



Sygn. akt IV CSK 168/08

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 sierpnia 2008 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Barbara Myszka (przewodniczący)

SSN Jan Górowski (sprawozdawca)

SSN Antoni Górski

Protokolant Izabela Czapowska

w sprawie z powództwa Syndyka masy upadłości Wojewódzkiego Przedsiębiorstwa
Realizacji Inwestycji w S.

przeciwko Gminie Miejskiej S.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej

w dniu 21 sierpnia 2008 r.,

skargi kasacyjnej strony pozwanej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 28 listopada 2007 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i
orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.**

Uzasadnienie

Po ponownym rozpoznaniu sprawy wyrokiem z dnia 2 sierpnia 2006 r. Sąd Okręgowy w S. zasądził od pozwanej Gminy S. na rzecz Syndyka Masy Upadłości Wojewódzkiego Przedsiębiorstwa Realizacji Inwestycji w S. kwotę 1 385 746,51 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wymagalności poszczególnych kwot stanowiących składniki roszczenia głównego.

Ustalił, że w dniu 18 września 1996 r. pomiędzy Gminą S. a Wojewódzkim Przedsiębiorstwem Realizacji Inwestycji w S. (dalej „WPRI”) została zawarta umowa „porozumienie kontraktowe”, na podstawie której pozwana powierzyła powodowi pełnienie obowiązków zastępstwa inwestycyjnego nad budową oczyszczalni ścieków oraz systemu głównych kolektorów kanalizacji sanitarnej Miasta S. Strony ustaliły wynagrodzenie inwestora zastępczego. W „ustaleniach kontraktu” wskazano dokumenty stanowiące części kontraktu i wykonawcę inwestycji – Warszawskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „H.” S.A. w W. Ustalono, że oprócz zastępstwa inwestycyjnego nad budową WPRI pełnić będzie rolę nadzoru inwestorskiego w świetle przepisów polskiego prawa budowlanego. Ponadto wskazano lokalizację placu budowy, oraz datę jej rozpoczęcia, planowaną datę ukończenia i datę przekazania przez zamawiającego projektu technicznego, a także kwotę zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu.

W stanowiących integralną część porozumienia kontraktowego „warunkach kontraktu” inwestor zobowiązał się do zapewnienia środków finansowych do opłacenia wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji inwestycji. Na zamawiającym ciążył obowiązek zawarcia kontraktu z wykonawcą w drodze przetargu. Inwestor zastępczy zobowiązał się natomiast między innymi do przejęcia cesją od zamawiającego, kontraktu zawartego z wykonawcą robót wybranym w drodze przetargu przeprowadzonego przez zamawiającego. Przede wszystkim zamawiający zobowiązał się do sfinansowania całości przedmiotu kontraktu i zabezpieczenia środków finansowych umożliwiających opłacenie w całości i w obowiązujących terminach faktur częściowych i końcowych za wykonane zadanie. W razie zaś zwłoki lub nie zapewnienia przez zamawiającego

niezbędnych środków finansowych na opłacenie faktur w określonych terminach za wykonane prace, dostawy itp. zamawiający ponieść miał w całości skutki wynikające z obowiązującego kontraktu zawartego z podmiotami uczestniczącymi w procesie inwestycyjnym, jeżeli z takimi żądaniem wystąpią.

Wyłoniony w drodze przetargu przez pozwaną wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „B.” sp. z o.o. w G. scedowało wszelkie prawa i obowiązki wykonawcy wynikające z porozumienia kontraktowego z dnia 11 lipca 1996 r. dotyczącego oczyszczalni ścieków oraz systemu głównych kolektorów kanalizacji sanitarnej dla Miasta S. na rzecz Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „H.” S.A. Gmina S. jako zamawiający wyraziła zgodę na to przejęcie wszelkich praw i obowiązków w drodze cesji.

