



Sygn. akt IV CSK 378/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 listopada 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Grzegorz Misiurek (przewodniczący)

SSN Marian Kocon

SSN Krzysztof Strzelczyk (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa J. G.

przeciwko Towarzystwu Ubezpieczeń (...) Spółce Akcyjnej (...) w W. i (...)

Infrastrukturze [...] Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

o ustalenie,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej

w dniu 29 listopada 2018 r.,

skargi kasacyjnej pozwanej (...) Infrastruktury [...] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 11 maja 2016 r., sygn. akt I ACa (...),

uchyła zaskarżony wyrok w części dotyczącej oddalenia apelacji pozwanej (punkt 3) oraz obejmującej koszty postępowania (punkt 2 b, 2 c oraz punkt 4) i w tym zakresie przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...) pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Powód J. G. wskazując jako pozwanych (...) Infrastrukturę [...] spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w G. oraz Towarzystwo Ubezpieczeń (...) Spółkę Akcyjną (...) w W. wniósł o ustalenie, że pozwana spółka z o.o. nie ma podstaw do skutecznego odstąpienia od umowy z dnia 16 czerwca 2008 r., którą powód zawarł z nią jako lider konsorcjum z udziałem niewystępującego w sprawie podmiotu trzeciego lub rozwiązania tej umowy oraz że nie istnieje podstawa prawna do żądania przez tą pozwaną od pozwanego Towarzystwa Ubezpieczeń dokonania wypłaty jakiegokolwiek kwoty z gwarancji ubezpieczeniowej zabezpieczającej wykonanie lub należyte wykonanie umowy z dnia 16 czerwca 2008 r., a także ustalenia, że pozwane Towarzystwo nie ma obowiązku zastosowania się do żądania przez pozwaną spółkę (...) Infrastrukturę wypłaty jakiegokolwiek kwoty z powyższej gwarancji, gdyby takie żądanie zostało zgłoszone mimo braku odpowiedniej podstawy prawnej i ustalenia, że pozwana spółka w stopniu rażącym narusza prawo i postanowienia umowy z dnia 16 czerwca 2008 r. wskutek odstąpienia od niej i wystąpienia z żądaniem wypłaty kwoty wynikającej z gwarancji ubezpieczeniowej.

Sąd Okręgowy w G. wyrokiem z dnia 3 czerwca 2015 r. ustalił, że pozwana spółka nie odstąpiła skutecznie od umowy z dnia 16 czerwca 2008 r. w zakresie, w jakim ta umowa została wykonana i że pozwana spółka nie ma podstaw do żądania wypłaty od pozwanego Towarzystwa kwoty z tytułu Gwarancji Ubezpieczeniowej zabezpieczającej wykonanie lub należyte wykonanie przez powoda umowy z dnia 16 czerwca 2008 r. Sąd Okręgowy oddalił powództwo w pozostałej części.

Sąd Okręgowy ustalił, że powód prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma G. w L., jako lider konsorcjum zawarł w dniu 16 czerwca 2008 r. z pozwaną spółką umowę na Kontrakt nr (...) "Przebudowa Ujęcia i Stacji Uzdatniania Wody „L.”: w G. Umowa ta dotyczyła zaprojektowania, wykonania i wykończenia Ujęcia i Stacji. Do obowiązków powoda leżało także uzyskanie pozwoleń na budowę. Strony ustaliły wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu powyższej umowy na kwotę 18.957.376,26 Euro. Umowa została zawarta na zasadach (FIDIC)). Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia Publicznego

(SIWZ) treść tej umowy regulowały Warunki Kontraktowe dla Urządzeń oraz Projektowania i Budowy a także Program Funkcjonalno - Użytkowy (PFU). Z klauzuli 15.6 Warunków Szczególnych Kontraktu wynikało, że odstąpienie od umowy przez zamawiającego mogło nastąpić w przypadkach wskazanych w klauzuli 9.4 (niepomyślny wynik prób końcowych, negatywny wynik prób eksploatacyjnych) oraz gdy opóźnienie w ukończeniu robót (data świadectwa przejęcia całości robót) lub opóźnienie w wykonaniu zamówienia (data Świadectwa Wykonania) przekracza trzy miesiące.

Przystąpienie do wykonywania umowy było uzależnione od złożenia przez powoda jako lidera konsorcjum, tytułem należytego wykonania umowy, zabezpieczenia w formie gwarancji ubezpieczeniowej. W tym celu powód w dniu 10 sierpnia 2008 r. zawarł z pozwanym Towarzystwem umowę gwarancji obejmującą gwarancję należytego wykonania kontraktu na okres od dnia 16 czerwca 2008 r. do dnia 30 października 2011 r. na kwotę 1.895.737,62 Euro oraz gwarancję usunięcia wad i usterek na okres od dnia 30 października 2011 r. do dnia 15 października 2013 r. na kwotę 568.721,29 Euro. Na podstawie tej umowy pozwane Towarzystwo wystawiło polisę.

Od początku wykonywania umowy powód napotykał na problemy we współpracy z przedstawicielami pozwanej spółki w zakresie uzgodnień co do szczegółów wykonania robót. W dniu 31 maja 2010 r. strony podpisały porozumienie, z którego wynikała konieczność wykonywania procedury prób końcowych, które nie były zdefiniowane w umowie, a także możliwość dopuszczenia do użytkowania czasowego bez odbioru robót. Pomimo że użytkownik Stacji Uzdatniania Wody sieci uznał wykonane przez powoda elementy sieci za gotowe do eksploatacji, a Państwowa Inspekcja Sanitarna dopuściła stację do użytku, konieczność przeprowadzanie nieprzewidzianych w umowie prób końcowych, a także stosowanie przez pozwaną spółkę procedury czasowego użytkowania zamiast odbioru końcowego robót, wpłynęło na wydłużenie okresu wykonywania prac.

