Sygn. akt V CSK 551/14

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 czerwca 2015 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Dończyk (przewodniczący)
SSN Maria Szulc (sprawozdawca)
SSN Karol Weitz

w sprawie z powództwa M. W.
przeciwko Gminie U. z udziałem interwenienta ubocznego D. B.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej
w dniu 3 czerwca 2015 r.,
skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 27 marca 2014 r.,

uchyla zaskarżony wyrok w punkcie I podpunkt 1, 3 i 4 oraz w punkcie III, IV i V i w tym zakresie sprawę przekazuje Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 24 listopada 2009 r. Sąd Apelacyjny uchylił wyrok Sądu Okręgowego w B. z dnia 13 maja 2009 r. oddalający powództwo o zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane zamienne oraz dodatkowe i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania temu Sądowi wyrażając pogląd, że z uwagi na wykonanie prac przez powódkę na podstawie projektu zamiennego bez zmiany umowy zawartej w trybie zamówień publicznych, umowa była nieważna i roszczenie powódki podlega rozpoznaniu na podstawie art. 410 § 1 w zw. z art. 405 k.c.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 28 kwietnia 2011 r. oddalił powództwo uznając, że powódka nie wykazała ilości i wartości wykonanych robót dodatkowych.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Apelacyjny zmienił powyższy wyrok w ten sposób, że zasądził na rzecz powódki kwotę 93.339,68 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 18 listopada 2006 r., a w pozostałej części powództwo i apelację powódki oddalił.

Ustalił, że w toku przetargu powódka przy sporządzaniu kosztorysu na kwotę 360.000 zł opierała się na dokumentacji i przedmiarze robót przedstawionym przez pozwaną, ale nie dokonała jego weryfikacji mimo oględzin budynku. W dniu 13 grudnia 2005 r. strony zawarły umowę na przebudowę „O.” na cele biblioteki publicznej oraz gminnego centrum informacji - II etap. Powódka zobowiązała się do wykonania zakresu robót według dokumentacji projektowej, SIWZ, specyfikacji technicznej i szczegółowej oraz szczegółowej oferty wykonawcy za wynagrodzeniem ryczałtowym. W umowie uzgodniono, że w przypadku konieczności wykonania prac dodatkowych, które nie zostały przewidziane w umowie, a których wykonanie jest niezbędne do zrealizowania jej przedmiotu, będą one wykonywane na podstawie protokołu konieczności potwierdzonego przez inspektora nadzoru, a rozliczenie nastąpi kosztorysem powykonawczym. W trakcie realizacji robót pozwana zleciła wykonanie projektu zamiennego dla robót budowlanych bez instalacji, lecz nie zleciła sporządzenia kosztorysu, jak również strony nie zawarły umowy na wykonanie prac według tego

projektu. Przyczyny zmiany zakresu prac częściowo wynikały ze zmiany koncepcji zamawiającego (likwidacja komina, zmiana ilości i sposobu urządzenia toalet), częściowo z gorszego stanu poszczególnych elementów budynku (zły stan podwali, ścian, konieczność zmiany sposobu wykonania elewacji) i częściowo konieczności zmiany sposobu wykonania prac z uwagi na złe rozwiązania projektowe (zastąpienie schodów do piwnicy drabiną, przeniesienie zaworu wody, przeprojektowanie podjazdu dla osób niepełnosprawnych). Powódka, po uzyskaniu ustnej zgody zamawiającego, wykonała więcej prac, niż wynikało z projektu podstawowego stanowiącego część umowy z dnia 13 grudnia 2005 r., bo wykonała prace z projektu zamiennego oraz takie, których nie było w żadnym projekcie. W związku z wykonaniem prac dodatkowych inspektor nadzoru sporządziła notatki i dokonała wpisów w dzienniku budowy, natomiast nie były prowadzone przez powódkę książki obmiarów. Wykonanie prac zgodnie ze zmienionym projektem potwierdza protokół końcowy z dnia 19 czerwca 2006 r. i wypłacenie wynagrodzenia w kwocie 439.200 zł zgodnie z umową. W protokole wpisano także, że rozliczenie prac dodatkowych nastąpi na podstawie odrębnego protokołu do końca czerwca 2009 r. Inspektor nadzoru dokonała rozliczenia prac dodatkowych na kwotę 69.918,46 zł. Biegły, powołany w postępowaniu apelacyjnym, wyliczył wartość wszystkich prac wykonanych przez powódkę na kwotę 532.539,68 zł.

