

Sygn. akt I ACa 306/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 lipca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Danuta Jezierska
Sędziowie:	SSA Maria Iwankiewicz SSA Mirosława Gołuńska (spr.)
Protokolant:	sekr.sądowy Magdalena Gołtsche

po rozpoznaniu w dniu 4 lipca 2013 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Budowlano-Uslugowego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. przeciwko Miastu G.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 25 stycznia 2013 r., sygn. akt VIII GC 334/12

I. oddala apelację,

II. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Maria Iwankiewicz Danuta Jezierska Mirosława Gołuńska

Sygn.akt I A Ca 306/13

UZASADNIENIE

Powód Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe (...) Spółka z ograniczona odpowiedzialnością w G. domagał się zasądzenia od pozwanego Miasta G. kwoty 86011,43 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13.07.2012 r. oraz z kosztami procesu.

Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa i obciążenie powódki kosztami procesu.

Wyrokiem z dnia 25 stycznia 2013 r. Sąd Okręgowy w Gorzowie Wlkp. :

zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 86 011,43 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13 lipca 2012 roku (pkt I) ,a nadto zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 7918 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt II).

Orzeczenie to zostało oparte na następujących ustaleniach :

w trybie przetargu nieograniczonego , na podstawie wybranej przez pozwanego oferty , w dniu 23 czerwca 2010 roku pozwany i powód zawarli umowę o roboty budowlane nr (...). W umowie tej postanowiono ,że :

-pozwany zleca a powód zobowiązuje się do zaprojektowania i wykonania robót budowlanych związanych z inwestycją pt „Rozbudowa stadionu żużlowego w G.”- § 1 ust. 1;

-wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zwiększenie kwoty kontraktowej nawet w przypadku, gdy nie dało się tego przewidzieć w momencie rozpoczęcia robót budowlanych, w szczególności w wypadkach, gdy badania geologiczne wykażą, że zastosowanie rozwiązań technicznych, będących podstawą do oszacowania wartości robót budowlanych, zmusza wykonawcę do zmiany technologii -§ 1 ust. 3;

-szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, jak również zakres i organizacja prac, wymagania dotyczące sprzętu, materiałów, wykonania i odbioru robót oraz inne informacje zawarte są w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w załączonych do niej dokumentach tj.-umowa, Program Funkcjonalno-Użytkowy, Koncepcja rozbudowy stadionu żużlowego, wypełniony formularz oferty, dane kontraktowe, warunki szczególne kontraktu na budowę, warunki ogólne kontraktu, wyceniony wykaz cen- § 1 ust. 4 ;

-ustalone wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy zgodnie ze złożoną ofertą i zaakceptowana ceną kontraktową netto wynosi 16 446 006,45 zł, należny podatek VAT to kwota 3 618 121,42 zł, a zaakceptowana cena kontraktowa łącznie to kwota 20 064 127,87 zł - § 8 ust. 1;

-postanowiono , że w sprawach nie uregulowanych umową zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych, ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku prawo budowlane oraz przepisy kodeksu cywilnego- § 13 ust 1;

-postanowiono , że wszelkie zmiany i uzupełnienia do zawartej umowy strony będą w formie aneksu z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności - § 13 ust. 2;

-ustalono , że specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz dokumenty wymienione w § 1 ust. 4 umowy w postępowaniu poprzedzającym zawarcie umowy stanowią jej integralną część- § 13 ust. 4.

Strony postanowiły, że warunki szczególne kontraktu uzupełniają, poprawiają jak i wprowadzają dodatkowe klauzule specjalne do warunków ogólnych tak aby spełniać przepisy prawa polskiego.

W klauzuli 14 zatytułowanej cena kontraktowa i płatności, wskazano, że usunięto całą treść subklauzuli 14 i zastąpiono ją poniższą zasadą: cena kontraktowa będzie ryczałtową zaakceptowaną kwotą kontraktową i nie będzie podlegała zmianom i korektom, wykonawca będzie płacił wszystkie podatki, należności i opłaty wymagane do płacenia przez niego według kontraktu, a cena kontraktowa nie będzie korygowana ze względu na jakikolwiek z tych kosztów, oprócz sytuacji podanej w subklauzuli 13.7 (korekty wynikające ze zmian stanu prawnego). W warunkach ogólnych kontraktu w subklauzuli 13.7 wskazano, że cena kontraktowa będzie skorygowana, tak aby uwzględnić każdy wzrost lub obniżkę kosztu, wynikającego z jakiejś zmiany w prawach kraju (łącznie z wprowadzeniem nowych przepisów i uchynieniem lub modyfikacją istniejących przepisów prawa) lub z prawnej lub oficjalnej rządowej interpretacji takich praw, dokonanej po dacie odniesienia, a mającej wpływ na wykonanie przez wykonawcę jego zobowiązań według kontraktu. Jeżeli wykonawca dozna (lub oceni, że następnie dozna) opóźnienia lub poniesienie (lub oceni, że następnie poniesie) dodatkowy koszt wynikły ze zmian prawa , wykonawca da powiadomienie inżynierowi kontraktu i będzie uprawniony do płatności za jakikolwiek koszt, która to płatność będzie włączona do ceny kontraktowej.

W dniu 16 września 2011 roku jednoosobowa komisja o rozjemstwie, powołana na podstawie trójstronnie podpisanej z rozjemcą oraz powoda i pozwanego umowy, zgodnie z ogólnymi warunkami - załącznika numer 1 do umowy wydała decyzję uznającą za zasadne roszczenie powoda o zwiększenie kwoty kontraktowej z tytułu zmiany podatku VAT 22% do 23%. Wskazano, że zwiększenie to ma zastosowanie jedynie do robót wykonywanych po dniu 1 stycznia 2011 roku, kiedy to zaczęła obowiązywać nowa stawka podatku VAT. Pozwany pismem z dnia 5 października 2011 roku na podstawie klauzuli 20.4 ogólnych warunków kontraktowych powiadomił powoda o niezadowoleniu z decyzji jednoosobowej komisji rozjemczej. Pismem dnia 20 lutego 2012 roku powód wezwał do polubownego załatwienia sporu. W piśmie z dnia 23 lutego 2012 roku pozwany powołując się na swoje wcześniejsze stanowisko odmówił zapłaty. Pismem z 12 czerwca 2012 roku powód wezwał do zapłaty kwoty brutto 86 011,43 zł z tytułu zwiększonego podatku VAT, załączając wyliczenie tej kwoty oraz fakturę VAT nr (...).

