



Sygn. akt V CSK 2/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 grudnia 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Krzysztof Strzelczyk (przewodniczący)

SSN Barbara Myszka

SSN Anna Owczarek (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa "B. S." S. D., R. D. spółki jawnej

w G.

przeciwko Województwu [...]

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej

w dniu 5 grudnia 2013 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 2 sierpnia 2012 r.

uchyla zaskarżony wyrok w części oddalającej apelację powoda i orzekającej o kosztach postępowania (punkty I ppkt 2,3,4, II,III,IV) i w tym zakresie przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu; pozostawia temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z dnia 15 marca 2012 r. oddalił powództwo B. S. S. D., R. D. Spółki jawnej z siedzibą w G. (następcy prawnego spółki cywilnej B.-S. s.c. D. S., Z. E.) przeciwko Województwu [...] o zapłatę kwoty 319.563,07 zł, w tym kwoty 239.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 25 listopada 2008 r. tytułem dopłaty wynagrodzenia uzgodnionego w umowie wobec bezskuteczności potrącenia przez pozwanego kar umownych za zwłokę w jej wykonaniu oraz kwoty 80.563,07 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 9 kwietnia 2009 r. tytułem zapłaty za prace wykonane ponad zamówienie.

Sąd Apelacyjny, uwzględniając częściowo apelację powoda, wyrokiem z dnia 2 sierpnia 2012 r. zmienił wskazane orzeczenie w ten sposób, że zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 119.000 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 25 listopada 2008 r. i oddalił apelację w pozostałym zakresie. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Sąd przyznał, że zasądzona kwota została zaniżona o 1.000 zł. na skutek omyłki rachunkowej.

Sąd odwoławczy stwierdził, że podziela podstawę faktyczną rozstrzygnięcia, ale „analiza zgromadzonego materiału w świetle przyjętych ustaleń faktycznych doprowadziła do wniosków, które tylko częściowo pokrywają się z wnioskami i ocenami sądu pierwszej instancji”. Ustalono, że w dniu 1 czerwca 2007 r., po przeprowadzeniu przetargu ograniczonego w trybie przepisów Prawa zamówień publicznych, pozwany - jako zamawiający i inwestor bezpośredni oraz ówcześni wspólnicy spółki cywilnej B.-S. – jako wykonawcy zawarli umowę o wykonanie, niezbędnych do realizacji zadania inwestycyjnego pod nazwą Rozbudowa Ośrodka Szkolno-Wychowawczego dla Dzieci Nieślyszących ul. D. [...] w W., (1) dokumentacji projektowej na wykonanie robót budowlanych, obejmującej projekt budowlany, branżowe projekty wykonawcze, przedmiary robót, opracowanie dotyczące bezpieczeństwa i ochrony zdrowia przy realizacji robót, (2) specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (dalej jako: STWiORB) oraz (3) kosztorysu inwestorskiego. Podstawą realizacji przedmiotu umowy miały być załączone do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ): (a) program funkcjonalno-użytkowy wraz z koncepcją architektoniczną inwestycji, wykonane

wcześniej na odrębne zlecenie pozwanego przez inny podmiot, (b) decyzja Prezydenta W. z dnia 19 maja 2006 r. nr .../06 o lokalizacji inwestycji celu publicznego oraz (c) dokumentacja geodezyjna warunków gruntowo-wodnych dla projektowanych budynków szkoły i sali gimnastycznej, także wykonana wcześniej przez inny podmiot. Termin realizacji umowy, ustalony jako osiem miesięcy od dnia jej zawarcia, mógł ulec przedłużeniu tylko jeśli terminy uzyskania technicznych warunków przyłączenia do sieci zewnętrznych bądź mapy do celów projektowych, mimo dopełnienia przez powoda należytej staranności, wykluczałyby możliwość jego zachowania. Wynagrodzenie powoda, określone ogółem na kwotę 557.540 zł brutto (457.000 zł netto, w tym 442.000 zł netto za sporządzenie dokumentacji projektowej i STWiORB oraz 15.000 zł netto za sporządzenie kosztorysu inwestorskiego) uwzględniało koszty związane z realizacją umowy, w szczególności uzyskania niezbędnych uzgodnień z instytucjami i osobami trzecimi, mapy dla celów projektowych i aktualizacji dokumentacji geodezyjnej warunków gruntowo-wodnych dla projektowanych budynków szkoły i sali gimnastycznej, kopiowania i doręczenia pozwanemu sporządzonej dokumentacji. Dokumentacja projektowa miała zawierać sprawdzenia, opinie i uzgodnienia wymagane przez obowiązujące przepisy prawa. Umowa przewidywała kary, w tym za zwłokę płatną przez wykonawcę na rzecz zamawiającego w wysokości 1.000 zł za każdy dzień zwłoki.

