



Sygn. akt V CSK 589/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 czerwca 2015 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Dończyk (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Maria Szulc

SSN Karol Weitz

w sprawie z powództwa "B." S. D., R. D. Spółki Jawnej w G.

przeciwko Województwu [...]

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej

w dniu 3 czerwca 2015 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego [...]

z dnia 28 maja 2014 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok w punktach: 2 (drugim), 3 (trzecim)
i 4 (czwartym) i w tym zakresie przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania
i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Powód „B.” wniósł o zasądzenie od pozwanego Województwa kwoty 319.563,07 zł z odsetkami tytułem dalszego wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej rozbudowy Ośrodka [...]. Zdaniem powoda, nie należała się pozwanemu naliczona przez niego i potrącona kara umowna za zwłokę w wykonaniu projektu (łącznie kwota 239.000 zł), natomiast powód ma do pozwanego roszczenie o zapłatę za prace dodatkowe kwoty 80.563,07 zł.

Wyrokiem z dnia 15 marca 2012 r. Sąd Okręgowy w W. oddalił powództwo. Ustalił, że w marcu 2007 r. pozwany ogłosił na podstawie prawa zamówień publicznych przetarg na wykonanie dokumentacji projektowej dla rozbudowy ośrodka [...]. Dokumentacja przetargowa obejmowała m.in. Specyfikację Istotnych Warunków Zamówień (SIWZ), wzory umów, program funkcjonalno-użytkowy z koncepcją architektoniczną oraz decyzję lokalizacyjną nr 129/2006 z 19.05.2006 r. Projekt miał obejmować wszystkie zakresy robót określonych w programie funkcjonalno-użytkowym i koncepcji architektonicznej. Wymagane przez SIWZ kompleksowe zapoznanie się potencjonalnego wykonawcy z zakresem zamówienia obligowało do dokonania wizji lokalnej na terenie planowego zadania inwestycyjnego. Z dokumentacji przetargowej wynikało, że cena ofertowa netto ma objąć wszystkie koszty niezbędne dla właściwego wykonania umowy. W załączonym do SWIZ programie funkcjonalno-użytkowym z koncepcją architektoniczną wskazano potrzebę uwzględnienia istniejącego drzewostanu i ochronę cennych okazów, w tym cyprysnika błotnego, modrzewia i szpaleru świerków. Przewidziano niezbędną wycinkę. Wykonawca miał uzyskać dokumentację geotechniczną warunków gruntowo-wodnych, zapewnienie dostawy i odbioru mediów, inwentaryzację dendrologiczną i zgodę na wycinkę drzew, mapę zasadniczą do celów projektowych, pozwolenie na rozbiórkę budynków i pozwolenie na budowę. Projekt funkcjonalno-użytkowy w części rysunkowej zawierał plan sytuacyjny, wskazujący kształt rzutu poziomego projektowanych obiektów i ich usytuowanie w terenie w stosunku do już istniejących obiektów. Powierzchnie budowy określono na 3.022,6 m². W decyzji lokalizacyjnej z maja 2006 r. przewidziano budowę sali gimnastycznej wraz z zespołem szkolnym (ok. 2.300 m²), drogi dojazdowej na ok. 15 miejsc postojowych, chodników, małej

architektury oraz niezbędnej infrastruktury technicznej. Wskazano w niej, że inwestycja nie wymaga ustaleń dotyczących ochrony dziedzictwa kulturowego i zabytków oraz kultury współczesnej. Przewidziano tam również, że prace w obrębie drzew winny być prowadzone z ostrożnością, zaś usunięcie drzew wymaga zezwolenia. Przystępując do przetargu, powód (jego poprzednicy) oświadczył, że zapoznał się z warunkami zamówienia, nie wniósł zastrzeżeń, uzyskał niezbędne informacje oraz dokonał wizji lokalnej.

Po wygraniu przetargu, w dniu 1 czerwca 2007 r., strony zawarły umowę o wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie objętym zamówieniem. W umowie postanowiły m.in. że podstawą opracowanej dokumentacji będą załączone do SIWZ oraz wykonane na odrębne zamówienie pozwanego: program funkcjonalno-użytkowy wraz z koncepcją architektoniczną, decyzja lokalizacyjna z 2006 r. oraz dokumentacja geodezyjna warunków gruntowo-wodnych. Termin wykonania umowy określono na 8 miesięcy od jej zawarcia, przy czym w razie niezależnego od wykonawcy opóźnienia w uzyskaniu warunków przyłączenia mediów lub mapy do celów projektowych wykonawca mógł pisemnie zwrócić się o przesunięcie terminu, co pozwany miał zaakceptować. Wynagrodzenie określono na 457.000 zł netto (557.540 zł brutto) i obejmowało ono wszelkie koszty związane z właściwą realizacją umowy. Uwzględniono karę umowną za zwłokę w wykonaniu części przedmiotu umowy w wysokości 1.000 zł dziennie. W umowie zamieszczono harmonogram wykonania poszczególnych etapów.

