



Sygn. akt IV CSK 219/11

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 stycznia 2012 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Dariusz Dończyk (przewodniczący)

SSN Wojciech Katner (sprawozdawca)

SSN Krzysztof Pietrzykowski

w sprawie z powództwa "P. – M." Spółki Akcyjnej w W.  
przeciwko Przedsiębiorstwu Produkcyjno - Usługowo - Handlowemu "R."  
Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w R.  
o zobowiązanie do zaniechania wypłat kwot z gwarancji zabezpieczenia należytego  
wykonania umowy, o zobowiązanie do wydania dokumentów, ewentualnie  
o zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli,  
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej  
w dniu 12 stycznia 2012 r.,  
skargi kasacyjnej strony powodowej  
od wyroku Sądu Apelacyjnego  
z dnia 18 stycznia 2011 r.,

**oddala skargę kasacyjną i zasądza od strony powodowej na rzecz pozwanej kwotę 5400,- (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów postępowania kasacyjnego.**

## Uzasadnienie

W pozwie z dnia 22 sierpnia 2008 r. „P.-M.I” Spółka Akcyjna w W. wносиła o zobowiązanie pozwanego Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „R.” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w R. do zaniechania wypłat kwot z gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania dwóch umów, wystawionych przez Bank Ochrony Środowiska na zlecenie powódki na rzecz pozwanego oraz o zobowiązanie pozwanego do wydania ośmiu dokumentów wystawionych na jego rzecz na zlecenie powódki przez Bank Ochrony Środowiska, ewentualnie o zobowiązanie pozwanego do złożenia oświadczenia woli w przedmiocie zwolnienia gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy w zakresie 70% wartości zabezpieczenia. Wyrokiem z dnia 26 marca 2009 r. Sąd Okręgowy oddalił powództwo z zasądzeniem kosztów na rzecz pozwanego.

Wskazany wyrok zapadł po ustaleniu następującego stanu faktycznego. Z zastosowaniem trybu zamówień publicznych pomiędzy Konsorcjum, w skład którego wchodziła powódka a pozwanym Przedsiębiorstwem została zawarta dnia 13 grudnia 2005 r. umowa (nazywana przez strony kontraktem) o budowę zakładu utylizacji odpadów komunalnych w R. Inwestycja była współfinansowana w 65% z funduszy Unii Europejskiej. Na podstawie zawartej umowy pozwany zlecił wykonawcy wykonanie „kompleksowego zadania inwestycyjnego”, obejmującego cały proces wykonania, od projektu po ostateczne uruchomienie i użytkowanie przedmiotowego zakładu. Poza umową strony obowiązywał dokument – specyfikacja warunków zamówienia oraz częściowo przez nie zmienione w rozdziale drugim umowy - ogólne warunki umów (warunki ogólne kontraktu FIDIC – warunki kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę, wydanie angielsko-polskie z 2000 r., dalej jako Warunki Ogólne FIDIC). Zgodnie z tymi warunkami uczestnikiem przy wykonywaniu umowy, poza stronami był Inżynier Kontraktu, co do usług którego była zawarta odrębna umowa. Następnie, w wyniku aneksu z dnia 8 września 2006 r. do pierwotnej umowy między stronami, częścią realizowanego zadania

stała się budowa elektrociepłowni zasilanej gazem wysypiskowym na terenie budowanego zakładu utylizacyjnego. Nową cenę kontraktu podstawowego określono na kwotę 20 476 589,01 euro, ustalono też harmonogram realizacji umowy z terminem końcowym do 31 grudnia 2007 r. Na zabezpieczenie należytego wykonania umowy powódka zawarła z Bankiem Ochrony Środowiska dwie umowy: o udzielenie gwarancji i o ustaleniu limitu zaangażowania w formie linii odnawialnej na udzielenie gwarancji bankowej. Na ich podstawie Bank udzielił pozwanemu gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jednej do kwoty 2 024 973,20 euro i drugiej do kwoty 16 389,59 euro. Ustalono również, stosownie do obowiązujących przepisów wysokość 70% oraz dalszych 30% kwoty gwarantowanej jako wielkości zwolnienia gwarancji w kolejnych terminach 30 i 15 dni po wystawieniu świadectwa przejęcia, a następnie wykonania umowy, w tym wypadku w związku z zabezpieczeniem usuwania stwierdzonych wad obiektu.

