



Sygn. akt III CSK 143/10

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 lutego 2011 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Hubert Wrzeszcz (przewodniczący)

SSN Teresa Bielska-Sobkowicz

SSA Maria Szulc (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa Z. A.

przeciwko Gminie Miasta O.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej

w dniu 4 lutego 2011 r.,

skargi kasacyjnej powoda od wyroku Sądu Okręgowego w [...]

z dnia 15 grudnia 2009 r.,

- 1) oddała skargę kasacyjną;**
- 2) oddała wniosek pozwanej o zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego.**

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 6 lipca 2009 r. Sąd Rejonowy oddalił powództwo Z. A. o zasądzenie od Gminy Miasta O. kwoty 67.507,01 zł z tytułu częściowego wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane z faktury 3/2008, a Sąd Okręgowy oddalił apelację powoda wyrokiem z dnia 15 grudnia 2009 r. Rozstrzygnięcie obu Sądów zostało oparte o następujące ustalenia faktyczne:

Strony w wyniku realizacji zamówienia publicznego zawarły w dniu 6 listopada 2007 r. umowę, której przedmiotem była przebudowa ulicy S. W paragrafie 10 postanowiły, że za wykonanie przedmiotu budowy pozwana zobowiązuje się zapłacić kwotę 2.168.189,82 złote brutto, w tym za pierwszy etap kwotę 1.273.277,74 złote. Powód wystawiał faktury częściowe, a pozwana realizowała płatności w kwocie mniejszej, przy przyjęciu stawki podatku VAT 7 %, a nie 22 % wskazanej w fakturze. Cała należność za pierwszy etap inwestycji została wypłacona. Plac budowy został powodowi przekazany z opóźnieniem. Sąd Okręgowy oparł się na ustalonym przez Sąd Rejonowy stanie faktycznym, a nadto uznał za bezsporne, że przetarg poprzedzający zawarcie umowy został ogłoszony w dniu 14 września 2007 r. wraz z określeniem w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym stawki podatku VAT w wysokości 7 %, jak również, iż stawka ta nie została zmieniona, mimo że w dniu 19 września 2007 r. została uchwalona ustawa o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług, która od dnia 1 stycznia 2008 r. wprowadzała 22 % stawkę podatku VAT na roboty budowlane objęte umową. Ustawa została opublikowana w dniu 19 października 2007 r., lecz strona pozwana nie zmieniła stawki, choć w dniach 26 września i 8 października dokonała innych zmian w warunkach zamówienia. Ustalił także, iż do dnia orzekania wszystkie prace objęte budową zostały wykonane i całe wynagrodzenie określone umownie zostało zapłacone. Sąd pierwszej instancji nie znalazł podstawy do uwzględnienia powództwa w oparciu o art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz o art. 632 § 2 k.c. i art. 357¹ k.c.

Sąd drugiej instancji uznał za niezasadne zarzuty naruszenia art. 629 k.c., 357¹ k.c. w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. 19 poz. 177 z późn zm.; dalej u.z.p.), oraz art. 5 k.c. Odnosząc się do regulacji zawartej w art. 144 u.z.p. w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy wskazał, że zmiana wysokości wynagrodzenia poprzez jego podwyższenie jest oczywiście niekorzystna dla zamawiającego, natomiast zmiana wysokości podatku nie była okolicznością, której strony nie mogły przewidzieć biorąc pod uwagę datę uchwalenia ustawy. Mimo świadomości zmiany wysokości podatku strony zawarły umowę określonej treści zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i złożoną przez powoda ofertą. Powód nie wykazał, że działał pod wpływem błędu lub podstępnie, jak również nie wykazał, by skorzystał z uregulowań zawartych w art. 38 ust. 1, art. 84 ust. 1 i art. 180 ust. 1 u.z.p. pozwalających na wyjaśnienie wątpliwości co do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub wycofanie złożonej oferty bez utraty wadium. Wskazał również, że zarówno w wypadku stosowania art. 629 i 632 § 2 k.c. oraz art. 357¹ k.c. konieczne jest zaistnienie sytuacji nadzwyczajnej, której strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, natomiast w sprawie niniejszej zmiana wysokości podatku była stronom znana jeszcze przed zawarciem umowy. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 5 k.c. wskazał, że nie może stanowić on źródła i podstawy prawnej roszczenia. Podzielił także pogląd Sądu pierwszej instancji, co do nie wykazania przez powoda przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie art. 471 k.c., po pierwsze bowiem powód otrzymał pełne wynagrodzenie umowne, a po drugie nie wykazał, by opóźnienie w przekazaniu placu budowy miało wpływ na termin wykonania prac. Sąd drugiej instancji uznał za niezasadny zarzut naruszenia art. 65 k.c. uznając, że powód nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność rzeczywistej woli stron umowy i ich zgodnego zamiaru, a nadto wobec bezwzględnie obowiązującego charakteru przepisów ustawy o zamówieniach publicznych wskazany przez powoda zgodny zamiar stron, co do określenia wynagrodzenia na kwotę wyższą niż wynikająca ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należałoby uznać za świadome działanie w celu naruszenia podstawowych zasad określonych w ustawie.