W dniu 23 września 1996 r. pomiędzy pozwaną i WPRI została zawarta umowa cesji, którą pozwana przekazała, a powód przejął wszelkie prawa i obowiązki zamawiającego, wynikające z porozumienia kontraktowego zawartego w dniu 11 lipca 1996 r. pomiędzy Zarządem Miasta S. a Przedsiębiorstwem Budownictwa Ogólnego „B.” sp. z o.o., od którego obowiązki, prawa i zobowiązania wykonawcy przejęło Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „H.” S.A. także na podstawie cesji. W „warunkach kontraktu” zastrzeżono konieczność uzyskania od zamawiającego (pозwanej) akceptacji zmian wprowadzonych w zakresie terminów i kosztów realizacji, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia kontraktu.

W trakcie realizacji umowy zamawiający rozszerzył zakres robót o roboty nieobjęte projektem. Dokonał też korekty projektu na skutek zmiennych warunków geotechnicznych. W związku z tym wprowadzono umowne zmiany (aneksy) do porozumienia kontraktowego.

W umowie w formie aneksu nr 1/97 z dnia 10 marca 1997 r. zamawiający zlecił, a wykonawca przyjął do wykonania wymienione roboty dodatkowe wskazując ich wartość według kosztorysu w związku z rozszerzeniem zakresu robót i określono zwiększone wynagrodzenie. Także w umowie uzupełniającej tj. aneksie nr 3/97 z dnia 9 marca 1998 r. ustalono zwiększone wynagrodzenie w związku ze zleceniem robót dodatkowych, po uzgodnieniu ich wartości kosztorysami powykonawczymi. W umowach dodatkowych, tj. aneksach nr 2/98 i nr 4 /98 z dnia

23 czerwca 1998 r. uaktualniono datę ukończenia robót na dzień 30 października 1998 r. Umowa dodatkowa w postaci aneksu nr 6/98 z dnia 19 sierpnia 1998 r. zawierała uzgodnienia dotyczące ryczałtowych cen jednostkowych do rozliczenia robót drogowych, a umowa w formie aneksu nr 7/98 z dnia 2 września 1998 r. uaktualniała zakres rzeczowo - finansowy robót i określiła orientacyjną wartość kontraktu. Z kolei umowa z dnia 23 października 1998 r. (aneks nr 9/98) ustalała planowany termin ukończenia robót na dzień 31 grudnia 1998 r., wskazując okoliczności uzasadniające tę zmianę. Wszystkie te dodatkowe umowy zostały podpisane przez Burmistrza A.a G. i jednego z członków Zarządu Gminy.

Kolejne umowy dodatkowe nr 10/98 z dnia 18 listopada 1998 r., nr 11/98 z dnia 11 grudnia 1998 r., nr 12/98 z dnia 23 grudnia 1998 r. i nr 13/98 z dnia 30 marca 1999 r. zostały sporządzone przy udziale już nowego Zarządu Gminy. Wszystkie roboty dodatkowe zostały wyszczególnione w załącznikach do tych dodatkowych umów, a następnie po sprawdzeniu kosztorysów ustalono wynagrodzenie za ich wykonanie. W umowie dodatkowej z dnia 30 marca 1999 r. ustalono ostateczne wynagrodzenie za ich wykonanie w kwocie 9 718 535,84 zł netto z podatkiem w kwocie 10 398 833,35 zł. Inwestycja została zrealizowana i z dniem 30 grudnia 1998 r. przekazana do eksploatacji końcowym protokołem odbioru.

W dokumencie tym stwierdzono, że zadanie inwestycyjne – oczyszczalnia ścieków wraz z systemem głównych kolektorów dla Miasta S., zostało wykonane zgodnie z dostarczoną przez zamawiającego dokumentacją projektową, przepisami techniczno-budowlanymi oraz obowiązującymi normami. Odstępstwa od dokumentacji technicznej wykazane zostały w dokumentacji powykonawczej i protokołach konieczności wykonania robót dodatkowych. Komisja uznała roboty za odebrane i przekazane zamawiającemu z oceną dobrą. Wskazano, że okres rękojmi na wady fizyczne przedmiotu umowy upływa z dniem 30 marca 2000 r., a okres gwarancji na urządzenia i obiekty 30 grudnia 1999 r.