Po podpisaniu umowy i otrzymaniu programu funkcjonalno-użytkowego z koncepcją architektoniczną oraz decyzji lokalizacyjnej powód przystąpił do prac, zaczynając od badań geologicznych. Realizując prace powód konsultował się z użytkownikiem. W toku wykonywania umowy przez powoda pozwany wystąpił o nową decyzję lokalizacyjną, ponieważ dotychczasowa dotyczyła większej powierzchni zabudowy niż umówiona, czego wcześniej powód nie zauważył. O postulowanej zmianie decyzji powód dowiedział się w lecie 2007 r. Nową decyzję wydano 16 listopada 2007 r. w której - jak w poprzedniej - nie wskazano na potrzebę ustaleń konserwatorskich (zabytków, dobra kultury). Powód otrzymał decyzję w dniu 28 października 2007 r. Wcześniej, w umówionym terminie, złożył projekt bez wymaganych uzgodnień.

W grudniu 2007 r. powód wystąpił o uzgodnienie projektu do Wydziału Środowiska i Rolnictwa UM w W. Wówczas okazało się, że potrzeba ochrony cypryśnika błotnego rodzi konieczność zmiany lokalizacji segmentu budynku szkoły, co spowodowało zmianę architektury, konstrukcji i instalacji elektrycznych jednego z segmentów obiektu oraz potrzebę sporządzenia nowej inwentaryzacji geodezyjnej wraz z pełną inwentaryzacją zieleni. W styczniu 2008 r. powód uzyskał też informację o konieczności uzyskania uzgodnienia dotyczącego ochrony zieleni oraz opinii Miejskiego Konserwatora Zabytków, w związku z wpisaniem obiektu do ewidencji zabytków. Miejski Konserwator zabytków, w reakcji na wniosek powoda z lutego 2008 r., zakwestionował usytuowanie planowanego budynku wobec konieczności nadmiernej wycinki drzew i zasugerował dostosowanie zabudowy do warunków przyrodniczych. Z kolei w piśmie dnia 14 kwietnia 2008 r. Wojewódzki Konserwator Zabytków poinformował powoda, że planowana inwestycja znajduje się na terenie stanowiska archeologicznego, zatem prace ziemne będą wymagać pozwolenia Konserwatora.

Główny projektant powoda w piśmie z końca grudnia 2007 r. zwrócił się do pozwanego o przedłużenie terminu wykonania prac projektowych o 6 tygodni, prośby o wydłużenie terminu i nienaliczenie kary umownej ponawiał w marcu i czerwcu 2008 r. Pozwany nie wyraził na to zgody.

Po uzyskaniu negatywnej opinii Miejskiego Konserwatora Zabytków powód wykonał nowy projekt zagospodarowania obiektu wraz z projektem zagospodarowania terenu i zieleni. Skorygowany projekt został wstępnie zaakceptowany z zastrzeżeniem konieczności uzyskania zgody na wycinkę drzew po przedstawieniu projektu nasadzeń rekompensujących, który miał pozytywnie zaopiniować Miejski Konserwator Zabytków. Opracowane przez powoda projekty weryfikowało w trakcie wykonywania umowy [...] Biuro Projektowe Sp. z o.o.

W dniu 17 lipca 2008 r. powód przedstawił kompletną dokumentację projektową, do której pozwany w dniu 28 lipca 2008 r. zgłosił zastrzeżenia, wobec czego w okresie od dnia 1 sierpnia do dnia 13 października 2008 r. powód dokonywał niezbędnych poprawek, po czym ostatecznie przekazał pozwanemu kompletną dokumentację i w dniu 4 listopada 2008 r. dostarczył mu fakturę na

539.240 zł brutto, płatną do 30 listopada 2008 r. Pozwany potrącił z żądanej sumy 239.000 zł kary umownej za 239 dni opóźnienia i 25 listopada 2008 r. zapłacił powodowi kwotę 300.2400 zł.

Wniosek powoda o zawezwanie do próby ugodowej okazał się bezskuteczny.

Dokumentacja przetargowa zawierała błędy - niespójność z decyzją lokalizacyjną z 2006 r., brak wszystkich elementów wymaganych przez rozporządzenie Ministra Infrastruktury dotyczących zakresu i formy dokumentacji projektowej (brak jednoznacznych informacji o mapie do celów projektowych oraz operatu dendrologicznego). Dokumentacja przetargowa nie została przedstawiona w sposób pozwalający powodowi przewidzenie wszystkich koniecznych prac i uzgodnień (ochrona drzewostanu, kolizja ze stanowiskiem archeologicznym).