Pismem z dnia 13 czerwca 2012 r. Gmina odesłała przedmiotową fakturę oświadczając, że nie uznaje roszczeń wykonawcy. W reakcji na kolejne wezwanie do zapłaty pozwany w piśmie z 21 czerwca 2012 r. stwierdził, że nie uznaje roszczeń wykonawcy dodając, że strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, które nie może być modyfikowane. Podkreślił też, że strony związane są umową zawartą w trybie przetargu, zatem w sprawie powinien mieć zastosowanie przepis art. 144 prawa zamówień publicznych, który przewiduje jedynie możliwość zmiany umowy w zakresie określonym § 13 umowy, które - co jest niesporne między stronami - w niniejszej sprawie nie zaistniały. Pozwany stwierdził nadto, że brak podstaw do zastosowania z art. 357¹ k.c.

Po tak poczynionych ustaleniach Sąd ostatecznie ocenił powództwo jako uzasadnione.

Sąd zaczął od stwierdzenia, że strony związane były umową z dnia 25 czerwca 2010 roku zawartą na podstawie dokonanego przez zamawiającego wyboru oferty wykonawcy w trybie przetargu nieograniczonego. To z kolei oznaczało, że do ocenianej umowy miały zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 144. 1. stanowi, że ustawa zakazuje istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu (ust. 2). Przytoczony przepis określa sytuacje, w których zamawiający może dokonać czynności prawnej polegającej na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego z tym, iż do zmiany umowy dojść może jedynie w rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez wszystkie jej strony. Wskazany przepis nie daje w konsekwencji wykonawcom roszczenia o zmianę zawartej umowy, takie roszczenie może natomiast wynikać z art. 357¹ k.c., a w stosunku do żądania zmiany wynagrodzenia pieniężnego z art. 358¹ § 3 k.c.

Strony w badanej umowie ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe z kwotowo określonym podatkiem VAT. Poza sporem pozostawał fakt, że powód był płatnikiem podatku VAT. Odwołując się do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach stwierdził Sąd, że podatek VAT jest niewątpliwie składnikiem ceny, elementem który tworzy cenę brutto i ostatecznie decyduje o jej wysokości. Sprzedawca towaru i usługi, kalkulując cenę jest uprawniony do wliczenia do niej podatku VAT. Ustawowa zmiana stawki podatku od towarów i usług za roboty budowlane nie skutkuje automatycznie obowiązkiem zamawiającego zapłaty wynagrodzenia netto powiększonego o podatek od towarów i usług według podwyższonej stawki. Sama zmiana stawki podatku VAT jest zdarzeniem zewnętrznym, niezależnym od woli stron, pozwany nie twierdził by w dacie zawierania umowy wykonawca mógł przewidzieć zmianę stawki VAT.

Wskazał Sąd, że zmiana wynagrodzenia wykonawcy określonego w umowie w sprawie zamówienia publicznego może być dokonana:

- w drodze zastosowania klauzul umownych powodujących zmianę wynagrodzenia bez konieczności zmiany umowy,
- w drodze zmiany umowy ewentualnie,

- w drodze konstytucyjnego orzeczenia sądu.

W ocenie Sądu najczęściej do zmiany wynagrodzenia, bez konieczności zmiany umowy, w sytuacji ustawowej zmiany stawki VAT dochodzi wówczas, gdy z samej treści umowy wynika, że wynagrodzenie należne wykonawcy podlega automatycznej waloryzacji odpowiednio o kwotę podatku VAT.

Strony w § 1 ust. 3 umowy postanowiły, że wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zwiększenie kwoty kontraktowej, nawet w wypadku, gdy nie dało się tego przewidzieć w momencie rozpoczęcia robót budowlanych. W § 14 ust. 4 przewidziały, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz dokumenty wymienione w § 1 ust. 4 umowy stanowią jej integralną część. Sąd przyjął, że strony umowy nie określiły hierarchii ważności owych aktów stanowiących jej całość przyjmując jednocześnie, że na mocy szczególnych warunków wprowadziły dodatkowe klauzule specjalne do warunków ogólnych i zmodyfikowały ogólne warunki tak aby spełniały one przepisy prawa polskiego. Ogólne warunki kontraktu według procedur (...) zostały dostosowane do prawa polskiego. W szczególnych warunkach kontraktu sprecyzowano pewne definicje z warunków ogólnych, wprowadzono też pewne zmiany. W powoływanej przez powoda jako wykonawcę subklauzuli 13.7 zawarto dopuszczalność skorygowania ceny kontraktowej, tak aby uwzględniać każdy wzrost lub obniżkę wynikającą ze zamiany przepisów prawa.

Przenosząc te zapisy umowne do żądania wykonawcy podwyższenia wynagrodzenia Sąd stwierdził, że zmiana stawki podatku VAT jest niewątpliwie zmianą prawa. W ocenie Sądu zapis subklauzuli 13.7 nie pozostawał w sprzeczności z zapisami umowy, w szczególności z jej § 1 ust. 3. Umowa zabraniała zwiększenia ceny kontraktowej, o czym stanowiła też subklauzula 14.1 ogólnych warunków kontraktu, dostosowana przez warunki szczególne. To dostosowanie zmieniające zapis warunków ogólnych dopuszczających zmianę ceny w warunkach przewidzianych w umowie na zapis „cena kontraktowa będzie zryczałtowaną zaakceptowaną kwotą kontraktową i nie będzie podlegała zmianom oraz korektom” nie wyklucza zamiany ceny wynikającej ze zmiany stanu prawnego. Wniosek taki w ocenie Sądu jest uzasadnionym też tym, że w szczególnych warunkach kontraktu stanowiących dostosowanie klauzul (...) do polskiego stanu prawnego, powtórzono w subklauzuli 14.1 mówiącej o cenie kontraktu, subklauzulę 14.1b) (...). Strony zatem utrzymały i potwierdziły zapis, że wykonawca będzie płacił wszystkie podatki, należności i opłaty, a cena kontraktowa nie będzie korygowana oprócz sytuacji podanej w subklauzuli 13.7 (korekty wynikające ze zmiany stanu prawnego).

To zaś oznacza, ocenił Sąd Okręgowy, że subklauzula 13.7 dopuszczająca korektę kosztów wynikającą ze zmiany stanu prawnego stanowi *lex specialis* do pozostałych zapisów umownych. Powołując się na zasadę - *prawa lex specialis derogat legi generali* - uznał Sąd, że nie zachodzi sprzeczność pomiędzy owymi zapisami, tj. zakazem zwiększania ceny kontraktowej z korektą ceny wynikającą ze zmiany stanu prawnego. Subklauzula 13.7 stanowiła o korekcie ceny kontraktowej, przy czym możliwy był zarówno wzrost jak i obniżka kosztu, przy ustawowej zwwyżce lub obniżce stawek podatku VAT.