Sąd Apelacyjny, powołując się na stanowisko tego Sądu wyrażone w toku poprzedniego postępowania apelacyjnego, stwierdził, że zgodnie z art. 139 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych umowa w sprawach zamówień publicznych musi być zawarta na piśmie pod rygorem nieważności, a uwzględniając treść art. 77 § 1 k.c. zmiana tej umowy musi nastąpić w tej samej formie pod tym samym rygorem, natomiast strony żadnej innej umowy nie zawarły. Skoro powódka nie wykonała prac w takim zakresie, jaki przewidywała umowa, lecz zrealizowała projekt zamienny i wykonała jeszcze inne prace, to doszło do świadczenia z jej strony w wykonaniu nieważnej umowy, co uzasadnia zastosowanie art. 410 § 1 w zw. z art. 405 k.c. Z tej przyczyny zasądzono na rzecz powódki różnicę pomiędzy kwotą wypłaconą jej przez pozwaną, a wynikającą z opinii biegłego.

Pozwana zaskarżyła powyższy wyrok w pkt I ppkt 1, 3 i 4 oraz w pkt III, IV i V i wniosła o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do

ponownego rozpoznania, ewentualnie o jego uchylenie i orzeczenie co do istoty sprawy. Zarzuciła naruszenie prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie art. 410 § 1 w zw. z art. 405 k.c. oraz przez błędną wykładnię art. 632 § 1 i 2, 647 i 649 k.c., art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177 ze zm.) i art. 77 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 2 u.p.z.p. Naruszenie przepisów postępowania wywiodła z naruszenia art. 328 § 2 k.p.c., art. 316 § 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz 382 i 386 § 1 k.p.c.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Mimo zgłoszenia zarzutów naruszenia przepisów postępowania, w pierwszej kolejności odnieść się trzeba do zarzutów naruszenia prawa materialnego, bowiem ich rozstrzygnięcie wyznaczać będzie zakres podstawy faktycznej stanowiącej podstawę ich zastosowania.

U podłoża poglądu Sądu drugiej instancji co do zastosowania jako podstawy rozstrzygnięcia art. 410 § 1 w zw. z art. 405 k.c. legło ustalenie, że skoro powódka nie wykonała robót budowlanych w zakresie określonym umową zawartą w trybie zamówień publicznych, lecz zrealizowała projekt zamienny i wykonała roboty dodatkowe bez zmiany umowy na piśmie, to doszło do wykonania świadczenia z nieważnej umowy.

Stanowisko to nie wyjaśnia jednak, czy Sąd Apelacyjny uznał za nieważną umowę z dnia 13 grudnia 2005 r. zawartą w trybie zamówień publicznych, czy też uznał, że strony zawarły nową umowę zmieniającą umowę pierwotną bez przewidzianej w art. 139 ust. 2 p.z.p. (w brzmieniu obowiązującej w dacie zawarcia umowy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177) w zw. z art. 77 § 1 k.c. formy pisemnej pod rygorem nieważności. Tylko w takim wypadku można bowiem mówić o nieważności umowy - brak umowy pomiędzy stronami wyklucza zastosowanie *condictio sine causa* (art. 410 § 2 k.c.), a stosowanie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu ograniczone jest do art. 405 k.c. Umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich postanowień umowy (art. 72 § 1 k.c.), lecz kwestia ta nie była przedmiotem wypowiedzi Sądu.