Jeszcze przed odebraniem i przekazaniem inwestycji do eksploatacji wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „H.m” S.A. wystawił dnia 9 grudnia 1998 r. fakturę VAT FSE – 98/12/501 na kwotę 562 165,40 zł, z czego

kwota 212 165,40 zł została opłacona i pozostała do zapłaty kwota 350 000 zł. Następne dokumenty rozliczeniowe zostały już wystawione po odbiorze i ostatecznym rozliczeniu inwestycji umową dodatkową z dnia 30 marca 1999 r. Były to faktury: FSE/99/05/00165 i FSE/99/05/00164 z dnia 10 maja 1999 r. – termin płatności 24 maja 1999 r. kwot 28 060,01 zł i 122 815,85 zł, FSE/99/05/00166 – 208 786,87 zł, FSE/99/05/00167 – 614 821,66 zł, co łącznie stanowiło kwotę 974 484,39 zł. Ponadto bezpośredni wykonawca wystawił fakturę FSE/99/01/571 z dnia 11 stycznia 1999 r. na kwotę 19 456,07 zł oraz fakturę korygującą KOR/99/05/00188 z dnia 27 maja 1999 r. na kwotę 4 929,29 zł z terminem płatności 10 czerwca 1999 r. Łączna należność z tych faktur wyniosła 1 348 869,70 zł i pismem z dnia 29 czerwca 1999 r. powód potwierdził tę należność. Pozwana nie kwestionowała, że nie przekazała inwestorowi zastępczemu środków niezbędnych do opłacenia tych należności. Z zestawienia faktur wynika, że łączne kwoty z nich wynikające mieszczą się w ogólnej kwocie wynagrodzenia 10 398 833,35 zł brutto ustalonej aneksem nr 13/98. Z kontraktu zostały wyłączone roboty wykonane przez ABB „I.” na oczyszczalni ścieków, gdyż istniała konieczność przeprowadzenia w tym zakresie dodatkowego przetargu. Ze względu na to, że prace te zostały objęte odrębną umową zmniejszono z tego tytułu wynagrodzenie dla „H”.

Po końcowym odbiorze oczyszczalni zgłoszone zostały dwie usterki, które wykonawca usunął w ramach gwarancji. Były to zarysowania ścian komór napowietrzania, które zostały uszczelnione. Druga usterka - rurociągów przy przepompowni, ujawniła się później i również została usunięta.

Inwestycja została źle zaplanowana już na etapie projektowania. Pominięto wykonanie przyłączy budynków do ciągów głównych kanalizacji, czego skutkiem byłby brak zrzutów ścieków. Projekt nie uwzględniał też warunków geotechnicznych, co spowodowało posadowienie budynków poniżej lustra wody, bez podania sposobu odwodnienia wykopów. Wartość robót dodatkowych została uwzględniona w kolejnych umowach zawieranych w formie aneksów zgodnie z protokołami konieczności i korektą kosztów wynikającą z kosztorysów powykonawczych. Ostateczna wartość kontraktu wyniosła 10 398 883,30 zł brutto i została określona prawidłowo.

W rozważaniach prawnych Sąd pierwszej instancji odwołał się (art. 386 § 6 k.p.c.) do wyroku uchylającego Sądu Apelacyjnego z dnia 23 września 1996 r., w którym został wyrażony pogląd, że umowa cesji z dnia 23 września 1996 r. zlikwidowała stosunek obligacyjny pozwanej Gminy z wykonawcą i w jej miejsce wstąpił inwestor zastępczy. Nastąpiło w ten sposób przejęcie długu w rozumieniu art. 519 § 1 k.c. i zobowiązanym do realizacji zobowiązań za wykonane roboty wobec wykonawców stał się inwestor zastępczy. Uznał się także związany poglądem, że porozumienie kontraktowe wraz z warunkami kontraktu stanowiło umowę wzajemną, w ramach której obowiązkiem pozwanej Gminy była zapłata wynagrodzenia oraz dostarczenie środków WPRI na opłacenie kosztów niezbędnych, dla prawidłowej realizacji inwestycji. Podniósł, że dla sprawy jest istotne to, że zgodnie z pkt 1.5 ppkt 4 warunków kontraktu pozwana akceptowała wszystkie zmiany w zawartym kontrakcie, co znalazło wyraz w protokole konieczności i umowach dodatkowych.

