



Sygn. akt III CSK 452/06

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 maja 2007 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Henryk Pietrkowski (przewodniczący)

SSN Krzysztof Strzelczyk (sprawozdawca)

SSN Dariusz Zawistowski

Protokolant Bożena Kowalska

w sprawie z powództwa "K." S.A.

przeciwko Gminie M.

o oznaczenie wysokości świadczenia,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 16 maja 2007 r.,

skargi kasacyjnej strony pozwanej

od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 21 lutego 2006 r., sygn. akt [...],

1) oddała skargę kasacyjną;

2) zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 2700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

Uzasadnienie

Powód „K.” SA wniósł na podstawie art. 357¹ k.c. przeciwko Gminie M. o zmianę umowy zawartej przez strony 21 sierpnia 2003 r. o realizację zadania inwestycyjnego pod nazwą „Gimnazjum w M.” przez oznaczenie wysokości wynagrodzenia w § 13 umowy w ten sposób, że powodowi jako wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy w wysokości 2.985.412,48 złotych oraz podatek od towarów i usług naliczany:

- od wartości netto robót budowlanych w kwocie 1.464.334,07 złotych wykonanych i zafakturowanych do dnia 30 kwietnia 2004 r. w wysokości 7 %,
- od wartości netto robót budowlanych w kwocie 1.521.078,41 złotych wykonanych i zafakturowanych od dnia 1 maja 2004 r. w wysokości 22 %.

W uzasadnieniu powództwa powód podnosił, że strony ustaliły w umowie, zawartej w trybie przetargowym, wynagrodzenie ryczałtowe wraz z podatkiem VAT w wysokości 7 %. Od dnia 1 maja 2004 r. podatek VAT uległ zmianie i stawka podatku wyniosła 22 %. Pozwana odmawiała zmiany treści umowy. W opinii powoda spełnienie świadczenia według umówionego wynagrodzenia groziłoby dla niego nadmierną stratą.

Przy negatywnym stanowisku strony pozwanej Sąd Okręgowy w K. wyrokiem z dnia 23 czerwca 2005 r. oddalił w całości powództwo. Zdaniem sądu powód nie wykazał rażącej straty, jak również, że wprowadzenie stawki podatku VAT w wysokości 22 % było w rozumieniu art. 357¹ k.c. nadzwyczajną zmianą stosunków, której nie mógł przewidzieć.

W związku z rozpoznaniem apelacji powodowego przedsiębiorstwa, Sąd Apelacyjny poczynił dodatkowe ustalenia faktyczne. Według nich wartość netto robót objętych umową, odebranych 29 lipca 2005 r. a wykonanych po dniu 1 maja 2004 r. wyniosła 1.523.147,42 złotych. Różnica pomiędzy 22 % stawką VAT obowiązującą od 1 maja 2004 r. a 7 % stawką VAT przewidzianą w umowie od wartości tych robót wynosi 227.059,19 złotych.

Wyrokiem z dnia 21 lutego 2006 r. Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok i częściowo uwzględnił powództwo przez dodanie w umowie postanowienia o podwyższeniu wynagrodzenia wykonawcy o kwotę 158.941,43 złotych stanowiącą 70 % podatku od towarów i usług VAT należnego po 1 maja 2004 r. od robót zrealizowanych po tym dniu o wartości 1.523.147,42 złotych. W pozostałym zakresie sąd odwoławczy oddalił apelację.

Sąd Apelacyjny przyjął, że zostały spełnione przesłanki do zmiany umowy, przewidziane w art. 357¹ k.c. oraz art. 76 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (która zgodnie z art. 220 ust. 2 ustawy – Prawo o zamówieniach publicznych Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm. ma zastosowanie do umowy stron).