Z różnych przyczyn znacznie opóźnione zostało zrealizowanie inwestycji, przez co powódka żądała od pozwanego przedłużenia terminu na ukończenie całości robót oraz dodatkowych płatności z tytułu opóźnienia. Między stronami wyniknęły na tym tle spory, do których włączany był Inżynier Kontraktu. Spory rozpatrywane były najpierw, zgodnie z Warunkami Ogólnymi FIDIC przez powołaną Komisję Rozjemstwa w Sporach, a w razie braku zgody co do jej decyzji mogły być kierowane na drogę postępowania sądowego. W wyniku odrębnego postępowania sądowego, wyrokiem Sądu Apelacyjnego z dnia 13 czerwca 2008 r. działania i decyzje Komisji Rozjemstwa nie zostały uznane za odpowiadające prawnie sądowi polubownemu, gdyż ustalony został brak w umowie zapisu na sąd polubowny. Mimo sporów prace przy wykonaniu inwestycji były kontynuowane i dnia 1 lipca 2008 r. powódka powiadomiła Inżyniera Kontraktu o zasadniczym wykonaniu całości robót zgodnie z umową oraz wniosła o wydanie świadectwa przejęcia, co nastąpiło dnia 4 lipca 2008 r. wraz z zobowiązaniem powódki do wykonania zaległych prac oraz usunięcia usterek w terminie 60 dni. Tego samego dnia pozwane Przedsiębiorstwo pisemnie powiadomiło Inżyniera Kontraktu o przedwczesnym wydaniu świadectwa przejęcia, skoro część robót nie została wykonana.

Dnia 7 lipca 2008 r., po odbyciu 72-godzinnych prób technologicznych doszło do rozpoczęcia prób eksploatacyjnych, które miały być prowadzone przez trzy miesiące. Jednakże tego samego dnia powódka wypowiedziała umowę, uzasadniając to brakiem współpracy zamawiającego przy realizacji postanowień umowy, polegającej między innymi na braku przejściowych świadectw płatności wynikających z poszczególnych zgłoszonych roszczeń do Inżyniera Kontraktu oraz braku możliwości porozumienia stron co do procedury rozwiązywania sporów zawartej w jednej z klauzul Warunków Ogólnych FIDIC. W piśmie z dnia 8 lipca 2008 r. pozwany uznał bezpodstawność wypowiedzenia umowy przez powódkę i sam złożył tego dnia oświadczenie o wypowiedzeniu umowy, podnosząc wielokrotne i uporczywe niestosowanie się powódki do wezwań Inżyniera Kontraktu oraz przekroczenie czasu na ukończenie wykonania umowy, przy opóźnieniu wynoszącym 7 miesięcy.

Dnia 22 lipca 2008 r. powódka przerwała próby eksploatacyjne i zeszła z placu budowy, nie zakończone zostało szkolenie pracowników, nie działała kompostownia i biociepłownia, wykorzystywana była tylko sortownia, nie zostały opracowane wnioski do uzyskania pozwolenia zintegrowanego, a zakład działał na podstawie częściowych zezwoleń sektorowych. Nie było więc możliwe – zdaniem Konsorcjum z udziałem powódki – użytkowanie instalacji technologicznych, a samodzielne uruchamianie urządzeń mogłoby spowodować ich uszkodzenie lub całkowite zniszczenie oraz zagrożenie zdrowia i życia.

