



Sygn. akt I CSK 197/09

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 stycznia 2010 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Hubert Wrzeszcz (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Zbigniew Kwaśniewski

SSN Kazimierz Zawada

Protokolant Beata Rogalska

w sprawie z powództwa S. S.

przeciwko Miastu W.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 15 stycznia 2010 r.,

skargi kasacyjnej powoda

od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 2 października 2008 r., sygn. akt I ACa (...),

uchyla zaskarżony wyrok w części oddalającej powództwo o zapłatę 117 259,06 zł (pkt 1) i oddalającej apelację powoda (pkt 2) oraz orzekającej o kosztach postępowania apelacyjnego i w tym zakresie przekazuje sprawę Sądowi

Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania oraz orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.

Uzasadnienie

Dnia 5 września 2007 r. powód wniósł przeciwko Miastu W. dwa pozwy. W pierwszym domagał się zasądzenia kwoty 243 518,12 zł, z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia do dnia zapłaty, na którą składają się: 171 700 zł z tytułu zwrotu wadium przetargowego, 65 099,24 zł z tytułu odsetek ustawowych, liczonych od 137 360 zł (80% wadium przetargowego), za okres od 10 października 2003 r. do dnia sporządzenia pozwu i 6 718,88 zł z tytułu odsetek ustawowych, liczonych od 34 340 zł (20% wadium przetargowego), za okres od 23 grudnia 2005 r. do dnia sporządzenia pozwu. W drugim pozwie wniósł o zasądzenie kwoty 228 310 zł, z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty, na którą składają się: kwota 149 128,75 zł, stanowiąca część kwoty 166 180,64 zł z tytułu robót dodatkowych wykonanych w ramach umowy o wybudowanie sali gimnastycznej z salami lekcyjnymi i zagospodarowanie terenu Zespołu Szkół nr (...) w W. przy ul. B. (...), oraz 79 182 zł z tytułu odsetek ustawowych, liczonych od kwoty 149 128,75 zł, za okres od dnia 2 maja 2003 r. do dnia sporządzenia pozwu.

Oba powództwa Sąd Okręgowy w W. uwzględnił nakazami zapłaty, wydanymi dnia 11 września 2007 r. w postępowaniu upominawczym. Po ich zaskarżeniu sprzeciwami, sprawy zostały połączone do łącznego rozpoznania.

Wyrokiem z dnia 19 grudnia 2007 r. Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powoda 117 259,06 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 5 września 2007 r. i 114 155 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 5 września 2007 r. oraz oddalił powództwo w pozostałym zakresie i orzekł o kosztach procesu.

Sąd ustalił, że dnia 4 września 2002 r. pomiędzy Gminą W. (Zamawiający) a P.(...) SA w W. i S. S., prowadzącym działalność pod nazwą U.(...), (Wykonawcy) została zawarta umowa o wybudowanie sali gimnastycznej z salami lekcyjnymi i zagospodarowanie terenu Zespołu Szkół nr (...) w W. przy ul. B. (...). Umowa zobowiązywała Wykonawcę do złożenia w celu należytego jej wykonania w kasie Zamawiającego, najpóźniej w dniu podpisania umowy, gwarancji ubezpieczeniowej w

wysokości 5% wartości umowy, tj. 171 700 zł (§ 7 ust. 1 umowy). Miała ona zabezpieczać roszczenia przewidziane w § 9 umowy. Wspomnianą kwotę złożył P.(...) SA z własnych środków. Zgodnie z umową podlegała ona zwrotowi w 80% w ciągu 30 dni po ostatecznym odbiorze robót, nie wcześniej niż po przekazaniu ich użytkownikowi, a w pozostałej części po upływie rękojmi, nie wcześniej jednak niż po stwierdzeniu usunięcia wad (§ 7 ust. 3 umowy).

Pismem z dnia 19 lipca 2003 r. Wykonawcy odstąpili od umowy. Dnia 27 sierpnia 2003 r. odbyła się wizja lokalna na placu budowy, a dnia 1 września 2003 r. nastąpiło przekazanie placu budowy Zamawiającemu. Kwota 171 700 zł, mimo wezwań, nie została zwrócona.