Przedstawiony przez pozwanego program funkcjonalno-użytkowy wraz z koncepcją architektoniczną inwestycji obejmował zespół obiektów szkolnych z blokiem sportowym, żywieniowym z kotłownią i warsztatem, składający się z trzech brył i pięciu segmentów, o powierzchni zabudowy 3.022,6 m², które miały być posadowione na terenie parku obok istniejącej zabudowy. Powód w toku projektowania stwierdził niezgodność wskazanej dokumentacji dotyczącą powierzchni zabudowy z decyzją lokalizacyjną (różnica około 300 m²) oraz kolizję planu sytuacyjnego obejmującego rzut poziomy projektowanych obiektów i ich usytuowania w terenie w stosunku do istniejących obiektów i drzewostanu, w tym podlegającego ochronie okazu cyprysika błotnego. Pozwany musiał wystąpić o nową decyzję o lokalizacji inwestycji celu publicznego. W tym czasie pracownicy powoda wykonywali inwentaryzację, mapę zasadniczą, badania gruntowe oraz bilanse zapotrzebowania na media. Przygotowana została inwentaryzacja zieleni,

zawierająca opracowanie około 1250 drzew. Powód otrzymał kolejną decyzję lokalizacyjną nr 142/2007 z dnia 16 października 2007 r. w dniu 28 października 2007r. W terminie umownym (27 listopada 2007 r.) powód złożył projekt budowlany nie zawierający uzgodnień. W ich toku Wydział Środowiska i Rolnictwa Urzędu Miejskiego w W. odmówił zgody na wycinkę części drzewostanu niezbędną do realizacji projektu zgodnego ze wskazanym planem sytuacyjnym, co spowodowało konieczność zmiany lokalizacji segmentu budynku szkoły. Pozwany wyraził na nią zgodę, a powód dokonał zmiany wykonanego projektu w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji wewnętrznych segmentu E oraz sporządził nową inwentaryzację geodezyjną terenu pod projektowane obiekty wraz z pełną inwentaryzacją zieleni.

W obu decyzjach lokalizacyjnych wskazano, że inwestycja nie wymaga ustaleń dotyczących ochrony dziedzictwa kulturowego i zabytków oraz dóbr kultury współczesnej wobec braku na tym terenie obiektów lub terenów objętych ochroną. Tymczasem Wydział Środowiska Urzędu Miejskiego w W. nakazał w toku uzgodnień uzupełnienie wniosku o opinię Miejskiego Konserwatora Zabytków co do budowy i rozbudowy ośrodka z uwagi na jego wpis do Gminnej Ewidencji Zabytków Architektury i Budownictwa m. W. Miejski Konserwator Zabytków zakwestionował usytuowanie projektowanego budynku. Ponadto Wojewódzki Konserwator Zabytków w W. w piśmie z dnia 14 kwietnia 2008 r. poinformował powoda, że planowana inwestycja znajduje się na terenie stanowiska archeologicznego nr 228 oraz na terenie wsi o metryce średniowiecznej, w związku z czym prowadzenie robót wymagało jego pozwolenia i stosowania się do zaleceń konserwatorskich. Powód wykonał nowy projekt zagospodarowania obiektu wraz z projektem zagospodarowania terenu i zieleni. Projekt ten uzyskał wstępną akceptację Miejskiego Konserwatora Zabytków w W., który zobowiązał powoda do uzgodnienia projektu zieleni i gospodarki drzewostanem. Powód otrzymał je w dniu 7 maja 2008 r. pod warunkiem uzyskania zezwolenia na usunięcie kolidujących drzew i krzewów, uzależnionego od sporządzenia pozytywnie zaopiniowanego projektu drzew i nasadzeń rekompensujących.