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia na budowę gimnazjum w M. umowa, zawierana w trybie ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, mogła uwzględniać tylko aktualną stawkę podatku VAT. Po zawarciu umowy została uchwalona 11 marca 2004 r. ustawa o podatku od towarów i usług, która wprowadziła zmianę podatku VAT na usługi budowlane z 7 % na 22 %. Zmiana stanu prawnego w czasie realizacji stosunku zobowiązaniowego związana z dostosowaniem prawa krajowego do prawa unijnego może być uznana za „nadzwyczajną zmianę stosunków” w rozumieniu art. 357¹ k.c.. Zdaniem Sądu Apelacyjnego wypełniła się również przesłanka przewidująca, że spełnienie świadczenia groziłoby jednej ze stron rażącą stratą. W wyniku podwyższenia stawki VAT w okresie ostatnich 18-u miesięcy realizacji umowy powód poniósłby stratę w wysokości 227.059,15 złotych a kwota ta przekraczałaby trzykrotnie zysk, który powód planował osiągnąć wykonując umowę.

Koszty związane z wprowadzeniem nowej stawki podatku sąd rozłożył na obie strony, przy czym obciążenie pozwanej wyniosło 70 % tych kosztów. Przemawiało za tym uzyskanie przez pozwaną obiektu inwestycyjnego przysparzającego majątek o znacznej wartości.

Sąd Apelacyjny podniósł także w pisemnych motywach, że dopuszcza się możliwość zmiany umowy o zamówienie publiczne, gdy spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami, albo groziłoby rażącą stratą,

z zmianą wyniku z okoliczności, których nie można było przewidzieć w dacie zawarcia umowy.

W skardze kasacyjnej, jaką wniosła pozwana Gmina M. podniesiono naruszenie prawa materialnego, przede wszystkim przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 357¹ § 1 k.c.. W uzasadnieniu tej podstawy skargi kasacyjnej pozwana zarzuciła utożsamianie zmiany stanu prawnego związanej z dostosowaniem prawa krajowego do prawa unijnego z nadzwyczajną zmianą stosunków, dającą podstawy do przełamania klauzuli *rebus sic stantibus*. Ponadto, zdaniem skarżącej błędne było uznanie, że nie obowiązywanie w dacie zawierania umowy stron stawki podatku VAT w wysokości 22 % implikuje stan nieprzewidywalności zaistnienia zmiany tego stanu, mimo że stawka podatku VAT na poziomie 7 % w zakresie usług budowlanych miała dotychczas charakter preferencyjny i była do dnia 30 kwietnia 2004 r. wprowadzana na ściśle wskazane okresy, a zarazem faktem notoryjnie znanym była konieczność dostosowania uregulowań prawnych do rozwiązań unijnych w związku z akcesją Polski do Unii Europejskiej z dniem 1 maja 2004 r. Naruszenie art. 357¹ § 1 k.c. polega, według skarżącej, także na nadmiernym obciążeniu jej skutkami finansowymi podwyższenia stawki podatku VAT.

W skardze kasacyjnej zarzucono ponadto błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 76 ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tj. Dz.U. z 2003 r., nr 165, poz. 1591 ze zm.) przez uznanie, że wprowadzenia stawki podstawowej VAT 22 % dla usług (robót) budowlanych (z wyłączeniem robót związanych z budownictwem mieszkaniowym) nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy.

W końcu pozwana zarzuciła błędną wykładnię § 13 umowy z dnia 21 sierpnia 2003 r. w związku z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez przyjęcie, że w umowie tej nie było dopuszczalne, pod rygorem nieważności – inne niż obowiązujące 7 % określenie stawki podatku VAT ani też wprowadzenie klauzuli przewidującej zmianę wysokości wynagrodzenia.

Powołując się na te podstawy skargi kasacyjnej pozwana wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w części uwzględniającej apelację powoda oraz

oddalenie apelacji powoda w tym zakresie ewentualnie o uchylenie wyroku sądu drugiej instancji w zaskarżonej części i przekazanie temu sądowi sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Wobec ograniczenia zarzutów skargi kasacyjnej do pierwszej podstawy określonej w art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c., wymaga podkreślenia, że dla oceny ich trafności miarodajne są ustalenia faktyczne poczynione w pierwszej i drugiej instancji, które legły u podstaw wydanego orzeczenia.