Według stanu na dzień 30 września 2010 r. roboty wykonywane przez powoda nie były ukończone. Powód oddał pozwanej spółce roboty do użytkowania

z dniem 23 grudnia 2010 r., jednak nie uznała ona ich wykonania. W szczególności chodziło o zadanie "wymiana posadzek na posadzki wykonane na bazie żywic epoksydowych po usunięciu istniejącej posadzki i wzmocnieniu podłoża" w budynku B w pomieszczeniu 1.27. Pozwana oczekiwała „wzmocnienia podłoża”. Ponadto domagała się dostarczenia i wymiany zbiornika na podchloryn sodu.

W zakresie remontu posadzki w pomieszczeniu między stronami istniał od lutego 2010 r. spór, który sprowadzał się do sposobu jej wzmocnienia.

Jeśli natomiast chodzi o zbiornik na podchloryn sodu o wartości kilku tysięcy złotych, spór stron dotyczył konieczności dostarczenia deklaracji zgodności w zakresie możliwości magazynowania podchlorynu sodu w dostarczonym przez powoda zbiorniku.

W dniu 31 stycznia 2011 r. powód zawarł z pozwaną spółką porozumienie, na podstawie którego pozwana wyraziła zgodę na wprowadzenie przez użytkownika sieci wodociągowej wody uzdatnionej do systemu wodociągowego poprzez nowy układ technologiczny. Strony ustaliły w tym porozumieniu, że powyższe czynności nie prowadzą do dorozumianego przejęcia przez zamawiającego tej części robót.

W dniu 10 kwietnia 2011 r. pozwana spółka odstąpiła od umowy, powołując się na:

niezakończenie przez powoda prac w umówionym terminie, tj. do dnia 30 września 2010 r., podając jako podstawę art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. oraz wykonywanie robót w sposób sprzeczny z kontraktem, w szczególności w zakresie dostarczenia zbiornika na podchloryn sodu, który spełniałby wymogi kontraktu i wykonania wymiany posadzki w jednym z obiektów oraz bezskuteczny upływ wyznaczonego terminu do zmiany sposobu wykonania, tj. na podstawie art. 636 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c.

Jednocześnie pozwana wskazała, że gdyby z jakichkolwiek powodów powyższe oświadczenie o odstąpieniu okazało się nieskuteczne, to zamawiający rozwiązuje umowę z winy wykonawcy na podstawie klauzuli 15 ust. 2 lit. (a) Warunków ogólnych, tj. z uwagi na brak usunięcia uchybienia polegającego na wykonaniu posadzek w sposób sprzeczny z PFU. Ponadto dnia 11 kwietnia 2011 r.

pozwana spółka wystąpiła do pozwanego Towarzystwa z wezwaniem do zapłaty kwoty 1.895.737,62 Euro z tytułu wystawionej Gwarancji Ubezpieczeniowej.

W lipcu 2011 r. na zlecenie pozwanej spółki Polski Rejestr Statków sporządził opinię, z której wynika, że przy prowadzeniu prac modernizacyjnych, dotyczących remontu posadzek, wykonawca nie realizował wytycznych, stan techniczny posadzek był niezadowalający i wymagał gruntownych napraw, zaś naprawa byłaby możliwa, jeśli wykonawca (powód) przygotowałby dokumentację projektową zawierającą szczegóły rozwiązań technicznych. Pozwana spółka dokończyła prace posadzkarskie i związane ze wzmocnieniem podłoża. Wartość tych robót wyniosła 1.417.279,06 zł z VAT.

Na podstawie opinii biegłego sądowego Sąd Okręgowy ustalił jednak, że uszkodzenia posadzki w hali pomp nie były na tyle rażące, aby umożliwiły jej wzmocnienie przy zastosowaniu drugiej z proponowanych przez powoda pianek, tj. pianki poliuretanowej a wzmocnienie podłoża gruntowego w hali pomp 1.27 przy wykorzystaniu mikropali nie wchodziło w zakres rzeczowy robót objętych przedmiotem umowy, która przewidywała remont posadzki. Według stanu z chwili odstąpienia przez pozwaną spółkę od umowy stopień zaawansowania robót wykonanych przez powoda wynosił 92,9%. Wykorzystany przez powoda zbiornik na podchloryn sodu nie wymagał atestu w zakresie możliwości przechowywania w nim tej substancji.

Oceniając na tej podstawie faktycznej zasadność powództwa, Sąd Okręgowy stwierdził w pierwszej kolejności, że powód wykazał interes prawny w rozumieniu art. 189 k.p.c. w wystąpieniu z żądaniami określonymi w pozwie z wyjątkiem żądania ustalenia, że pozwana spółka (...) Infrastruktura rażąco naruszyła prawo i postanowienia umowy stron.

W zakresie żądania ustalenia, że pozwana spółka nie ma podstaw do skutecznego odstąpienia od umowy stron lub jej rozwiązania, spór między powodem a pozwaną sprowadzał się do oceny prawidłowości wykonania przez powoda posadzki w hali pomp, prawidłowości zastosowanego zbiornika na podchloryn sodu i przedstawienia certyfikatu w zakresie możliwości magazynowania w nim tej substancji oraz przyczyn opóźnienia w wykonaniu

umowy przez powoda. W oświadczeniu z dnia 10 kwietnia 2011 r. o odstąpieniu od umowy pozwana spółka powołała się bowiem na opóźnienie w wykonaniu umowy (tj. przesłankę określoną w art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c.) oraz na wadliwe i sprzeczne z umową wykonanie robót (tj. przesłankę określoną w art. 636 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. i w klauzuli 15.2 pkt a Warunków Ogólnych). Odnosnie do odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. Sąd Okręgowy wskazał, że odstąpienie od umowy na tej podstawie, inaczej niż odstąpienie na podstawie art. 491 § 1 k.c., nie wymaga traktowania zaniechania wykonania umowy w ustalonym terminie jako zwłoki. Prawo odstąpienia od umowy przysługuje zamawiającemu w wypadku ustalenia, że przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła, i to tak dalece, że nie jest prawdopodobne, że zdoła je wykończyć w czasie właściwym. Nie są zatem istotne przyczyny, dla których wykonawca opóźnia się z wykonaniem robót. Oznacza to, że możliwe jest skorzystanie przez inwestora z tego uprawnienia nawet wtedy, gdy wykonawca nie popada w zwłokę.