Przystępując do przetargu, powód winien był złożyć do pozwanego stosowne zapytania, ponieważ braki i sprzeczności były wówczas dostrzegalne. Wiadoma była również potrzeba sporządzenia inwentaryzacji dendrologicznej. Ustalenia z Wydziałem Środowiska i Rolnictwa oraz z Miejskim Konserwatorem Zabytków wydłużyły wykonanie projektu o minimum 3 miesiące. Wykonanie nowego projektu architektury i konstrukcji ośrodka oraz nowego projektu zagospodarowania obiektu i terenu kosztowało 80.563,07 zł i zajęło powodowi nie więcej niż 3 miesiące.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Sąd Okręgowy uznał powództwo za bezzasadne. Powód nie wykazał braku swojego zawinienia w przekroczeniu terminu umownego, ponieważ nie dochował należytej staranności w fazie przygotowań do uczestnictwa w przetargu, tj. nie podjął inicjatywy dla wyjaśnienia wątpliwości i widocznych rozbieżności między danymi z poszczególnych dokumentów. W konsekwencji za należną Sąd uznał naliczoną przez pozwanego karę umowną. Jako niezasadne ocenił Sąd Okręgowy na gruncie art. 632 § 1 k.c. żądanie wynagrodzenia za prace dodatkowe, które zakwalifikował jako niezbędne dla należytego wykonania umowy i objęte jej przedmiotem oraz zryczałtowanym wynagrodzeniem.

Na skutek rozpoznania apelacji wniesionej przez powoda od wyroku Sądu pierwszej instancji, Sąd Apelacyjny, wyrokiem z dnia 2 sierpnia 2012 r., zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę

119.000 zł z odsetkami od dnia 25 listopada 2008 r., oddalając apelację w pozostałej części.

W wyniku skargi kasacyjnej powoda, która obejmowała orzeczenie oddalające w części apelację (i powództwo), wyrokiem z dnia 5 grudnia 2013 r. Sąd Najwyższy uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego w zaskarżonej części i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Wyrokiem z dnia 28 maja 2014 r., Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok Sądu pierwszej instancji w ten sposób, że zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej dalszą kwotę 120.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 25 listopada 2008 r. do dnia zapłaty, oddalając powództwo co do kwoty 80.563,07 zł z odsetkami oraz oddalił dalej idącą apelację.

Sąd drugiej instancji podkreślił konieczność uwzględnienia częściowego uprawomocnienia się wyroku zasądzającego na rzecz powoda kwotę 119.000 zł z odsetkami. W konsekwencji za wiążące należało uznać ustalenia faktyczne i oceny prawne, które legły u podstaw prawomocnego zasądzenia na rzecz powoda wyżej wymienionej kwoty. Zasądzając ją Sąd Apelacyjny przyjął, iż usprawiedliwiony okres opóźnienia powoda wyniósł 4 miesiące. Jeśli zatem termin umowy upływał 1 lutego 2008 r., przy uwzględnieniu 4 miesięcy usprawiedliwionego opóźnienia, o ewentualnej zwłoce powoda można mówić co najwyżej po 1 czerwca 2008 r. Wykluczone jest przy tym przyjęcie zwłoki po dniu 17 lipca 2008 r., skoro w tym dniu powód wydał pozwanemu kompletną dokumentację. Ostatecznie uznał, że także w okresie od dnia 1 czerwca do dnia 17 lipca 2008 r. powód nie pozostawał w zwłoce uprawniającej pozwanego do naliczenia kary umownej. Wady i braki dokumentacji przetargowej, a także dokumentacji przekazanej powodowi już po zawarciu umowy, istotnie zakłóciły proces projektowania. Proces projektowania został nie tylko istotnie zakłócony, ale i poszerzony o prace i czynności nowe oraz powtórne. Opóźnienie w wykonaniu przez powoda prac było więc wynikiem niezawinionym przez powoda, co uwalnia go od odpowiedzialności za niedochowanie terminu wykonania dokumentacji projektowej. Uzasadniało to uwzględnienie częściowo apelacji przez zasądzenie

pozostalej części wynagrodzenia należnego powodowi niezasadnie obniżonego przez pozwanego wskutek potrącenia kary umownej.

