

Sygn. akt IV CSK 209/18

POSTANOWIENIE

Dnia 28 listopada 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Katarzyna Tyczka-Rote

w sprawie z powództwa K. Spółki Akcyjnej w K.
przeciwko Gminie J.
o ustalenie,
na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej
w dniu 28 listopada 2018 r.,
na skutek skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 23 października 2017 r., sygn. akt I ACa (...),

**odmawia przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania i
zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 5400 (pięć tysięcy
czterysta) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Powodowa K. Spółka Akcyjna w K. wniosła pozew przeciwko pozwanej Gminie J. domagając się ustalenia, że nie istnieje uprawnienie pozwanej domagania się od powódki zapłaty kary umownej na podstawie art. 10 ust. 1 pkt 2 lit. a umowy stron z dnia 1 marca 2011 r., a tym samym nie istnieje uprawnienie do żądania wypłaty z ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu na kwotę 1 649 287,36 zł ustanowionej na zlecenie powódki przez (...) Towarzystwo Ubezpieczeń Spółkę Akcyjną (...) w W. na rzecz pozwanej.

Wyrokiem z dnia 4 października 2016 r. Sąd Okręgowy w L. uwzględnił powództwo. Ustalił, że w umowie zawartej w trybie zamówień publicznych powód

zobowiązał się do wykonania robót budowlanych w ramach budowy Parku Rekreacji (...) nad zalewem w J. Jego wynagrodzenie ryczałtowe wynosiło 16 492 873,57 zł. Umowa przewidywała możliwość jej zmiany przez zamawiającego w wypadku konieczności wykonania robót zamiennych lub dodatkowych, warunkujących wykonanie robót podstawowych. Gdy zakres takich robót i rodzaj użytych materiałów odbiegał od dokumentacji i wynagrodzenia brutto za te roboty ujętego w harmonogramie rzeczowo-finansowym o mniej niż 10%, wynagrodzenie nie ulegało podwyższeniu. Powód w celu zabezpieczenia roszczeń pozwanej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez niego zobowiązań ustanowił na jej rzecz gwarancję ubezpieczeniową do kwoty 1 649 287,36 zł.

W toku prac ujawniły się nieprzewidziane trudności. Poziom wód gruntowych okazał się wyższy niż wskazywała dokumentacja projektowa i geologiczna. Konieczne było sporządzenie nowych ekspertyz i wprowadzenie zmian w realizowanych robotach oraz wykonanie robót dodatkowych. Jedną ze zmian było zastąpienie asfaltu kostką brukową. Pozwana wybrała ją w gatunku szlachetnym, co znacznie zwiększyło wartość materiału i koszty wykonania ciągów pieszych. Niezbędne okazało się też wykonanie izolacji pionowej ciężkiej fundamentów trzech budynków, wyniesienie czwartego, zmiany w konstrukcji mostu, wykarczowanie zieleni na hipodromie i wykonanie dodatkowego odcinka wodociągu. Pozwana akceptowała konieczność wykonania tych robót, przyjmowała i weryfikowała ich kosztorysy, wyjaśniając powodowi, że pozostawia ich rozliczenie do zakończenia inwestycji. Powód wyliczył zwiększone koszty na 1,92 mln. zł, domagał się od pozwanej zawarcia aneksów do umowy w oparciu o jej postanowienia oraz ustanowienia zabezpieczenia wypłaty wynagrodzenia za wykonane dotąd prace, wyznaczając w tym celu termin. Burmistrz pozwanej zakwestionował wartości kosztorysowe robót, zadeklarował jednak zawarcie aneksów, celem uregulowania wynagrodzeń podwykonawcom. Powód zarzucił pozwanej zwłokę w zawarciu aneksów do umowy. W końcu - wobec niezastosowania się pozwanej do wezwań – złożył w dniu 5 września 2012 r. oświadczenie o odstąpieniu od umowy na podstawie art. 491 § 1 k.c. oraz art. 14 ust. 2 pkt 1 i art. 14 ust. 2 pkt 1 lit a umowy, a następnie wskazał także art. 649⁴ § 1 k.c. Pozwana również (w dniu 14 września