Ostatecznie Sąd uznał, że korekta ceny kontraktowej na podstawie subklauzuli 13.7 nie pociąga za sobą konieczności zmiany umowy, zmiana wynagrodzenia nie wymaga złożenia dodatkowego oświadczenia przez strony umowy i nie jest wymagane zawarcie odrębnego aneksu. Taka konkluzja w ocenie Sądu Okręgowego była uzasadniona brzmieniem subklauzuli 13.7 nie zmienionej w warunkach szczególnych kontraktu, mówi ona o korekcie kosztu, to oznacza, że wykonawca ma prawo wystawienia faktury VAT z nową ustawową stawką podatku VAT, bez uprzedniej konieczności zawierania aneksu do zawartej umowy.

Dla wzmocnienia swojej argumentacji Sąd Okręgowy zwrócił nadto uwagę na fakt, że to powód skorzystał z procedur przesądowego trybu rozwikłania wynikłego sporu. Wszczął on bowiem postępowanie przed komisją rozjemczą, z tym iż korzystna dla niego decyzja nie została zaaprobowana przez zamawiającego. W takiej jednak sytuacji powód nie miał już obowiązku wytaczania powództwa o zmianę umowy, nie zachodziła potrzeba modyfikacji treści umowy w drodze konstytucyjnego orzeczenia sądu na podstawie art. 357¹ k.c.

Sąd podkreślił, że przytoczone i omówione powyżej zapisy umowy nie pozostawały w żaden sposób w sprzeczności z przepisami ustawy o zamówieniach publicznych. W § 1 ust. 4 umowy strony postanowiły, że warunki szczególne, jak i

ogólne warunki kontraktu zostały załączone do (...). W ten sposób zachowano przejrzystość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przestrzegano zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 pr. zamówień publicznych).

Zastosowanie w umowie klauzul umożliwiających waloryzację lub korektę ceny w celu ustalenia wynagrodzenia należnego wykonawcy musi być przewidziane na etapie postępowania w sprawie zamówień publicznych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 144 prawa zamówień publicznych), tak aby sposób ustalenia wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia był znany wszystkim zainteresowanym wykonawcom na etapie wszczęcia postępowania.

Na koniec Sąd podjął próbę zdefiniowania nieistotnych zmian umowy kiedy to jest możliwe ,w zgodzie z przepisami prawa zamówień publicznych , dokonanie jej zmiany odwołując się do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości .

W konsekwencji Sąd uznał ,że zmiana wynagrodzenia wywołana przyczynami zewnętrznymi, które wynikają ze zmiany stanu prawnego i nie spowodowały zachwiania pozycji konkurencyjnej powoda do potencjalnych wykonawców, gdyż zmiana stawek podatku VAT odnosi się zawsze w równym stopniu do wszystkich wykonawców potencjalnie zainteresowanych przedmiotem zamówienia i wynika z okoliczności niezależnych od osoby wykonawcy ,jest dopuszczalna . Choć zamiana ceny wywiera wpływ na sytuację zamawiającego, który nie jest podatnikiem podatku VAT, albowiem prowadzi do zwiększenia obciążenia ekonomicznego, to jednak nie prowadzi w żaden sposób do przysporzenia wykonawcy dodatkowych korzyści w stosunku do pierwotnych warunków umowy.

Powód przedstawił szczegółowe wyliczenie dodatkowej płatności w związku ze zmianą stawki VAT, wskazując, że dotyczy to robót wykonywanych po dniu 1 stycznia 2011 roku ,pozwany tych wyliczeń nie kwestionował, spór między stronami dotyczył dopuszczalności dokonania jednostronnej korekty wynagrodzenia.

W konsekwencji takich ustaleń i rozważań prawnych ,uznając roszczenie powoda za zasadne , Sąd powództwo uwzględnił w całości ,przy czym o kosztach procesu orzekł zgodnie z jego wynikiem- art. 98 k.p.c.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie wniosła strona pozwana.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła :

I. błędne ustalenia stanu faktycznego polegające na:

1) przyjęciu, że strony w warunkach szczególnych kontraktu (pkt 38) stanowiących załącznik do umowy nr (...) z dnia 23.06.2010 r., przewidziały klauzulę waloryzującą poprzez odesłanie do subklauzuli 13.7 warunków ogólnych kontraktu, która to klauzula pozwalała na jednostronne korygowanie wysokości wynagrodzenia w przypadku zmian stanu prawnego, podczas gdy zgodnie z pkt 35 warunków szczególnych kontraktu modyfikującym subklauzulę 13.3 warunków ogólnych kontraktu strony wyraźnie ustaliły, że w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających korektę, a ta mogłaby spowodować wzrost ceny kontraktowej ponad Zaakceptowaną Kwotę Kontraktu, Inżynier przygotowuje w porozumieniu z Zamawiającym Aneks do Umowy wraz z pisemnym uzasadnieniem takiej Zmiany lub Zmian, postępując zgodnie z procedurami zawartymi w art. 67 i w art. 144 prawa zamówień publicznych;

2) przyjęciu, że strony nie określiły hierarchii ważności dokumentów stanowiących integralną część umowy, podczas gdy w pkt 4 (Subklauzula 1.5) warunków szczególnych kontraktu hierarchia taka została wyraźnie wyartykułowana;

II. naruszenia przepisów postępowania, a w szczególności art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegające na braku całościowej oceny materiału dowodowego oraz dokonaniu ustaleń stanu faktycznego pozostających w sprzeczności z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności z treścią umowy zawartej w wyniku udzielonego zamówienia publicznego, a także stanowiących jej integralną część warunków szczególnych kontraktu i warunków ogólnych kontraktu, co skutkowało błędnym ustaleniem, że strony

przewidziały możliwość automatycznej korekty wynagrodzenia w przypadku zmiany stanu prawnego bez konieczności zmiany umowy w trybie przewidzianym przez art. 144 ustawy prawo zamówień publicznych;

III. naruszenia przepisów prawa materialnego przez niewłaściwą ich wykładnię, a w szczególności:

1) art. 385 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że ogólne warunki umowy, w przypadku sprzeczności ich postanowień z umową, znajdują zastosowanie przed umową;

2) art. 144 ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie, że do zmiany wynagrodzenia, związanej ze wzrostem stawki podatku VAT z 22% na 23% mogło dojść poprzez jednostronne oświadczenie woli powoda, podczas, gdy zmiana taka dopuszczalna byłaby jedynie w drodze zmiany umowy i tylko w przypadku, gdyby umowa tego rodzaju zmianę przewidywała;

3) art. 632 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że możliwa była modyfikacja określonego w § 8 w zw. z § 1 ust. 3 umowy należnego powodowi wynagrodzenia ryczałtowego w drodze jednostronnej korekty wynagrodzenia, podczas gdy z natury wynagrodzenia ryczałtowego wynika, że wykonawcy nie przysługuje prawo do żądania podwyższenia wynagrodzenia bez względu na to, czy w czasie zawarcia umowy istniała możliwość przewidzenia kosztów prac.