Po rozpoznaniu sprawy wszczętej wniesionym powództwem Sąd Okręgowy uznał niezasadność wypowiedzenia umowy przez powódkę, szczegółowo to uzasadniając, stwierdził nienależyte wykonanie przez nią umowy i brak przesłanek określonych w art. 151 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (obecnie jedn. tekst Dz.U. z 2010 r., nr 113, poz. 759, dalej jako p.z.p.); w następstwie tego powództwo oddalił. Wyrok ten został zmieniony przez Sąd Apelacyjny, który wyrokiem z dnia 14 października 2009 r. zobowiązał stronę pozwaną do złożenia oświadczenia woli, w którym zwalnia udzielone na zlecenie powódki gwarancje zabezpieczenia należytego wykonania zawartych umów w zakresie 70% wartości zabezpieczenia, oddalając apelację w pozostałym zakresie i rozstrzygając o kosztach postępowania. W wyniku rozpoznania skargi

kasacyjnej powódki Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 19 sierpnia 2010 r. (IV CSK 80/10, Lex nr 622215) uchylił powołany wyrok Sądu Apelacyjnego w części oddalającej apelację powódki i orzekającej o kosztach procesu za obie instancje i w tym zakresie przekazał sprawę do ponownego rozpoznania z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania kasacyjnego. Swoje stanowisko Sąd Najwyższy uzasadnił nierozpoznaniem sprawy w granicach apelacji (art. 378 § 1 k.p.c.) oraz tym, że uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego nie odpowiadało wymaganiom art. 328 § 2 k.p.c., uniemożliwiając kontrolę kasacyjną wyroku w zaskarżonym zakresie.

Ponownie rozpoznając sprawę, wyrokiem z dnia 18 stycznia 2011 r. Sąd Apelacyjny oddalił apelację powódki w zakresie, w jakim dotyczyła ona oddalenia żądań zgłoszonych w punktach I i II pozwu, tj. o zobowiązanie strony pozwanej do zaniechania wypłat kwot z gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz o zobowiązanie pozwanego Przedsiębiorstwa do wydania dokumentów. Jednocześnie Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w części dotyczącej zasądzenia od strony pozwanej na rzecz powódki kosztów postępowania. Uzasadniając rozstrzygnięcie Sąd Apelacyjny podzielił dokonane w sprawie ustalenia faktyczne oraz niektóre z nich uzupełnił. Wskazał, że sprawa jest szczególna przez to, że prawomocne jest rozstrzygnięcie odnoszące się do roszczenia ewentualnego powódki, przedmiotem rozpoznania stały się zatem roszczenia zgłoszone przez powódkę w pozwie na pierwszym miejscu. Powódka wywodziła je zakładając skuteczność dokonanego przez siebie wypowiedzenia umowy, a z tym Sąd się nie zgodził, mimo przyznania racji powódce co do tego, że samo wypowiedzenie umowy nie może być uznawane za sprzeczne z art. 5 k.c. tylko dlatego, iż realizacja inwestycji miała na celu interes społeczności lokalnej, ochronę środowiska i była współfinansowana ze środków Unii Europejskiej oraz realizowana w trybie zamówień publicznych. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie były zasadne zarzuty powódki co do naruszenia art. 65 w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 474 i 476 k.c. Przede wszystkim jednak nie zostały spełnione przesłanki określone w Warunkach Ogólnych FIDIC, pozwalające na wypowiedzenie umowy przez wykonawcę i to postanowienia tych ogólnych warunków, włączonych do umowy, a nie art. 151 p.z.p. stanowiły podstawę

materialnoprawną powództwa i jego oddalenia w zakresie rozpoznawanego żądania.