Sąd Okręgowy uznał, że gdy zobowiązanie - tak jak w niniejszej sprawie - zostało częściowo wykonane, wierzyciel może odstąpić od umowy w całości, jeżeli świadczenie częściowo już wykonane nie ma dla niego znaczenia z uwagi na właściwość zobowiązania albo cel umowy wiadomy dłużnikowi. W przeciwnym razie jego uprawnienie ogranicza się do odstąpienia od umowy w części dotąd niewykonanej. Za część już wykonaną musi natomiast zapłacić wynagrodzenie, a jeżeli zostało ono już uiszczone, nie podlega zwrotowi (art. 642 § 2 k.c. i art. 654 k.c.).

W tym zakresie, w ocenie Sądu Okręgowego, świadczenie wykonawcy wynikające z umowy o roboty budowlane jest podzielne w rozumieniu art. 379 § 2 k.c., gdyż może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany jego przedmiotu lub wartości. Sąd pierwszej instancji doszedł jednocześnie do wniosku, że z zachowania pozwanej spółki, wbrew jej obecnemu stanowisku, wynika, że miała ona wolę odstąpienia jedynie od niewykonanej części umowy. Skutki odstąpienia przez pozwaną od umowy stron należy zatem oceniać na podstawie art. 491 § 2 k.c. Jeżeli zatem wykonawca częściowo wykona swoje zobowiązanie, wówczas inwestor może odstąpić od umowy tylko co do części świadczenia jeszcze

niepełnionej. Jedynie wtedy, gdyby wykonanie częściowe nie miało dla niego znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez niego cel umowy, wiadomy będącemu w zwłoce wykonawcy, inwestor mógłby odstąpić od umowy w całości (art. 491 § 2 zd. 2 k.c.). W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, że niezależnie od tego, czy przyczyny opóźnienia w wykonaniu umowy był zawinione przez powoda, już sam upływ terminu wykonania robót uprawniał pozwanego do odstąpienia od umowy, ale tylko na przyszłość. Gdyby natomiast zgodnie z twierdzeniami powoda opóźnienie w wykonaniu robót było następstwem okoliczności zawinionych przez pozwaną spółkę, to odstąpienie od umowy na podstawie art. 635 k.c. byłoby bezskuteczne. W takiej sytuacji należałoby je traktować jako odstąpienie na podstawie art. 644 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c., zgodnie z którym dopóki dzieło nie zostało ukończone, zamawiający może w każdej chwili od umowy odstąpić, płacąc umówione wynagrodzenie, odliczając jednocześnie to, co przyjmujący zamówienie oszczędził z powodu niewykonania dzieła. W konsekwencji wykonawca zachowuje prawo do wynagrodzenia, ale stosownie pomniejszonego. Również w takim wypadku odstąpienie od umowy wywołuje skutek jedynie ex nunc. Skoro bowiem zamawiający zobowiązany został do zapłaty umówionego wynagrodzenia pomniejszonego o wartość, którą przyjmujący zamówienie zaoszczędził nie kontynuując umowy, to należy przyjąć, że niweczący skutek odstąpienia został powiązany jedynie z niewykonaną częścią zobowiązania. Celem odstąpienia jest zwolnienie przyjmującego zamówienie z obowiązku kontynuowania umowy za zapłatą odpowiednio obliczonego wynagrodzenia. Sąd Okręgowy uznał ponadto, że gdyby ewentualnie odstąpienie przez pozwaną spółkę od umowy stron nastąpiło na podstawie art. 636 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c., to także w tym wypadku wywołałoby ono skutek ex nunc, w związku z czym również wtedy zastosowanie znajdowałby przepis art. 491 § 2 k.c.

Następnie Sąd ten stwierdził, że ponieważ oświadczenie o odstąpieniu od umowy na podstawie art. 635 k.c. doprowadziło do rozwiązania umowy ze skutkiem ex nunc, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, czy istniały przesłanki do odstąpienia od umowy na podstawie art. 636 k.c., w szczególności czy powód wykonywał obiekt budowlany wadliwie lub sprzecznie z umową. Rozważania w tym

zakresie sprowadzały się w istocie do kwestii prawidłowości zastosowania dostarczonego przez powoda zbiornika na podchloryn sodu i proponowanego przez niego sposobu wykonania posadzek w hali pomp. Odnosząc się jednak do tych kwestii, Sąd Okręgowy uznał, że pozwana spółka nie zdołała przekonująco wykazać, że powód wykonywał roboty wadliwie lub sprzecznie z umową. Swoje stanowisko Sąd ten oparł na opinii biegłego sądowego, której ustalenia i wnioski w pełni podzielił.

Odnosnie do żądania ustalenia, że nie istnieje podstawa prawna do żądania przez pozwaną spółkę od pozwanego Towarzystwa wypłaty jakiegokolwiek kwoty z Gwarancji Ubezpieczeniowej, zabezpieczającej wykonanie lub należyte wykonanie umowy przez powoda Sąd Okręgowy wskazał, że nie doszło do uchybień po stronie powoda w zakresie zastosowania zbiornika na podchloryn sodu jak i zaproponowanego sposobu remontu posadзки w hali pomp i dlatego nie powstały podstawy do zgłoszenia takiego żądania wobec udzielającego gwarancji.