Wynagrodzenie za wykonane prace zostało określone ryczałtowo i wynosiło brutto 3 433 305,05 zł (§ 5 umowy). Jednocześnie strony ustaliły, że wynagrodzenie za roboty zamienne lub dodatkowe zostanie ustalone odrębnie na podstawie protokołu konieczności, uzgodnionego przez strony, oraz kosztorysu powykonawczego, według wskazanych danych wyjściowych do kosztorysowania (§ 5 ust. 3 umowy). Dnia 10 lutego 2003 r. P.(...) S.A. przedstawiło Zamawiającemu trzynaście protokołów konieczności wraz z kosztorysami powykonawczymi, a dnia 16 kwietnia 2003 r. – fakturę VAT, obejmującą należności wynikające z protokołów konieczności nr 1, 4, 5, opiewającymi na kwotę 161 783,75 zł brutto. Zamawiający częściowo zaakceptował kosztorysy. Dnia 10 maja 2003 r. zawiadomił o uznaniu wynagrodzenia do kwoty 161 195,22 zł i poinformował, że zostanie ono wypłacone po zawarciu aneksu do umowy. Do jego zwarcia i wypłaty uznanego wynagrodzenia jednak nie doszło. Zamawiający odmówił wypłaty wygradzenia ze względu na brak wymaganej zgody Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Po zawarciu umowy z dnia 4 września 2002 r. P.(...) S.A. i S. S. zawarli umowę konsorcjum. Zgodnie z art. 1 tej umowy jej przedmiotem było współdziałanie stron związane z ogłoszonym przez Urząd w gminie W. przetargiem dotyczącym wykonania zadania inwestycyjnego polegającego na modernizacji muszli koncertowej w Parku S.(...) w W.

Dnia 16 stycznia 2007 r. P.(...) S.A. w W. została wykreślona z Krajowego Rejestru Sądowego na skutek likwidacji spowodowanej przeprowadzeniem postępowania upadłościowego ogłoszonego przez Sąd Rejonowy w W. [(sygn. akt X GUUp (...)].

Powód złożył w dniu 23 grudnia 2005 r. w Sądzi Rejonowym w W. wniosek o zavezwanie pozwanego do próby ugodowej w sprawie zwrotu wadium i zapłaty wynagrodzenia za roboty dodatkowe. Wymieniony wniosek został przekazany – na skutek likwidacji Sądu Rejonowego w W.; w chwili zamknięcia rozprawy nie był on jeszcze załatwiony.

Sąd Okręgowy uznał, że powód nie wykazał, aby zawarł z P. S.A. umowę konsorcjum w zakresie realizacji umowy z dnia 4 września 2002 r. Umowa konsorcjum z dnia 14 października 2002 r. dotyczyła innego przedsięwzięcia gospodarczego (modernizacji muszli koncertowej). Nie obejmowała natomiast budowy sali gimnastycznej w Zespole Szkół Nr (...) w W. Podkreślając, że wykonanie umowy z dnia 4 września 2002 r. wiązało się z wniesieniem przez Wykonawców kaucji w wysokości 171 700 zł, Sąd Okręgowy uznał, iż powództwo o jej zwrot na skutek odstąpienia od umowy jest uzasadnione co do zasady. Jednakże powód jest uprawniony jedynie do dochodzenia połowy kaucji z odsetkami, ponieważ świadczenie z tytułu zwrotu kaucji powinno być podzielone – stosownie do ilości wierzycieli – na dwie równe części.

Ocenę zasadność drugiego roszczenia Sąd Okręgowy oparł na przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu, ponieważ podzielił zarzut pozwanego, że umowa z dnia 4 września 2002 r. w zakresie dotyczącym § 5 ust. 3 jest nieważna z powodu braku zgody wyrażonej we właściwym trybie i formie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zdaniem Sądu oczywiste jest bezpodstawne wzbogacenie pozwanego z tytułu wykonanych robót budowlanych, koniecznych do wybudowania sali gimnastycznej w Zespole Szkół nr (...) w W. Zwrot korzyści majątkowej w naturze nie jest jednak możliwy. Zwrotowi podlega zatem bezsporna wartość tych robót. Jednakże w wypadku tego roszczenia powód jest uprawniony do dochodzenia – z tych samych przyczyn, co w wypadku pierwszego roszczenia – jedynie połowy wynagrodzenia, tj. 114 155 zł.