W skardze kasacyjnej powódka zarzuciła zaskarżonemu wyrokowi naruszenie prawa materialnego, tj. art. 65 § 1 i 2 k.c. w związku z postanowieniami warunków ogólnych kontraktu poprzez ich błędną wykładnię i nieuzasadnione uznanie innej niż wynikająca z brzmienia tych postanowień roli i mocy decyzji Komisji Rozjemstwa oraz znaczenia braku zgody pozwanego na jej powołanie, stanowiące istotne naruszenie postanowień umowy, a także nieuzasadnione uznanie niespełnienia przez powódkę przesłanek wypowiedzenia umowy przez wykonawcę; art. 144 p.z.p. w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że decyzja Komisji Rozjemstwa mogła prowadzić do zmiany umowy i naruszenia art. 144 p.z.p.; art. 354 k.c. polegające na niezastosowaniu tego przepisu do oceny niewykonania przez zamawiającego decyzji Komisji Rozjemstwa i uniemożliwienia powołania kolejnych komisji rozjemstwa. Naruszenie przepisów postępowania dotyczy naruszenia art. 328 § 2 i art. 378 § 1 k.p.c. poprzez nieodniesienie się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku do wszystkich zarzutów apelacyjnych, w szczególności do naruszenia przez Sąd pierwszej instancji art. 233 w związku z art. 328 § 2 k.p.c., jak też zaniechania rozważenia, jakie obowiązki umowne ciążące na pozwanym nie zostały przez niego wykonane i w czym przejawiał się brak współpracy pozwanego przy realizacji umowy oraz, czy mogło to stanowić podstawę jej wypowiedzenia. Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Rozpoznając najpierw zarzuty dotyczące naruszenia przez zaskarżony wyrok przepisów postępowania cywilnego stwierdzić należy, że chybione jest twierdzenie skarżącego o nieodniesieniu się w wyroku do wszystkich zarzutów apelacyjnych. Zarzut ten oparty na art. 328 § 2 k.p.c. mógł być podniesiony w stosunku do pierwszego wyroku Sądu Apelacyjnego i to spowodowało jego uchylenie w wyniku rozpoznanej przez Sąd Najwyższych skargi kasacyjnej, jednak nie można go podzielić obecnie.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu powołanego wyroku z dnia 19 sierpnia 2010 r., z odwołaniem się na ugruntowane orzecznictwo Sądu Najwyższego, naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. może stanowić podstawę skargi kasacyjnej tylko wtedy, gdy ze względu na brak wszystkich elementów wymienionych w tym przepisie uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie pozwala na kontrolę kasacyjną orzeczenia, a wtedy uchybienie art. 328 § 2 k.p.c. może mieć wpływ na wynik sprawy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 2003 r., I CKN 65/01, Lex nr 78271). W wypadku kwestionowania w apelacji oceny dowodów i ustaleń sądu pierwszej instancji należy to ocenić i przedstawić w uzasadnieniu sądu drugiej instancji, co wiąże się z koniecznością rozpoznania sprawy w granicach apelacji wynikających z art. 378 § 1 zdanie pierwsze k.p.c.; nierozpoznanie zarzutów apelacji stanowi obrazę wymienionego przepisu (poważany wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2010 r., IV CSK 80/10; wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2008 r., IV CSK 331/08, Lex nr 487529 i z dnia 17 lipca 2009 r., IV CSK 110/09, Lex nr 518138).

Sąd Apelacyjny ponownie rozpoznając apelację powódki kierował się przytoczonymi wskazaniem Sądu Najwyższego i starannie odniósł się do tych wszystkich zarzutów, które mogły mieć znaczenie przy rozpoznawaniu apelacji od wyroku Sądu Okręgowego, w którym uwzględnione zostało w całości powództwo ewentualne, a apelacja dotyczyła tylko nieuwzględnienia powództwa zgłoszonego przez powódkę na pierwszym miejscu (pkt I i II pozwu). Sąd Apelacyjny wskazał na trzy przyczyny, które według powódki zdecydowały o złożeniu przez nią oświadczenia w dniu 7 lipca 2008 r. o odstąpieniu od umowy z pozwanym, a następnie po kolei uzasadnił, dlaczego żadna z tych przyczyn nie może stanowić o skutecznym wypowiedzeniu umowy przez powódkę. Wyjaśnił też, że nie miały na to wpływu roszczenia podnoszone przez powódkę wobec pozwanego, zgłaszane Inżynierowi Kontraktu, a następnie wymienione w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy, czego przyczyny Sąd Apelacyjny wskazał w uzasadnieniu wyroku (s. 38-39). Nie musiało to polegać, jak oczekiwała tego skarżąca na odnoszeniu się do każdego z tych roszczeń indywidualnie, po to, aby w ten sposób wykazać spełnienie przez uzasadnienie tego wyroku wymagań określonych w art. 328 § 2 k.p.c. Jak wskazał trafnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 sierpnia

1974 r. (I CR 338/74, Lex nr 7578) analiza rozbudowanego materiału dowodowego nigdy nie może być tak przeprowadzona, aby nie można się było w niej dopatrzeć pewnych wątpliwości. Nie chodzi jednak o to, czy nasuwa ona wątpliwości co do pewnych szczegółów, lecz o to, czy całość rozumowania, jakie doprowadziło do takiej oceny nie budzi sprzeciwu; takiego sprzeciwu nie może budzić rozumowanie, które przedstawia się jako wewnętrznie zwarta, logiczna całość.