2012 r.) złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy na podstawie art. 14 ust. 1 pkt 1 lit d oraz art. 10 ust 1 pkt 2 lit. a umowy, tyle że stwierdziła, iż przyczyny leżą po stronie wykonawcy, który bezzasadnie przerwał roboty i odmówił ich kontynuowania. W związku z tym obciążyła powoda karą umowną w wysokości 1 649 287,36 zł i zażądała jej wypłaty z gwarancji ubezpieczeniowej. Ubezpieczyciel odmówił wypłaty. Roboty zostały zinwentaryzowane - pozwana po weryfikacji kosztorysów na prace zamienne uznała wynagrodzenie należne powodowi do kwoty 573 449,32 zł. Nie uznała natomiast np. kosztów zamiany kostki zwykłej na szlachetną. Wszystkie roboty wykonane przez powoda pozwana wyceniła na 10 004 248,17 zł, i - po zbilansowaniu z dokonanymi wypłatami (10 096 807,18 zł) uznała za zapłacone. Powołany przez powoda rzeczoznawca budowlany wycenił roboty dodatkowe i zamienne na 2 053 211,33 zł, tj. 15,31% ceny ofertowej. Spór rozszerzył się też na wysokość należności za roboty podstawowe z czerwca 2012 r.

Sąd Okręgowy uznał za skuteczne odstąpienie od umowy dokonane przez powoda. Podzielił jego stanowisko, że pozwana miała obowiązek zawrzeć aneksy do umowy na podstawie jej art. 13 ust. 2 lit. f w zw. z art. 12 ust. 2 i pozostawała w zwłoce z jego realizacją od 6 marca 2012 r. W ocenie Sądu spełnione zostały wymagania z art. 491 § 1 k.c., a ponadto możliwość taką dawał powodowi także art. 649⁴ § 1 k.c., ponieważ pozwana nie ustanowiła gwarancji zapłaty za roboty dodatkowe i zamienne w terminie 45 dni, biegnącym od 18 lipca 2012 r. Odstąpienie od umowy przez pozwaną Sąd ocenił jako bezskuteczne, skoro już wcześniej obowiązki i prawa stron wygasły na skutek odstąpienia dokonanego przez powoda. Również naliczenie kar przez pozwaną Sąd uznał za pozbawione podstawy prawnej i nie dające jej prawa domagania się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej.

Sąd Apelacyjny, do którego apelację skierowała pozwana, podzielił ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji i zbadał prawidłowość oceny, że wystąpiły obciążające pozwaną przyczyny uprawniające powoda do odstąpienia od umowy. Wskazał, że nie było sporne, iż pozwana zakończyła 18 grudnia 2012 r. inwentaryzację robót na dzień 14 września 2012 r. i wynika z niej wykonanie przez powoda prac dodatkowych i zamiennych oszacowanych przez nią na 573 449,32 zł,

a także stosunek wartości poszczególnych rodzajów robót dodatkowych i zamiennych do wartości takich robót ujętych w kosztorysie ofertowym oraz harmonogramie rzeczowo-finansowym, z którego wynika, że nawet według rozliczeń pozwanej co najmniej w dwóch pozycjach koszt robót w istotny sposób (ponad 10%) odbiegał od dokumentacji i wynagrodzenia za te roboty określonego w harmonogramie. A więc zaszło zdarzenie stanowiące podstawę zmiany postanowień umowy i uprawniające powoda do żądania zwarcia aneksu. Artykuł 13 ust. 2 umowy Sąd Apelacyjny wyłożył w powiązaniu z jego punktem f, jako nakładający na pozwaną obowiązek zawarcia aneksu do umowy, kiedy ziszcza się przewidziane w umowie warunki. Sąd zwrócił uwagę, że odpowiedzialność za stosowanie procedur przewidzianych w prawie zamówień publicznych obciążała pozwaną.