Podzielił opinię biegłego J. J. i to w ślad za tym ekspertem przyjął, że inwestycja została źle zaplanowana już na etapie projektowania, pominięto wykonanie przyłączy budynków do ciągów głównych kanalizacji, i takie jej wykonanie skutkowałoby brakiem zrzutów ścieków, a także że projektant nie uwzględnił warunków geotechnicznych, jak również że wystąpiła w związku z tym konieczność wykonania robót dodatkowych wskazanych w protokołach konieczności, które zostały prawidłowo rozliczone. Podkreślił, że biegły odniósł się do odmiennych opinii biegłych sporządzonych na potrzeby postępowania karnego i w wiarygodny sposób wskazał z jakich względów nie mogły być przydatne dla potrzeb rozpoznawanej sprawy. Powołał się przy tym na okoliczność, że w czasie odbioru robót nie odnotowano zastrzeżeń do zrealizowanej inwestycji.

Podniósł, że strona pozwana nie wykazała jakoby Zarząd Gminy przekroczył uprawnienia i w rezultacie za bezpodstawny ocenił zarzut jakoby umowy uzupełniające do kontraktu stron były bezwzględnie nieważne w zw. z naruszeniem art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. e i art. 46 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jednolity: Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591, dalej „u.s.g.”). Wyraził pogląd, że nie ma bezwzględnego zakazu zmiany zawartej umowy w świetle unormowania zawartego w art. 76 ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca

1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 1998 r. Nr 119, poz. 773 ze zm., dalej „u.z.p.”) i podkreślił, że na dokonaną zmianę uzyskano zgodę Prezesa Zamówień Publicznych.

Wyrokiem z dnia 28 listopada 2007 r. Sąd Apelacyjny oddalił apelację pozwanej Gminy, dzieląc ustalenia faktyczne, stanowiące podstawę zaskarżonego wyroku. Podniósł, że do umowy o zastępstwo inwestycyjne stosuje się przepisy o zleceniu, w tym art. 742 k.c., przewidujący, że dający zlecenie powinien zwrócić przyjmującemu zlecenie wydatki, które ten poczynił w celu należytego wykonania umowy wraz z ustawowymi odsetkami, oraz powinien zwolnić przyjmującego zlecenie od zobowiązań, które ten w powyższym celu zaciągnął w imieniu własnym. Unormowanie to nie stoi jednak na przeszkodzie do takiego umownego ukształtowania stosunku prawnego, w ramach którego inwestor zastępczy ma roszczenie o zapłatę świadczenia z zobowiązania zaciągniętego w imieniu własnym w celu należytego wykonania zlecenia. Przypomniał, że w zawartej z WPRI umowie o zastępstwo inwestycyjne pozwana Gmina zobowiązała się nie tylko do zapewnienia środków na realizację inwestycji, ale także do sfinansowania całości przedmiotu kontraktu. Podtrzymał więc stanowisko z pierwszego wyroku, że powódka była uprawniona do dochodzenia zapłaty na podstawie zawartej przez strony umowy.

Wskazał jednocześnie, że pozwana nie wykonała także należycie umowy powierniczej o zastępstwo inwestycyjne (art. 471 k.c.), albowiem nie zapewniła inwestorowi zastępczemu wystarczających środków na opłacenie wynagrodzenia wykonawcy inwestycji i nie zwolniła go też z tych zobowiązań, na skutek czego powstały w majątku WPRI pasywa w postaci własnego zobowiązania do zapłaty brakującego wynagrodzenia wykonawcy, które zostały stwierdzone prawomocnym nakazem zapłaty na rzecz „H.” S.A., oraz prawomocnym wpisem tego długu na listę wierzytelności w toku postępowania upadłościowego.