Przesłanki nieważności umowy w sprawach zamówień publicznych zostały wymienione w art. 146 pkt 1 p.z.p., ale z motywów zaskarżonego orzeczenia nie wynika, by w odniesieniu do umowy z dnia 15 grudnia 2005 r. były rozważane. Ponadto w wypadku dokonania zmiany umowy z naruszeniem art. 139 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 77 § 1 k.c. nieważna jest zmiana umowy, a nie umowa zmieniana.

Umowa o roboty budowlane zawarta w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozostaje umową o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 i n. k.c., z tym że podlega reżimowi p.z.p. Jej przedmiotem jest wykonanie (przebudowanie) obiektu budowlanego zgodnie z ustalonym zakresem robót, projektem i zasadami wiedzy technicznej, natomiast w razie wątpliwości poczytuje się, że wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Zgodnie z art. 31 ust. 1 p.z.p., zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej i odbioru robót, natomiast zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w istotnych warunkach zamówienia (art. 140 ust. 1 p.z.p.). Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowalnych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072) w § 4 ust. 1 stanowiło, że dokumentacja projektowa służąca do opisu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, na których wykonanie wymagane jest uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę budowlanych, projektów wykonawczych, przedmiaru robót oraz informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane. Przedmiar robót stanowi zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem, miejscem wykonania lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazanie właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości przedmiarowych robót podstawowych (§ 6 rozporządzenia).W świetle orzecznictwa administracyjnego w wypadku ustalenia

przez strony umowy wynagrodzenia ryczałtowego, mimo że stanowi podstawę sporządzenia kosztorysu, ma znaczenie pomocnicze i jest opracowaniem wtórnym do projektu budowlanego i specyfikacji technicznych wykonania (wyrok KIO z dnia 20 października 2008 r., KIO/UZP 1077/08, wyrok z dnia 30 lipca 2009 r. KIO/UZP 921/09, z dnia 9 marca 2011 r., KIO 407/11). Z nadrzędnej pozycji projektu budowlanego jako części dokumentacji projektowej wynika, że w razie nie objęcia przedmiarem wszystkich robót określonych w projekcie budowlanym, przedmiot zamówienia wyznacza projekt. W doktrynie podkreśla się, że przedmiar nie opisuje przedmiotu zamówienia a służy do jego wyceny, stąd nie można przyjąć, że roboty w nim nie ujęte są robotami zamiennymi lub dodatkowymi. Wykonawca może być chroniony odpowiednimi zapisami umownym w przypadku konieczności ich wykonania.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 grudnia 2013 r., V CSK 2/13 (nie publ.), przedmiot świadczenia wykonawcy wyznacza, poza treścią umowy, jej zamierzony cel, który musi być zgodny z przepisami bezwzględnie obowiązującymi, kontraktem i przepisami względnie obowiązującymi. Ocena zmiany przez zamawiającego w toku wykonywania umowy projektu budowlanego stanowiącego część dokumentacji projektowej w aspekcie zmiany przedmiotu umowy dokonywana musi *in casu* z uwzględnieniem treści umowy oraz charakteru zmian. Nie każda zmiana projektu będzie prowadzić bowiem do stwierdzenia, że zamawiający dokonał zmiany przedmiotu umowy sprzecznie z jego opisem zawartym w zamówieniu. Decydujące znaczenie należy przypisać ustaleniu, czy zmiany były przedmiotowo istotne, a więc czy w tak znaczący sposób odbiegały od pierwotnego zamówienia, że mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony jego podstawowych ustaleń. W powołanym wyżej wyroku Sąd Najwyższy, uwzględniając wykładnię prowspólnotową wyjaśnił, że zmiana może być istotna, jeżeli wprowadza warunki, które gdyby nie zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów, niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, jeżeli w znaczący sposób poszerza zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane, bądź gdy narusza równowagę ekonomiczną na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był pierwotnie przewidziany. W wypadku ustalenia przez