Żądanie ustalenia, że pozwane Towarzystwo nie ma obowiązku zastosować się do żądania przez pozwaną spółkę wypłaty z Gwarancji Ubezpieczeniowej, zostało uznane za nieuzasadnione. Zobowiązanie gwaranta z umowy gwarancji ubezpieczeniowej nie jest bowiem akcesoryjne, lecz ma charakter zobowiązania samodzielnego, którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania, w szczególności zobowiązania dłużnika ze stosunku podstawowego. Za niezasadne uznane zostało również żądanie ustalenia, że pozwana spółka w rażącym stopniu narusza prawo i postanowienia umowy stron, odstępując od niej i następnie występując z żądaniem wypłaty kwoty wynikającej z gwarancji ubezpieczeniowej. Takie żądanie sprowadza się w istocie do ustalenia faktów, a zatem nie jest żądaniem ustalenia prawa albo stosunku prawnego w rozumieniu art. 189 k.p.c.

Pozwana spółka (...) Infrastruktura wniosła apelację od wyroku Sądu pierwszej instancji uwzględniającego powództwo.

Wyrokiem z dnia 11 maja 2016 r. Sąd Apelacyjny w (...) uwzględnił apelację pozwanej spółki jedynie w części dotyczącej ustalenia, że pozwana (...) Infrastruktura [...] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. nie ma podstaw

do żądania wypłaty od pozwanego Towarzystwa Ubezpieczeń (...) Spółki Akcyjnej (...) w W. z tytułu Gwarancji Ubezpieczeniowej, zabezpieczającej wykonanie lub należyte wykonanie przez powoda z dnia 16 czerwca 2008 r. i zmienił w tym zakresie zaskarżony wyrok przez oddalenie powództwa. Tym samym wyrokiem Sąd Apelacyjny oddalił apelację powoda w pozostałej części.

Sąd drugiej instancji uwzględniając apelację podzielił zarzut wewnętrznej sprzeczności polegającej na uwzględnieniu żądania ustalenia, że pozwanej spółce nie przysługuje żądanie wypłaty od pozwanego Towarzystwa Ubezpieczeń jakiegokolwiek kwoty z gwarancji ubezpieczeniowej pomimo jednoczesnego oddalenia żądania ustalenia, że pozwane Towarzystwo nie ma obowiązku zastosowania się do takiego żądania zgłoszonego ze strony pozwanej spółki z uwagi na samoistny i abstrakcyjny charakter przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej. Poza tym Sąd Apelacyjny uwzględnił, iż kwestia wypłaty gwarancji była przedmiotem odrębnego postępowania pomiędzy beneficjentem gwarancji a Towarzystwem Ubezpieczeń a przeciwko uwzględnieniu powództwa przemawiały również względy merytoryczne wynikające z istoty gwarancji.

W związku z tym zaskarżony wyrok podlegał zmianie w tym zakresie przez oddalenie powództwa w tej części.

Jeśli natomiast chodzi o drugie z kwestionowanych w apelacji rozstrzygnięć to Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, że ostatecznie odpowiada ono prawu. Jako niezasadny ocenił Sąd zarzut naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. Nie ma bowiem żadnych przeszkód, aby w ramach pierwotnego żądania, które miało charakter dalej idący, ponieważ dotyczyło ustalenia, że pozwana spółka w ogóle nie miała podstaw do odstąpienia od umowy stron lub do jej rozwiązania, orzec, że istniały wprawdzie podstawy od odstąpienia od umowy, ale jedynie od jej części, która nie została jeszcze wykonana, czyli ze skutkiem *ex nunc*, a nie w całości i od samego początku (*ab initio*), tj. ze skutkiem *ex tunc*. Poza tym sam powód tak formułował swoje żądanie, aby w razie braku podstaw do ustalenia, że odstąpienie przez tę pozwaną od umowy stron nie było zasadne w całości, to żeby w takiej sytuacji ustalić, że nie było ono skuteczne przynajmniej częściowo, a mianowicie co do wykonanej już części umowy. Nie można więc zasadnie twierdzić, że żądanie

powoda dotyczyło wyłącznie dopuszczalności odstąpienia od umowy (co do zasady), ponieważ jego przedmiotem objęte było również ewentualne ustalenie zakresu tego odstąpienia, a mianowicie ustalenia, że wywołało ono co najwyżej jedynie skutek *ex nunc*, tj. odnosiło się tylko do niewykonanej jeszcze wówczas części umowy. Sąd pierwszej instancji niewątpliwie był więc władny orzec o tym żądaniu także w taki sposób, w jaki rozstrzygnął w zaskarżonym wyroku. W konsekwencji nie można podzielić stanowiska skarżącej, że Sąd ten orzekł o żądaniu, które nie było dochodzone przez powoda albo że orzekł ponad jego żądanie (niezgodnie z jego żądaniem).

Pomimo uznania, że dopuszczalne było rozstrzygnięcie o jedynie częściowym uwzględnieniu analizowanego żądania, tj. ustalenie, że dokonane przez pozwaną spółkę odstąpienie od umowy wywołało skutek tylko *ex nunc*, Sąd Apelacyjny nie zaakceptował wyrażonego przez Sąd pierwszej instancji poglądu o podzielnym charakterze świadczenia powoda wynikającego z zawartej przez niego z pozwaną spółką umowy o roboty budowlane i tym samym uznał za niedopuszczalne jedynie częściowe odstąpienie przez pozwaną spółkę od umowy stron.

W tej sytuacji pojawiła się kolejna kwestia, czy w okolicznościach sprawy skarżąca zasługuje na ochronę prawną w takim zakresie, w jakim chciała ona odstąpić od zawartej między stronami umowy o roboty budowlane w całości lub odwracając problem - czy z kolei powód zasługuje na obronę przed takim zachowaniem pozwanej spółki.