Wyraził pogląd, że pozwana nie była związana wysokością dochodzonego roszczenia zasądzonego nakazem zapłaty od WPRI na rzecz „H.” S.A., czy też wielkością wierzytelności umieszczonej na liście w postępowaniu upadłościowym i mogła kwestionować, że nie wszystkie wydane środki stanowiły koszty niezbędne

dla prawidłowej realizacji inwestycji. Zauważył, że wprowadzie, że złożonej w sprawie karnej opinii biegłego J. K. wynikało, iż w kwocie wynagrodzenia 9 718 535,84 zł netto mieściła się wartość robót wykonywanych przez ABB I. w wysokości 1 195 337,52 zł netto, niemniej ten wniosek tego eksperta uznał za pomyłkę, tj. wynik nieuważnej analizy aneksu nr 13/98, którego treść wprost wskazuje, że ustalone wynagrodzenie nie obejmowało robót tego wykonawcy. Za nietrafny ocenił wniosek tego eksperta o zawyżeniu dla wykonawcy „H.” wynagrodzenia co najmniej o kwotę 459 657,45 zł., ze względu na to, że opierał się on na zakwestionowaniu stawek umownych jako zawyżonych w stosunku do średnich cen rynkowych, oceniając, że ceny umowne mogłyby zostać zakwestionowane jedynie w razie wykazania nieważności umowy, czego pozwana nie dokonała.

Odnosząc się do zarzutu apelującej, że z protokołu NIK wynika, że do dnia 24 maja 2000 r. zapłacono tytułem wynagrodzenia kwotę 9 279 609,09 zł (z czego WPRI wypłaciło 9 279 609,09 zł) i w związku z czym do zapłaty pozostała kwota 693 392,90 zł zauważył, iż kontroler tego organu do poniesionych kosztów spornej inwestycji zaliczył nie tylko wynagrodzenie „H.” S.A., ale także inne wydatki, w tym wynagrodzenie inwestora zastępczego (226 847,99 zł), koszty przygotowania inwestycji (118 843,76 zł), wykonanie dokumentacji technicznej, (347 682 zł), koszty finansowe, wynagrodzenie za nadzór autorski na rzecz PROEKO (7 103,76 zł) i w związku z tym wyliczona przez niego kwota niedopłaty wyniosła 3 034 320,57 zł. W rezultacie ocenił, że ustalenia tego protokołu nie mogą stanowić podstawy rozliczeń pomiędzy stronami procesu, a pośrednio do ustalenia wysokości niezapłaconego wynagrodzenia na rzecz „H.” S.A.

Z tych też względów oraz przyczyn wskazanych przez Sąd drugiej instancji podzielił opinię biegłego J. J. i uznał, że pominięcie dowodu z opinii Politechniki Białostockiej nie naruszało art. 286 k.p.c.

Jednocześnie podkreślił, że wykonawcę z pozwaną, a następnie z inwestorem zastępczym, łączyła umowa o roboty budowlane, przy czym obydwie strony procesu dokonały nie tylko odbioru tych robót, ale też nie zgłosiły zastrzeżeń do ich wykonania. Wskazał, że w myśl warunków kontraktu do

obowiązków umownych Gminy należało między innymi powołanie komisji końcowego odbioru robót, uczestnictwo w odbiorze i przyjęcie do użytku inwestycji co oznaczało, że w zakresie tych czynności pozwana działała we własnym imieniu i była uprawniona do odmowy odbioru obiektu od wykonawcy w razie nienależytego wykonania przez niego zobowiązania.

Spełnienie świadczenia przez wykonawcę następuje z chwilą odbioru obiektu, przy czym czynność ta ma charakter aprobacyjny, tj. potwierdzający wykonanie umowy. Odbiór stanowi zatem akt woli zamawiającego, który przez jego dokonanie stwierdza, że świadczenie odpowiada wymaganiom umowy (treści zobowiązania). Odwołując się do dokonanego odbioru i braku zastrzeżeń Gminy przy tej czynności uznał, że pozwana w związku z tym nie może skutecznie podważać wykonania umowy przez „H.” S.A. i w konsekwencji nie może kwestionować wysokości wynagrodzenia wykonawcy pod kątem niewykonania przez niego obowiązków umownych. W rezultacie przyjął, że wynagrodzenie tego wykonawcy za wykonanie robót obciążające inwestora zastępczego jest „kosztem niezbędnym do prawidłowej realizacji inwestycji”, który w okolicznościach sprawy powinien ponieść inwestor bezpośredni.