Stosownie do poglądu utrwalonego w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2002 r. III CKN 1310/00 nie publ., 11 lutego 1997 r. II CKN 65/97 OSNC 1997, z. 6-7, poz. 93, z 7 kwietnia 1997 r. III CKN 29/97 OSNC 19987, z. 6-7, poz. 97) przez przytoczenie podstaw kasacyjnych należy rozumieć wskazanie konkretnych przepisów, których naruszenie zarzuca skarżący. W wypadku oparcia skargi kasacyjnej na podstawie naruszenia prawa materialnego konieczne jest wymienienie naruszonych norm prawnych oraz postaci ich naruszenia. Tych kryteriów nie spełnia sformułowany w skardze kasacyjnej strony pozwanej zarzut błędnej wykładni § 13 umowy stron z dnia 21 sierpnia 2003 r., któremu nie została przyporządkowana żadna norma prawa materialnego. Wykładnia ustalonego oświadczenia woli należy do kwestii materialno prawnych i dlatego właściwie sformułowany zarzut odnoszący się do wykładni umowy stron, poza wymienieniem odpowiedniego postanowienia umowy – w tym przypadku § 13 – powinien wskazywać, jaka norma prawa materialnego została naruszona na skutek błędnej wykładni. Jeśli zaś skarżący kwestionuje zachowanie ogólnych dyrektyw wykładni umów w skardze kasacyjnej wówczas powinien przytoczyć treść art. 65 § 2 k.c. Z tych względów nie może odnieść skutku zarzut błędnej wykładni umowy, zawarty w skardze kasacyjnej pozwanej, ograniczony do przytoczenia § 13 umowy.

W skardze kasacyjnej podnosi się zarzut naruszenia art. 76 ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tj. Dz. U. z 2002 r., nr 72, poz. 664 zwanej dalej w skrócie u.z.p., która pomimo uchylenia ma zastosowanie do umowy stron). Wypowiedziano w nim zasadę, że umowa zawarta w sprawie

zamówienia publicznego nie może ulegać zmianom lub uzupełnieniom na niekorzyść zamawiającego, jeżeli na ich podstawie należałoby zmienić treść oferty, na podstawie, której dokonano wyboru oferenta. Jest to normatywne ograniczenie zasady wolności umów wynikającej z art. 353¹ k.c., która swym zakresem obejmuje nie tylko swobodne ułożenie stosunku prawnego przy zawarciu umowy, ale także swobodę w zakresie kształtowania treści umowy po jej zawarciu. Zakaz wynikający z art. 76 ust. 1 chronił zamówienia publiczne przed zagrożeniami wynikającymi ze zmyślenia lub wykorzystania środków prawnych w celu eliminacji konkurentów oraz osiągnięcia nieuprawnionych korzyści (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 października 2006 r. IV CSK 153/06 Biul. S.N. 2007/1/17). Naruszenie zakazu zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego wywołuje, co do zasady nieważność dokonanych modyfikacji. Wynika to wprost z art. 76 ust. 2 u.z.p. W tym samym art. 76 ust. 1 u.z.p. dopuszczano się w drodze wyjątku modyfikację umownych postanowień, gdy konieczność zmian wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

Tak skonstruowana norma art. 76 ust. 1 u.z.p. nie nakładała na żadną ze stron obowiązku zmiany umowy w razie zajścia nowych okoliczności, których nie można było przewidzieć przy zawarciu umowy. Zważyć jednocześnie należy, że bez wyraźnego upoważnienia ustawy nie można nakładać na stronę obowiązku złożenia określonego oświadczenia woli. Dlatego w razie odmowy wyrażenia zgody ze strony zamawiającego na zmianę umowy, wykonawca nie mógł na podstawie art. 76 ust. 1 u.z.p. wystąpić do sądu z roszczeniem w trybie art. 64 k.c. i 1047 k.p.c. o nakazanie zamawiającemu złożenie odpowiedniego oświadczenia woli. Podobnie, bez wyraźnego ustawowego upoważnienia, strona umowy nie mogła na tej podstawie wystąpić o sądową modyfikację zobowiązania. Art. 76 ust. 1 u.z.p. zawiera wskazówkę dla stron, które zamierzają dobrowolnie wprowadzić zmiany do zawartej wcześniej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przewidziane w art. 76 ust. 1 u.z.p. ograniczenia w zakresie zmiany umowy musi uwzględnić także sąd, jeśli na skutek jego orzeczenia dochodzi do modyfikacji zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na tę ostatnią okoliczność zwrócił uwagę Sąd Najwyższy wyroku z dnia 28 czerwca 2000 r. (w sprawie IV CKN 70/00 OSNC 2001/1/9) przyjmując, że o istnieniu przesłanek z art. 76 ust. 1 u.z.p.

