

*Sygn. akt I ACa 367/12*

*Sygn. akt I ACa 367/12*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

***Dnia 17 października 2012 r.***

Sąd Apelacyjny w Warszawie Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Roman Dzik (spr.)

Sędziowie: SA Lidia Sularzycka

SO Małgorzata Sławińska (del.)

Protokolant: st. sekr. sąd. Marta Rudnik

po rozpoznaniu w dniu 17 października 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa(...) (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

przeciwko(...) (...) w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 3 stycznia 2012 r.

sygn. akt I C 824/11

***uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.***

Sygn. akt I ACa 367/12

## UZASADNIENIE

(...) (...) spółka z o.o. W. (dalej – (...)) wniosła o zasądzenie od (...) w W. kwoty 1 776 882 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wytoczenia powództwa do dnia zapłaty. Wskazała, że jest to odszkodowanie z powodu niewykonania (art. 471 k.c.) umowy dotyczącej prac architektoniczno – budowlanych zawartej pomiędzy stronami, a dotyczącej kontynuację usług architektoniczno – projektowych dla(...) (...), opracowania dokumentacji projektowej stanowiącej podstawę i uzasadnienie wniosku o wydanie decyzji o ustalenie lokalizacji inwestycji celu publicznego, prac projektowych związanych z przeróbką sieci kanalizacyjnej oraz kompletnego projektu budowlanego budynku A W. D. i. N. P. przy ul. (...) w W.. Jako alternatywną podstawę roszczenia strona powodowa wskazała art. 405 k.c.

Pozwany (...) wnosił o zniesienie postępowania i jego umorzenie z powodu braku właściwego umocowania pełnomocnika powoda ewentualnie wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie na rzecz pozwanego kosztów procesu podnosząc, że powódka nie wykazała istnienia zobowiązania kontraktowego, albowiem wskazywana przez powódkę

umowa nigdy nie została zawarta' co do alternatywnej podstawy prawnej żądania strona pozwana wskazała, że (...)nie udowodnił zubożenia po swojej stronie, ani wzbogacenia po stronie pozwanej.

Wyrokiem z dnia 3 stycznia 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo i orzekł o kosztach postępowania.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że w dniu 17 lipca 2009 r., na skutek rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego przeprowadzonego w trybie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U z 2004 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. – dalej „u.z.p.”), powód zawarł z pozwanym umowę, w której zobowiązał się do:

1. Świadczenia usług architektoniczno – projektowych dla inwestycji polegającej na budowie budynku naukowo – dydaktycznego o planowanej lokalizacji w W., w północno – zachodniej części terenu w kwartale ulic: B. – D. –(...) (...) (Budynek A),

2. Opracowania wielobranżowej koncepcji programowo – przestrzennej budynku naukowo – dydaktycznego o planowanej realizacji w W., w południowo – wschodniej części terenu w kwartale ulic: B. – D. –(...) – W.(...), stanowiącej podstawę do uzyskania decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego.

Wcześniej, w dniu 23 marca 2005 r. Prezydent(...) W. wydał decyzję o ustaleniu lokalizacji celu publicznego dla inwestycji w postaci budowy nowego obiektu naukowo – dydaktycznego przy ul. (...) w W., na działce nr (...) w obrębie(...). Decyzja ta ustalała pow. całkowitą zabudowy na 5 007,5 m<sup>(2)</sup>.

W maju 2009 r. pozwany wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie u.z.p. i w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ustalono sposób obliczania ceny ryczałtowej; na skutek rozstrzygnięcia przetargu z powodem została podpisana umowa, a ustalone wynagrodzenie ryczałtowe miało wynieść 512 400 zł.

W dniu 21 lipca 2009 r. wykonawca dostrzegł możliwość innego zagospodarowania działki oraz wyszedł z propozycją przygotowania bardziej efektywnej koncepcji. Pozwany wyraził zainteresowanie nową koncepcją zagospodarowania terenu, a w dniu 10 września 2009 r. przedstawiciele stron ustalili, że „strony zaprzestają odnoszenia się do koncepcji przygotowanej przez pracownię (...), w związku z którą strony zawarły umowę.”

Nowa koncepcja wykraczała poza zakres prac określonych w umowie z lipca 2009 r. i aby mogła być zrealizowana, niezbędne było uzyskanie nowej decyzji lokalizacji inwestycji celu publicznego, uwzględniającej nowe założenia. W dniu 22 września 2009 r. powód przekazał pozwanemu wstępną koncepcję dla etapu (...) inwestycji.

Dnia 25 lutego 2010 r. pozwany złożył do Prezydenta (...) W. wniosek o wydanie nowej decyzji o ustaleniu lokalizacji celu publicznego. Po jego dwóch korektach, w dniu 12 października 2010 r. Prezydent(...) W. wydał decyzję o ustaleniu lokalizacji inwestycji polegającej na budowie budynku(...) (...)(...) wraz z garażem podziemnym i elementami zagospodarowania terenu na działce nr (...) oraz na części działek (...) w obrębie 5 – 04 – 01 przy ul. (...).

W styczniu 2011 r. strony wystąpiły do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z zapytaniem, czy możliwe jest powierzenie wykonawcy zamówienia z wolnej ręki na wykonanie prac architektoniczno – projektowych związanych z budową nowej siedziby Wydziału, a 28 lutego 2011 r. Prezes UZP odpowiedział, że w przedmiotowym przypadku takie przesłanki nie zachodzą.