strony wynagrodzenia ryczałtowego nie stanowi więc zmiany przedmiotu umowy taka zmiana projektu budowlanego, która polega na wyeliminowaniu pewnych robót, zastąpieniu jednych robót innymi, lub wykonaniu ich innymi materiałami, jeżeli mieszczą się w zakresie prac pierwotnie określonym. Jeżeli ten zakres przekraczają i stanowią roboty dodatkowe, zastosowanie ma art. 67 p.z.p., a w razie braku przesłanek stosowany przez analogię art. 632 § 2 k.c. Nie ma natomiast racji skarżący, że charakter projektu zamiennego, wprowadzającego w projekcie podstawowym zmiany mieszczące się w zakresie nieistotnego odstąpienia (art. 35a ust. 5 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, Dz. U. z 2004 r. Nr 93, poz. 888 - w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy) przesądza o nieistotności zmian zakresu robót. Nieistotne odstępstwo od projektu pierwotnego ma jedynie to znaczenie, że nie jest wymagane pozwolenie na budowę, natomiast nie przesądza automatycznie o istotności zmian w stosunku do projektu pierwotnego w aspekcie oceny tożsamości przedmiotu umowy.

Co do zasady wykonawca robót budowlanych za wynagrodzeniem ryczałtowym nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chyba że zostaną spełnione materialnoprawne przesłanki określone w art. 632 § 2 k.c. z uwzględnieniem art. 144 ust. 1 p.z.p. w zakresie, w jakim określa dopuszczalność zmiany umowy. Zmiana wysokości wynagrodzenia wykonawcy z tytułu wykonanych robót dodatkowych będzie dopuszczalna, jeżeli jest korzystna dla zamawiającego albo wynika z okoliczności, których nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia umowy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 r., III CSK 143/10, nie publ.).

Sąd drugiej instancji związany był wprawdzie poglądem prawnym i wskazaniami co do dalszego postępowania wyrażonymi przez Sąd Apelacyjny rozpoznający sprawę pierwotnie (art. 386 § 6 k.p.c.), ale brak ustalonej właściwie podstawy faktycznej uniemożliwia dokonanie oceny prawnej w świetle wskazanych przepisów prawa materialnego. Nie pozwala to na odparcie podniesionych w skardze zarzutów naruszenia art. 328 § 2 i 382 k.p.c. Ani Sąd pierwszej, ani Sąd drugiej instancji nie dokonały ustaleń - poza ogólnym opisem - jaki był przedmiot umowy z dnia 15 grudnia zawartej pomiędzy stronami, jakie zmiany zostały wprowadzone w projekcie zamiennym i które prace miały zastąpić lub zmienić technologię ich wykonania, jakie prace zostały wykonane na podstawie

tego projektu, a jakich nie wykonano z projektu podstawowego, jaka była ich wartość w stosunku do umówionego wynagrodzenia, jakie roboty dodatkowe, tj. prace nie mieszczące się w dokumentacji projektowej, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub specyfikacji technicznej, zostały wykonane. Prawidłowe zastosowanie prawa materialnego uzależnione jest także od ustalenia, czy pomiędzy stronami została zawarta ważna umowa w trybie ustawy o zamówieniach publicznych i czy strony zawarły umowę zmieniającą. Motywy zaskarżonego wyroku pomijają część materiału dowodowego, w tym opinię biegłej H. D. i nie wyjaśniają sprzeczności z opinią biegłego K. K. co do wartości przedmiotu umowy po wprowadzeniu projektu zamiennego, pismo pozwanej z dnia 21 marca 2006 r. i 28 kwietnia 2006 r., kwestię złożenia przez powódkę kosztorysu na kwotę 50.648,13 zł i wykonywanie przez nią prac budowlanych na tym obiekcie w I etapie.

Nie mogą być natomiast zasadne te argumenty skarżącego, które wiąże z naruszeniem art. 233 § 1 k.p.c., wobec zakazu oparcia skargi kasacyjnej na zarzutach dotyczących ustalenia faktów lub niewłaściwie przeprowadzonej ocenie dowodów oraz związania Sądu Najwyższego ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia (art. 398^{3} § 3 k.p.c., art. 398^{13} § 2 *in fine*).

Z tych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 398^{15} k.p.c.