W konsekwencji tak sformułowanych zarzutów ,szerzej uzasadnionych , pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda zwrotu kosztów procesu ewentualnie uchylenie skarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji wraz z poleceniem rozstrzygnięcia o kosztach postępowania w tym kosztach zastępstwa procesowego według norm przepisanych za obie instancje.

Powódka w odpowiedzi na apelację ,odnosząc się po kolei do każdego z zarzutów apelacyjnych , wniosła o jej oddalenie i zasądzenie od pozwanego zwrotu kosztów postępowania ,w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny ustalił , co następuje :

apelacja pozwanego okazała się nieuzasadniona.

Zgodnie z art. 378 § 1 k.p.c. sąd II instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji; w granicach zaskarżenia bierze jedynie z urzędu pod uwagę nieważność postępowania. Sąd odwoławczy jednak bez względu na stanowisko stron oraz zakres zarzutów musi zastosować właściwe przepisy prawa materialnego, a więc także usunąć ewentualne błędy prawne sądu pierwszej instancji. Dla postępowania apelacyjnego znaczenie wiążące mają natomiast tylko takie uchybienia prawu procesowemu, które zostały przedstawione w apelacji i nie są wyłączone spod jego kontroli na podstawie przepisu szczególnego . Pozwany w apelacji nie zarzucał nieważności postępowania , a Sąd Odwoławczy z urzędu jej nie stwierdził .

Stan faktyczny w sprawie co do zasadniczych faktów był niesporny między stronami tj., że w dniu 23.06.2010 roku strony zawarły umowę o zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z inwestycją pt. Rozbudowa stadionu żużlowego w G. W.. ,jak i to że zawarcie tej umowy było efektem przetargu nieograniczonego na roboty budowlane, przeprowadzonego zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010.113.759 j.t.) . W § 8 umowy strony ustaliły, że za wykonanie przedmiotu umowy wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe w określonej wysokości netto , z podatkiem VAT w kwocie 3.618.121,42 zł, w kwocie kontraktowej brutto -20 064127,87 zł.

Strony określiły ,termin wykonania umowy na dzień 31.03.2011 r.

Ustawodawca z dniem 1 stycznia 2011 r. dokonał zmiany dotychczasowej stawki w podatku od towarów i usług na roboty budowlane, podwyższając w oparciu o przepisy ustawy z dnia 10 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy o finansach publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 257 poz. 1726) stawkę podatku VAT z 22% na stawkę 23%.

W 2011 i 2012 r. powód jako wykonawca wystawił 5 faktur z wynagrodzeniem netto w kwocie 8.531.214,50 zł ,co stanowi przy stawce podatku VAT 22 % - kwotę 10.493393,84 zł , a przy stawce VAT 23 % - 10579405,25 zł ; ostatecznie daje to różnicę dodatkowej płatności brutto na kwotę 86.011,43 zł.(k.147).

Strony procesu odmiennie oceniały możliwość zmiany wysokości ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego z uwagi na podwyższenie z dniem 1 stycznia 2011 r. podatku od towarów i usług na roboty budowlane ze stawki 22% na stawkę 23 %.

Powód - wykonawca powołując się zawartą umowę oraz załączniki stanowiące jej integralną część, w szczególności subklauzulę 13.7 warunków ogólnych kontraktu przekonywał , że zmiana ceny wynikająca ze zmiany stanu prawnego jest dopuszczalna.

Pozwany - zamawiający przeciwnie wskazywał, że zarówno treść umowy (§ 1 ust. 3) , jak i konstrukcja wynagrodzenia ryczałtowego oraz brzmienie art. 144 prawa zamówień publicznych uniemożliwiają jednostronną zmianę wynagrodzenia. Co do twierdzeń powoda , że podstawą do zamiany wynagrodzenia jest zapis subklauzuli 13.7 ogólnych warunków kontraktu, argumentował, że w umowie strony w ogóle wyłączyły możliwość jakiegokolwiek zmiany wynagrodzenia, zaś umowa ma prymat nad innymi dokumentami.

Pozwany w apelacji zarzucił naruszenia prawa procesowego, jak i materialnego. Zarzucił skarżący Sądowi Okręgowemu ,że ten ustalił w sprawie błędnie stan faktyczny wskutek ustalenia , że strony dopuściły zmianę wynagrodzenia kontraktowego przez tzw. klauzulę waloryzującą oraz ,że nie określiły hierarchii ważności dokumentów stanowiących integralną część umowy, podczas gdy to uczyniły w sposób wyraźny. Pozwany zarzucał dalej, że Sąd I instancji nie dokonał całościowej oceny materiału dowodowego , a nadto że z poczynił ustalenia faktyczne , które były sprzeczne z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności z treścią umowy zawartej w wyniku udzielonego zamówienia publicznego, a także stanowiących jej integralną część warunków szczególnych kontraktu i warunków ogólnych kontraktu. Takie uchybienie procedurze przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów stanowić miało naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. i skutkowało błędnym ustaleniem, że strony przewidziały możliwość automatycznej korekty wynagrodzenia w przypadku zmiany stanu prawnego , bez konieczności zmiany umowy w trybie przewidzianym przez art. 144 ustawy prawo zamówień publicznych. Apelujący nadto zarzucał ,że Sąd dopuścił się naruszenia wskazanych przepisów prawa materialnego przez ich niewłaściwą wykładnię, a mianowicie :

-art. 385 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że ogólne warunki umowy, w przypadku sprzeczności ich postanowień z umową, znajdują zastosowanie przed umową;

-art. 144 ustawy przez błędne przyjęcie, że do zmiany wynagrodzenia, związanej ze wzrostem stawki podatku VAT z 22% na 23% mogło dojść poprzez jednostronne oświadczenie woli powoda, podczas, gdy zmiana taka dopuszczalna byłaby jedynie w drodze zmiany umowy i tylko w przypadku, gdyby umowa tego rodzaju zmianę przewidywała;

-art. 632 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy przez przyjęcie, że możliwa była modyfikacja określonego w § 8 w zw. z § 1 ust. 3 umowy należnego powodowi wynagrodzenia ryczałtowego w drodze jednostronnej korekty wynagrodzenia, podczas gdy z natury wynagrodzenia ryczałtowego wynika, że wykonawcy nie przysługuje prawo do żądania podwyższenia wynagrodzenia bez względu na to, czy w czasie zawarcia umowy istniała możliwość przewidzenia kosztów prac.