rozstrzyga sąd, przed którym toczy się spór o zapłatę należnego wynagrodzenia za roboty budowlane ustalone i wykonane w trybie zamówienia publicznego. Wymaga jednocześnie podkreślenia, że w opisanej sprawie, jako podstawę prawną podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy przyjęto art. 632 § k.c. Pomimo występujących na tym tle rozbieżności w orzecznictwie (patrz uzasadnienie uchwały SN z dnia 21 lipca 2006 r. III CZP 54/06 Biul.SN 2007/117.), według składu orzekającego w niniejszej sprawie wyczerpujące określenie w art. 656 § 1 k.c. zakresu dopuszczalnego, odpowiedniego stosowania przepisów regulujących umowę o dzieło do odmiennego stosunku prawnego opartego na umowie o roboty budowlane, wyklucza zastosowanie art. 632 § 2 k.c. do umowy o roboty budowlane nawet wtedy, gdy strony tej umowy postanowią o wynagrodzeniu ryczałtowym (por. wyrok SN z dnia 6 maja 2004 r. II CK 325/03 OSP 2005/5/60).

W podsumowaniu tych rozważań uprawnione jest stwierdzenie, że art. 76 ust. 1 u.z.p. nie stanowi podstawy do żądania zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego a rola sądu w zakresie jego stosowania sprowadza się do oceny dopuszczalności zmian umowy wprowadzonych dobrowolnie przez strony lub też do oceny dopuszczalności przymusowej modyfikacji umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego w trybie orzeczenia sądowego na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, które z mocy art. 72 ust. 1 u.z.p. mają zastosowanie do tych umów w zakresie nieuregulowanym przez ustawę o zamówieniach publicznych.

Jak słusznie przyjął sąd odwoławczy, normatywną podstawę zmiany umowy stron, zawartej w sprawie zamówienia publicznego, stanowi art. 357¹ k.c. W związku z tym art. 76 ust. 1 u.z.p. ma zastosowanie tylko w takim zakresie, w jakim w szczególności sposób w odniesieniu do art. 357¹ k.c. określa dopuszczalność, niekorzystnej dla zamawiającego, zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego. Z treści art. 76 ust. 1 u.z.p. wynika, że chodzi o zajście takich okoliczności, wywołujących konieczność zmiany umowy, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

Koncentrując się na razie na formalnej stronie zarzutu skargi kasacyjnej odnoszącego się do treści art. 357¹ § 1 k.c. należy podnieść, że przepis art. 357¹

k.c. został wprowadzony do kodeksu cywilnego z dniem 1 października 1990 r. (ustawa z dnia 28 lipca 1990 r. nowelizująca kodeks cywilny Dz. U. nr 55, poz. 321), przy czym w jego § 1 uregulowane zostały zasady ogólne zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* zaś w § 2 tego artykułu wyłączono dopuszczalność wystąpienia z żądaniem oznaczenia sposobu wykonania zobowiązania lub wysokości świadczenia albo rozwiązania umowy przez stronę prowadzącą przedsiębiorstwo – w rozumieniu art. 55¹ k.c. – jeżeli świadczenie pozostawało w związku z prowadzeniem tego przedsiębiorstwa. W wyniku nowelizacji kodeksu cywilnego dokonanej ustawą z dnia 23 sierpnia 1996 r. (Dz. U. nr 114, poz. 342) § 2 art. 357¹ k.c. został uchylony, co oznaczało przywrócenie możliwości powoływania się na klauzulę *rebus sic stantibus* przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą. W ramach tej samej nowelizacji został skreślony § 1 tego artykułu a jego dotychczasowa treść wypełniła w całości normę art. 357¹ k.c. Te zmiany przeoczył autor skargi kasacyjnej odwołując się do treści nieistniejącego już § 1 art. 357¹ k.c. Tożsamość treści dawnego § 1 art. 357¹ k.c. i obecnego art. 357¹ k.c. pozwala jednak potraktować wskazane naruszenie nieobowiązującego przepisu jako oczywistą omyłkę a to z kolei uprawnia do poddania ocenie przez Sąd Najwyższy, czy doszło do naruszenia art. 357¹ k.c. we wskazanych w skardze kasacyjnej postaciach.