W pismach z dnia 21 grudnia 2007 r., z dnia 7 marca i 12 czerwca 2008 r. powód zwracał się do pozwanego o przedłużenie terminu i nie naliczanie kar

umownych, na co pozwany nie wyraził zgody. Kompletną dokumentację projektową powód przekazał w dniu 17 lipca 2008 r., a uwzględniającą zastrzeżenia pozwanego w dniu 13 października 2008 r. Strony podpisały protokół odbioru dokumentacji technicznej w dniu 27 października 2008 r. W związku z wadami projektu wynagrodzenie powoda zostało pomniejszone o kwotę 15.000 zł. Pozwany, uznając że dokumentacja techniczna została przekazana z opóźnieniem wynoszącym 239 dni, oświadczył, że potrąca karę umowną w kwocie 239.000 zł z wynagrodzeniem należnym powodowi, a następnie w dniu 25 listopada 2008 r. zapłacił pozostałą kwotę, tj. 300.240 zł.

Sąd Okręgowy przyjął, że dokumentacja przetargowa przygotowana przez pozwanego zawierała błędy i uniemożliwiała przewidzenie wszystkich niezbędnych prac i uzgodnień oraz że w związku z tym obiektywnie nie było możliwe wykonanie umowy w terminie. Stwierdził jednak, że powód jako profesjonalista dopuścił się niedbalstwa, gdyż powinien wykorzystać możliwość złożenia zapytań w postępowaniu przetargowym i należycie ocenić termin wykonania prac z wszystkimi uzgodnieniami. Jego wina polegała na nie dołożeniu należytej staranności i przyjęciu obowiązku wykonania dokumentacji w terminie niemożliwym do zachowania. Z tych względów Sąd pierwszej instancji uznał, że pozwany prawidłowo naliczył karę umowną w kwocie 239.000 zł i skutecznie potrącił ją z wynagrodzeniem należnym powodowi. Przyczyną oddalenia powództwa w pozostałej części było stwierdzenie, że ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego (art. 632 § 1 k.c.) nie pozwala powodowi żądać podwyższenia wynagrodzenia za czynności zmierzające do prawidłowego wykonania umowy.

Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia Sądu Okręgowego, ale inaczej ocenił kwestię zawinienia powoda w niedotrzymaniu terminu wykonania umowy. Stwierdził, że na etapie postępowania przetargowego powód nie musiał wiedzieć, że dokumentacja przetargowa zawiera błędy oraz będą konieczne dodatkowe prace i uzgodnienia. Nawet podwyższona staranność, którą jako profesjonalista powinien się wykazać, nie gwarantowała właściwej oceny terminu wykonania umowy. Pomijając przeszkody, które można było przewidzieć, albo których prawdopodobieństwo wystąpienia jest niewielkie, powód miał prawo oczekiwać, że warunki zamówienia określone w dokumentacji przetargowej są wolne od błędów

i mogą stanowić podstawę przygotowania oferty w podanym terminie. Błędy, których ujawnienie możliwe było dopiero na etapie realizacji zamówienia, nie mogły stanowić podstawy ustalenia odpowiedzialności powoda za nieterminowe wykonanie umowy.