W skardze kasacyjnej opartej na obu podstawach określonych w art. 398³ § 1 i 2 k.p.c. powód zarzucił w ramach pierwszej podstawy kasacyjnej naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 629 k.c. w zw. z art. 144 ust. 1 u.z.p. w zw.

z art. 5 k.c., art. 357¹ k.c. w zw. z art. 144 u.z.p w zw. z art. 5 k.c., art. 471 k.c., art. 65 § 2 k.c. oraz w ramach drugiej podstawy kasacyjnej naruszenie przepisów prawa procesowego mające istotny wpływ na wynik sprawy tj. art. 381 k.p.c. i art. 382 k.p.c. w zw. z art. 378 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c., art. 230 k.p.c., art. 227 k.p.c. oraz art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c., art. 391 § 1 k.p.c.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Rozstrzygnięcie zarzutów zgłoszonych w ramach pierwszej podstawy kasacyjnej sprowadza się do zagadnienia, czy w świetle art. 144 ust. 1 ustawy zamówieniach publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu zawarcia przez strony umowy o wykonanie robót budowlanych, tj. 6 listopada 2007 r., dopuszczalna jest zmiana umowy w zakresie określenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w wypadku ustawowej zmiany wysokości podatku od towarów i usług w okresie pomiędzy wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a podpisaniem umowy.

Wynagrodzenie wykonawcy robót budowlanych za wykonanie przedmiotu umowy stanowi istotny element tej umowy. Sposób określenia wynagrodzenia, wobec nieuregulowania tej kwestii w przepisach Tytułu XVI Księgi III kodeksu cywilnego, został pozostawiony stronom, które zgodnie z zasadą swobody umów określoną w art. 353¹ k.c., mogą go ukształtować według swojego uznania z ograniczeniami wynikającymi z właściwości stosunku, ustawy lub zasad współżycia społecznego. Dopuszczalność podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy bez obowiązku zmiany umowy w wypadku ustawowej zmiany podatku od towarów i usług była przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego w uchwale z dnia 21 lipca 2006 r., III CZP 54/06, OSNC 2007/5/66. Dokonując analizy orzecznictwa, którego przedmiotem był problem cenotwórczego charakteru podatku od towarów i usług Sąd Najwyższy wskazał, że w orzeczeniach tych przyjmowano jednolity pogląd, iż po pierwsze podatek ten jest czynnikiem cenotwórczym w tym sensie, że sprzedawca towaru lub usługi, kalkulując cenę, jest uprawniony do wliczania do niej podatku, po drugie o wysokości ceny decyduje treść umowy, po trzecie, w ramach swobody umów strony określając cenę mogą umówić się, czy podatek od towarów i usług będzie jej elementem i po czwarte, że przepisy ówczesnej ustawy o cenach nie stanowiły podstawy prawnej do dochodzenia od

nabywcy ceny obejmującej podatek od towarów lub usług, jeżeli zawarta umowa nie przewidywała podatku jako jej elementu. Wskazał również, że wnioski te są aktualne na gruncie ustawy z dnia 5 lipca 2001 o cenach (Dz. U. nr 97 poz. 1050) oraz ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54 poz. 535 ze zm.). Konsekwencją powyższego było podjęcie uchwały, w której zostało wyrażone stanowisko, że podwyższenie stawek podatku od towarów i usług nie uzasadnia bez zmiany umowy, zawartej przed dniem wejścia w życie uchwalonych zmian, obowiązku zapłaty przez zamawiającego wynagrodzenia netto powiększonego o podatek od towarów i usług według podwyższonej stawki.

