



Sygn. akt II CSK 197/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 lutego 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Anna Owczarek (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Zbigniew Kwaśniewski

SSN Krzysztof Strzelczyk

w sprawie z powództwa D. W.
przeciwko Wojskowej Agencji Mieszkaniowej
z udziałem interwenienta ubocznego po stronie pozwanej I.
Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki Komandytowej w P.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej
w dniu 18 lutego 2016 r.,
skargi kasacyjnej powoda
od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 13 listopada 2014 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok w punktach 2. i 3. i przekazuje
sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu ,
pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach
postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

D. W. wniósł o zasądzenie od Wojskowej Agencji Mieszkaniowej - Oddziału Regionalnego w Z. kwoty 100.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami tytułem wynagrodzenia za wykonanie robót obejmujących chodniki, drogi i parkingi na dodatkowym obszarze 4.741 m². Interwencję uboczną po stronie pozwanej zgłosił wykonawca dokumentacji projektowej – I. spółka z o.o. (poprzednio M.).

Wyrokiem z dnia 8 maja 2014 r. Sąd Okręgowy w Z. oddalił powództwo, a wyrokiem z dnia 13 listopada 2014 r., Sąd Apelacyjny oddalił apelację powoda.

Sąd drugiej instancji podzielił podstawę faktyczną i prawną zaskarżonego rozstrzygnięcia. Ustalono, że w dniu 1 lipca 2010 r. Wojskowa Agencja Mieszkaniowa zawarła z powodem w trybie prawa zamówień publicznych po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego umowę nr [...] na wykonanie robót budowlanych pod nazwą: „Przebudowa i budowa zewnętrznej infrastruktury technicznej na osiedlu mieszkaniowym w W.” za wynagrodzeniem ryczałtowym 3.476.573 zł. W ogłoszeniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w części określającej przedmiot, zakres i wielkość zamówienia wskazano, że szczegółowy zakres robót do wykonania obejmuje 5.948 m² parkingów projektowanych oraz 2.413 m² dróg i chodników typu Polbruk (łącznie 8.361 m²). W specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadzie indywidualnie oznaczono numerami 38 działek, na których miały być realizowane roboty, ale nie podano łącznej ich powierzchni, ani powierzchni parkingów i szlaków drożnych. Powód, posługując się planem sytuacyjnym terenu, sporządzonym w skali 1:500, ocenił że powierzchnia parkingów, dróg i chodników na wymienionych działkach powinna być większa i zwrócił się do pozwanej o wyjaśnienie, w związku z dostrzeżoną różnicą, rozbieżności dotyczącej łącznej powierzchni wykonania robót. Pozwana przesunęła termin składania ofert, a następnie zamieściła na stronie internetowej informację, że na podstawie wyjaśnień uzyskanych od projektanta – „M.” sp. z o.o., potwierdza powierzchnię 8.361 m², wcześniej wskazaną w ogłoszeniu o zamówieniu. W przetargu uczestniczyło trzech wykonawców. Oferta powoda została wybrana ze względu na najniższą cenę. W umowie nie oznaczono powierzchni robót tylko powołano numery działek, na których miały być one prowadzone. Powód wykonał

roboty, które ostatecznie objęły łączną powierzchnię 13.102 m² (2.911 m² chodników oraz 10.191 m² dróg i parkingów) na wskazanych działkach, zastrzegając, że będzie dochodził od zamawiającego świadczenia pieniężnego za wykonanie wszystkich robót. W ich trakcie wskazywał na zaniżenie powierzchni i żądał renegotjacji wysokości wynagrodzenia, czego zamawiający odmawiał informując, że niewykonanie robót w pełnym zakresie i w terminie spowoduje utratę dotacji unijnej oraz obciążenie powoda karami umownymi i odszkodowaniem obejmującym wysokość tej dotacji. Pozwana wypłaciła wynagrodzenie wynikające z umowy.

