczególne wobec kodeksu cywilnego. Wyraźnie wskazywał na to, mający zastosowanie w sprawie, art. 72 ust. 1 u.z.p. Skutkiem tego nie można mieć wątpliwości, co zresztą wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, że nie było ważne zawartej pomiędzy powodem a pozwaną umowy.

W przedmiotowym zakresie tez skargi nie można jednak zaakceptować bezkrytycznie. Po pierwsze, trudno zgodzić się z twierdzeniem, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest jakimś „wyodrębnionym” typem umowy nazwanej. Jest to twierdzenie niczym nieuzasadnione; gdyby bowiem przyjąć jego

prawdziwość, należałoby zapytać nie tylko o to, jakie są wspólne *essentialia negotii*, ale także czy istnieje pewna właściwość (natura) stosunku, wspólna wszystkim umownym stosunkom zobowiązaniowym, zawieranych według przepisów o zamówieniach publicznych. Na oba te pytania odpowiedź jest negatywna. Ustawa o zamówieniach publicznych (tak samo zresztą, jak i obowiązująca ustawa – Prawo zamówień publicznych) posługuje się swoistą, autonomiczną nomenklaturą, która nie rzutuje na kwalifikację materialnoprawną umów z punktu widzenia prawa cywilnego.

W konsekwencji zatem trzeba dojść do wniosku, że umowa o roboty budowlane, zawarta przez jednostkę sektora publicznego po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pozostaje umową, o której mowa w art. 647 i nast. k.c. Zmianie ulega natomiast rygor, pod jakim zastrzeżona jest forma tej umowy, gdyż zamiast wymaganej w art. 648 § 1 k.c. w zw. z art. 74 § 1 k.c. formy pisemnej *ad probationem*, znajduje zastosowanie forma pisemna *ad solemnitatem* z art. 74 u.z.p. (ob. art. 139 ust. 2 pr.z.p.).

Przedmiotem sporu w przedmiotowym postępowaniu jest sam charakter prawny ustaleń zawartych w tzw. protokole konieczności, strony bowiem w różnicowany sposób traktują treść tego dokumentu. Rację należy przyznać skarżącej o tyle, że sam protokół konieczności, podpisany przez osoby nieumocowane do reprezentowania stron w obrocie prawnym, jest jedynie dokumentem dotyczącym kwestii technicznych, a więc czynnością faktyczną, której nie można przypisać charakteru dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy o roboty budowlane. Brak jest także dowodu na to, aby między stronami, za które działałyby właściwe organy (art. 38 k.c.), ustalone byłoby w sposób pewny wynagrodzenie.

Należy w związku z tym podkreślić, że zgodnie z art. 70 u.z.p. (ob. art. 66 pr.z.p.), udzielenie zamówienia z wolnej ręki poprzedzają negocjacje tylko z jednym wykonawcą. Dyspozycję normy statuowanej przez ten przepis należy łączyć z art. 72 § 1 k.c., który nakazuje uznawać umowę za zawartą dopiero z chwilą, z którą strony dojdą do porozumienia co do wszystkich postanowień umowy, które były przedmiotem negocjacji. Skoro zaś w sprawie niniejszej nie zostało ustalone, czy

strony w ogóle powzięły jakąkolwiek wolę co do kwestii będącej wszak jednym z istotnych postanowień umowy, to tym samym nie można przyznać racji Sądowi Apelacyjnemu w tym, że umowa pomiędzy stronami była zawarta, choć z uwagi na brak wymaganej formy nie była ona ważna. Rzekome porozumienie pomiędzy stronami należy faktycznie uznać jako czynność prawną nieistniejącą (*negotium non existens*).

Ustosunkowując się do sformułowanego w skardze istotnego zagadnienia prawnego, należy podkreślić, że przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu; m.in. w wyroku z 29 kwietnia 2005 r., V CK 537/04 (niepubl.), Sąd Najwyższy uznał, iż roszczenie o zwrot wartości materiałów budowlanych wbudowanych w budynek zamawiającego w wykonaniu umowy o roboty budowlane, nieważnej z uwagi na naruszenie przepisów ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, jest roszczeniem o zwrot wartości nienależnego świadczenia znajdującym swe podstawy w przepisach art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c. Należy jednak zgodzić się z twierdzeniem, że wadliwe było przyjęcie za podstawę rozstrzygnięcia przepisów art. 410 k.c. i art. 411 pkt 1 k.c. W sprawie niniejszej, jak stwierdzono wyżej, trudno jest racjonalnie twierdzić, że była zawarta jakąkolwiek umowa dodatkowa, chociażby nieważna. W tej sytuacji niewątpliwe jest, że uzyskana przez skarżącego korzyść majątkowa podlegała zwrotowi na podstawie art. 405 k.c. Nie zmienia to oceny zasadności uwzględnienia dochodzonego w sprawie roszczenia.

Wobec powyższego Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁴ § 1 k.p.c. orzekł, jak w sentencji.