Jak wskazano wyżej, strony mogą swobodnie kształtować stosunek umowny, z czym łączy się również dopuszczalność uprawnienia do dokonania zmiany jego pierwotnej treści, bądź na podstawie zawartej w umowie klauzuli zmieniającej, bądź też mimo braku takiej klauzuli, w wypadku zgodnej woli stron co do zmiany. Uprawnienie to zostaje wyłączone w wypadku zaistnienia ograniczeń wynikających z art. 357¹ k.c. W przedmiotowej sprawie umowa została zawarta w trybie ustawy o zamówieniach publicznych, która reguluje, poprzez przepisy bezwzględnie obowiązujące, tryb i sposób udzielania zamówień publicznych, a zatem strony zawierając w tym trybie umowę są ograniczone w swobodzie kontraktowania w takim zakresie, w jakim to wynika z ustawy. Ograniczenia te dotyczą przede wszystkim trybu zawarcia umowy i wyboru wykonawcy, oraz dopuszczalności zmian umowy. Art. 144 ust. 1 ustawy zawiera zakaz dokonywania zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty na podstawie, której dokonano wyboru wykonawcy. Jest to zakaz bezwzględny, a jego naruszenie wywiera skutek nieważności zmiany umowy. Przepis ten dopuszcza jedynie dwa wypadki wyłączenia zakazu - po pierwsze, gdy konieczność wprowadzenia zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, i po drugie, gdy zmiany są korzystne dla zamawiającego.

Wskazać należy, że do zmiany umowy uzasadnionej okolicznościami wyczerpującymi przesłanki określone w art. 144 § 1 ustawy, może dojść jedynie rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez strony umowy. Przepis ten nie przyznaje natomiast wykonawcy roszczenia o zmianę zawartej umowy. Oznacza to, że w wypadku odmowy dokonania zmiany umowy przez

zamawiającego, art. 144 § 1 u.z.p nie może stanowić podstawy żądania zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego. Zmiana wysokości istotnego elementu umowy, jakim jest wysokość wynagrodzenia, może nastąpić w oparciu o art. 357¹ k.c. (patrz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2007 r., III CSK 452/06, niepubl.), który z mocy art. 139 § 1 u.z.p ma zastosowanie w zakresie nieuregulowanym przez ustawę o zamówieniach publicznych. W tym jednak celu musi zostać zgłoszone żądanie zmiany treści stosunku łączącego strony, bowiem orzeczenie sądu w zależności od treści żądania, może odmiennie niż w umowie oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, odmiennie oznaczyć wysokość świadczenia lub orzec o rozwiązaniu umowy. W sprawie niniejszej żądanie zmiany umowy nie zostało zgłoszone, bowiem powód wniósł o zapłatę kwoty pieniężnej stanowiącej, w jego ocenie, różnicę pomiędzy wynagrodzeniem należnym, a wypłaconym. W braku żądania rozstrzygnięcie o dopuszczalności zmiany umowy w świetle art. 357¹ k.c. byłoby orzeczeniem ponad żądanie z naruszeniem art. 321 § 1 k.p.c. Z tego względu nie jest trafny zarzut naruszenia art. 357¹ k.c. w związku z art. 144 u.z.p.

Brak jest także podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 629 k.c. w zw. z art. 144 u.z.p i art. 5 k.c.

Wbrew twierdzeniom skarżącego, Sąd Okręgowy podzielił pogląd wyrażony w uchwale siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2009 r., III CZP 41/09 (OSNC 2010/3/33) w przedmiocie dopuszczalności zastosowania przepisów art. 629 i 632 § 2 k.c. w drodze analogi do umowy o roboty budowlane, jak również nie zakwestionował możliwości zastosowania tych przepisów w odniesieniu do robót budowlanych realizowanych w oparciu o procedury zamówienia publicznego, lecz uznał, że nie zachodzą przesłanki określone w tych przepisach.