Sąd drugiej instancji ocenił, że strony łączyła umowa o roboty budowlane (art. 647 i nast. k.c.), która wymagała formy pisemnej *ad solemnitatem* (art. 74 p.z.p.). Zgodnie z § 3 pkt 2 umowy wykonawca zobowiązał się do realizacji na rzecz zamawiającego, za wynagrodzeniem ryczałtowym, roboty budowlane stanowiące przedmiot umowy zgodnie z dokumentacją techniczną, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru, polskimi normami oraz zasadami techniki i sztuki budowlanej. Z § 2 umowy wynika, że wykonawca wykona zamówienie zgodnie z SIWZ oraz złożoną ofertą. Sąd wskazał, że w myśl art. 632 k.c. uzgodnienie wynagrodzenia ryczałtowego wyklucza możliwość jego podwyższenia, nawet jeżeli w chwili zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Art. 38 ust. 1 p.z.p. przewiduje, że wykonawca może się zwrócić do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie ogłoszenia o zamówieniu publicznym, zatem udzielenie wadliwych wyjaśnień odnoszących się do ogłoszenia nie mogło mieć wpływu na treść zobowiązania. Sąd określając SIWZ, dokumentację projektową, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót jako „dokumenty nadrzędne” stwierdził, że tylko one wskazywały przedmiot zamówienia i zakres objętych nim robót, a powierzchnia podana w ogłoszeniu miała jedynie charakter „pomocniczy”. Zdaniem Sądu zwrócenie się do pozwanej oznacza, że powód wiedział, jaka jest rzeczywista powierzchnia robót i na tej podstawie mógł ustalić wyższą cenę ofertową, zwłaszcza że, jako jedyny z przedsiębiorców uczestniczących w przetargu, był jednocześnie producentem kostki brukowej. Uznał, że powinien on jako profesjonalista w danej branży przewidywać następstwa tak zawartej umowy oraz kierować się regułą art. 649 k.c., mającą poprzez art. 139

ust. 1 p.z.p. odpowiednie zastosowanie dla umów zawieranych w trybie zamówień publicznych, zgodnie z którą w razie wątpliwości poczytuje się, że wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy, przy czym dokumentacja wymagana przez właściwe przepisy stanowi część składową umowy (art. 648 § 1 k.c.). W ocenie Sądu powód nie mógł domagać się modyfikacji wynagrodzenia na mocy art. 632 § 2 k.c., gdyż nie wystąpiło zdarzenie zewnętrzne niezależne od stron w postaci zmiany okoliczności, których nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia umowy, ani art. 144 ust. 1 p.z.p. skoro zamawiający nie dopuścił możliwości takiej zmiany postanowień umowy w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określającej jej warunki. Sąd Apelacyjny dodatkowo wskazał, że zgodnie z art. 89 p.z.p. *a contrario* oferta złożona przez powoda musiała być zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, która nie dopuszczała składania ofert częściowych. Obowiązkiem wykonawcy było wykonanie nie ograniczonych powierzchniowo prac, jakie wynikały z dokumentacji, w całości. Stwierdził ponadto, że brak podstaw do traktowania robót wykonanych na powierzchni przekraczającej 8.361 m² jako świadczenia nienależnego, gdyż powód przystępując do przetargu i formułując swoją ofertę, bezzasadnie opartą na obmiarze wskazanym w ogłoszeniu i potwierdzonym w wyjaśnieniach pozwanego, oraz błędnie oceniając przy określaniu zakresu swoich obowiązków znaczenie poszczególnych dokumentów ponosi konsekwencje własnych nieprawidłowych działań. Z tej przyczyny uznał, że art. 410 § 2 k.c. nie ma zastosowania w okolicznościach rozstrzyganej sprawy.