Sąd odwoławczy wyjaśnił również kwestię dopuszczalności zmiany umowy zawartej w trybie przewidzianym dla zamówień publicznych, o ile zmiana nie spowoduje wykroczenia poza przedmiot zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co nie miało miejsca w rozpatrywanym wypadku. Nie doprowadzi też do naruszenia art. 632 § 1 i 2 k.c., skoro prac tych nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy.

Wreszcie Sąd Apelacyjny stwierdził, że podstawę do odstąpienia od umowy stwarzał także art. 649⁴ § 1 k.c., który nie uzależnia obowiązku udzielenia gwarancji zapłaty od sformalizowania zobowiązania do dokonania robót dodatkowych w aneksie. Za nieuzasadniony uznał także pogląd pozwanej, że doprecyzowanie zakresu oczekiwanej gwarancji w piśmie z 8 sierpnia 2008 r. nie stanowiło zmiany treści pierwotnego żądania. Sąd nie dopatrywał się też naruszenia zasad współżycia społecznego przez wystąpienie przez powoda o udzielenie mu gwarancji zapłaty, skoro nawet pozwana potwierdzała wykonanie robót o niebagatelnej wartości.

W konsekwencji oddalił apelację pozwanej.

Pozwana złożyła skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego, zaskarżając go w całości. W ramach pierwszej podstawy kasacyjnej zarzuciła błędną wykładnię art. 354 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 140 ust. 1 i 3, art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6, art. 144 ust. 1 i 2 prawa zamówień publicznych oraz art. 491 § 1 w powiązaniu

z tymi samymi przepisami prawa zamówień publicznych, a ponadto błędną wykładnię art. 649⁴ § 1 i 2 k.c. oraz art. 65 § 1 i 2 k.c. W ramach drugiej podstawy kasacyjnej zarzuciła naruszenie art. 278 § 1 k.p.c. przez dokonanie ustaleń faktycznych wymagających wiadomości specjalnych bez udziału biegłych.

Na tej podstawie wnosiła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania, ewentualnie jego zmianę przez oddalenie w całości powództwa.

W odpowiedzi powodowie wnosili o odrzucenie względnie oddalenie skargi kasacyjnej w całości i zasądzenie na ich rzecz kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna ukształtowana została w przepisach kodeksu postępowania cywilnego jako środek odwoławczy o szczególnym charakterze, nakierowany na ochronę interesu publicznego przez zapewnienie rozwoju prawa i jednolitości wykładni, a także w celu usunięcia z obrotu prawnego orzeczeń wydanych w postępowaniu dotkniętym nieważnością lub oczywiście wadliwych, nie zaś jako ogólnie dostępny środek zaskarżenia orzeczeń nie satysfakcjonujących stron. Realizacji tego celu służy instytucja tzw. przedsądu, ustanowionego w art. 398⁹ k.p.c., w ramach którego Sąd Najwyższy dokonuje wstępnej oceny sprawy przedstawionej mu ze skargą kasacyjną. Zakres przeprowadzanego badania jest ograniczony do kontroli, czy w sprawie występują przewidziane w art. 398⁹ § 1 pkt 1 - 4 k.p.c. okoliczności uzasadniające przyjęcie skargi do rozpoznania.

Skarżąca uzasadniła potrzebę rozpatrzenia jej skargi wystąpieniem przesłanki przedsądu z art. 398⁹ § 1 pkt 4 k.p.c., to znaczy oczywistą zasadnością zarzutów:

1) podważających przyjętą przez Sąd Apelacyjny wykładnię przepisów prawa zamówień publicznych, jako dających możliwość dokonania zmiany umowy zawartej na podstawie tej ustawy i - w konsekwencji - pozwalających na przyjęcie, że odmowa aneksowania tej umowy naruszała obowiązek współdziałania i uprawniała powoda do skutecznego odstąpienia od niej;

2) kwestionujących wykładnię art. 649⁴ § 1 i 2 k.c., w oparciu o którą Sąd Apelacyjny przyjął, że zmiana żądania gwarancji zapłaty nie wpłynęła na bieg terminu dostarczenia tej gwarancji;

3) wadliwego dokonania ustaleń wymagających wiadomości specjalnych bez przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego.