W tym kontekście, zdaniem Sądu Apelacyjnego, ocenę złożonego przez skarżącą oświadczenia o odstąpieniu od umowy z dnia 16 czerwca 2008 r. ograniczyć należało jedynie do tych podstaw, które wskazała ona w swoim oświadczeniu z dnia 10 kwietnia 2011 r. Sąd Apelacyjny skoncentrował się na dwóch kwestiach tj. na opóźnieniu powodowego wykonawcy z zakończeniem wykonywania robót, czyli istnienia podstawy do odstąpienia od umowy na mocy art. 635 k.c. oraz wadliwego lub sprzecznego z umową wykonywania robót budowlanych przez powoda, czyli istnienia podstawy do odstąpienia od umowy na mocy art. 636 § 1 k.c.

Jeśli chodzi o pierwszą z powyższych podstaw odstąpienia od umowy, to zauważył, że z formalnoprawnego punktu widzenia pozwana spółka niewątpliwie mogła odstąpić od umowy stron z powołaniem się na treść art. 635 k.c. a wobec niepodzielności świadczenia wykonawcy skarżąca mogłaby odstąpić od umowy w całości, czyli ze skutkiem *ex tunc*.

Jednak z faktu przyjęcia poglądu, że generalnie pozwanej spółce mogło przysługiwać uprawnienie do odstąpienia od umowy, nie należy wyprowadzać wniosku, że ocenie i kontroli sądu w ogóle nie może podlegać konkretny sposób skorzystania z tego uprawnienia. Dotyczy to zwłaszcza dopuszczalności dokonywania przez sądy orzekające oceny, czy w ustalonych w sprawie okolicznościach faktycznych skorzystanie przez stronę skarżącą z możliwości odstąpienia od umowy, rozumianego jako prawo podmiotowe o charakterze kształtującym, nie może zostać uznane za nadużycie tegoż prawa podmiotowego.

Z tego punktu widzenia Sąd Apelacyjny uwzględnił, iż pozwana spółka zdecydowała się na skorzystanie z powyższego uprawnienia w takim terminie, kiedy świadczenie powoda niewątpliwie było już wykonane w bardzo znacznej części. Poza tym, na zakończenie wszystkich prac pozwana potrzebowała maksymalnie jedynie około dwóch miesięcy. Spośród tak złożonego zakresu robót budowlanych, składających się na przedmiot umowy stron, spór stron dotyczył w gruncie rzeczy stosunkowo nieznacznego zakresu robót, a mianowicie wykonania posadzek w niektórych pomieszczeniach i dostarczenia zbiornika na podchloryn sodu o wartości maksymalnie kilku tysięcy złotych. Chodziło o wykonanie elementów, które pod względem przedmiotowym i finansowym nie były ważne i rozstrzygające dla możliwości wykonania przedmiotu umowy stron.

W tym kontekście Sąd Apelacyjny zauważył, że umowa stron była realizowana przez wiele miesięcy, a nawet lat, i od około pół roku istniało opóźnienie wykonawcy w zakończeniu robót. Pozwoliło to stwierdzić, że w istocie było to wyłącznie pretekstowe potraktowanie powyższych podstaw odstąpienia od umowy. Dlatego skorzystanie przez pozwaną spółkę z przysługującego jej uprawnienia do odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 k.c. nie mogło zostać zaakceptowane jako, że nastąpiło to z nadużyciem prawa w rozumieniu art. 5 k.c.

i w konsekwencji nie zasługiwało na ochronę prawną. Aprobata dla stanowiska pozwanej spółki mogłaby w gruncie rzeczy oznaczać, że inwestor w dowolnym, swobodnie przez siebie wybranym, momencie, praktycznie aż do chwili zakończenia wykonywania robót przez wykonawcę i dokonania ich końcowego odbioru (strony posługiwały się w umowie pojęciem "wystawienie świadectwa przejęcia"), mógłby z jakiegokolwiek powodu, choćby tak drobnej kwestii jak dostarczenie spornego zbiornika na podchloryn sodu, mógłby skorzystać z odstąpienia od umowy, mimo że przy dobrej woli stron i ich należytej współpracy oraz zachowaniu równowagi między nimi kwestia ta mogłaby być załatwiona choćby przez skorzystanie z wykonania zastępczego lub przez obniżenie wynagrodzenia wykonawcy albo ewentualne skorzystanie z uprawnień z tytułu rękojmi lub gwarancji z tytułu wad wykonanych robót. Rozwiązanie takie było zresztą możliwe nawet w wypadku drugiej z podnoszonych przez pozwaną spółkę kwestii, dotyczącej wykonania posadzek, która miała charakter zdecydowanie poważniejszy od sporu co do prawidłowości zbiornika na podchloryn sodu.

Sąd Apelacyjny uwzględnił także, że pozwana dokonała odstąpienia nagle i działając z zaskoczenia, a mianowicie uczyniła to w dniu wolnym od pracy, a dokładniej w niedzielę 10 kwietnia 2011 r. przy pomocy firmy ochroniarskiej pod nieobecność powoda i jego pracowników na placu budowy, a faktyczne doręczenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy nastąpiło w następnym dniu, kiedy powód ze swoimi pracownikami stawiał się w celu kontynuowania wykonywanych robót, ale dowiedział się, że już nie ma wstępu na plac budowy i może co najwyżej zabrać swoje maszyny i narzędzia oraz inne należące do niego rzeczy, a także wziąć ewentualnie udział w przeprowadzanej jednostronnie przez pozwaną inwentaryzacji wykonanych przez niego robót budowlanych. Poza tym istotnym, o ile nie jedynym, motywem skorzystania przez pozwaną spółkę od umowy były kwestie natury finansowej albowiem pozwana spółka niewątpliwie zmierzała, i nawet tego wcale nie ukrywała, do przejścia na inne zasady rozliczania z powodem za wykonane przez niego roboty, a mianowicie chciała przejść z zasad rozliczania umownego na zasady rozliczania według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Pozwana spółka (...) Infrastruktura [...] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. wniosła skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego w części oddalającej jej apelację. Zarzuciła w niej naruszenie: art. 321 § 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. polegające na wyrokowaniu ponad żądanie; art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez wskazanie w uzasadnieniu poglądów sprzecznych z sentencją orzeczenia; art. 227, 233 § 1, 328 § 2, 382 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez pominięcie analizy spełnienia przesłanek do odstąpienia od umowy z uwagi na wadliwe wykonanie umowy (art. 636 § 1 k.c.). W ramach prawa materialnego pozwana zarzuciła naruszenie: art. 379 § 2, 491 § 2, 635, 636 § 1 w zw. z art. 656 § 1 k.c. przez ustalenie, że doszło do odstąpienia od umowy *ex tunc*, pomimo iż świadczenie wykonawcy miało charakter niepodzielny; art. 65 § 2 k.c., w zw. z art. 635, i 636 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. przez błędną wykładnię umowy stron odnośnie skutków odstąpienia od umowy; art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 i art. 5 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie tj. uznanie, że skorzystanie z odstąpienia stanowiło nadużycie prawa podmiotowego; art. 636 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 i art. 5 k.c. przez pominięcie analizy spełnienia przesłanek z art. 636 § 1 k.c. a także przyjęcia, że wybór sankcji odstąpienia narusza zasady współżycia społecznego; art. 5 k.c. przez brak wskazania jakie zasady współżycia społecznego naruszyła pozwana spółka.