Powód złożył skargę kasacyjną od powyższego wyroku w części oddalającej apelację i rozstrzygającej o kosztach postępowania. Skarga, oparta na podstawie z art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c. zarzuca naruszenie przepisów prawa materialnego: art. 140 ust. 1 p.z.p. poprzez niewłaściwą wykładnię przy ustalaniu treści stosunku zobowiązaniowego łączącego strony; art. 66 § 1 k.c. w zw. z art. 65 k.c. i art. 139 p.z.p. poprzez ich niezastosowanie i przyjęcie, że powód zobowiązał się do wykonania prac na obszarze przewyższającym 8.361 m²; art. 56 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. i art. 41 pkt 4 p.z.p. poprzez przyjęcie, że treść ogłoszenia o zamówieniu publicznym oraz udzielonych do niego wyjaśnień nie mają wpływu

na ustalenie treści stosunku zobowiązaniowego; art. 410 § 2 k.c. poprzez przyjęcie, że roboty wykonane przez powoda ponad powierzchnię 8.361 m² nie stanowią świadczenia nienależnego.

Sąd Najwyższy zważył:

Odniesienie się do zarzutów wskazanych w ramach podniesionej podstawy kasacyjnej wymaga wyjaśnienia relacji zachodzących pomiędzy przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 poz. 2164 ze zm.), dalej jako: p.z.p., które w zakresie relewantnym dla rozstrzygnięcia nie uległy zmianie, i kodeksem cywilnym. Wyznacza je art. 139 ust. 1 p.z.p. stanowiąc, że do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Judykatura i piśmiennictwo jednolicie przyjmują, że ma on charakter *lex specialis*, stąd stosowanie przepisów kodeksu cywilnego o charakterze *lex generalis* następuje wprost, w zakresie w jakim jego normy nie zostały wyłączone. Takie wyłączenie następuje w szczególności w odniesieniu do ograniczenia sposobu kontraktowania, gdyż zawarcie umowy następuje w trybie ofertowym według wzorca umownego (umowa adhezyjna).

Zgodnie stwierdza się, że umowy zawierane w reżimie prawa zamówień publicznych nie są odrębnym typem umów nazwanych, zatem powinny być kwalifikowane na zasadach ogólnych. Niemniej zastrzec należy, że słownik ustawowy p.z.p. zawiera w art. 2 pkt 8 samodzielną definicję pojęcia „roboty budowlane”, co oznacza że ma ono charakter autonomiczny. Stosowanie przepisów kodeksu dotyczących umowy o roboty budowlane, w tym dyrektywy interpretacyjnej z art. 649 k.c., może zatem dotyczyć tylko takiej umowy zawartej w następstwie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której przedmiotowy zakres świadczenia wykonawcy pokrywa się z art. 647 k.c. Jeżeli nie odpowiada ono pojęciom „robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c” lub „obiektu” w rozumieniu tego przepisu rozważyć należy kwalifikację umowy jako umowy o dzieło (art. 627 i nast. k.c.). Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie różne usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego

wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy, chyba że wskazano inną regułę preferencyjną (art. 6 p.z.p.). Z tym zastrzeżeniem zatem Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym przedstawiłą skargę kasacyjną podziela stanowisko wyrażone w nie publikowanych wyrokach z dnia 5 grudnia 2006 r., II CSK 327/06, z dnia 7 lutego 2013 r., II CSK 248/12. Zagadnienie powyższe ma znaczenie już na etapie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, gdyż sposób i wymogi opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane w sposób szczególny wyznacza treść art. 31 p.z.p. i rozporządzenia wykonawczego.

Ograniczeń doznaje także zasada wolności kontraktowej, gdyż treść umowy nie podlega negocjacom. Zamówienie przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Jedynym uprawnieniem osoby ubiegającej się o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego jest zwrócenie się na podstawie art. 38 p.z.p. do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Celem tej instytucji, jak wskazuje się w piśmiennictwie, jest usunięcie wątpliwości, doprecyzowanie i uszczegółowienie oświadczenia woli zamawiającego. Przyjmuje się nawet, że udzielone wyjaśnienia stanowią rodzaj wykładni autentycznej zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, że wszystkie odpowiedzi na żądanie udzielenia wyjaśnień ze swej istoty są bezwzględnie wiążące dla wykonawców i mogą zmienić SIWZ poprzez uszczegółowienie, przy czym zmiana ta nie zawsze musi mieć charakter formalny (por. wyrok z dnia 31 marca 2014 r., KIO 503/14). Wyjaśnienia treści SIWZ stanowią ich integralną część i na równi z pozostałymi postanowieniami bezwzględnie wiążą wszystkich wykonawców, ale nie mogą stanowić podstawy wprowadzenia do niej innych wymagań (por. wyrok z dnia 7 marca 2012 r., KIO 388/12, wyrok z dnia 16 sierpnia 2011 r., KIO 1648/11). Udzielone wyjaśnienia nie mogą stanowić podstawy do ponoszenia negatywnych konsekwencji zarówno przez zamawiającego jak i wykonawcę (por. wyrok z dnia 14 marca 2011 r., KIO 387/11). Ustawa nie przewiduje procedury uzupełniania wyjaśnień ani odwołania od ich treści. Ich celem jest uzyskanie przez wykonawców wiedzy niezbędnej dla podjęcia decyzji o ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego i sporządzenia oferty (por. wyrok z dnia 17 lipca 2013 r., KIO1606/13). W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto, że nie zwrócenie się przez wykonawcę do zamawiającego –