Oczywista zasadność skargi kasacyjnej w rozumieniu art. 398⁹ § 1 pkt 4 k.p.c., zachodzi tylko wtedy, gdy dla przeciętnego prawnika z samej treści skargi - bez pogłębionej analizy i jurydycznych dociekań - w sposób jednoznaczny wynika, że wskazane w niej podstawy zasługują na uwzględnienie, a skutkiem wytkniętych nieprawidłowości stało się wydanie rażąco nieprawidłowego orzeczenia. Skarżący, powołując się na tę przesłankę przysądu powinien wykazać oczywistość przynajmniej jednego z przytoczonych w niej zarzutów i niewątpliwy związek pomiędzy tym uchybieniem a wadliwością orzeczenia (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2006 r., II CZ 28/06, nie publ.).

Zarzuty wskazane przez pozwaną nie świadczą o rażącym, oczywistym i jednoznacznym naruszeniu wskazanych przepisów i to tego rodzaju, że jego konsekwencją byłoby jaskrawo błędne orzeczenie.

Wskazane przepisy prawa zamówień publicznych nie zakazują dokonywania zmian w treści umowy zawartej w trybie tej ustawy, lecz jedynie limitują zakres dopuszczalnych zmian. Niekwestionowane przez pozwaną ustalenia faktyczne nie wskazują, aby roboty zamienne i dodatkowe, wywołane koniecznością dostosowania robót do rzeczywistych warunków wykonywania inwestycji i mających na celu uzyskanie oczekiwanego przez pozwaną stanu użyteczności wykonanych obiektów, wykraczały poza granice wyznaczone w powołanych przez skarżącą przepisach.

Również interpretacja art. 649⁴ § 1 i 2 k.c., dokonana przez Sąd Apelacyjny nie stanowi koncepcji budzącej jednoznaczny sprzeciw. Uprawnienie do żądania gwarancji zapłaty ograniczone jest maksymalną kwotą wynagrodzenia wynikającego z umowy oraz robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy, zaakceptowanych przez inwestora na piśmie (art. 649³ § 1 k.c.).

Ograniczenie żądania gwarancji nie stanowi zmiany jej przedmiotu w podtrzymanym zakresie, jeśli ten zakres był od początku przedmiotem ochrony.

Materiał dowodowy stanowiący podstawę wnioskowania Sądu Apelacyjnego, który nie zawiera opinii biegłego co do konieczności wykonania niektórych robót dodatkowych, zależności między poszczególnymi robotami z podstawowej umowy a innymi, zwłoki w płatności, czy wartości robót dodatkowych i zamiennych, Sądy obu instancji badały w szczególnym kierunku - jedynie w celu ustalenia, czy pozwana miała podstawy do obciążenia powoda karą umowną i zaspokojenia tego roszczenia z gwarancji ubezpieczeniowej. Ten zakres badania pozwalał na ustalenia szacunkowe, oparte na własnych wyliczeniach pozwanej i uznanych przez nią robotach, bez wdawania się w szczegółowe rozliczenia między stronami. Przedmiot postępowania i materiał, jakim dysponowały Sądy, pochodzący w dużej mierze od pozwanej, powodował, że nieskorzystanie z opinii biegłego nie uzasadnia przekonania o wadliwości wniosków faktycznych i prawnych, które legły u podstaw zaskarżonego wyroku.

Z tych przyczyn nie zachodzi wskazywana przez pozwaną oczywista zasadność jej skargi kasacyjnej.

Okoliczności sprawy nie wskazują też, aby zachodziły inne przesłanki przedsądu przewidziane w art. 398⁹ § 1 k.p.c., wobec czego należało odmówić przyjęcia tej skargi do rozpatrzenia.

O kosztach postępowania kasacyjnego Sąd Najwyższy orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 99, art. 391 § 1 oraz art. 398²¹ k.p.c. oraz w zw. z § 2 pkt 7 i z § 10 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (jedn. tekst: Dz. U. z 2018 r., poz. 265).

jw