Sąd za niezasadny uznał podniesiony w apelacji zarzut nieważności umowy (art. 144 p.z.p.), co miało skutkować brakiem przedmiotu umowy, a w konsekwencji brakiem ważnego zastrzeżenia kary, czy też brakiem wiążącego terminu wykonania zmienionego zobowiązania, czy wreszcie brakiem odpowiedzialności powoda za niedotrzymanie terminu. Nieformalne zmiany w przedmiocie umowy - jakościowe i ilościowe - które zostały wymuszone przez nową decyzję lokalizacyjną oraz organy nadzorujące zgodność pozwanej inwestycji z przepisami chroniącymi przyrodę i dobra kultury, były dla pozwanego jako zamawiającego i przyszłego inwestora korzystne przy założeniu, że nie łączyły się ze wzrostem wynagrodzenia należnego powodowi jako wykonawcy.

Sąd wykluczył możliwość uwzględnienia powództwa o zapłatę wynagrodzenia za prace dodatkowe na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. W tym bowiem zakresie powód był niekonsekwentny, gdyż zarzucając nieważność umowy jednoznacznie nie wskazał, jakie z nią wiąże skutki. Nie określił także podstawy faktycznej i prawnej żądanego wynagrodzenia, czy to za wszystkie wykonane prace, czy za „podstawowe”, czy choćby za dodatkowe i/lub zamienne. Dopiero na rozprawie apelacyjnej przywołał art. 405 k.c., tyle że wartość ewentualnego bezpodstawnego wzbogacenia pozwanego niekonieczne jest tożsamy z wynagrodzeniem umownym, czy skalkulowanym przez wykonawcę. Roszczenie o zapłatę wynagrodzenia umownego oraz za prace dodatkowe, skalkulowanego wedle zasad umownych, jest innym roszczeniem niż wywodzone z przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. To drugie, z woli samego powoda, nie było przez Sąd Okręgowy rozpoznawane i postępowanie dowodowe było ukierunkowane na ocenę roszczenia zgłoszonego w pozwie mającego za podstawę faktyczną umowę stron, ich nieformalne uzgodnienia oraz realia procesu przetargowego i wykonawczego.

Nie było także podstaw do uwzględnienia powództwa o zapłatę za prace dodatkowe na podstawie art. 632 § 2 k.c., który - jak wskazał Sąd Najwyższy, opowiadając się za liberalną dla wykonawcy dzieła wykładnią tego przepisu -

znajduje zastosowanie także w sytuacji, w której strata wykonawcy wykracza ponad zwykle ryzyko kontraktowe. Tak rozumiana rażąca strata nie może być jednak utożsamiana z kosztami przenoszącymi zakładane w chwili składania oferty, czy zawierania umowy. W pojęciu rażącej straty nie mieści się bowiem utracony zysk. Powód nie zainicjował postępowania dowodowego dla wykazania rażącej straty, a nie można też przyjąć za wystarczającą matematycznej relacji kosztu prac dodatkowych do umówionego wynagrodzenia. Poza tym roszczenie przewidziane w art. 632 § 2 k.c. o podwyższenie ryczałtu, jest wykluczone w razie wykonania zobowiązania ze skutkiem wygaśnięcia umowy, co miało miejsce w sprawie. Chodzi tu bowiem o wykonanie zobowiązania charakteryzującego umowę o dzieło, które zostało przez powoda wykonane. Za wykonane uznać również należy zobowiązanie pozwanego, jeśli częściowy brak zapłaty umówionego wynagrodzenia argumentował on wyłącznie potrąceniem kary umownej, a przepisowywanego mu zobowiązania do zapłaty za prace i czynności dodatkowe powód nie wywodził z umowy, bo nie było to w niej przewidziane.

Od wyroku Sądu Apelacyjnego w części oddalającej apelację skargę kasacyjną wniósł powód. W ramach podstawy kasacyjnej z art. 398³ § 1 pkt k.p.c. zarzucił naruszenie: art. 632 § 2 k.c. oraz z ostrożności procesowej art. 405 k.c., natomiast w ramach podstawy kasacyjnej z art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. zarzucił naruszenie przepisów: art. 386 § 6 zd. 1 w zw. z art. 398²¹ k.p.c., art. 398²⁰ zd. 1 i art. 386 § 6 zd. 1 w zw. z art. 398²¹ k.p.c. oraz art. 398²⁰ zd. 1 k.p.c. Powód wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w części oddalającej apelację powoda i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Powód zarzut naruszenia art. 386 § 6 zd. 1 w zw. z art. 398²¹ k.p.c. uzasadnił niewykonaniem przez Sąd drugiej instancji wskazań co do dalszego postępowania wyrażonych w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2013 r., sygn. akt V CSK 2/13, a dotyczących: - rozważenia, przy uwzględnieniu reżimu