W dalszej kolejności Sąd Apelacyjny przyjął, że opóźnienie w wykonaniu umowy, za które powodowi przypisać odpowiedzialności nie można, wyniosło cztery miesiące, a powód nie kwestionował opinii biegłego, z której wynikało, że czas uzyskiwania uzgodnień z Wydziałem Środowiska i Rolnictwa UM w W., Miejskim Konserwatorem Zabytków oraz prowadzenia prac dodatkowych (nowy projekt zagospodarowania w zakresie zieleni, nowy projekt zagospodarowania całości terenu oraz nowy projekt architektoniczno-budowlany części zabudowy) wynosił minimum trzy, a maksimum sześć miesięcy. Stwierdził, że powód nie wykazał ponadto, że opracowanie dokumentacji w terminie wydłużonym o cztery miesiące nie było możliwe oraz by nie mógł w czasie dokonywania uzgodnień prowadzić prac projektowych przynajmniej w pewnym zakresie. Tym samym uznał, że potrącenie dokonane przez pozwanego było skuteczne do kwoty 120.000 zł. Sąd Apelacyjny wskazał ponadto, że w okolicznościach sprawy można byłoby rozważać miarkowanie kary umownej o połowę na podstawie art. 484 § 2 k.c., ale prowadziłyby to do takiego samego wyniku jak zwolnienie powoda od kary umownej za cztery miesiące.

W ocenie Sądu Apelacyjnego trafnie nie uwzględniono powództwa o zapłatę dodatkowego wynagrodzenia gdyż, niezależnie od uzgodnionego wynagrodzenia ryczałtowego uniemożliwiającego jego podwyższenie (art. 632 § 1 k.c.), nie doszło do nadzwyczajnej zmiany stosunków polegającej na podwyższeniu podatków, cen i innych „czynników koniecznych do wykonania umowy”, zrealizowane prace nie mogą być traktowane jako dodatkowe, nieobjęte przedmiotem umowy, ponadto zmiana wynagrodzenia mogłaby mieć miejsce tylko w sytuacji przewidzianej w art. 144 § 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Od wyroku Sądu Apelacyjnego, w części oddalającej jego apelację kwestionującą oddalenie powództwa ponad kwotę 119.000 zł., powód wniósł skargę kasacyjną. W ramach podstawy przewidzianej w art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c. zarzucił naruszenie art. 471, 476, 484 § 1 i 2, art. 65 § 1 i 2, art. 354, art. 355 § 1 i 2,

art. 632 § 1 i 2 k.c. oraz art. 29 ust. 1, art. 31 ust. 1 – 3, art. 139 ust. 1 i 2, art. 144 ust. 1 p.z.p. oraz art. 140 ust. 1 i 3 p.z.p. w brzmieniu obowiązującym przed dniem 28 listopada 2007 r., a w ramach podstawy z art. 389³ § 1 pkt 2 k.p.c. – jako mogące mieć wpływ na wynik sprawy naruszenia art. 378 § 1 w zw. z art. 328 § 2, art. 385 oraz art. 100 k.p.c. W konkluzji wniósł o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego, ewentualnie orzeczenie co do istoty sprawy i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 200.563,07 zł z odsetkami ustawowymi i kosztami procesu za pierwszą instancję według spisu kosztów, a za drugą instancję i postępowanie kasacyjne według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną pozwany wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył:

W pierwszym rzędzie należy odnieść się do zakresu zaskarżenia wskazanego w skardze kasacyjnej. Powód oznaczył go m.in. jako pkt I.2 wyroku, którym Sąd Apelacyjny zmienił wyrok sądu pierwszej instancji w ten sposób, że oddalił powództwo w części przewyższającej kwotę 119.000 zł. Apelacja, którą powód zaskarżył w całości wyrok Sądu Okręgowego oddalający powództwo, nie ma charakteru anulacyjnego (jak sprzeciw od nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu upominawczym), zatem rozstrzygnięcie sądu drugiej instancji w części nie uwzględniającej tego środka odwoławczego znalazło procesowy wyraz w orzeczeniu oddalającym apelację (pkt II). Orzeczenie oddalające powództwo i oddalające apelację powoda byłoby wadliwe i wewnętrznie sprzeczne. W istocie Sąd odwoławczy (nie oznaczając tego wprost) w punkcie I jedynie nadał wyrokowi sądu pierwszej instancji nowe brzmienie. Sąd Najwyższy, zważywszy na wskazane wątpliwości wynikające z nieprawidłowej redakcji wyroku i właściwe oznaczenie wartości przedmiotu zaskarżenia w skardze, przyjął, że przedmiotem zaskarżenia jest pkt II wyroku Sądu Apelacyjnego, czyli orzeczenie o oddaleniu apelacji.