Wskazać należy, że w świetle powołanej wyżej uchwały z dnia 29 września 2009 r. nie może ulegać wątpliwości, że przepisy art. 629 i 632 § 2 k.c. mogą mieć zastosowanie w drodze analogi do umowy o roboty budowlane i stanowić podstawę do modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy. W wypadku przyjęcia tych przepisów jako podstawy prawnej takiej modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych wykonywanych na podstawie umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, art. 144 § 1 u.z.p ma zastosowanie tylko w takim zakresie, w jakim,

w odniesieniu do art. 629 k.c. lub 632 § 2 k.c.; określa dopuszczalność zmiany umowy. Zmiana umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia będzie, zatem dopuszczalna, jeżeli jest korzystna dla zamawiającego albo wynika z okoliczności, których nie dało się przewidzieć chwili zawarcia umowy, zaś wynagrodzenie ulegnie zmianie, jeżeli zaistnieją materialnoprawne przesłanki określone w art. 629 k.c. lub 632 § 2 k.c. Prawidłowo wskazał jednak Sąd Okręgowy, że skoro zmiana wysokości podatku VAT nastąpiła przed zawarciem umowy, to brak jest podstaw do przyjęcia, że zaistniały przesłanki zarówno dopuszczalności zmiany umowy, jak i podwyższenia wynagrodzenia. Fakt, że zmianę uchwalono w okresie pomiędzy wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a zawarciem umowy pozostaje bez znaczenia, ponieważ wykonawcy przysługują uprawnienia określone w art. 38 ust. 1, 84 ust. 1 i 180 ust. 1 u.z.p., tym bardziej, że ogłoszono o wynikach postępowania o zamówienie publiczne po publikacji ustawy zmieniającej ustawę o podatku od towarów i usług. Nie jest także wystarczającym uzasadnieniem argument, że na część robót wysokość podatku od początku została ustalona przez zamawiającego w błędnej wysokości. Wykonawcę robót budowlanych powinien cechować profesjonalizm pozwalający na analizę warunków określonych w specyfikacji istotnych warunkach zamówienia, w tym także elementów cenotwórczych wynagrodzenia. Zaakceptowanie tych warunków bez podjęcia działań przewidzianych w ustawie, nie pozwala na czynienie zamawiającemu w toku realizacji umowy skutecznych zarzutów dotyczących warunków zamówienia. Nie jest trafny zarzut naruszenia art. 471 k.c. oparty na twierdzeniu, że zgodnie z zapisem umowy pozwana była zobowiązana do zapłaty należności z faktur częściowych do pułapu 80 % całości wynagrodzenia niezależnie od wskazanej w fakturze wysokości podatku VAT, a zatem nie mogła odmówić realizacji złożonej faktury. Sąd orzeka biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy (art. 316 k.p.c.). Nie jest sporne, że wobec wykonania robót, zostało wypłacone przez zamawiającego całe wynagrodzenie należne wykonawcy na podstawie umowy. Powołanie tej podstawy prawnej nie mogło, zatem być skuteczne. Przywołanie innego wyroku Sądu Okręgowego, którym uwzględniono na tej podstawie powództwo jest chybione, ponieważ zapadł on tle innego stanu faktycznego.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 65 § 2 k.c. Skarżący przedstawia wprawdzie właściwą wykładnię tego przepisu, ale konstruuje na tej podstawie subiektywne wnioski w zakresie ustaleń Sądu Okręgowego, co do treści umowy. Pomija, że literalne brzmienie umowy odpowiada zarówno treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego, jak i treści oferty wykonawcy, które w sposób najpełniejszy oddają ich wolę i rzeczywisty zamiar co do treści umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia. Niewątpliwie wolą wykonawcy nie było poniesienie straty wskutek wykonania robót budowlanych w ramach zamówienia publicznego, jednakże ustalenie treści umowy objęte jest ryzykiem kontraktowym obu stron. Strony w chwili zawierania umowy powinny brać pod uwagę okoliczności mieszczące się w granicach zwykłego ryzyka kontraktowego, a od profesjonalnych uczestników obrotu wymaga się większej staranności przy ocenie okoliczności mających wpływ na treść postanowień umownych oraz przy ocenie ryzyka. Zgłoszone w ramach drugiej podstawy kasacyjnej zarzuty naruszenia prawa procesowego tj. art. 381 k.p.c., art. 382 k.p.c. w związku z art. 378 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. stosowanym odpowiednio na podstawie art. 391 § 1 k.p.c., oraz art. 230 k.p.c., 227 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 328 § 2 k.p.c. i art. 391 § 1 k.p.c. pozostają, wobec braku podstawy materialnej roszczenia, bez istotnego wpływu na wynik sprawy. Wskazać jedynie należy, że skoro wskazywany przez skarżącego nowy dowód w postaci „wyciągu z wyjaśnień do SIWZ z dnia 27 listopada 2007 r.”, odnoszący się do innego zadania inwestycyjnego, również przewidywał stawkę podatku VAT w wysokości 7 %, to nie miał wpływu na ocenę Sądu Okręgowego prawidłowości zastosowania art. 65 § 2 k.c. przez Sąd pierwszej instancji, zaś podnoszone przez skarżącego kwestie związane z wprowadzeniem w błąd wykonawcy pozostają poza zakresem rozstrzygnięcia wobec nie złożenia oświadczenia o uchyleniu się od skutków prawnych oświadczenia woli zgodnie z art. 84 i 86 k.c. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego zakaz oparcia skargi na zarzutach dotyczących ustalenia faktów lub dowodów, określony w art. 398 § 3 k.p.c., oznacza niedopuszczalność powoływania się przez skarżącego na wadliwość wyroku sądu II Instancji polegającą na wadliwym ustaleniu faktów lub niewłaściwie przeprowadzonej ocenie dowodów. Argumenty podniesione