Według oceny Sądu Apelacyjnego, pozwana nie wykazała jakoby zachodziła nieważność zawartej z wykonawcą umowy oraz związanych z nią umów uzupełniających, w tym tej także zawartej w formie aneksu nr 13/98. Obowiązujący w tym czasie art. 76 ust. 1 u.z.g. wprowadził zakazywał dokonywania zmian umowy zawartej w trybie tej ustawy, niemniej nie był to zakaz bezwzględny. Dopuszczał on bowiem zmiany nie tylko korzystne, bądź obojętne dla zamawiającego, ale także zmiany niekorzystne i powodujące zmianę oferty, lecz wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć przy zawieraniu umowy. Uznał jednak - w ślad za opinią biegłego, jak też z wypowiedziami biegłych ze sprawy karnej - że konieczność zwiększenia zakresu robót na skutek uchybień popełnionych na etapie projektowania, oraz warunków geologicznych znacznie różniących się od założonych okoliczności, których nie można było przewidzieć w terminie zawierania umowy z „H.” S.A.

Pozwana w skardze kasacyjnej opartej na podstawie naruszenia przepisów postępowania mającym istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 6 k.c., art. 3 k.p.c., art. 217 § 1 k.p.c., art. 227 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c., art. 278 § 1 k.p.c., art. 290 § 1 k.p.c., art. 316 § 1 k.p.c., art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 386 § 6 k.p.c., art. 378 § 1 k.p.c. i art. 380 k.p.c., a także na naruszeniu prawa materialnego, a to art. 38 k.c., art. 39 k.c., art. 58 k.c., art. 519 k.c., art. 647 k.c., art. 742 k.c., art. 76 ust. 1 i 2 u.z.p. i art. 18 ust 2 pkt 9 lit. c i pkt 10 u.s.g. wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Wprawdzie zasadą jest omawianie w pierwszej kolejności zarzutów dotyczących naruszenia prawa procesowego niemniej w okolicznościach sprawy należało nietypowo rozpocząć od oceny zarzutu obrazy art. 742 k.c. Gdyby bowiem okazał się on uzasadniony już na tej podstawie powództwo należałoby oddalić. W judykaturze wyjaśniono, że w świetle wskazanego przepisu przyjmujący zlecenie może żądać od zleceńodawcy spełnienia świadczenia do jego rąk z zobowiązań zaciągniętych w imieniu własnym (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2003 r., III CK 167/02, OSNC 2005, nr 1, poz. 9). W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy nie zajmował się jednak zagadnieniem czy art. 742 k.c. jest przepisem bezwzględnie obowiązującym. W literaturze w zasadzie jednolicie przyjmowany jest pogląd, że przepisy dotyczące umowy zlecenia mają charakter względnie obowiązujący i w związku z tym strony tego stosunku prawnego mogą odmiennie w umowie, zgodnie z zasadą swobody umów, określić swe prawa i obowiązki. Z tego względu należy przyjąć, że *ius dispositivum* stanowi także art. 742 k.c., gdyż nie występują żadne poważniejsze argumenty przemawiające za bezwzględnym charakterem tego unormowania.

Stąd też w umowie o zastępstwo inwestycyjne, strony mogły skutecznie postanowić, że inwestor zastępczy jest uprawniony do bezpośredniego żądania od pozwanej Gminy świadczeń wynikających ze zobowiązań, które zaciągnął w celu wykonania inwestycji. Poza tym dokonana przez Sąd drugiej instancji wykładnia pkt 1.4.4 warunków kontraktu z dnia 18 września 1996 r. nie została w skardze

kasacyjnej skutecznie podważona skoro pozwana nie wskazała jako naruszonego art. 65 k.c.

Przy tej okazji podnieść należy, że brak szczegółowych ustaleń co do treści porozumienia z dnia 30 marca 1999 r. wykluczał ocenę stosunku prawnego pomiędzy stronami procesu, a tym samym odparcie zarzutu naruszenia art. 519 § 1 k.c. Umowa ta zawarta w formie aneksu nr 13/98, jak może wynikać z jej części wstępnej, dotyczyła porozumienia kontraktowego z dnia 11 lipca 1996 r. zawartego pomiędzy Zarządem Miasta w S. a Przedsiębiorstwem Budownictwa Ogólnego „B.” sp. z o.o., z którego prawa i zobowiązania wykonawcy oczyszczalni ścieków oraz systemu głównych kolektorów kanalizacji sanitarnej dla miasta S. przejęło Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „H.” S.A. na podstawie cesji z dnia 12 sierpnia 1996 r., a także odnosiła się do umowy cesji z dnia 23 września 1996 r. zawartej pomiędzy Zarządem Miasta S. a WPRI. Jeżeli więc nie dotyczy wprost zawartego porozumienia z dnia 18 września 1996 r., to powstaje kwestia czy mogła zmienić i zmodyfikowała postanowienie warunków porozumienia kontraktowego z dnia 18 września 1996 r.