prawa budowlanego oraz prawa zamówień publicznych, charakteru, różnic treści i skutków zmiany decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego oraz zakresu dopuszczalnych odstępstw w zakresie świadczenia wykonawcy, - oceny, czy w sprawie pierwszeństwo należy przypisać kwalifikowanemu sposobowi zawierania i formie umów, czy też osiągniętemu rezultatowi, zgodnemu z zamierzonym celem, - stwierdzenia, czy różnice przedmiotu świadczenia wykonawcy były przedmiotowo istotne i czy wymagały, w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 czerwca 2007 r., zmiany umowy z zachowaniem formy zastrzeżonej *ad solemnitatem*, - uwzględnienia przy dokonywaniu wyżej wymienionej oceny okoliczności, czy bez wprowadzenia zmian świadczenie byłoby przydatne do zakładanego celu, a zatem czy stanowiłoby prawidłowe wykonanie umowy. Zdaniem skarżącego, Sąd Apelacyjny od razu przeszedł do oceny ważności umowy i uznał, że nie podziela podniesionego w apelacji zarzutu nieważności umowy (art. 144 p.z.p.). Ten sam zarzut powód uzasadnił także odstąpieniem przez Sąd Apelacyjny od oceny prawnej żądania zapłaty kwoty 80.563,07 zł z ustawowymi odsetkami, wyrażonej przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 grudnia 2013 r., sygn. akt V CSK 2/13, w którym przesądzono, iż roszczenie to stanowi albo żądanie zapłaty wynagrodzenia za prace wykonane ponad zamówienie albo też żądanie zapłaty za roboty dodatkowe, mieszczące się w zakresie przedmiotowym obowiązku ciążącego na wykonawcy, ale ponowione z innych przyczyn, a mianowicie ze względu na uzgodnienia z konserwatorem zabytków oraz ze względu na ochronę cyprysnika błotnego. Tymczasem Sąd Apelacyjny jeszcze inaczej ocenił wymienione wyżej żądanie jako nieuzasadnione, uznał bowiem, iż doszło do zmian w przedmiocie umowy (jakościowych i ilościowych), a więc uznał, iż roszczenie to stanowi żądanie zapłaty wynagrodzenia za zmieniony jakościowo i ilościowo przedmiot umowy, w której wynagrodzenie przyjmującego zamówienie określono jako ryczałtowe. Odnosząc się do tak postawionego zarzutu naruszenia przepisów postępowania, należy uznać go za niezasadny z tej przyczyny, że art. 386 § 6 zd. 1 nie ma w ogóle zastosowania w postępowaniu przed sądem drugiej instancji, który, zgodnie z art. 398²⁰ k.p.c., jest związany tylko wykładnią prawa dokonaną w tej sprawie przez Sąd Najwyższy. W związku z zakresem rozpoznania skargi kasacyjnej wynikającym

z art. 398¹³ § 1 i 2 k.p.c., Sąd Najwyższy nie jest uprawniony do wydawania, tak jak sąd drugiej instancji w stosunku do sądu pierwszej instancji, wiążących sąd drugiej instancji ocen prawnych i wskazań co do dalszego postępowania, o których mowa w art. 386 § 6 zd. 1 k.p.c. Natomiast sąd drugiej instancji związany jest wykładnią prawa dokonaną w sprawie przez Sąd Najwyższy (art. 398²⁰ k.p.c.). Pojęcie to należy interpretować ściśle. Wiążąca sąd niższej instancji wypowiedź Sądu Najwyższego ogranicza się więc do wyjaśnienia treści przepisów i nie obejmuje wskazań co do dalszego postępowania. Natomiast związanie sądu niższej instancji oceną prawną i wskazaniem co do dalszego postępowania, o czym mowa w art. 386 § 6 zd. 1 k.p.c., oznacza nie tylko wykładnię przepisów prawa materialnego i procesowego, ale także wyjaśnienie, że do stosunku prawnego będącego przedmiotem procesu, ma zastosowanie inny przepis, którego sąd pierwszej instancji nie wziął pod uwagę. Obejmuje ono również wskazanie wątpliwości, które powinny być wyjaśnione i polecenie przeprowadzenia konkretnych czynności. Zamieszczenie takich wskazań nie należy do kompetencji Sądu Najwyższego, a jeżeli wskazania takie zostaną zamieszczone w wyroku Sądu Najwyższego, to nie wiążą sądu, któremu sprawa została przekazana (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2001 r., V CKN 437/00, nie publ., z dnia 23 października 2002 r., II CKN 860/00, nie publ., z dnia 15 stycznia 2004 r., II CSK 162/03, nie publ., z dnia 19 października 2005 r., V CK 260/05, nie publ., z dnia 26 lutego 2009 r., IV CSK 415/08, nie publ., z dnia 6 maja 2009 r., II CSK 668/08, nie publ., z dnia 16 grudnia 2009 r., I CSK 196/09, nie publ., z dnia 6 maja 2010 r., II CSK 626/09, nie publ., z dnia 5 lipca 2012 r., IV CSK 23/12, OSP 2013, nr 7-8, poz. 79, z dnia 12 lipca 2012 r., I CSK 5/12, nie publ.).