Opierając się na tych podstawach pozwana spółka wniosła o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i jego zmianę przez ustalenie, że doszło do odstąpienia od umowy w całości.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 321 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., zgodnie z którym sąd nie może wyrokować co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem, ani zasądzać ponad żądanie. Przepis ten daje między innymi wyraz zasadzie dyspozycyjności przejawiającej się w związaniu sądu granicami żądania powództwa zarówno co do przedmiotu żądania, jak i jego wysokości. W rezultacie sąd ma obowiązek pozytywnego lub negatywnego orzeczenia o zgłoszonym przez powoda żądaniu. Samo pojęcie żądania określa art. 187 § 1 k.p.c., zgodnie

z którym pozew powinien między innymi zawierać dokładnie określone żądanie oraz przytoczenie okoliczności faktycznych żądanie to uzasadniających. Żądanie powództwa określa więc nie tylko jego przedmiot, ale również jego podstawa faktyczna określona w pozwie. Te elementy mogą podlegać modyfikacji przy zachowaniu ciągłości toczącego się przed sądem pierwszej instancji postępowania poprzez odpowiednią zmianę powództwa na zasadach określonych w art. 193 k.p.c., w tym przez zmianę podstawy faktycznej żądania. Taka zmiana powództwa nie może natomiast nastąpić w postępowaniu apelacyjnym, gdyż w myśl art. 383 k.p.c. w postępowaniu tym nie można rozszerzać żądania pozwu ani występować z nowymi roszczeniami (w tym opartymi na innej podstawie faktycznej), poza sytuacjami, w których - w przypadku zmiany okoliczności - można żądać zamiast pierwotnego przedmiotu sporu jego wartości lub innego przedmiotu, a w sprawach o świadczenia powtarzające się - świadczeń za dalsze okresy. Co do zasady do obrazu art. 321 § 1 k.p.c. przez sąd drugiej instancji może więc dojść wówczas, gdy sąd ten wyrokuje co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem w postępowaniu pierwszoinstancyjnym lub co do roszczenia nieopartego na podstawie faktycznej wskazanej przez powoda do chwili zamknięcia rozprawy przed sądem pierwszej instancji. Wbrew stanowisku skarżących, Sąd drugiej instancji nie wyrokował co do przedmiotu nieobjętego ich żądaniem zasądzenia odszkodowania z tytułu utraty prawa do akcji. Jest to wystarczające wyjaśnienie nieuwzględnienie zarzutu skargi kasacyjnej dotyczącego obrazu art. 321 § 1 k.p.c. Pomimo to, należy podnieść, iż nie doszło do naruszenia wymienionych przepisów także z innych przyczyn. Zostały one trafnie przytoczone przez Sąd drugiej instancji a związane są one z przyjęciem uprawnienia sądu do dokonania redukcji żądań pozwu jak też z interpretacją przytoczonych przez Sąd Apelacyjny żądań powoda, które obejmowały nie tylko dopuszczalności odstąpienia od umowy o roboty budowlane ale także zakres tego odstąpienia i jego skutki.

Zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c., jak wielokrotnie wyjaśniano w orzecznictwie, może stanowić podstawę uwzględnienia skargi kasacyjnej, a konsekwentnie także jej przyjęcia do rozpoznania jako oczywiście uzasadnionej, wyłącznie w szczególnych sytuacjach, gdy sposób sporządzenia uzasadnienia orzeczenia sądu drugiej instancji wyklucza poddanie go kontroli kasacyjnej

(por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 1997 r., II CKN 112/97, nie publ., z dnia 11 maja 2000 r., I CKN 272/00, nie publ., z dnia 20 lutego 2003 r., I CKN 65/01, nie publ., i z dnia 15 kwietnia 2016 r., I CSK 278/15, nie publ., oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2013 r., III CSK 293/12, OSNC 2013, Nr 12, poz. 148). Sytuacja taka nie miała miejsca w niniejszej sprawie. Uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia zawiera wszystkie wymagane w art. 328 § 2 k.p.c. elementy i pozwalają ocenić, jakie argumenty ostatecznie przeważały za oddaleniem apelacji pozwanej spółki. Ekspozowane w skardze kasacyjnej sprzeczności pomiędzy przyjętą przez Sąd niepodzielnością świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane a ostatecznym uznaniem, iż odstąpienie nastąpiło ze skutkiem *ex nunc* nie mogą stanowić naruszenia prawa procesowego ale zaprezentowane w ten sposób stanowisko Sądu orzekającego mające w istocie swe źródło w prawie materialnym, może zostać poddane kontroli kasacyjnej w ramach podstawy określonej w art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c. zwłaszcza, że do tego stanowiska Sądu odnoszą się podniesione w tej samej skardze kasacyjnej zarzuty dotyczące naruszenia art. 635 i 636 w zw. z art. 656 § 1 k.c.