w razie uzasadnionych wątpliwości – o wyjaśnienie treści SIWZ na podstawie art. 38 p.z.p. w zw. z art. 354 § 2 k.c. może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13, OSNC-ZD 2015, nr 3, poz. 46).

Istota problemu występującego w rozpoznawanej sprawie polega na rozstrzygnięciu czy, jeżeli zachodziła wątpliwość dotycząca przedmiotu zamówienia w zakresie obejmującym rozmiary świadczenia wykonawcy, który wystąpił o wyjaśnienie i uzyskał odpowiedź nie odpowiadającą prawdziwemu stanowi rzeczy, a następnie wziął udział w przetargu nieograniczonym, zawarł umowę o treści odpowiadającej SIWZ, wykonał prace wykraczające poza wskazany w odpowiedzi rozmiar świadczenia może żądać zapłaty ponad uzgodnione wynagrodzenie ryczałtowe. Dalsza wątpliwość dotyczy podstawy prawnej takiego roszczenia.

Udzielając na nie odpowiedzi wskazać należy, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia wątpliwości dotyczące przedmiotowego zakresu świadczenia wykonawcy związane były z jego oznaczeniem w dokumentacji przetargowej zarówno przez podanie numerów działek, na których prace miały być wykonywane (SIWZ), jak i powierzchni robót (ogłoszenie i załączona dokumentacja), następnie potwierdzonej przez zamawiającego w trybie wyjaśnień. Do tak sprecyzowanego świadczenia odnosiła się zatem oferta powoda dotycząca wysokości wynagrodzenia. Brak podstawy normatywnej do takiego wartościowania dokumentacji przetargowej, jakiej dokonał Sąd drugiej instancji określając SIWZ, dokumentację projektową oraz projekty specyfikacji technicznej wykonania i odbioru jako „dokumenty nadrzędne”.

Zgodnie z art. 140 ust. 1 i 3 p.z.p. zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a umowa w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlega unieważnieniu. Trafnie zarzuca skarga błędną wykładnię wskazanego przepisu poprzez przyjęcie, że treść oferty wyznaczały wyłącznie SIWZ i część dokumentacji przetargowej. Jak wyżej wskazano wyjaśnienia, uzyskane od zamawiającego w toku postępowania

o udzielenie zamówienia, precyzujące obszar parkingów, dróg i chodników do wykonania na części powierzchni oznaczonych działek, zakreślały w sposób wiążący przedmiot zamówienia. Tak zatem zostało oznaczone świadczenie rzeczowe ciążące na wykonawcach, a w następstwie wyboru oferty powoda złożonej w toku przetargu, która mogła obejmować wyłącznie zakres postulowanego świadczenia pieniężnego, umowa została zawarta. W wypadku, gdyby doszło do rozbieżności oświadczeń woli stron w przedmiocie rozmiaru świadczenia umowa w braku konsensu nie doszłaby do skutku. Oznaczenie innego rozmiaru świadczenia oznaczałoby sprzeczność z prawem, skutkującą sankcją możliwości jej unieważnienia na podstawie art. 140 ust. 3 p.z.p. Wymóg formy pisemnej umów zawieranych w trybie zamówień publicznych, przewidziany w art. 139 ust. 2 p.z.p. pod rygorem nieważności, oraz w niedopuszczenie w SIWZ składania ofert częściowych (art. 2 pkt 6 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 1 p.z.p.) wykluczały ponadto rozszerzenie zakresu przedmiotowego lub zawarcie kolejnej umowy.