Sąd Okręgowy dokonując oceny umowy łączącej strony uznał, że przewidziano w niej dopuszczalność korekty wynagrodzenia - ceny kontraktowej - wynikającą ze zmiany stanu prawnego .Sąd jednocześnie uznał ,że zapisy szczególne składający się na kontrakt stron , uprawniały do wniosku , że wbrew zapisowi §1 z umowy dopuszczalna

jest korekta wynagrodzenia jeżeli było to spowodowane zmianą prawa i przyjął, że taką zmianą prawa była zmiana stawki podatku VAT od towarów i usług na roboty budowlane.

Co do stanu faktycznego sprawy- na kontrakt zawarty w oparciu o przepisy ustawy prawo zamówień publicznych składała się sama umowa, jak i wiele postanowień sformułowanych nie tylko w samej umowie, ale również w załączonych do niej dokumentach stanowiących niewątpliwie jej integralną część. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej - (...)) na wybór generalnego wykonawcy zadania pn Rozbudowa stadionu żużlowego w G. W.. – etap II wskazano jednoznacznie, że załącznikami do specyfikacji, w zakresie warunków kontraktu są min. : warunki ogólne i warunki szczególne, z tym iż warunki szczególne uzupełniają, poprawiają jak również wprowadzają dodatkowe klauzule do warunków ogólnych, tak by spełniały przepisy prawa polskiego. W § 1 ust. 3 umowy strony postanowiły, że „wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zwiększenie kwoty kontraktowej nawet w przypadku, gdy nie dało się tego przewidzieć w momencie rozpoczęcia robót budowlanych, w szczególności w wypadkach, gdy badania geologiczne wykażą, że zastosowanie rozwiązań technicznych, będących podstawą do oszacowania wartości robót budowlanych, zmuszą wykonawcę do zmiany technologii”. Strony w samej umowie postanowiły też, że do zmiany umowy w drodze pisemnego aneksu mogło dojść jeżeli zaszły przesłanki z § 13 umowy. Tak więc niesporne jest, że do zmian wynagrodzenia należnego wykonawcy mogło dojść w oparciu o regulacje zawarte szczególnych, jak i w ogólnych warunków kontraktu. Ogólne warunki umów to warunki ogólne kontraktu (...) warunki kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę (wydanie angielsko – polskie z 2000 r.) dalej określane jako Warunki Ogólne (...). Szczególnymi warunkami strony dokonały modyfikacji i uszczegółowienia Warunków Ogólnych (...) w celu dostosowania ich do potrzeb tego konkretnego zamówienia. Zarówno warunki ogólne, jak i warunki szczególne stanowiły załącznik do (...), a ponadto zgodnie z wzorem umowy, a następnie zwartej już umowy, stanowiły integralną jej część. Strony postanowiły, że cena kontraktowa będzie zryczałtowaną zaakceptowaną kwotą kontraktową i nie będzie podlegała zmianom i korektom, nadto - wykonawca będzie płacił wszystkie podatki, należności i opłaty wymagane do płacenia przez niego według kontraktu, a cena kontraktowa nie będzie korygowana ze względu na jakiegokolwiek z tych kosztów, oprócz sytuacji gdy zachodziła potrzeba korekty wynikającej ze zmian stanu prawnego. W pkt 4 Szczególnych Warunków Kontraktu –subklauzula 1.5 określono dokumenty tworzące kontrakt, a także wskazaniem kolejności pierwszeństwa tych dokumentów do celów interpretacji postanowień kontraktu, o czym mowa będzie jeszcze dalej.

Przepis art. 144 ust. 1 prawa zamówień publicznych zakazuje istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Ustawa uzależnia więc możliwość dokonania istotnej umowy od przewidzenia tego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. A contrario możliwość dokonywania zmiany nieistotnej nie jest poddana analogicznym rygorom, przy czym art. 144 ust. 1 nie wskazuje, jakie zmiany umowy należy traktować jako zmiany istotne umowy w sprawie zamówienia publicznego (por. Komentarz do art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, aut. Jarosława Jerzykowskiego). Tak jak to prawidłowo przyjął Sąd Okręgowy, posiłkując się argumentacją komentatora do przepisu art. 144 wskazanego wyżej, za zmiany nieistotne należy rozumieć takie, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania, takie rozumienie określenia istotnych i nieistotnych zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego nawiązuje do orzecznictwa (...).

Postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego rządzą zasady wyrażone w rozdziale 2 Prawa zamówień publicznych. Artykuł 7 ustawy stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada ta została uszczegółowiona m.in. w przepisach nakładających na zamawiającego obowiązki, których realizacja zapewnia wykonawcom konkurowanie w równych warunkach. Do takich przepisów należą przepisy nakładające na zamawiającego konieczność przeprowadzenia czynności badania i eliminowania z postępowania ofert, które nie

odpowiadają wynikającym z ustawy warunkom. Kontrola i selekcja ofert z punktu widzenia oferty najkorzystniejszej (art. 91 ust. 1), dokonywana przez zamawiającego, jest również wyrazem uszanowania zasady wyrażonej w art. 7 Pr.z.p. Kryterium decydującym o wyniku porównania jest, co należy podkreślić, w zasadzie zawsze cena, zgodnie bowiem z art. 91 ust. 2 Pr.z.p. cena może być albo wyłącznym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, albo stanowić równoważne kryterium tej oceny. Definiując w art. 2 pkt 1 pojęcie ceny, ustawodawca odwołał się do ceny w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.), który stanowi, że ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Podatek ten (VAT) jest więc niewątpliwie składnikiem ceny, elementem, który tworzy cenę brutto i ostatecznie decyduje o jej wysokości.

Pozwany w ofercie wskazał, że kryterium wyboru oferty jest wyłącznie cena – 100% (...) - pkt 18). Stąd zmiana ceny kontraktowej w wyniku ustawowej zmiany stawki podatku od towarów i usług dotknęłaby wszystkich wykonawców konkurujących o zamówienie .

Możliwość dokonania zmiany nieistotnej nie jest poddana rygorom z art. 144 , zaś sama możliwość takiej zmiany może być oczywiście przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w (...) , a następnie w samej umowie bądź też może być pominięta. Jeżeli będzie przewidziana przez strony to zmiana nieistotnych postanowień umowy powinna być dokonana z uwzględnieniem obowiązujących umownych ustaleń.