Rację ma natomiast pozwana spółka zarzucając brak analizy w zaskarżonym wyroku spełnienia się przesłanek do odstąpienia od umowy z uwagi na treść art. 636 § 1 k.c., co może mieć wpływ na ocenę wyroku uwzględniającego powództwo w pierwszej instancji zaskarżonego przez pozwaną spółkę (...) Infrastrukturę.

Poddając kontroli zaskarżony wyrok w związku z zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, trzeba podzielić twierdzenia skargi kasacyjnej, iż przyjęte przez Sąd drugiej instancji stanowisko odnośnie do niepodzielności świadczenia wykonawcy robót budowlanych, pozostaje w sprzeczności z utrzymanym wyrokiem ograniczającym zakres odstąpienia od umowy do jej wykonanej części. Sprzeczności tej nie może usprawiedliwiać zastosowanie art. 5 k.c., który w istocie posłużył konwalidacji samej czynności prawnej i jej skutków, która w ocenie Sądu była sprzeczna z prawem.

Krytykowane w skardze kasacyjnej sprzeczności - które wiązały się też zakresem zaskarżenia wyroku Sądu pierwszej instancji, z podmiotem wnoszącym

apelację, a także z niezaskarżeniem oddalenia dalej idącego powództwa o ustalenie braku podstaw do odstąpienia przez zamawiającego od całości umowy z dnia 16 czerwca 2008 r. - wiązać się z konstrukcją częściowego odstąpienia od umowy o roboty budowlane. Kwestia ta nie została w pogłębiony sposób rozważona przez Sąd drugiej instancji, czego skutkiem jest też brak oceny spełnienia przesłanek do odstąpienia od umowy na podstawie art. 636 § 1 k.c. Sąd drugiej instancji w ramach rozważań nad zastosowaniem art. 5 k.c. ograniczył się w tym zakresie jedynie do oceny ważności i szacunku wartości kwestionowanych przez zamawiającego prac polegających na dostarczeniu i montażu zbiornika na podchloryn i odniesienia tych wartości do wartości całego kontraktu pomijając, czy zdarzenia te, powołane przez zamawiającego jako przesłanki do odstąpienia od umowy na podstawie art. 636 § 1 k.c. rzeczywiście wystąpiły.

Podzielność świadczenia wykonawcy z umowy o roboty budowlane i dopuszczalność częściowego odstąpienia od tej umowy nie jest jednolicie oceniana w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 14 marca 2002 r., IV CKN 821/00 (nie publ.) Sąd Najwyższy podkreślił, że charakter podzielny ma z istotny swojej świadczenie pieniężne oraz z reguły świadczenie rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku. Świadczenie rzeczy oznaczonej co do tożsamości jest zawsze niepodzielne. Przeważa jednak odmienne stanowisko. W wyroku z dnia 19 marca 2004 r. (IV CK 172/03, OSNC 2005, Nr 3, poz. 56) Sąd Najwyższy uznając, iż świadczenie wykonawcy wynikające z umowy o roboty budowlane jest podzielne (zob. też nie publ. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2008 r., V CSK 182/08, z dnia 9 września 2011 r., I CSK 696/10, OSP 2012, z. 7-8, poz. 78, z dnia 30 marca 2017 r., V CSK 260/16,) podkreślił, że niepodzielność przedmiotu świadczenia nie może jednak być utożsamiana z niepodzielnością samego świadczenia. Zgodnie z art. 379 § 2 k.c., podzielność świadczenia występuje wtedy, gdy może ono być spełnione częściowo bez istotnej zmiany jego przedmiotu lub wartości. Przy świadczeniu z umowy o roboty budowlane zachowanie dłużnika polega na wykonaniu określonych robót, których efektem jest wytworzenie oznaczonego w umowie obiektu, stanowiącego następnie przedmiot odbioru. Nie ma przeszkód, aby strony w umowie przewidziały,

że przedmiotem konkretnej umowy o roboty budowlane jest nie cały obiekt, lecz jego część. Tak też w istocie jest z reguły przy bardziej skomplikowanych obiektach. Oprócz umowy inwestora z generalnym wykonawcą, której przedmiotem jest cały obiekt, pojawiają się umowy dotyczące wykonania robót odnoszących się tylko do wyodrębnionych jego części. Świadczenie z umowy o roboty budowlane może zatem więc spełniane częściowo bez istotnej zmiany jego przedmiotu. Co więcej, można stwierdzić, że aby powstał skomplikowany obiekt, wymaga to z reguły wykonania wielu odrębnych robót (budowlanych, instalacyjnych, czy wykończeniowych), które mogą wykonać tylko wyspecjalizowani przedsiębiorcy. Każdy z nich wykonuje swoje roboty w odniesieniu do tego samego obiektu, tyle tylko, że ma wyraźnie sprecyzowany zakres tych robót, odnoszących się do części obiektu lub pewnego fragmentu składającego się na całość. To, że świadczenie z umowy o roboty budowlane może być spełniane częściowo wynika również pośrednio z art. 654 k.c. Zgodnie z tym przepisem, inwestor ma obowiązek na żądanie wykonawcy przejmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia. Przepis ten wyraźnie zakłada, że tylko postanowienie umowy o roboty budowlane może w konkretnej sytuacji wyłączyć możliwość spełniania świadczenia częściowo.