Rozpoznając apelację Sąd drugiej instancji wskazał także na szczególny charakter sytuacji procesowej w niniejszej sprawie, w której strona powodowa po uzyskaniu oczekiwanego rozstrzygnięcia w ramach zgłoszonego żądania ewentualnego, mimo to zaskarżyła taki wyrok, uważając za uprawnione domaganie się uwzględnienia żądania zgłoszonego na pierwszym miejscu, chociaż nie jest możliwe uwzględnienie obu tych żądań równocześnie. Dopuszczalne jest zgłoszenie w pozwie żądania ewentualnego, ale uwzględnienie roszczenia zgłoszonego na pierwszym miejscu czyni bezprzedmiotowe rozstrzygnięcie o żądaniu ewentualnym, z kolei jego uwzględnienie w orzeczeniu powoduje, co do zasady niemożliwe jednoczesne uwzględnienie żądania zgłoszonego na pierwszym miejscu; to sprzeciwia się uznaniu roszczenia za ewentualne. Nierespektowanie charakteru roszczenia zgłoszonego ewentualnie przez skarżącą doprowadziło ją do zakwestionowania w niniejszej sprawie ustaleń stanu faktycznego i oceny dowodów. Jest to widoczne w przedstawieniu własnej wersji stanu faktycznego sprawy w skardze kasacyjnej, odbiegającej od tych ustaleń, które znalazły się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Skarżąca zdaje się nie dostrzegać, że zarzuty względem stanu faktycznego ustalonego w sprawie i oceny dowodów nie mogą stanowić podstawy skargi kasacyjnej (art. 398<sup>3</sup> § 3 k.p.c.), a Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia (art. 398<sup>13</sup> § 2 k.p.c.). Przeprowadzone dowody oraz odniesienie się przez Sąd drugiej instancji do zarzutów apelacji w kwestii pominięcia niektórych dowodów, ze szczegółowym omówieniem, o które dowody chodzi i jakie są przyczyny takiego stanowiska Sądu (zwłaszcza na s. 31 – 34 uzasadnienia) wskazują na dopełnienie warunków prawnych zawartych w art. 328 § 2 i art. 378 § 1 k.p.c. Nie można zatem podzielić



stanowiska skarżącej o naruszeniu przez Sąd Apelacyjny wskazanych przez nią przepisów postępowania cywilnego.

Przed przystąpieniem do analizy zarzutów naruszenia prawa materialnego należy wskazać na stan sprawy w chwili rozpoznawania niniejszej skargi kasacyjnej. Jak podniósł Sąd Apelacyjny w zaskarżonym wyroku, przez to, że rozstrzygnięcie uwzględniające żądanie ewentualne jest prawomocne, przedmiotem rozpoznania są żądania zawarte w pkt I i II pozwu, czyli zwolnienie gwarancji bankowych w całości i wydanie stosownych dokumentów, przy czym powódka powoływała się na inne okoliczności faktyczne w przypadku tych żądań, niż wtedy, gdy wносиła roszczenie ewentualne. Sąd Apelacyjny, zmieniając wyrok Sądu pierwszej instancji przez uwzględnienie roszczenia ewentualnego prawomocnym wyrokiem z dnia 14 października 2009 r. podzielił w tej części argumenty powódki, opierające się na fakcie wystawienia świadectwa przyjęcia i następczego uprawnienia do zwolnienia gwarancji, zgodnie z klauzulą 10.1. oraz 4.2. pkt a) Warunków Ogólnych FIDIC. Nie podzielił ich jednak co do żądania zgłoszonego na pierwszym miejscu, a ono wymagało dowiedzenia skutecznego odstąpienia przez powódkę od umowy w piśmie z dnia 7 lipca 2008 r., bo to mogło dopiero skutkować zwrotem gwarancji bankowej w całości na podstawie postanowień umownych, zawartych w klauzuli 16.4. pkt a) w związku z klauzulą 16.2. pkt. b) i d) Warunków Ogólnych FIDIC. Skarżąca nie zakwestionowała stanowiska Sądu Apelacyjnego w zaskarżonym wyroku, że istotne dla rozstrzygnięcia w przedmiocie żądań z pkt I i II pozwu są postanowienia umowy zawarte w wymienionych klauzulach 16.2. pkt b) i d), klauzuli 16.4. Warunków Ogólnych FIDIC oraz klauzuli 20 tych Warunków, zmienionej częściowo w warunkach szczególnych kontraktu, zwłaszcza dotyczy to klauzuli 20.4. tych warunków.