Zasadna jest skarga kasacyjna w części wskazującej na naruszenie art. 378 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. przez nie odniesienie się do części zarzutów

apelacyjnych, w tym dotyczących uchybienia treści art. 139 ust.1 i 2, art. 140 oraz art. 144 ust.1 i 2 Prawa zamówień publicznych (dalej jako: p.z.p.) i w następstwie niezastosowanie mimo (a) rozbieżności między przedmiotem zobowiązania określonym w SIWZ i umowie a częścią wykonanego i przyjętego świadczenia, będącej wynikiem istotnej zmiany dokumentacji przetargowej (inna decyzja o lokalizacji celu publicznego) po zawarciu umowy oraz zaniechanie oceny jej wpływu na ważność zobowiązania, (b) dokonania zmiany umowy bez zachowania formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności, (c) przyjęcia przez zamawiającego innego świadczenia wykonawcy, zatem w części wykonanego niezgodnie z treścią pierwotnej umowy („zamiast”). Z nieuwzględnienia tych okoliczności oraz ich skutków prawnych skarżący, niekonsekwentnie zresztą nie kwestionując umowy jako źródła zobowiązania zamawiającego w zakresie obowiązku zapłaty wynagrodzenia, wywodzi, wskazując m.in. na niedopuszczalność przyjęcia zwłoki w zakresie dotyczącym realizacji świadczenia nieobjętego treścią pierwotnego zobowiązania oraz zasądzenia kary umownej opartej na nieważnej umowie, naruszenie innych przepisów prawa materialnego powołanych w ramach pierwszej podstawy kasacyjnej. Nie przesądzając, czy powyższe zarzuty apelacyjne zasługiwały na uwzględnienie podkreślić należy, że ich waga i znaczenie dla rozstrzygnięcia wymagały wyraźnego zajęcia stanowiska przez sąd odwoławczy i dokonania, następczej względem nich, oceny zasadności żądania pozwu oraz skuteczności prawno-materialnego zarzutu potrącenia. Uchylenie się od tego obowiązku uzasadnia również podstawę kasacyjną w zakresie wskazującym na naruszenie art. 385 k.p.c.

Potwierdzone uchybienia przepisom prawa procesowego, mające wpływ na wynik sprawy, w zasadzie czynią zbędnym odniesienie się do przepisów powołanych w ramach podstawy naruszenia prawa materialnego. Niemniej celowe jest odniesienie do części z nich. Podstawą dokonania wykładni i odpowiednio subsumcji przez sąd odwoławczy powinny być przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz. U. z 2006 r., Nr 164, poz. 1163 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy, które w relewantnym zakresie uległy znaczącej zmianie (art. 4 ust. 4 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz

niektórych innych ustaw (Dz. U. 2008 r., Nr 171, poz. 1058), art. 6 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2009 r., Nr 223, poz. 1778). Pojęcia przedmiot zamówienia, program funkcjonalno-użytkowy, decyzja o lokalizacji inwestycji celu publicznego, zakres świadczenia umownego, dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych, wskazane w umowie, wynikają z aktów prawnych, zatem mają charakter normatywny i w zasadzie powinny być używane w tym znaczeniu. Nie wyklucza to możliwości dokonania odmiennej interpretacji postanowień umowy, przy zastosowaniu zasad wskazanych w art. 65 § 2 k.c. Podkreślenia wymaga że, jakkolwiek odwołanie się przez strony w umowie oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przy opisie obowiązków wykonawcy do oznaczonej dokumentacji, mającej być podstawą realizacji przedmiotu kontraktu, nie stanowi oświadczenia woli kształtującego treść czynności prawnej tylko jako oświadczenie wiedzy, niezgodność z nią może wywołać określone skutki prawne. Przedmiot świadczenia wykonawcy wyznacza bowiem, poza treścią umowy, jej zamierzony cel który, w pierwszym rzędzie musi być zgodny z przepisami bezwzględnie obowiązującymi, a w dalszej kolejności z postanowieniami kontraktu i przepisami względnie obowiązującymi. Rozważyć zatem należy, uwzględniając reżim prawa budowlanego i prawa zamówień publicznych, charakter, różnice treści i skutki zmiany decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego oraz zakres dopuszczalnych odstępstw w zakresie świadczenia wykonawcy, które zgodnie zostały uznane przez strony za niezbędne i następnie wprowadzone już w toku realizacji kontraktu. Ocena czy pierwszeństwo przypisać należy kwalifikowanemu sposobowi zawierania i formie umów czy osiągniętemu rezultatowi, zgodnemu z zamierzonym celem, powinna być dokonana *in concreto* w indywidualnych okolicznościach danej sprawy, gdyż tylko wówczas można stwierdzić czy różnice były przedmiotowo istotne i czy wymagały, w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych, zmiany umowy z zachowaniem formy zastrzeżonej *ad solemnitatem*. Uwzględnieniu podlega również okoliczność czy bez wprowadzenia zmian świadczenie byłoby przydatne do zakładanego celu, zatem stanowiłoby prawidłowe wykonanie umowy.

Orzecznictwo dotyczące tych kwestii jest zróżnicowane. Zwrócić jednak należy uwagę, że problemy dotyczące zbliżonych kwestii były przedmiotem wypowiedzi Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Wykładnia prowspólnotowa, postulowana także w odniesieniu do przepisów prawa krajowego, przemawia za pomocniczym uwzględnieniem stanowiska zajętego w związku z wykładnią dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz. U. L 209, s. 1) i dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. L 395, s. 33). Przyjęto, że zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu cyt. dyrektywy 92/50, jeżeli charakteryzują się cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być zatem uznana za istotną, jeżeli wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, jeżeli w sposób znaczący poszerza zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane, bądź gdy modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia (por. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 2008 r. *pressetext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republice Austrii i APA-OTS Originaltext-Service GmbH*, C-454/06 podobnie wyrok z dnia 5 października 2000 r. *Komisja przeciwko Francji*, C-337/98). Zważyć bowiem trzeba, że formalizm przepisów prawa zamówień publicznych nie jest celem samym w sobie, tylko służy zapewnieniu równego dostępu, uczciwej konkurencji i poprzez przejrzystość procedur zapobiega działaniom korupcyjnym.

Podkreślenia wymaga, że art. 144 Prawa zamówień publicznych, w brzmieniu ówczesnie obowiązującym, dopuszczał zmianę postanowień umowy

w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, jeśli konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te były korzystne dla zamawiającego. Zgodnie przyjęto, dokonując wykładni powyższego przepisu, że do zmiany takiej może dojść wyłącznie poprzez złożenie zgodnych oświadczeń woli stron umowy. Omawiana norma nie stanowi zatem podstawy roszczenia wykonawcy o zmianę zawartej umowy (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2003 r., III CKN 1320/00, OSNC 2004, nr 7-8, poz.112, oraz nie publikowane z dnia 5 października 2006 r., IV CSK 153/06, OSNC 2007, nr 7-8, poz. 113, z dnia 16 maja 2007 r., III CSK 452/06, nie publ., z dnia 4 lutego 2011 r., III CSK 143/10, z dnia 14 marca 2012 r., II CSK 183/11, nie publ.).