Powód podniósł także zarzut naruszenia art. 398²⁰ zd. 1 i art. 386 § 6 zd. 1 w zw. z art. 398²¹ k.p.c. poprzez utożsamienie wykładni art. 632 § 1 i § 2 k.c., dokonanej przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 grudnia 2013 r., sygn. akt V CSK 2/13, z oceną prawną żądania powoda zapłaty kwoty 80.563,07 zł z ustawowymi odsetkami jako żądania zapłaty podwyższonego przez sąd wynagrodzenia ryczałtowego na podstawie art. 632 § 2 k.c., podczas gdy Sąd Najwyższy w powołanym wyroku takiej oceny prawnej „drugiego żądania objętego pozwem” nie sformułował, dokonał natomiast wykładni art. 632 § 2 k.c. Zarzut ten –

który należy ograniczyć z przyczyn wcześniej wskazanych jedynie do rozważenia naruszenia art. 398²⁰ zd. 1 k.p.c. - nie jest uzasadniony z tej przyczyny, że wbrew stanowisku skarżącego z uzasadnienia zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego nie wynika, aby Sąd ten, powołując się na wykładnię wyroku Sądu Najwyższego, uznał, iż żądanie powoda należy ocenić jedynie na podstawie art. 632 § 2 k.c. Inną natomiast kwestią jest to, że Sąd Apelacyjny po stwierdzeniu, że art. 144 p.z.p. nie został naruszony przy założeniu, że strony nie przewidziały podwyższenia wynagrodzenia, uznał, iż zastosowanie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu było wyłączone, gdyż ta podstawa prawna i faktyczna roszczenia została powołana przez powoda dopiero na etapie postępowania apelacyjnego. Powód obowiązany jest sformułować treść żądania oraz jego podstawę faktyczną. Obowiązkiem sądu jest ocena, czy żądanie to jest usprawiedliwione co do zasady i wysokości na podstawie wchodzących w rachubę przepisów prawa materialnego mających zastosowanie do oceny zgłoszonego żądania. Odnośnie do podstawy faktycznej powołanej przez powoda dla rozważenia zasadności roszczenia na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu istotne było, czy powód wskazywał fakty, które mogły uzasadniać zastosowanie w sprawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Irrelevantna dla możliwości zastosowania przez sąd właściwego przepisu prawa materialnego była wskazana przez Sąd drugiej instancji niekonsekwencja strony powodowej w ocenie prawnej przedstawianego pod osąd stanu faktycznego. Nie jest też trafny argument Sądu, że o niemożliwości zastosowania w sprawie tej podstawy prawnej przesądza to, iż powód w pozwie nawiązywał tylko do okoliczności związanych z zawarciem umowy, w sytuacji, w której powód twierdził jednocześnie, że już po zawarciu umowy wykonał prace dodatkowe nieobjęte umową. Jak bowiem przyjmuje się w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. m.in. wyroki z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/2007, nie publ., z dnia 21 maja 2009 r., V CSK 439/2008, nie publ., z dnia z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 414/10, nie publ. oraz z dnia 9 października 2014 r., I CSK 568/13, nie publ.) oraz w doktrynie, konstrukcja roszczenia wynagrodzenia ryczałtowego nie wyklucza żądania przez przyjmującego zamówienie wynagrodzenia za prace nieobjęte umową na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Możliwości uwzględnienia żądania na tej podstawie prawnej nie sprzeciwiają się