W przypadku zmian istotnych oraz zmian nieistotnych lecz nieprzewidzianych w zakresie ich zmiany przez strony kontraktu dla ich wprowadzenia konieczne byłyby zgodne oświadczenia woli złożone przez strony umowy. Prawo zamówień publicznych nie zawiera podstawy materialnej dla domagania się zobowiązania do złożenia w określonego oświadczenia woli tak jak to przewidują przepisy kodeksu cywilnego (art. 64 k.c. w zw. z art. 1047 k.p.c.). W przypadku zmian nieistotnych przewidzianych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w (...) , a następnie w samym kontrakcie ich zmiana powinna nastąpić zgodnie z zawartymi przez strony postanowieniami .

Przenosząc te rozważania do rozpoznawanej sprawy Sąd Apelacyjny stwierdza ,że wbrew zarzutom pozwanego Sąd I instancji dokonał prawidłowej analizy postanowień kontraktu , w tym warunków ogólnych kontraktu oraz warunków szczególnych kontraktu stanowiących integralną część umowy łączącej strony .Zgodzić się trzeba argumentacją powoda zaprezentowaną w odpowiedzi na apelację pozwanego ,że skarżący dokonał wybiórczej oceny zapisów dokumentów tworzących kontrakt.

Strony w § 14 ust. 4 umowy z 23.06.2010 r. postanowiły ,że (...) oraz dokumenty wymienione w zapisie §1 ust. 4 umowy w postępowaniu poprzedzającym zawarcie tej umowy , stanowią jej integralną część . Dokumentami występującymi w postępowaniu poprzedzającym zawarcie umowy były m.in. (...) oraz warunki ogólne kontraktu i warunki szczególne kontraktu , które stanowiły załącznik do (...) . Oznacza to ,że zarówno warunki szczególne , jak i warunki ogólne kontraktu oraz pozostałe z wymienionych w umowie dokumenty należało traktować na równi z umową .Wszystkie wskazane dokumenty stanowiły integralną część kontraktu łączącego strony .

Sąd Apelacyjny nie podziela argumentacji pozwanego ,że korekta ceny dokonana w oparciu o subkaluzulę 13.7 , a więc wynikająca ze zmiany stanu prawnego , pociąga za sobą konieczności zmiany umowy i zawarcia dodatkowego aneksu do umowy. Zgodzić należy się całkowicie z oceną powoda zaprezentowaną w odpowiedzi na apelację , że pozwany dokonał nieprawidłowej wykładni pkt 38 warunków szczególnych - subklauzuli 14.1 (cena kontraktowa). Pozwany przekonuje ,że zapis pkt. 38 warunków szczególnych wymaga w każdej sytuacji , a więc opisanej też w pkt (b) w oparciu o pkt 35 warunków szczególnych konieczności wprowadzania korekt do umowy wyłącznie w formie aneksu do umowy, czyli zgodnie z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sąd Apelacyjny zgadza się jednak z powodem ,że pozwany pomijając z zapisu subklauzuli 14.1 punkt (c) błędnie przyjął ,że dalsza część pkt 38 warunków szczególnych o brzmieniu „Odpowiednio do tego będzie określona Cena Kontraktowa , z uwzględnieniem korekt dokonanych zgodnie z kontraktem, tak jak to postanowiono w subklauzuli 13.3 Procedura zmiany. " ma zastosowanie

również do sytuacji opisanej w punktach (a) i (b). Przy całościowym odczytaniu postanowień subklauzli nie ma racji skarżący, że niezależnie od tego czy zachodzi sytuacja opisana w pkt (b) czy w pkt (c) zmiana umowy przebiega w identyczny sposób.

Sąd Odwoławczy uważa w konsekwencji, że wniosek Sądu I instancji, że możliwy jest wzrost lub obniżka wynagrodzenia, do czego może dojść przy ustawowej zwwyżce lub obniżce stawek podatku VAT tj. w wyniku zmiany prawa jest prawidłowy i świadczy o właściwej wykładni ocenianej klauzuli kontraktowej. Tak więc jedynie w razie zmiany robót objętych przedmiotem umowy określonych dokumentacją techniczną lub projektową należy stosować szczegółową procedurę zmian na którą powołuje się apelujący. W rozpoznawanej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca stąd nie zachodziła potrzeba stosowania procedury z subklauzuli 13.3. Tak więc zarzut pozwanego poczynienia przez Sąd Okręgowy błędnych ustaleń faktycznych zawarty w pkt I 1 okazał się nieuzasadniony. Co do zarzutu z pkt I 2 to aczkolwiek Sąd I instancji rzeczywiście pominął zapis subklauzuli 1.5 to powyższe w istocie nie skutkowało nieprawidłowymi ustaleniami faktycznymi, które to składały się na stan faktyczny sprawy stanowiący podstawę wydanego w sprawie wyroku.

Sąd Apelacyjny w konsekwencji uważa za prawidłowe wnioski Sądu Okręgowego, że w razie zmiany stanu prawnego wpływającego wprost na cenę kontraktową dopuszczalna była zmiana wysokości umówionego wynagrodzenia przez zastosowanie wprost właśnie klauzul umownych (zapis umowy stanowił, że „cena kontraktowa będzie skorygowana”, a nie, że może zostać skorygowana co niewątpliwie by miało miejsce w razie przyjęcia, że zachodzi potrzeba aneksowania umowy wymagająca złożenia przez obie strony zgodnych oświadczeń woli), bez konieczności zawierania aneksu zmieniającego umowę. Taka wykładnia kontraktu łączącego strony, w tym w nawiązaniu do brzmienia § 13 umowy, nie jest przeciw umowie lecz stanowi jej uzupełnienie.

Co do zarzutu naruszenia prawa materialnego przez niewłaściwą wykładnię:

Sąd Okręgowy nie dokonywał wykładni wskazanych w apelacji przepisów - art. 385 k.c. czy też art. 632§ 1k.c. Naruszenie wskazanych przepisów mogło przeto polegać na pominięciu ich zastosowania w przedmiotowej sprawie. Skoro jednak rzeczą Sądu jest zawsze zastosowanie właściwego prawa materialnego, niezależnie od sformułowanych w tym kierunku zarzutów obraży prawa materialnego, stąd należy zbadać czy Sąd Okręgowy nie naruszył jednak prawa materialnego przez jego niewłaściwe zastosowanie.