Z zagadnieniem ważności umowy, a raczej podstawy prawnej rozliczenia stron za przyjęte świadczenie wykonawcy, pozostaje w bezpośrednim związku drugie żądanie objęte pozwem, tj. o zapłatę wynagrodzenia za prace wykonane ponad zamówienie (czy też roboty dodatkowe mieszczące się w zakresie przedmiotowym obowiązku ciążącego na wykonawcy, ale ponowione z innych przyczyn). Powództwo o zapłatę z tego tytułu obejmowało dwie grupy robót, tj. wykonane ze względu na uzgodnienia z konserwatorem zabytków zagospodarowanie terenu (drogi i place o powierzchni 5858 m²), projekt zieleni z wytycznymi gospodarki zielenią (powierzchnia 1.16 ha), oraz wykonane ze względu na ochronę drzewa cypryśnik błotny zmiany w projekcie architektury i konstrukcji budynku o kubaturze 702,9 m³. Będzie ono mogło być przedmiotem oceny po przesądzeniu kwestii omówionych wyżej. Niemniej skarżący w odniesieniu do rozstrzygnięcia dotyczącego tego żądania zarzuca również naruszenie przepisu art. 632 § 1 i § 2 k.c. przez jego nie zastosowanie jako podstawy prawnej zapłaty za roboty wykonane ponad świadczenie umowne („obok”), niezbędne dla realizacji umowy i nie objęte wynagrodzeniem ryczałtowym. Judykatura przyjmuje, że podstawą prawną sądowej zmiany umowy, równorzędną z art. 357¹ k.c., ale z uwagi na wskazanie innych przesłanek o częściowo krzyżującym się zakresie zastosowania, może być art. 632 § 2 k.c. W przeciwieństwie do art. 357¹ k.c., mającego zastosowanie jedynie w razie wykazania nadzwyczajnej zmiany stosunków, zezwala on na jej modyfikację przez

podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego już w wypadku, gdy skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć wykonanie umowy groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą. Nie musi to być strata, która zachwiałaby kondycją finansową wykonawcy bądź groziłaby mu upadłością, wystarczy zwykła rażąca strata transakcyjna (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2006 r., V CSK 251/06 oraz z dnia 9 stycznia 2012 r., V CSK 366/11 – niepubl.). Za nadzwyczajną zmianę stosunków należy zatem uznać taką, która niweczy kalkulację dokonywaną przez wykonawcę z uwzględnieniem zwykłego ryzyka kontraktowego. Z tej przyczyny stanowiska Sądu Apelacyjnego, ograniczającego możliwość zastosowania wskazanej normy tylko do „zaskakującej zmiany podatków i ceł, cen materiałów i innych czynników koniecznych do wykonania przedmiotu umowy” nie można zaakceptować. Jednak możliwość zastosowania tej normy jest ograniczona, w szczególności powinna mieć odniesienie do umów, które nie zostały wykonane ze skutkiem wygaśnięcia zobowiązania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 2012 r., I CSK 333/11, Izba Cywilna 2013, nr 6; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 r., III CSK 143/10, niepubl.; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12, niepubl.; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2013 r., IV CSK 568/12, niepubl.).

Arbitralność stanowiska sądu drugiej instancji uniemożliwia odparcie skargi kasacyjnej w części odnoszącej się do zarzutu naruszenia art. 484 § 2 k.p.c. Jeżeli bowiem Sąd odwoławczy stwierdził, że spełnione zostały przewidziane w tym przepisie podstawy miarkowania kary umownej i wprost wskazał, że powinno ono wynosić 50% nie mógł się uchylić od jego zastosowania z powołaniem na okoliczność nieprawidłowego jej wyliczenia przez pozwanego, na skutek przyjęcia zawyżonego okresu zwłoki w wykonaniu zobowiązania. Przestanki powyższe nie mają charakteru konkurencyjnego i nie znoszą się wzajemnie. Jedynie prawidłowo obliczona, jako pochodna okresu zwłoki, kara umowna mogła podlegać miarkowaniu i dopiero tak ustalona wierzytelność pozwanego powinna być oceniana w aspekcie skuteczności potrącenia i odpowiednio ustalenia wysokości umorzonego zobowiązania.

W tym stanie rzeczy, wobec zasadności podstaw kasacyjnych orzeczono jak w sentencji (art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.). O kosztach postępowania przed Sądem Najwyższym postanowiono w oparciu o art. 108 § 2 k.p.c. w zw. z art. 398²¹ k.p.c.