w uzasadnieniu zarzutu i zmierzające do wykazania, że Sąd drugiej instancji naruszył określone, w art. 233 § 1 k.p.c., granice swobodnej oceny dowodów nie mogą być, zatem skuteczne. Sąd Najwyższy jest sądem prawa, a nie sądem faktu, i nie dokonuje kontroli prawidłowości oceny dowodów przeprowadzonej przez sąd II Instancji, jak również kontroli prawidłowości dokonanych ustaleń faktycznych. Tak, więc zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., nawet w powiązaniu z art. 391 § 1 k.p.c. nie może być skutecznie podniesiony w ramach drugiej podstawy kasacyjnej. Takie stanowisko zostało wyrażone wielokrotnie przez Sąd Najwyższy (vide wyrok z 5.IX.2008 r. I CSK 117/08, II UK 19/09 z dn. 24.IX.09 r. LEX 559947, wyrok z dn. 25.VI.08 r. II UK 327/07 LEX496393). Zarzuty naruszenia art. 227 i 230 k.p.c. nie zostały uzasadnione, niemniej przypomnieć trzeba, że w wyroku z dnia 9 lutego 2001 r. III CKN 434/00 Sąd Najwyższy wskazał, że artykuł 227 k.p.c. nie może być przedmiotem naruszenia sądu, ponieważ nie jest źródłem obowiązków i uprawnień jurysdykcyjnych. W odniesieniu natomiast do zarzutu naruszenia art. 328 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 2 k.p.c. wielokrotnie stwierdzał, że może on stanowić usprawiedliwioną podstawę skargi kasacyjnej tylko wtedy, gdy uzasadnienie nie zawiera wszystkich elementów konstrukcyjnych, lub zawiera takie oczywiste braki, które uniemożliwiają kontrolę kasacyjną (patrz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 83, z dnia 8 października 1997 r. niepubl., I CKN 312/97, z dnia 9 marca 2006 r. niepubl., I CSK 147/05 niepubl., 25 czerwca 2008 r., II UK 327/07, niepubl.). Taka sytuacja nie zachodzi, bowiem Sąd Apelacyjny wskazał motywy dokonania konkretnych ustaleń faktycznych, oraz przeprowadził wywód prawny w sposób pozwalający na ocenę jego prawidłowości. Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. oraz art. 398²¹ k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 108 § 1 k.p.c. i art. 102 k.p.c.