Przepis art. 385 §. 1 k.c. stanowi, że w razie sprzeczności treści umowy z wzorcem umowy strony są związane umową. Tak więc jeżeli między wzorcem a umową, która jest zawierana z użyciem wzorca występuje sprzeczność, treść zobowiązania wyznacza umowa, z pominięciem sprzecznego z nią wzorca. Kodeks cywilny nie definiuje pojęcia "wzorec umowy", stwierdzając jedynie, że chodzi tu w szczególności o ogólne warunki umów, wzory umów i regulaminy, które zostały ustalone przez jedną ze stron umowy. Przez "wzorec umowy" rozumie się więc jednostronne i uprzednio przygotowane zestawienie klauzul umownych, ujętych w sposób generalny i abstrakcyjny, z przeznaczeniem do wykorzystania w nieograniczonej liczbie przypadków. Wzorce umów należą do standardowych form kontraktu. Wiązący charakter wzorca bezspornie polega na tym, że staje się on skuteczny względem drugiej strony stosunku prawnego powstałego na podstawie umowy zawartej przy użyciu tegoż wzorca. W zależności od przyjętej koncepcji można mówić o inkorporacji postanowień wzorca do treści stosunku prawnego albo wprost do treści umowy, a źródło wiązania upatrywać w konsensie albo poza konsensem stron. Treść wzorca umowy może, po spełnieniu ustawowych przesłanek, skutecznie ukształtować sytuację prawną kontrahenta, określając jego prawa i obowiązki.

Tak więc w oparciu o przepis art. 385 § 1 k.c. pierwszeństwo mają te postanowienia umowy, które to zostały uzgodnione w toku pertraktacji prowadzących do jej zawarcia, przed postanowieniami samego wzorca jako że o treści stosunku prawnego wynikającego z umowy rozstrzyga przede wszystkim wola stron.

Sąd Odwoławczy zgadza się całkowicie z powodem, że przytoczoną wyżej regulację prawną można zastosować wyłącznie do postanowień warunków ogólnych, bowiem warunki szczególne kontraktu nie stanowią już wzorca umowy, skoro zostały uzgodnione przez strony umowy, co w przedmiotowej sprawie miało miejsce. Zasadniczo

jednak Sąd Odwoławczy uważa , wbrew zarzutom apelacji ,że nie ma sprzeczności zapisów samej umowy z zapisami warunków kontraktu tj. postanowień § 1 ust. 3 i § 8 umowy z zapisem wynikającym z pkt. 38 warunków szczególnych - subklausulą 14.1. (a) i (b) . W ocenie Sądu Apelacyjnego można mówić tu jedynie o uzupełnieniu postanowień kontraktu .

Nie jest również uzasadniony zarzut apelacyjny pozwanego ,że Sąd Okręgowy dokonał błędnej wykładni art. 144 ustawy prawo zamówień publicznych.

Sąd rzeczywiście uznał ,że powód jako wykonawca mógł w drodze jednostronnego oświadczenia woli dokonać korekty należnego mu wynagrodzenia w związku ze zmianą prawa polegającą na wprowadzeniu podatku VAT w wysokości 23% w miejsce obowiązującej uprzednio stawki 22 %.

Zmiana umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego może dotyczyć jej istotnych bądź też nieistotnych postanowień. W zależności od tego co jest przedmiotem zmiany różne są wymogi stawiane przez ustawodawcę dla ich dokonania.

Sąd Okręgowy , szerzej takie swoje stanowisko uzasadniając , stwierdził że żądana przez wykonawcę zmiana wynagrodzenia miała charakter zmiany nieistotnej . Sąd Apelacyjny z taką oceną ,a polegającą na zakwalifikowania zmiany wynagrodzenia wywołanej przyczynami zewnętrznymi, które wynikają ze zmiany stanu prawnego (zmiana stawki VAT) i odnoszącą się do wszystkich potencjalnych wykonawców, jako zmianą nieistotną, co zresztą było już wyżej omawiane , całkowicie się zgadza. Sąd I instancji , wbrew zarzutom apelacji nie dokonywał natomiast wykładni przepisu art. 144 ust. 1 ustawy w kontekście sposobu przeprowadzenia zmian istotnych umowy w sprawie zamówienia publicznego , stąd nie mógł dokonać błędnej wykładni tegoż przepisu .

Co do zarzutu naruszenia przez Sąd I instancji art. 632 § 1k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że możliwa była modyfikacja określonego w §8 w zw. z §1 ust. 3 umowy należnego powodowi wynagrodzenia ryczałtowego w drodze jednostronnej korekty wynagrodzenia, podczas gdy z natury wynagrodzenia ryczałtowego wynika, że wykonawcy nie przysługuje prawo do żądania podwyższenia wynagrodzenia bez względu na to, czy w czasie zawarcia umowy istniała możliwość przewidzenia kosztów prac:

w sprawie było niesporne ,że ustalone przez strony wynagrodzenie kontraktowe miało charakter ryczałtowego. Jednak strony wprost przewidziały dopuszczalność korekty tak określonego wynagrodzenia m.in.w sytuacji zmiany prawa wpływającej wprost czy to na zwiększenie czy to na obniżkę kosztów. Oznacza to ,że strony zgodnie ustaliły w ten sposób podwyższenie czy też obniżenie ustalonej kwoty wynagrodzenia . W ten sposób oczywiście nie doszło do całkowitego wyeliminowania spoczywającego na wykonawcy ryzyka ewentualnej straty przy ryczałtowym określeniu wysokości wynagrodzenia kontraktowego , postanowiono jedynie kiedy - poprzez wskazanie konkretnych sytuacji prawnych , ulega ono określonej korekcie.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, pozwana ostatecznie nie zakwestionowała skutecznie ani oceny dowodów dokonanej przez Sąd Okręgowy i jego ustaleń faktycznych, ani oceny prawnej, a zarzuty naruszenia przepisów postępowania przez dokonanie w wyniku nieprawidłowej oraz w części niepełnej oceny dowodów błędnych ustaleń faktycznych stanowiących podstawę wydanego w sprawie orzeczenia należało ostatecznie ocenić jako całkowicie nieuzasadnione .

Sąd Odwoławczy dokonując oceny materiału dowodowego nie znalazł przyczyn i podstaw uzasadniających poczynienie ustaleń odmiennych, niż poczynione przez Sąd Okręgowy w konsekwencji uznał je za własne. Zgodzić się w konsekwencji należało z Sądem Okręgowym ,że umowa łącząca strony zawierała klauzulę umożliwiającą waloryzację (korektę) wynagrodzenia przez jego obniżenie lub podwyższenie w razie zaistnienia zmian stanu prawnego wpływających na cenę kontraktowa. Sąd I instancji przeoczył wprawdzie brzmienie subklausuli 1.5 (pkt 4) stąd błędnie przyjął ,że zapis subklausuli 13.7 ma charakter regulacji szczególnej do zapisów samej umowy , co słusznie jako uchybienie wskazała pozwany w apelacji . Nie znaczy to jednak ,że ostateczna wykładania umowy dokonana przez Sąd I instancji jest nieprawidłowa. Analizowany zapis kontraktowy stanowił o tym ,że wszystkie dokumenty składające się na kontrakt trzeba traktować jako wzajemnie się uzupełniające, zgodzić trzeba się przeto z powodem , iż powyższa

klauzula ustanawiała zasadniczo porządek przy wykładni jej zapisów , nie wykluczała stosowania poszczególnych unormowań, które przecież nie były wzajemnie się wykluczające lecz uzupełniające.