także przepisy p.z.p. (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2005 r., V CSK 537/04, nie publ., z dnia 5 grudnia 2006 r., II CSK 527/06, nie publ., z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/07, nie publ. oraz z dnia 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12, nie publ.). Z tej przyczyny istotna była ocena, czy strony zmieniły z zachowaniem wymagań przewidzianych w przepisach p.z.p. treść łączącej ich umowy co do zakresu przedmiotowego prac. W istocie kwestii tej Sąd Apelacyjny nie ocenił. Odnosząc się do zarzutu nieważności umowy z powodu naruszenia art. 144 p.z.p., uznał, że nieformalne zmiany w przedmiocie umowy, które zostały wymuszone przez nową decyzję lokalizacyjną oraz organy nadzorujące zgodność pozwanej inwestycji z przepisami chroniącymi przyrodę i dobra kultury, były dla pozwanego jako zamawiającego i przyszłego inwestora korzystne przy założeniu, że nie łączyły się ze wzrostem wynagrodzenia należnego powodowi jako wykonawcy. Z takiej oceny nie wynika więc, czy strony porozumiały się nieformalnie co do wykonania przez powoda prac wykraczających poza zakres przedmiotowy umowy, ale w ramach przewidzianego w umowie wynagrodzenia, czy też co do wysokości wynagrodzenia w ogóle się umówiły. Tylko w tym pierwszym przypadku rzeczywiście doszłoby do zmiany umowy o charakterze korzystnym dla pozwanego jako zamawiającego. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 r., III CSK 143/10 (nie publ.) wskazano, że do zmiany umowy uzasadnionej okolicznościami wyczerpującymi przesłanki określone w art. 144 ust. 1 p.z.p., może dojść jedynie w rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez strony umowy. Dodać należy, że w przypadku umowy o dzieło, strony powinny określić wysokość wynagrodzenia albo wskazać podstawy do jego ustalenia. W przeciwnym przypadku, w razie wątpliwości poczytuje się, że strony miały na myśli zwykłe wynagrodzenie za dzieło tego rodzaju. Jeżeli także w ten sposób nie da się ustalić wysokości wynagrodzenia, należy się wynagrodzenie odpowiadające uzasadnionemu nakładowi pracy oraz innym nakładom przyjmującego zamówienie (art. 628 § 1 k.c.). Ze względu na tę regulację strony musiałyby jednoznacznie wyłączyć możliwość żądania wynagrodzenia za prace nieobjęte zawartą wcześniej umową. Brak porozumienia co do wysokości wynagrodzenia za dodatkowe prace nieobjęte umową nie oznacza bowiem w świetle powołanego wyżej przepisu, że przyjmujący zamówienie miał je wykonać bez wynagrodzenia. Powyższe

rozważania uzasadniają wniosek, że nie można odeprzeć zarzutu naruszenia art. 405 k.c. przez jego niezastosowanie z przyczyn wskazanych przez Sąd drugiej instancji.

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 398²⁰ zd. 1 k.p.c. poprzez dokonanie wykładni 632 § 2 k.c. sprzecznie z wykładnią tego przepisu przyjętą w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2013 r., sygn. akt V CSK 2/13. W uzasadnieniu tego orzeczenia wskazano, że podstawą prawną sądowej zmiany umowy, równorzędną z art. 357¹ k.c., ale z uwagi na wskazanie innych przesłanek o częściowo krzyżującym się zakresie zastosowania, może być art. 632 § 2 k.c. W przeciwieństwie do art. 357¹ k.c., mającego zastosowanie jedynie w razie wykazania nadzwyczajnej zmiany stosunków, zezwala on na jej modyfikację przez podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego już w wypadku, gdy skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć wykonanie umowy groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą. Nie musi to być strata, która zachwiałaby kondycją finansową wykonawcy bądź groziłaby mu upadłością, wystarczy zwykła rażąca strata transakcyjna. Za nadzwyczajną zmianę stosunków należy zatem uznać taką, która niweczy kalkulację dokonywaną przez wykonawcę z uwzględnieniem zwykłego ryzyka kontraktowego. Z przedstawionej wyżej wykładni art. 632 § 2 k.c. nie wynika, tak jak twierdzi skarżący, że Sąd Najwyższy uznał, iż poniesienie straty nie jest w ogóle przesłanką uzasadniającą możliwość skutecznego żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego przez sąd, gdyż przez zwykłą rażąca stratę transakcyjną należy rozumieć także taką sytuację, w której przyjmujący zamówienie utracił znaczną część spodziewanego dochodu. Zarówno w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyroki z dnia 18 września 1998 r., III CKN 621/97, OSP 1999, nr 1, poz. 9 oraz z dnia 15 listopada 2006 r., V CSK 251/06, nie publ.), jak również w piśmiennictwie przyjmuje się jednolicie, że art. 632 § 2 k.c. ma zastosowanie wówczas, gdy wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, a nie utratą spodziewanego dochodu.