Należy wobec tego przyjąć, że świadczenie wykonawcy z umowy o roboty budowlane jest podzielne, gdyż z reguły może być spełniane bez istotnej zmiany przedmiotu świadczenia. Czym innym jest to, że inwestor zainteresowany jest otrzymaniem określonego co do tożsamości przedmiotu jakim jest obiekt budowlany, czym innym zaś możliwość wykonywania robót niezbędnych do tego, aby taki obiekt powstał częściami. Takie częściowe wykonywanie robót, odnoszące się do określonego obiektu, jest właśnie częściowym spełnianiem świadczenia w rozumieniu art. 379 § 2 k.c., gdyż możliwe jest bez istotnej zmiany tego obiektu. Jeżeli strony umówiły się o oddanie określonego obiektu, to do chwili odbioru całego obiektu nie można uznać, że wykonawca spełnił swoje świadczenie, natomiast nie wyklucza to częściowego wykonania świadczenia i rozliczenia się stron w tym zakresie.

W wyroku z dnia 4 czerwca 2009 r., III CSK 337/08 (nie publ.) podkreślił znaczenie postanowień umownych interpretowanych zgodnie z art. 65 § 2 k.c. dla

oceny, czy świadczenie niepieniężne przewidziane w umowie o roboty budowlane jest podzielne, czy niepodzielne, w rozumieniu art. 491 § 2 w związku z art. 379 § 2 k.c. W razie wątpliwości wykładnia taka jest niezbędna, zwłaszcza przy dużych inwestycjach.

Przy analizie określonych w art. 635 k.c. przesłanek odstąpienia od umowy Sąd Apelacyjny pominął też trafne stanowisko judykatury, zgodnie z którym w świetle tego przepisu nieuprawniony jest pogląd, że skoro nie zawiera on rozróżnienia opóźnienia zawinionego i niezawinionego przez przyjmującego zamówienie, to uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy jest niezależne od przyczyny tego opóźnienia, zatem może on od umowy odstąpić także wówczas, gdy opóźnienie zostało przez niego spowodowane; jeżeli bowiem przyjmujący zamówienie nie spełnia świadczenia z powodu braku potrzebnego do wykonania dzieła współdziałania zamawiającego, to nie zachodzi przesłanka opóźnienia się przyjmującego zamówienie, warunkująca prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy (zob. nie publ. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2006 r., I CSK 129/06, z dnia 15 listopada 2016 r., III CSK 397/15, z dnia 16 listopada 2017 r., V CSK 28/17, z dnia 13 września 2017 r., IV CSK 603/16). W takiej sytuacji w ogóle nie można mówić o opóźnieniu po stronie przyjmującego zamówienie, warunkującym możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego. Stwierdzenie tych okoliczności jest wystarczające do uznania bezskuteczności oświadczenia o odstąpieniu od umowy opartego na treści art. 635 k.c., a dopiero w dalszej kolejności może pojawić się potrzeba sięgnięcia do instytucji nadużycia prawa podmiotowego przez stronę umowy o roboty budowlane, która korzysta z przysługującego uprawnienia do odstąpienia od umowy. W judykaturze podkreśla się, że zastosowanie art. 5 k.c. w formie zarzutu w obronie przed działaniami mieszczącymi się w treści łączącego strony stosunku prawnego jest możliwe dopiero wtedy, gdy nie jest możliwa ochrona zagrożonego interesu w inny sposób (zob. m. in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2017 r., II CSK 7/17, nie publ.).

Konstrukcja nadużycia prawa podmiotowego obejmuje wszystkie typy i postacie praw podmiotowych w tym także uprawnienia kształtujące. Przesłanką stosowania art. 5 k.c. jest czynienie użytku z prawa. Pojęcie to oznacza

wykonywanie przysługującego prawa, które przede wszystkim polega na działaniu, przez co problem ten dotyczyć może jedynie tych zachowań, które pozostają w związku z istniejącym już stosunkiem prawnym, a więc przysługującym już stronie prawem. Wykonywanie prawa podmiotowego (uprawnienia) polega na podejmowaniu działań mieszczących się w sferze możliwości postępowania przyznanej tym prawem. Sfera ta obejmuje zarówno korzystanie z prawa, jak i dochodzenie prawa w drodze procesu i egzekucji.

Według wypracowanego w doktrynie i orzecznictwie poglądu zastosowanie art. 5 k.c., może znaleźć zastosowanie tylko wtedy gdy podmiot uprawniony wykonuje prawo, które mu przysługuje ("czyni użytek z prawa") a wykonywanie prawa pozostaje w sprzeczności z jednym z kryteriów wymienionych w art. 5 k.c., tj. z zasadami współżycia społecznego lub też ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa.

Podkreślić zatem należy, że przepis ten ma wyjątkowy charakter i może mieć zastosowanie w przypadku nadużycia prawa przez osobę korzystającą z przysługującego jej formalnie uprawnienia. Istnieje przy tym domniemanie, że osoba uprawniona korzysta z przysługującego jej prawa podmiotowego w sposób legalny, tj. zasługujący na ochronę prawną. Kwestionujący takie uprawnienie obowiązany jest wykazać racjonalne przesłanki swojej kontestacji (art. 6 k.c.; por. nie publ. wyroki Sądy Najwyższego z 9 lipca 2008 r., V CSK 43/08, z dnia 19 grudnia 2007 r., V CSK 315/07, postanowienia z dnia 12 stycznia 2018 r., II CSK 160/17, z dnia 26 października 2017 r., II CSK 7/17).

Z tych wszystkich względów wobec zasadności części z podniesionych w skardze kasacyjnej zarzutów Sąd Apelacyjny na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. uchylił wyrok w zaskarżonej części i przekazał temu Sądowi sprawę do ponownego rozpoznania zgodnie z zasadniczym wnioskiem zawartym w skardze kasacyjnej, przy czym należy zwrócić uwagę, iż alternatywny wniosek o uchylenie i zmianę zaskarżonego wyroku przez ustalenie, że doszło do odstąpienia od umowy w całości był nieuprawniony już tylko dlatego, że ocenie podlegało żądanie ustalenia nieskuteczności odstąpienia od umowy.