Apelację wniosły obie strony. Pozwany zaskarżył wyrok w części zasądzającej 177 259,06 zł i wniósł o zmianę wyroku w tej części przez oddalenie powództwa w całości. Powód zaskarżył natomiast wyrok w części oddalającej oba roszczenia i wniósł o zmianę wyroku w tym zakresie przez uwzględnienie powództwa w całości.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Apelacyjny zmienił wyrok Sądu Okręgowego w ten sposób, że zasądził zamiast kwoty 114 155 zł kwotę 228 310 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 5 września 2007 r. do dnia zapłaty i oddalił powództwo o zapłatę

117 259,06 zł, oddalił w pozostałej części apelację powoda i zniósł wzajemnie koszty postępowania apelacyjnego stron.

Zdaniem Sądu odwoławczego pozwany trafnie zarzucił, że wyrok został wydany z naruszeniem art. 394 k.c. Wobec bezspornego faktu, że kaucję wpłacił P.(...) S.A., uprawnionym do żądanie jej zwrotu – na skutek odstąpienia od umowy – jest wyłącznie ten Wykonawca. Fakt, że powód i wymieniona Spółka tworzyły konsorcjum nie jest wystarczający, aby przyznać powodowi legitymację do żądania świadczenia wykonanego tylko przez drugiego konsorcjanta. Za takim rozstrzygnięciem przemawia charakter umowy konsorcjum. Sąd podkreślił odrębność majątkową członków konsorcjum. Wskazał też że ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U., dalej: prawo zamówień publicznych) przewiduje jedynie odpowiedzialność solidarną dłużników (art. 141). Nie normuje natomiast solidarności czynnej. Argumenty przemawiające przeciwko omawianemu żądaniu powoda wynikają także z faktu upadłości Spółki. Sąd podzielił ocenę, że art. 8 umowy konsorcjum, przekazujący w razie upadłości jednej ze stron umowy wszelkie uprawnienia wynikające z umowy o wykonanie zamówienia, jest nieważny, ponieważ narusza art. 75 ust. 1 prawa upadłościowego i naprawczego.

Oceniając apelację powoda w zakresie dotyczącym żądania zasądzenia pozostałej części wynagrodzenia za wykonane dodatkowe roboty budowlane, Sąd Apelacyjny podzielił zarzut wydania wyroku z naruszeniem art. 379 § 1 k.c. Samodzielność majątkowa członków konsorcjum wyłącza zasadę, że przysługująca im wierzytelność podlega podziałowi na tyle części, ilu jest członków konsorcjum. W razie odstąpienia od umowy zamawiający jest zatem obowiązany wypłacić wynagrodzenie temu wykonawcy, który faktycznie roboty wykonał. Przyjmując, że powód wykonał wszystkie roboty budowlane, Sąd uznał dochodzone przez niego roszczenie za uzasadnione w całości i zasądził z tytułu wynagrodzenia 228 310 zł. Jako podstawę prawną rozstrzygnięcia wskazał art. 405 k.c.

Wyrok zaskarżył powód w części oddalającej powództwo o zapłatę 117 256,06 zł i oddalającej jego apelację. W skardze kasacyjnej, opartej na obu postawach, zarzucił naruszenie art. 141 w związku z art. 220 ust. 2 prawa zamówień publicznych, art. 72 ust. 1 i 75 ust. 6 prawa zamówień publicznych w związku z art. 60, 61 § 1, 65 § 1, art. 70³ § 1, 353¹, 367, 368, 369 i 378 k.c., art. 353¹, 394, 509 k.c., 75 ust. 1, 51 ust. 2, 77 ust. 1, 127 ust. 1, 131, 132 ust. 1 prawa upadłościowego i naprawczego, art. 75 ust. 1 prawa

upadłościowego i naprawczego w związku z art. 58 § 1 k.c., oraz art. 233 § 1, 316 § 1, 328 § 2, 378 § 1, 382 k.p.c. Powołując się na te podstawy, wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania albo o orzeczenie co do istoty sprawy.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Sądu Najwyższego zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. przesądza o skuteczności drugiej podstawy kasacyjnej, jeżeli ze względu na uchybienia określonym w tym przepisie wymaganiom zaskarżone orzeczenie nie poddaje się kontroli kasacyjnej (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 7 października 2005 r., IV CK 122/05, z dnia 26 stycznia 2006 r., V CK 405/04, z dnia 24 lutego 2006 r., II CSK 136/05, z dnia 28 lutego 2006 r., III CSK 149/05, z dnia 17 marca 2006 r., I CSK 63/05, z dnia 19 września 2007 r., II CSK 175/07). Taka sytuacja – w zakresie dotyczącym podstawy faktycznej rozstrzygnięcia – zachodzi w rozpoznawanej sprawie.