Mając to na uwadze, Sąd Apelacyjny ustalił, zgodnie z klauzulą 16.2. pkt b) i d) Warunków Ogólnych FIDIC, że wykonawca będzie upoważniony do rozwiązania umowy, jeżeli Inżynier Kontraktu nie wystawi odpowiedniego świadectwa płatności w ciągu 56 dni od otrzymania rozliczenia wraz z dokumentami towarzyszącymi (pkt b) oraz gdy zamawiający w istotny sposób nie dopełnia swoich zobowiązań związanych z kontraktem (pkt d) i dopiero, jeżeli rozwiązanie umowy

na podstawie wymienionej klauzuli wejdzie w życie zamawiający ma obowiązek niezwłocznie zwrócić zabezpieczenie wykonania. Na podstawie wskazanych postanowień umowy nie można zatem podzielić stanowiska skarżącej, że zostały spełnione warunki prawne do odstąpienia od umowy przez powódkę, skoro przejściowe świadectwo płatności zostało wystawione przez Inżyniera Kontraktu dnia 30 października 2007 r. i było oparte, co wyraźnie w nim zaznaczono na decyzji Komisji Rozjemstwa z dnia 27 sierpnia 2007 r., a przesłanką jego wystawienia w myśl klauzuli 10.1. Warunków Ogólnych FIDIC nie było ukończenie szkolenia personelu przez wykonawcę.

Zasady zwolnienia w całości zabezpieczenia, powtórzone także w gwarancjach należytego wykonania umowy udzielonych przez Bank Ochrony Środowiska, uzależniały pozostałe 30% wartości zabezpieczenia od wystawienia świadectwa wykonania, według klauzuli 11.9 umowy, a to nigdy nie nastąpiło, zaś przesłanki do wystawienia takiego świadectwa nie wystąpiły, gdyż między stronami jest bezsporne, że nie doszło do wykonania całości postanowień umowy.

Podstawowe zarzuty odnoszące się do prawa materialnego również opierają się na próbach podważania ustalonego stanu faktycznego w tej części, w której pod pozorem naruszenia przepisów kodeksu cywilnego o wykładni umów (art. 65 § 1 i 2 k.c.) i postanowień Warunków Ogólnych FIDIC sprowadza się zarzuty do nieuwzględnienia przez Sądy w toku instancji skutków decyzji Komisji Rozjemstwa z dnia 27 sierpnia 2007 r., która według powódki, odmiennie niż zdaniem pozwanego, miała charakter wiążący. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazane zostało, zgodnie z przeprowadzonymi dowodami, że w jednej części decyzja ta została wykonana przez wystawienie przez Inżyniera Kontraktu odpowiedniego świadectwa płatności, a w pozostałej części nie nadawała się do bezpośredniego wykonania, gdyż Komisja nie uznała żądanej przez powódkę kwoty, pozostawiając jej określenie stronom (s. 37-38 uzasadnienia). Ponadto, jak zostało to już wcześniej podniesione, decyzja Komisji nie stanowiła orzeczenia sądu polubownego, więc jej wykonanie zależało tylko od zgody stron. Sąd Apelacyjny wyjaśnił również prawidłowo, że nie jest zasadne twierdzenie powódki o braku zgody na powołanie kolejnej Komisji Rozjemstwa, tylko strony nie mogły dojść do porozumienia co do charakteru tej komisji i skutków jej orzeczeń,