Przy tak zakreślonej podstawie faktycznej i prawnej stanowisko Sądu Apelacyjnego, odnoszące się do następstw rzekomej wiedzy wykonawcy o powierzchni robót, mającej ponadto pozbawiać znaczenia prawnego oświadczenia woli zamawiającego należy ocenić jako błędne. Nie znajduje także uzasadnienia odwołanie się do zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust.1 p.z.p.) oraz swobody zawarcia umowy przez wykonawcę, który we własnym zakresie powinien ocenić zakres ryzyka gospodarczego i ponieść konsekwencje konieczności wykonania świadczenia o szerszym zakresie w ramach zamówienia podstawowego, jeżeli tylko wynikało ono z projektu budowlanego. Chybione jest, także z uwagi na odmienność wskazanych podstaw, przytaczanie poglądów judykatury (wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 21 marca 2013 r., I ACa 552/12, wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r., XII Ga 314/11) wskazujących, że niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy, to on dokonuje jego wyceny i ujmuje jako dodatkowy koszt w cenie ofertowej, gdyż zgodnie z art. 353¹ k.c. nie musi, a może umowę zawrzeć. Podobnie nie znajduje

uzasadnienia wskazywanie na następstwa oznaczenia wynagrodzenia wykonawcy w formie ryczałtowej.

Za niedopuszczalne uznać należy przerzucenie na wykonawcę ryzyka gospodarczego, wynikającego z niewystarczającego opisu przedmiotu zamówienia i błędnej treści wyjaśnień udzielonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Podkreślenia wymaga, że wykonanie robót w szerszym zakresie nastąpiło na wyraźne żądanie zamawiającego, grożące sankcjami pieniężnymi. Nie złożenie przez niego oświadczenia woli w formie pisemnej wyłącza przyjęcie, że do zawarcia kolejnej umowy doszło. Ustawa o zamówieniach publicznych nie reguluje cywilno-prawnych skutków zawarcia przez strony umowy z naruszeniem art. 139 ust. 2 p.z.p. ani wykonania robót wykraczających przedmiotowo poza zakres ważnej umowy. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem judykatury brak podstaw do kwestionowania możliwości zastosowania wobec osoby, która skorzystała z efektów prac wykonanych na podstawie nieważnej umowy lub w jej braku, przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, OSNC 2000, nr 9, poz. 173 oraz nie publikowane z dnia 29 kwietnia 2005 r., V CSK 537/04, z dnia 5 grudnia 2006 r., II CSK 527/06, z dnia 21 marca 2007 r., I CSK 458/06, z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/07, z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 414/10, z dnia 7 lutego 2013 r., II CSK 248/12, z dnia 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12). Przypomnieć nadto należy, że zgodnie z art. 414 k.c. przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu nie uchybiają przepisom o obowiązku naprawienia szkody. W uzasadnieniu jednego z tych orzeczeń wskazano wprost, że formuła omawianej instytucji jest tak szeroka, że pozwala ją rozumieć jako ogólną zasadę, że nikt nie powinien się bogacić bezpodstawnie kosztem drugiego, a niezdolność czy niemożność dochowania zasad przewidzianych w ustawie o zamówieniach publicznych, bądź niedoskonałość ustanowionych zasad nie może prowadzić do akceptacji przesunięć majątkowych, czy też uzyskania korzyści pozbawionych uzasadnienia ekonomicznego lub moralnego.

W tym stanie rzeczy, wobec uzasadnionej podstawy, skarga kasacyjna podlega uwzględnieniu i Sąd Najwyższy na mocy art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. orzekł jak

w sentencji. O kosztach postępowania kasacyjnego postanowiono w oparciu o art. 108 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 i art. 398²¹ k.p.c.

kc

db