W tym stanie rzeczy można było przystąpić do oceny podstawy naruszenia prawa procesowego. Oczywiście nieuzasadniony był zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., gdyż skargi kasacyjnej nie można oprzeć na naruszeniu tego przepisu (por. art. 398³ § 3 k.p.c.).

Nietrafny też okazał się zarzut obrazy art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 k.p.c. i art. 378 k.p.c.

Naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. nie ma z reguły bezpośredniego wpływu na treść wyroku, gdyż uzasadnienie sporządzane jest po jego wydaniu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r., I PKN 615/00, OSNP 2003, nr 15, poz. 352).

W judykaturze utrwalony jest pogląd, że obraza art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. może stanowić usprawiedliwioną podstawę skargi kasacyjnej tylko wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie zawiera wszystkich koniecznych elementów, bądź zawiera tak kardynalne braki, które uniemożliwiają kontrolę kasacyjną (por. np. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 8 października

1997 r., I CKN 312/97, z 19 lutego 2002 r., IV CKN 718/00, z dnia 18 marca 2003 r., IV CKN 11862/00, z dnia 20 lutego 2003 r., I CKN 65/01, z dnia 22 maja 2003 r., II CKN 121/01, niepublikowane i z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 83).

Artykuł 328 § 2 k.p.c. ma odpowiednie zastosowanie w postępowaniu kasacyjnym przez odesłanie zawarte w art. 391 § 1 k.p.c. Zakres tego zastosowania zależy od rodzaju wydanego orzeczenia, oraz od czynności procesowych podjętych przez sąd odwoławczy, wynikających z zarzutów apelacyjnych, limitowanych granicami kognicji sądu drugiej instancji. (por. np. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1935 r., C III 680/34. Zb. Urz. 1936, poz. 379, z dnia 14 lutego 1938, r. C II 21172/37 Przegląd Sądowy 1938, poz. 380 i z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 83).

Ponadto zarzut obrazy art. 328 § 2 k.p.c. wymaga oczywiście wykazania wpływu tego uchybienia na wynik sprawy co w omawianym wypadku – nie miało miejsca. Wbrew stanowisku skarżącej Sąd Apelacyjny rozpoznał bowiem zarzut wykonania części robót w warunkach samowoli budowlanej, a więc nie naruszył we wskazany sposób art. 378 k.p.c. Innym zagadnieniem jest trafność tych rozważań, niemniej nie jest zagadnienie które mogłoby stanowić naruszenie tego przepisu.

Nieuzasadniony był też zarzut naruszenia art. 386 § 6 k.p.c., gdyż w zaskarżonym wyroku Sąd Apelacyjny, podobnie jak w wyroku z dnia 12 lutego 2003 r., przyjął że pozwana nie była związana kwotami i terminami płatności wynikającymi z nakazu zapłaty, V NG 1022/99, zasądzającego dochodzoną w sprawie należność od WPRI na rzecz „H.” S.A. Uwzględnienie w sprawie powództwa było wynikiem ustalenia, że to właśnie w tej kwocie zamykało się niezapłacone przez pozwaną wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane, gdyż był to koszt niezbędny do prawidłowej realizacji inwestycji.

W związku z tym stanowisko to musiało stanowić punkt wyjścia do oceny podstawowego zarzutu procesowego, tj. oddalenia wniosku dowodowego pozwanej o przeprowadzenie dowodu z opinii instytutu naukowego Politechniki w Białymstoku.