a ponadto po wydaniu wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 13 czerwca 2008 r. o braku w umowie zapisu na sąd polubowny, powódka nie ponowiła wniosku o powołanie kolejnej Komisji Rozjemstwa (s. 40-41 uzasadnienia). W tych okolicznościach Sąd drugiej instancji uznał również w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, którą to ocenę podziela skład orzekający Sądu Najwyższego w niniejszej sprawie, że niepowołanie nowej Komisji Rozjemstwa, jak też częściowe niewykonanie decyzji takiej Komisji z dnia 27 sierpnia 2007 r. nie stanowi wystarczającej przyczyny do odstąpienia od umowy w myśl powołanych w sprawie postanowień Warunków Ogólnych FIDIC.

Nie można czynić zarzutu pozwanemu, jak to jest zawarte w skardze kasacyjnej, że formułując warunki umowy zawieranej w trybie zamówień publicznych przewidział odstępstwa od Warunków Ogólnych FIDIC w kwestii rozpatrywania sporów, w szczególności uznając za istotne dążenie do polubownego ich załatwiania, ale bez konsekwencji właściwych rozstrzygnięciom sądu polubownego i za podstawowy tryb przyjmując rozpoznawanie sporów przez sądy powszechne. Punktu widzenia na tę kwestię nie zmienia również to, że pozwany w pewien sposób narzucił pozwanemu, jako podmiotowi przystępującemu do przetargu o zamówienie publiczne zaproponowane przez siebie warunki umowy, ale, jak wynika z odpowiedzi na skargę kasacyjną umożliwiając prowadzenie negocjacji i dokonanie niektórych zmian tych warunków. Mimo tego, doszło - zdaniem strony skarżącej - do naruszenia przez Sąd Apelacyjny art. 144 p.z.p. w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c. przez to, że bezzasadnie przyjął, iż decyzja Komisji Rozjemstwa mogłaby prowadzić do niedopuszczalnej zmiany umowy, wbrew powołanemu przepisowi Prawa zamówień publicznych. To z kolei, miało skutkować niezasadnym zakwestionowaniem przez Sąd dopuszczalności klauzuli umowy oznaczonej jako 20.4., stanowiącej o możliwości modyfikacji wzajemnych świadczeń stron umowy wskutek oceny przesłanek takiej modyfikacji przewidzianych wprost w umowie przez czynnik ekspercki niezależny od żadnej ze stron, co nie powoduje naruszenia art. 144 p.z.p. Na poparcie swojego stanowiska skarżąca przytoczyła obszernie argumenty, w postaci polskich orzeczeń sądowych, zaleceń Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej w Paryżu i wypowiedzi piśmiennictwa

zagranicznego, odnoszących się do klauzuli 20.4. Warunków Ogólnych FIDIC. Uczyniła to nie bacząc, że problem klauzuli 20.4. tych Warunków oraz warunków szczególnych w kontekście naruszenia art. 144 prawa zamówień publicznych jest zaledwie dotknięty w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, a ponadto, że przedmiotem niniejszej sprawy nie jest zasądzenie dodatkowego wynagrodzenia dla powódki, ani ocena podjętej w tej sprawie decyzji Komisji Rozjemstwa lub też zasadności domagania się przez powódkę powoływania dalszych takich komisji.

Przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie jest zasadność wypowiedzenia umowy przez powódkę, jako podstawa do uwzględnienia jej żądań zawartych w pkt I i II pozwu, czyli zwolnienia w całości gwarancji bankowej, ponad 70% już uzyskane mocą prawomocnego w tej części wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 14 października 2009 r. Odwoływanie się zatem do wskazanych argumentów, ze względu na ustalony i wiążący Sąd Najwyższy stan faktyczny sprawy oraz przedmiot powództwa w części, w której Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 14 października 2009 r. oddalił apelację powódki jest bezprzedmiotowe. Skarżąca miała przecież od samego początku niewywiązywania się - jej zdaniem - przez pozwanego z obowiązków, zwłaszcza odnoszących się do roszczeń majątkowych (o dodatkowe wynagrodzenie) możliwość wystąpienia na drogę postępowania przed sądem powszechnym. Możliwość taka stała się już oczywista od chwili, w której powołany wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 13 czerwca 2008 r. przesądził, że umowa łącząca strony nie zawiera zapisu na sąd polubowny. Na okoliczność możliwości, a nawet zasadności kierowania spraw spornych na drogę sądową (sądu powszechnego) zwracał powódce uwagę Sąd Apelacyjny w zaskarżonym wyroku. Wskazał w uzasadnieniu również, że powódka skierowała do sądu powszechnego sprawę należności nie objętych wynagrodzeniem ryczałtowym określonym w umowie, co sprawia, że nie można zarzucać pozwanemu i czynić z tego przyczyny wypowiedzenia umowy, iż naruszone zostały istotne warunki tej umowy wskutek odmowy przez pozwanego zapłaty należności objętej sporem sądowym, będącym w toku.

Trafnie zatem Sąd Apelacyjny uznał, że nie wystąpiły przesłanki określone w klauzuli 16.2. pkt b) i d) Warunków Ogólnych FIDIC, pozwalające na wypowiedzenie umowy przez wykonawcę. Niemniej jednak stwierdzić należy,

że zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa, które podziela skład orzekający Sądu Najwyższego, art. 144 prawa zamówień publicznych w brzmieniu poprzednim i obecnym nie wyłącza możliwości dokonania wykładni umowy na podstawie art. 65 k.c. Celem wykładni jest bowiem ustalenie rzeczywistej treści zawartej umowy, a nie zmiana jej postanowień (wyrok SN z dnia 17 czerwca 2009 r., IV CSK 90/09, Lex nr 512012). Utrwalone jest również orzecznictwo wskazujące na kierowanie się przy umowie stron w postaci pisemnej przede wszystkim tekstem umowy, a więc jej wykładnia nie może prowadzić do wniosków sprzecznych z tym tekstem, mimo nakazu zawartego w art. 65 § 2 k.c., aby przy wykładni kierować się celem umowy zamierzonym przez strony (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2010 r., IV CSK 269/09, Lex nr 668919, z dnia 17 czerwca 2009 r., IV CSK 90/09, Lex nr 512012, z dnia 23 kwietnia 2009 r., IV CSK 558/08, Lex nr 512966 i z dnia 26 listopada 2008 r., III CSK 163/08, Lex nr 479315 i z dnia 18 marca 2008 r., II CSK 336/07, Lex nr 385593). Tak więc, mając to na uwadze nie można podzielić twierdzeń skarżącej o naruszeniu przez Sąd Apelacyjny w zaskarżonym wyroku art. 65 k.c.

Do podobnych argumentów, co przedstawione powyżej sięga ponownie skarżąca w odniesieniu do zarzutu, że niewykonanie przez pozwanego decyzji Komisji Rozjemstwa oraz niepowołanie nowej (nowych) Komisji sprawiać miało zasadność twierdzenia powódki o naruszeniu przez pozwanego art. 354 k.c., czyli przepisu zobowiązującego strony stosunku zobowiązaniowego do współpracy przy wykonaniu zobowiązania. Tak tego ostatniego, jak i poprzednich twierdzeń skarżącej nie można podzielić, gdyż podstawową uwagę w skardze kasacyjnej skupiła na statusie i skutkach Komisji Rozjemstwa, o której mowa w Warunkach Ogólnych FIDIC, starając się nadać tym spośród nich, które są dla powódki korzystne takie znaczenie, jakiego nie nadały im postanowienia zawartej umowy. Budowaniu przekonania w tym względzie, także w kwestii naruszenia art. 354 k.c. zdaje się służyć, według strony skarżącej powoływane orzecznictwo Sądu Najwyższego. Nie jest to trafna argumentacja i nie można stwierdzić w okolicznościach sprawy naruszenia przez pozwanego art. 354 k.c.

Z tych względów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398<sup>14</sup> oddalił skargę kasacyjną, rozstrzygając o kosztach postępowania kasacyjnego na podstawie art. 98 w związku z art. 391 § 1 i art. 398<sup>21</sup> k.p.c.