Zawarta w jego treści klauzula *rebus sic stantibus* pozostaje w bezpośrednim związku z fundamentalną zasadą *pacta sunt servanta*. Przez większość przedstawicieli doktryny art. 357¹ k.c. jest traktowany jako wyjątek od tej zasady. Należy jednak zwrócić uwagę, że klauzula *rebus sic stantibus*, tak jak i inne instytucje umożliwiające modyfikację (np. art. 629, 632 § 2, 907 § 2 k.c.) lub rozwiązanie zobowiązania (np. art. 632 § 2, 913 k.c.) mają nie tylko wyjątkowy ale także nadzwyczajny charakter. W ten sposób w istocie zasada *pacta sunt servanta* ulega wzmocnieniu. O nadzwyczajnym charakterze klauzuli *rebus sic stantibus* świadczą sformułowania użyte do jej opisanie: „*nadzwyczajna* zmiana stosunków”, „*nadmierna* trudność” lub „*rażąca* strata przy spełnieniu świadczenia” oraz nieprzewidywalność tych okoliczności.

Według art. 357¹ k.c. modyfikacja umownego zobowiązania jest dopuszczalna o ile:

- 1) doszło do nadzwyczajnej zmiany stosunków,
- 2) zmiana ta niesie za sobą nadmierną trudność w spełnieniu świadczenia lub grozi jednej ze stron rażącą stratą,
- 3) strony nie przewidywały opisanych w pkt 2 ustawowych następstw nadzwyczajnej zmiany stosunków.

W skardze kasacyjnej zarzuca się błędną wykładnię art. 357¹ k.c. tylko w zakresie pierwszej i trzeciej przesłanki.

Omawiana norma prawna stanowi zmienioną wersję dawnego art. 269 kodeksu zobowiązań, który wyliczał przykładowo zdarzenia objęte pojęciem „nadzwyczajnych wypadków”. Zaliczano do nich między innymi wojnę, zarazę, klęski żywiołowe. Pojęcia „nadzwyczajnych wypadków” z art. 269 k.z. oraz „nadzwyczajnej zmiany stosunków” z art. 357¹ k.c. pokrywają się. W obu tych regulacjach, poza przykładowym wyliczeniem w art. 269 k.z. brak jest bliższego określenia zakresu obu tych pojęć. Dlatego ocena, czy określone okoliczności przez ich wpływ na zobowiązanie umowne mogą być zakwalifikowane jako nadzwyczajna zmiana stosunków, należy każdorazowo do sądu orzekającego. Korzystając z dorobku dotychczasowego orzecznictwa i literatury można wskazać, że hipotezą art. 357¹ k.c. objęte są tylko zdarzenia nadzwyczajne o charakterze powszechnym, niezależne od woli stron, wykraczające poza typowe ryzyko gospodarcze. Już na gruncie kodeksu zobowiązań w judykaturze w ramach stosowania klauzuli *rebus sic stantibus* jako nadzwyczajne wypadki kwalifikowano akty prawne mające wpływ na sytuację stron (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 1938 r. w : Orzecznictwo do Kodeksu zobowiązań (w:) Systematyczny przegląd orzecznictwa. Dział cywilny, t. II Kodeksu zobowiązań pod redakcją I. Rosenblütha, Kraków 1938). To stanowisko jest i obecnie do zaakceptowania albowiem zmiana stanu prawnego, jako zdarzenie zewnętrzne, niezależne _- od najczęściej -rozbieżnej woli stron, kiedy jest niemożliwa do przewidzenia przez nie w chwili zawarcia umowy co do zakresu i kształtu przyjętych zmian, jeżeli wpływa istotnie na sytuację nie tylko dłużnika ale i wierzyciela, powinna być traktowana jako nadzwyczajna zmiana stosunków w rozumieniu art. 357¹ k.c. W te ramy wpisuje się także zasadnicza, zaskakująca zmiana stawek podatkowych (por. akceptujące

ten pogląd orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 6 grudnia 2006 IV CSK 290/06 nie publ., z dnia 21 lipca 2006 r. III CZP 54/06 nie publ., 14 września 2005 r. III CSK 43/05 nie publ., z dnia 9 czerwca 2005 r. III CK 674/04 nie publ.).

Zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* według art. 357¹ k.c. uzależnione jest ponadto od stwierdzenia, że strony nie przewidywały przy zawarciu umowy ustawowo określonych następstw nadzwyczajnej zmiany stosunków, która nastąpiła w okresie pomiędzy powstaniem zobowiązania a jego wykonaniem. Jak słusznie podnosi się w literaturze nieprzewidywalność odnosi się nie do samego wystąpienia w przyszłości nadzwyczajnej zmiany stosunków ale do skutków jakie te zmiany niosą za sobą dla strony umowy. Skutki muszą być tego rodzaju, że spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą.

Użyte w art. 269 k.z. sformułowanie „czego strony nie mogły przewidzieć przy zawieraniu umowy“ przesądzało o obiektywnych kryteriach nieprzewidywalności, które podlegały ocenie sądu. W art. art. 357¹ k.c. wprowadzone zostało jedynie wymaganie, aby zmiany stosunków „strony nie przewidywały przy zawarciu umowy”. W ten sposób dopuszczalność uwzględnienia wpływu zmiany okoliczności na zobowiązanie oparta została na elemencie subiektywnym tj. zdolności stron do przewidywania gospodarczych następstw kreowanego przez nie stosunku prawnego (tak SN w uzasadnieniu uchwały siedmiu sędziów z dnia 29 grudnia 1994 r. III CZP 120/94 OSNC 1995/4/55). Pomimo podnoszonych w literaturze zastrzeżeń co do możliwości stosowania w praktyce subiektywnych kryteriów ocen wskazać należy, że według treści art. 357¹ k.c. istotne jest jedynie, czy strony zawierając umowę ustawowe następstwa nadzwyczajnej zmiany stosunków przewidywały lub ich nie przewidywały. O przewidywalności przy zawarciu umowy przez strony nadzwyczajnej zmiany stosunków można mówić wtedy, gdy strony zawierając umowę były świadome okoliczności prowadzącej do nadzwyczajnej zmiany stosunków (por. wyrok SN z dnia 9 czerwca 2005 r. III CK 674/04 nie publ.).

Nie oznacza to jednak, że w rozpoznawanej sprawie obiektywne kryteria nieprzewidywalności wystąpienia nadzwyczajnych okoliczności pozbawione są

jakiegokolwiek znaczenia. Jak wspomniano wyżej sąd modyfikując umowę zawartą w sprawie zamówienia publicznego musi także ocenić spełnienie przesłanek z art. 76 ust. 1 u.z.p. (obecnie art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych t.j. Dz.U. 2006 r., nr 164, poz. 1163 ze zm.). Jedną z nich jest oparta na obiektywnych kryteriach ocena nieprzewidywalności okoliczności, które powodują konieczność zmian umowy.

Zgodnie z umową stron elementem wynagrodzenia wykonawcy był podatek VAT w wysokości 7%. Należne usługodawcy wynagrodzenie zmniejsza się o ten zawarty w cenie podatek od towarów i usług, który podatnik był zobowiązany odprowadzić do budżetu państwa. Podpisanie traktatu akcesyjnego, referendum w sprawie przystąpienia do Unii Europejskiej, ratyfikacja traktatu wskazywały wprawdzie na konieczność wprowadzenia wielu zmian w polskim prawie, w tym także dotyczących podatku od towarów i usług ale zakres tych zmian, zwłaszcza ze względu na rodzaje robót budowlanych, wprowadzenie okresów przejściowych był w dalszym ciągu przedmiotem długich negocjacji.

Wobec tego słuszny jest wniosek, że chwili zawarcia umowy 21 sierpnia 2003 r. strony nie mogły przewidzieć, że stawka podatku VAT na roboty budowlane objęte zawartą wcześniej umową ulegnie w tak krótkim okresie czasu, tak znacznemu wzrostowi, że dalsze wykonywanie umowy może spowodować rażącą stratę po stronie wykonawcy.