Jeżeli więc biegły J. J. między innymi stwierdził, że nie została wyjaśniona kwestia powodu wypłyenia kolektorów instalacji kanalizacyjnej, że ciągi główne zostały wykonane odmiennie niż przewidywała dokumentacja dołączona do kontraktu, że nie natrafił na prawidłowe, zgodne z kontraktem, udokumentowanie robót dodatkowych, czy że stan techniczny oczyszczalni budzi poważne zastrzeżenia, i postawił zarzut braku staranności i profesjonalizmu wykonawcy i nadzoru inwestorskiego, to niewątpliwie można było dostrzec niespójność pomiędzy przesłankami a wnioskami tej ekspertyzy.

W ostatecznym rozrachunku podstawowa różnica pomiędzy świadkiem i biegłym ma charakter formalny i polega na zapoznaniu się sądu z wiedzą danej osoby o rozstrzyganej sprawie w trybie określonego dowodu. To sąd decyduje bowiem, czy daną osobę przesłuchać według przepisów o dowodzie z zeznań świadków, czy na podstawie przepisów o dowodzie z biegłych.

Także znajdującą się w aktach sprawy ekspertyza Centrum Usług Techniczno Organizacyjnych Budownictwa PZI i TB wskazująca na zawyżenie wartości robót o kwotę 1 203 618,78 zł jako prywatna ekspertyza nie podlega ocenie sądu jako dowód z opinii biegłego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2001 r., I PKN 468/00, OSNP 2003, nr 8, poz. 197), lecz stanowiła wyjaśnienie będące poparciem – z uwzględnieniem wiadomości specjalnych – stanowiska pozwanej. Mogła zatem przemawiać za koniecznością dopuszczenia dowodu z innego biegłego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 czerwca 1974 r., II CR 260/74, LEX 75 17). Wprawdzie art. 217 § 1 k.p.c. nie ma w stosunku do opinii biegłego bezpośredniego zastosowania, niemniej z art. 278 § 1 k.p.c. i art. 286 k.p.c. wprost wynika, że w sprawie może być powołany więcej niż jeden biegły. Wskazany brak opinii biegłego J. J. i odmienne stanowisko wpływające z zeznań w charakterze świadka J.S. K. oraz umotywowane z punktu widzenia wiadomości specjalnych stanowisko Gminy wynikające z Wyceny Centrum Usług Techniczno Organizacyjnych Budownictwa PZI i TB to przesłanki wskazujące na to, że oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii instytutu było naruszeniem art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c. i art. 290 § 1 k.p.c. Niewątpliwie skomplikowany charakter sprawy wymagał wypowiedzenia się w zakresie istotnych dla sprawy wiadomości specjalnych przez specjalistów o

szczególnie wysokim stopniu przygotowania praktycznego i teoretycznego, oraz zaangażowania nowoczesnych technik badawczych (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1981 r., IV CR 215/84, OSPiKA 1982, nr 7, poz. 121 i z dnia 15 listopada, II UKN 759/99, OSNP 2002, nr 11, poz. 271), zwłaszcza, że wymaga bliższego wyjaśnienia okoliczność, czy roboty dodatkowe objęte umowami zawartymi w formie aneksów nie były rzeczywiście do przewidzenia w chwili zawierania umowy, od czego może zależeć zasadność zarzutu naruszenia art. 58 k.c.

Poza tym Sąd Apelacyjny przeoczył, że umowa dodatkowa, do której biegły i Sąd przywiązali zasadnicze znaczenie została zawarta w trzy miesiące po odbiorze inwestycji, bo w dniu 30 marca 1999 r. W tej sytuacji odbiór robót także przez pozwaną mógł mieć charakter „aprobacyjny” tylko w zakresie wykonania robót przez wykonawcę i w związku z tym nie stanowił oświadczenia woli Gminy, że Inwestycja została zrealizowana tylko przy pomocy kosztów niezbędnych dla jej prawidłowej realizacji

Wyżej stwierdzone uchybienie procesowe czyni usprawiedliwioną podstawę drugą z art. 393¹ k.p.c. i zwalniają Sąd Najwyższy od obowiązku rozważenia zarzutów dotyczących naruszenia prawa materialnego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 1997 r., II CKN 60/97, OSNC 1997, nr 9, poz. 128).

Z tych względów skargę kasacyjną należało uwzględnić (art. 398¹⁵ k.p.c.).

eb