Wprawdzie Sąd odwoławczy nie stwierdził wprost, że podzielił ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji, jednakże należy przyjąć – na podstawie treści jego uzasadnienia – że je zaakceptował. Tymczasem uszło uwagi Sądu Apelacyjnego, choć w związku z zarzutem naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. zajmował się zachowaniem wymagań dotyczących uzasadnienia wyroku, że żaden ze stanowiących wyłączną podstawę dokonanych w sprawie ustaleń faktycznych dokumentów nie był przedmiotem postępowania dowodowego. Nie ulega natomiast wątpliwości – co podkreśla w literaturze i orzecnictwie (por. wyroki Sąd Najwyższego: z dnia 20 sierpnia 2001 r., I PKN 571/00, OSNP 2003, nr 14, poz. 330, z dnia 9 marca 2005 r.) – że dokonanie przez sąd ustaleń faktycznych na podstawie wskazanych przez stronę (a także dopuszczonych z urzędu) dowodów, które nie zostały w formalny sposób dopuszczone i przeprowadzone na rozprawie, narusza ogólne reguły postępowania w zakresie bezpośredniości, jawności, równości stron i kontradiktoryjności. Podstawą ustaleń faktycznych mogą być – jak podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 marca 2005 r., III CK 217/04, niepubl. – tylko dowody prawidłowo przeprowadzone. Sąd powinien wypowiedzieć się w przedmiocie wniosku dowodowego. Jeżeli zamierza więc wykorzystać stanowiący przedmiot wniosku dowodowego dokument, to powinien zgodnie z przepisami regulującymi postępowanie dowodowe (art. 217, 236 k.p.c.) wskazać sposób jego potraktowania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia

2008 r., II PK 125/07, OSNP 2009, nr 5-6, poz. 66). Warto także przypomnieć, że każde składające się na podstawę faktyczną rozstrzygnięcia ustalenie powinno zawierać – czemu nie odpowiada zaaprobowana przez Sąd odwoławczy podstawa faktyczna ustalona przez Sąd pierwszej instancji – przytoczenie dowodów stanowiących podstawę tego ustalenia. Ogólne, sumaryczne wskazanie wszystkich wykorzystanych do ustalenia podstawy faktycznej dowodów nie odpowiada wymogom art. 328 § 2 k.p.c. (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 1951 r., C 154/51, OSN 1951, nr 3, poz. 69).

Do istotnych uchybień dyskwalifikujących podstawę faktyczną zaskarżonego wyroku doszło także w związku z powołaniem przez powoda w apelacji nowych faktów i dowodów. Sąd pierwszej stwierdził wyraźnie, „że powód nie wykazał, iż w zakresie realizacji umowy z dnia 4 września 2002 r. między nim a P.(...) SA doszło do zawarcia umowy konsorcjum”. Okazało się bowiem, że przedłożona przez powoda umowa konsorcjum z dnia 14 października 2002 r. dotyczyła innego przedsięwzięcia gospodarczego (modernizacji muszli koncertowej w Parku S.) niż objęte pozwem (budowa sali gimnastycznej z salami lekcyjnymi i zagospodarowanie terenu Zespołu Szkół nr 5 w W.). Nie kwestionując tego stanowiska Sądu, powód w apelacji na podstawie art. 381 k.p.c. wniósł o przeprowadzenie dowodu z zawartej między nim a P.(...) SA umowy konsorcjum z dnia 8 lipca 2002 r. i dołączył jej odpis. Jednocześnie przytoczył okoliczności – jego zdaniem – usprawiedliwiające powołanie tego dowodu dopiero w postępowaniu przed sądem drugiej instancji. Wspomniana umowa konsorcjum nie była jednak również przedmiotem postępowania dowodowego. Sąd Apelacyjny nie wydał postanowienia dowodowego w przedmiocie tego dokumentu. Nie jest też znane jego stanowisko co do spełnienia przez powoda przewidzianych w art. 381 k.p.c. przesłanek dopuszczalności powołania nowych faktów i dowodów w postępowaniu apelacyjnym (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 20 maja 1998 r., I CKN 678/97, Prok. i Pr. 1999, nr 5, poz. 40 – dodatek, i z dnia 20 maja 2003 r., I PK 415/02, OSNP 2004, nr 16, poz. 276). Tymczasem nie ulega wątpliwości, że umowa konsorcjum z dnia 8 lipca 2002 r. ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ z niej powód wywodzi solidarność czynną, stanowiącą źródło uprawnienia do dochodzonego roszczenia o zwrot kwoty pieniężnej z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Nie można też podzielić stanowiska Sądu odwoławczego, że fakt realizacji umowy dnia 4 września 2002 r. w ramach konsorcjum jest bezsporny i niekwestionowany przez Sąd pierwszej instancji, ponieważ pozostaje ono w