W skardze kasacyjnej wskazuje się, że 7% stawka podatku VAT dla robót budowlano – montażowych nie związanych z budownictwem mieszkaniowym bądź infrastrukturą towarzyszącą była wprowadzana jako preferencyjna, na ściśle określony czas. Zważyć jednak należy, że do chwili zawarcia przez strony 7 % stawka podatku VAT w odniesieniu do budowy budynków szkolnych była ciągle utrzymywana od wejścia w życie (art. 56) ustawy z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz. U. nr 11, poz. 50 ze zm.), czyli od prawie dziesięciu lat (art. 51 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z poz. 86 pkt 7 załącznika nr 5 do ustawy).

Mając na względzie wszystkie wskazane wyżej przesłanki warunkujące dopuszczalność modyfikacji umowy stron uznać należy, że Sąd Apelacyjny nie naruszył wskazanych w skardze kasacyjnej przepisów prawa materialnego.

Powyższa ocena odnosi się również do zarzutu niewłaściwego zastosowania art. 357¹ k.c. przez nierównomierne obciążenie stron umowy skutkami finansowymi podwyższenia stawki podatku VAT pomimo, iż pozwana jest jednostką sektora finansów publicznych objętą rygorami i ograniczeniami w zakresie źródeł finansowania. Jak słusznie przyjął sąd drugiej instancji w okolicznościach niniejszej sprawy decydujące znaczenie ma uzyskanie przez pozwaną obiektu, którego wartość odtworzeniowa przekracza pierwotnie umówione wynagrodzenie. Odnosząc się zaś wprost do twierdzeń zawartych w skardze kasacyjnej należy zwrócić uwagę, że strony ustaliły w § 19 umowy termin płatności faktury końcowej do 1277 dni od daty doręczenia zamawiającemu wraz z dokumentami rozliczeniowymi. Ten stosunkowo długi termin płatności ułatwi pozwanej rozliczenie zadania inwestycyjnego pomimo podniesionych wyżej dodatkowych obowiązków związanych z gospodarką finansową.

Przyjęty przez Sąd Apelacyjny sposób obciążenia skutkami zmian podatku VAT właściwie waży interesy obu stron.

W piśmiennictwie i orzecznictwie (por. wyroki SN z dnia 21 kwietnia 2005, III CK 645/04 nie publ., z dnia 9 kwietnia 2003 r. I CKN 255/01 system informacji prawniczej lex 788990) nie ma rozbieżności, że jeżeli umowa została w całości wykonana, to jej modyfikacja na podstawie art. 357¹ k.c. nie jest możliwa. Podobnie ocenia się możliwość skorzystania z klauzuli *rebus sic stantibus* przez stronę, która dopuściła się zwłoki w wykonaniu zobowiązania (patrz jednak wyrok SN z dnia 24 stycznia 1950 WaC 268/49 NP. 1950, nr 10, poz. 79 w którym szczególne okoliczności pomimo zwłoki dłużnika usprawiedliwiły zmianę umowy). Jeżeli zaś nadzwyczajna zmiana stosunków nastąpiła po częściowym wykonaniu zobowiązania, to wówczas przesłanki zastosowania klauzuli z art. 357¹ k.c. podlegają ocenie w odniesieniu do niewykonanej części zobowiązania. Wtedy zmianą może być objęta tylko niewykonana część umowy. Jakkolwiek nie można z góry wykluczyć konieczności uwzględnienia już wykonanego zobowiązania

w ramach rozważenia interesów stron w zgodzie z zasadami współżycia, to jednak w rozpoznawanej sprawie ta okoliczność pozostaje bez wpływu na zakres dokonanej zmiany umowy. Pozwana zarzucając, że sąd ocenił straty wykonawcy jedynie co do robót wykonanych po 1 maja 2004 r. a nie w stosunku do ogólnej wartości umowy, nie wskazała jednocześnie jakie względy w rozpoznawanej sprawie przemawiały za taką oceną skoro należy zakładać, iż do chwili wystąpienia nadzwyczajnych okoliczności świadczenia stron były ekwiwalentne.

Z tych wszystkich względów, Sąd Najwyższy uznał, że skarga kasacyjna nie zawiera usprawiedliwionych podstaw i podlega oddaleniu wraz z zasądzeniem kosztów na rzecz strony powodowej na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. oraz art. 98, 99 k.p.c. w zakresie kosztów procesu.