Z treści subklauzuli 20.6 (pkt 54 warunków szczególnych kontraktu) oraz odpowiednich zapisów warunków ogólnych kontraktu ,a wynika z nich ,że jeżeli strony nie dojdą do porozumienia w drodze mediacji ,strona niezadowolona z jej przebiegu lub rozstrzygnięcia ,może zgłosić roszczenie do sądu powszechnego według siedziby zamawiającego (tak też stanowi § 14 ust. 3 umowy).

Dodać jeszcze można , dla wzmocnienia argumentacji ,iż wydany wyrok jest orzeczeniem prawidłowym ,słusznym i sprawiedliwym ,że przy odmiennej od przedstawionej wyżej wykładni umowy łączącej strony tj. przy przyjęciu , że strony nie przewidziały skutecznie w umowie klauzuli umożliwiającej zmianę (korektę) postanowień w zakresie ustalonego wynagrodzenia w określonych sytuacjach prawnych uzasadniony jest oczywiście wniosek ,że do zmiany umowy w oparciu o w art. 144 § 1 mogłoby dojść jedynie w rezultacie złożenia zgodnych oświadczenia woli przez obie strony umowy. Wskazany przepis rzeczywiście nie przyznaje wykonawcy roszczenia o zmianę zawartej umowy. Oznacza to, że w wypadku odmowy dokonania zmiany umowy przez zamawiającego, art. 144 § 1 u.z.p nie może stanowić podstawy żądania zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego. Dla zmiany nieistotnej lecz nie przewidzianej kontraktem konieczne byłyby również zgodne oświadczenia woli oby stron kontraktu.

Zmiana określonego elementu umowy - tu wysokości wynagrodzenia (w zależności od okoliczności faktycznych mającego charakter postanowienia istotnego bądź też nie mającego takiego charakteru) , może nastąpić w oparciu o art. 357¹ k.c. , który z mocy art. 139 § 1 u.z.p ma zastosowanie w zakresie nieuregulowanym przez ustawę o zamówieniach publicznych. W przedmiotowej sprawie powód nie wnosił jednak o zmianę umowy (art. 321§1 k.p.c.). W takiej sytuacji zasadna byłaby ocena czy istniały podstawy w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego tj. art. 632 § 2 k.c. do podwyższenia ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego. Zasadniczo w orzecznictwie jest już utrwalony pogląd o dopuszczalności zastosowania przepisów art. 629 i 632 § 2 k.c. w drodze analogi do umowy o roboty budowlane, jak również nie kwestionuje się możliwości zastosowania tych przepisów w odniesieniu do robót budowlanych realizowanych w oparciu o procedury zamówienia publicznego (zob.uchwała Sądu Najwyższego ,z dnia 29 września 2009 r.,III CZP 41/09, Lex nr 518164 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 2012 r. ,I CSK 333/11,LEX nr 1214634 wraz z cyt. w jego uzasadnieniu orzeczeniami SN).

Wystąpienie przesłanki zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć oraz wystąpienie przesłanki rażącej straty w razie wykonania umowy (dzieła) w tych zmienionych warunkach, uprawniały wykonawcę do wystąpienia z powództwem na podstawie z art. 632 § 2 k.c. Sąd Apelacyjny uważa, że skoro powód w trakcie wykonywania umowy domagał się od pozwanego podwyższenia wynagrodzenia oraz skoro w tym zakresie prowadziły określone rozmowy to nie można byłoby mówić o wygaśnięciu zobowiązania wskutek jego wykonania. Zaistniała między stronami sytuacja wskazuje bowiem ,że wykonawca nie akceptował dokonanej zapłaty jako stanowiącej świadczenie skutkujące zaspokojeniem jego uzasadnionego interesu, a więc i wygaśnięciem zobowiązania. Oznacza to ,że dopuszczalne by było dochodzenie podwyższenia ryczałtu o wskazaną wyżej normę prawa cywilnego .

W wypadku przyjęcia art. 632 § 2 k.c. jako podstawy prawnej takiej modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych wykonywanych na podstawie umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, art. 144 § 1 u.z.p ma zastosowanie tylko w takim zakresie, w jakim, w odniesieniu do cyt. przepisu kodeksu cywilnego określa dopuszczalność zmiany umowy. Wynagrodzenie ulegnie przeto zmianie, jeżeli zaistnieją materialnoprawne przesłanki określone w art. 632 § 2 k.c. Co do stosowania art. 632 § 2 k.c.- dopuszcza on zmianę umowy w razie zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć. Odwołanie się przez ustawodawcę do nieprzewidywalności zmiany stosunków wskazuje, że chodzi tu o przypadki wychodzące poza zakres zwykłego ryzyka kontraktowego. Zmiana ustawodawstwa, także w zakresie regulacji podatkowych, może być uznana w okolicznościach konkretnej sprawy , przy braku sygnalizacji ich zmiany , za zmianę stosunków , której nie można było przewidzieć w rozumieniu art. 632§2 k.c. Takie stanowisko zasadniczo jest utrwalone w orzecznictwie .

Mając na uwadze jedynie dodatkowo te ostatnie uwagi , Sąd Apelacyjny uważa ,że wydany przez Sąd Okręgowy wyrok jest orzeczeniem prawidłowym, w przypadku braku możliwości korekty wynagrodzenia w oparciu o regulacje kontraktowe wykonawca mógłby dochodzić niewątpliwie zapłaty podwyższonego ryczałtu , uwzględniając stan faktyczny przedmiotowej sprawy , w oparciu o art. 632 §2 k.c.

Sąd Odwoławczy ostatecznie jednak , w sytuacji oceny zarzutów z apelacji jako nieuzasadnionych , przy braku ustalenia by doszło do naruszenia prawa materialnego , uznał iż apelacja wniesiona przez pozwanego - w oparciu o art. 385 k.p.c. podlega oddaleniu jako bezzasadna .

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł zgodnie z jego wynikiem - art. 98 §1, 3 i 4 , art. 99 , art. 108 §1 w zw. z art. 391§ 1 k.p.c. Na koszty te poniesione przez powoda składało się wynagrodzenie jego profesjonalnego pełnomocnika procesowego w kwocie 2700 zł (§6 oraz § 12u.1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu, Dz.U.2013.490 j.t.).

Maria Iwankiewicz Danuta Jezierska Mirosława Gołuńska