sprzeczności z jednoznacznym odmiennym stanowiskiem Sądu Okręgowego i pomija zachowanie powoda w postępowaniu apelacyjnym, zmierzające do wykazania za pomocą zaoferowanego dowodu zawarcia umowy konsorcjum. Umowa konsorcjum z dnia 8 lipca 2002 r. nie mogła zatem stanowić – z tego powodu, że nie była przedmiotem postępowania dowodowego – podstawy ustaleń faktycznych i opartych na nich ocen prawnych.

Reasumując, nieprawidłowe ustalenie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia nie pozwala odeprzeć zarzutu, że zaskarżony wyrok został wydany z naruszeniem art. 328 § 2 k.p.c. Nie można odmówić racji skarżącemu, że nie wiadomo, na jakich dowodach Sąd oparł ustalenia faktyczne mające istotne znaczenie do rozstrzygnięcia sprawy. Wskazane przez Sąd dowody – z powodów wyżej przedstawionych – nie mogą być bowiem w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego uznane za dowody w sprawie.

Ze względu na nieprawidłowe ustalenie podstawy faktycznej zaskarżonego wyroku uchyla się spod kontroli kasacyjnej ocena zarzutów naruszenia prawa materialnego, ponieważ skuteczne podniesienie zarzutu kasacyjnego dotyczącego naruszenia prawa materialnego wchodzi zasadniczo w rachubę tylko wtedy, gdy ustalony przez sąd drugiej instancji stan faktyczny, będący postawą zaskarżonego wyroku, nie budzi zastrzeżeń (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 1997 r., II CKN 60/97, OSNC 1997, nr 9, poz. 128).

Jedynie ubocznie należy zauważyć, że art. 141 prawa zamówień publicznych nie znajduje zastosowania w sprawie, albowiem umowa w sprawie zamówienia publicznego, której dotyczy proces, została zawarta dnia 4 września 2002 r. Tymczasem prawo zamówień publicznych weszło w życie dnia 2 marca 2004 r. i zgodnie z art. 220 ust. 2 – jak trafnie zarzucił skarżący – do zawartych przed jego wejściem w życie umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. ustawę z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 664 ze zm., dalej: ustawa o zamówieniach publicznych). Ponadto przewidziana zarówno w ustawie o zamówieniach publicznych (art. 6b ust. 2), jak i w prawie o zamówieniach publicznych (art. 141) solidarna odpowiedzialność wykonawców umowy występujących wspólnie nie została uregulowana jednakowo (tylko prawo zamówień publicznych wyraźnie obejmuje ją także wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy).

Nasuwa też wątpliwości kategoryczne wykluczenie przez Sąd dopuszczalności przyjęcia solidarności czynnej występujących wspólnie wykonawców umowy. Argumentacja Sądu, że w ustawie została wyraźnie uregulowana jedynie solidarność bierna występujących wspólnie wykonawców nie uwzględnia bowiem tego, że – zgodnie z art. 369 k.c. – źródłem zobowiązania solidarnego może być także czynność prawna. Ustawa o zamówieniach publicznych nie wyklucza zaś stosowania do umów w sprawach zamówień publicznych przepisów Kodeksu cywilnego (art. 72 ust. 1).

Ze względu na upadłość P.(...) S.A. na ocenę zasadności dochodzonego roszczenia mogą mieć – na co Sąd trafnie zwrócił uwagę – unormowania prawa upadłościowego. Jednakże bliższa ocena tej kwestii wymaga przede wszystkim ustalenia – czego nie dokonano w sprawie – kiedy została ogłoszona upadłość P.(...) SA (ustalono jedynie datę wykreślenia upadłego z Krajowego Rejestru Sądowego). Data ogłoszenia upadłości decyduje bowiem o tym, czy w sprawie znajdzie zastosowanie prawo upadłościowe i naprawczego, czy też przepisy obowiązujące do chwili jego wejścia w życie (art. 536 prawa upadłościowego i naprawczego).

Z przedstawionych powodów Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji postanowienia (art. 398¹⁵ § 1 oraz art. 108 § 2 w związku z art. 398²¹ i art. 391 § 1 k.p.c.).