Strata oznacza nadwyżkę kosztów poniesionych przez przyjmującego zamówienie nad uzyskanym przez niego za wykonanie dzieła wynagrodzeniem. Wykładnia dokonana przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 grudnia 2013 r. odnosi się

jedynie do skali straty, która powinna przekraczać zwykle ryzyko transakcyjne. Nietrafny jest więc także zarzut naruszenia art. 632 § 2 k.c. przez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż w pojęciu „rającej straty” nie mieści się utracony zysk przyjmującego zamówienie oraz że dla wykazania jej zaistnienia nie wystarczy przedstawienie matematycznego wyliczenia obrazującego relację kosztów dodatkowych (które nie były zakładane w chwili składania oferty czy zawierania umowy) do umówionego wynagrodzenia. Jest oczywiste, że jeżeli przyjmujący zamówienie ponosi stratę, to tym samym traci także spodziewany zysk. Dla wykazania tego stanu rzeczy niezbędne jest więc przedstawienie relacji umówionego wynagrodzenia do zakładanych wydatków i planowanego zysku (dochodu).

Zarzut naruszenia art. 632 § 2 k.c. był natomiast uzasadniony w części, w której zarzucono, iż błędna była ocena Sądu o niemożności podwyższenia przez sąd ryczałtu w ustalonych okolicznościach z powodu wykonania zobowiązania ze skutkiem wygaśnięcia umowy. Możliwości żądania przez przyjmującego zamówienie podwyższenia ryczałtu na podstawie art. 632 § 2 k.c. nie sprzeciwia się okoliczność, że przyjmujący zamówienie wykonał dzieło zgodnie z umową (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 2012 r., I CSK 333/11, nie publ.). Przepis ten nie określa terminu, w którym można wystąpić z tym żądaniem. Nie ma podstaw, aby przyjmować, że wykonanie, w warunkach z art. 632 § 2 k.c., dzieła i przekształcenie się stanu zagrożenia stratą (niebezpieczeństwa jej powstania) w stan dokonany, powoduje utratę uprawnienia, o którym mowa w tym przepisie. W powołanym wyżej orzeczeniu wyjaśniono, że ingerencja sądu w treść stosunku prawnego łączącego strony w sposób prowadzący do modyfikacji wynikających z tego stosunku obowiązków stron, może mieć miejsce dopóty, dopóki stosunek ten trwa, czyli obowiązki wynikające z tego stosunku pozostają niewykonane. Tym samym również art. 632 § 2 k.c. może mieć zastosowanie do umów, które nie zostały wykonane. Oceniając, czy stosunek prawny łączący strony wygaś, zachodzi potrzeba odróżnienia spełnienia świadczenia od wykonania zobowiązania. Skutkiem wykonania zobowiązania jest wygaśnięcie całego stosunku zobowiązaniowego. Skutkiem spełnienia świadczenia jest natomiast tylko umorzenie wierzytelności i wygaśnięcie odpowiadającego jej długu i zwykle tylko

zmiana treści stosunku zobowiązaniowego. Przy ocenie, czy miało miejsce świadczenie w ramach danego stosunku, znaczenie powinien mieć czynnik woli i istotny jest przy tym punkt widzenia wierzyciela. Świadczenie poza tym może być uznane za wykonane w sposób prawidłowy dopiero wówczas, gdy dłużnik zachował się zgodnie z treścią zobowiązania, a rezultatem tego było odniesienie przez wierzyciela korzyści czyniących zadość jego interesowi zasługującemu na ochronę. Według art. 354 § 1 k.c., wykonanie zobowiązania przez dłużnika powinno być zgodne zarówno z treścią zobowiązania, jak i ze społeczno-gospodarczym celem zobowiązania oraz z zasadami współżycia społecznego, a także ewentualnie ustalonymi zwyczajami. Zapobiega to sytuacjom, w których spełnienie przez dłużnika świadczenia w sposób formalnie zgodny z treścią zobowiązania nie zaspokajałoby uzasadnionego interesu wierzyciela. Zapłata, w warunkach z art. 632 § 2 k.c., wynagrodzenia w wysokości wynikającej z umowy, przy jednoznacznym stanowisku wykonawcy, że zapłatę tę uważa za świadczenie częściowe, może być traktowana jako spełnienie świadczenia nie powodujące wygaśnięcia zobowiązania; zapłata taka nie prowadzi bowiem do zaspokojenia wykonawcy jako wierzyciela, gdyż narusza nie tylko ekwiwalentność świadczeń, ale nadto doprowadza wykonawcę do rażącej straty. Uwzględniając powyższe, w okolicznościach sprawy w ogóle nie można przyjąć, aby pozwany spełnił świadczenie wobec powoda ze skutkiem wygaśnięcia zobowiązania skoro nie zapłacił znacznej części umówionego wynagrodzenia, dokonując bezpodstawnego – jak wynika z prawomocnego już rozstrzygnięcia - potrącenia kary umownej z wynagrodzenia należnego powodowi.

Z tych względów na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 1, art. 391 § 1 i art. 398²¹ k.p.c. orzeczono, jak w sentencji.