Sąd Okręgowy ustalił nadto, że w związku z niezrealizowaniem Umowy pozwany pismem z dnia 4 kwietnia 2011 r. odstąpił od umowy.

Następnie powód rozpiął nowy przetarg nieograniczony na prace architektoniczno – projektowe na podstawie decyzji z 12 października 2010 r., do którego przystąpił również powód, lecz jego oferta została sklasyfikowana dopiero na dziewiątym miejscu.

Działania podjęte przez powoda w związku z przygotowaniem koncepcji wniosku o wydanie nowej decyzji lokalizacyjnej zostały rozliczone między stronami.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że roszczenie powoda oparte na podstawie prawnej z art. 471 k.c. nie miało usprawiedliwionych, gdyż „nowa umowa” nie została skutecznie zawarta pomiędzy stronami. Umowa z 17 lipca 2009 r. zawarta została na podstawie p.z.p. Zmiana lub zawarcie nowej umowy wymagały dla swej skuteczności formy pisemnej pod rygorem nieważności. Do zawarcia nowej umowy w formie pisemnej nie doszło, a wpłynęła na to odpowiedź Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Jakakolwiek inna umowa – ustana lub zawarta w sposób dorozumiany byłaby nieważna, niezależnie od kwestii zachowania innych warunków formalnych wymaganych przez p.z.p., które w sprawie nie wystąpiły.

Nadto Sąd pierwszej instancji stwierdził, że analiza materiału dowodowego nie dawała podstaw do uznania, że pomiędzy stronami doszło do zawarcia w innej formie, niż pisemna, umowy odnoszącej się do decyzji z 2010 r. Pozwany podkreślał, że jakiegokolwiek działania stron muszą być zgodne z prawem; pozwany nie miał zamiaru zawierania umowy mogącej naruszać przepisy dotyczące zamówień publicznych. Także zakres umocowania osób działających w imieniu pozwanego był wyłącznie powiązany z postępowaniem przetargowym(...)- (...).

Pozwany odstąpił od tej umowy w związku z jej niewykonaniem przez stronę powodową.

Sąd Okręgowy nie znalazł również podstaw do uwzględnienia powództwa na podstawie art. 405 k.c.

Warunkiem skutecznego żądania na tej podstawie było wykazanie wzbogacenia strony pozwanej oraz własnego zubożenia.

Zdaniem Sądu niezasadne i nieudowodnione było twierdzenie powódki, że korzyścią pozwanego było uzyskanie wiedzy i doświadczenia, za pośrednictwem przygotowanej przez powoda dokumentacji, na której zaoszczędził w drugim przetargu. Pozwany mógł przyjąć i posłużyć się dokumentacją architektoniczną – projektową jedynie wówczas, gdyby powód wygrał ponowny przetarg, do czego nie doszło.

Według Sądu pierwszej instancji wszelkie czynności związane z pracami projektowymi podejmowane przez powoda realizowane były na jego własne ryzyko. Z tym że, prace przed wydaniem nowej decyzji lokalizacyjnej były podejmowane we współpracy z pozwanym, a poniesione przez powoda koszty z tym związane zostały przez pozwanego uregulowane; doszło rozliczenia prac koncepcyjnych. W tym zatem zakresie brak było podstaw do ustalenia istnienia straty po stronie powodowej. Natomiast twierdzenie powoda o wykorzystaniu przez pozwanego – a poprzez to, bezpodstawne wzbogacenie – elementów autorskich prac powoda, nie zostało udowodnione.

Sąd Okręgowy oddalił wnioski dowodowe o przesłuchanie świadków i stron uznając, że nie mogły one służyć ustaleniu, czy i w jakim zakresie doszło do wzbogacenia pozwanego.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98, art. 99 i art. 108 § 1 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniosła powodowa Spółka zaskarżając go w całości.

Zarzuciła Sądowi pierwszej instancji:

- błędną analizę dokumentów załączonych do pozwu i odmowę przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadków, co skutkowało poczynieniem nieprawidłowych ustaleń faktycznych, sformułowania błędnych wniosków, z naruszeniem prawdy materialnej,

- naruszenie prawa materialnego: art. 32 i art. 45 Konstytucji poprzez doprowadzenie do wydania wyroku rażąco niesprawiedliwego i szkodliwego oraz art. 5 k.c. poprzez przyjęcie, że zlecenie powodowi prac projektowych i nie zapłacenie za nie może być sanowane odwołaniem się do przepisów u.z.p., a nadto

- naruszenie przepisów postępowania – art. 217 § 2 w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c.

Wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powódki kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Na wstępie, odnosząc się najważniejszego kwestii w sprawie, tj. jaka w istocie była treść łączącej strony umowy i czy doszło do jej zmiany lub zawarcia „nowej umowy” przypomnieć należy – na tle faktów podniesionych przez powoda, z których wywodzone było roszczenie – że kwestia rzeczywistej treści umowy, a więc jej wykładnia, stosownie do art. 65 k.c., stanowi zagadnienie prawa materialnego, które Sąd drugiej instancji bierze pod uwagę z urzędu, w granicach zaskarżenia. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem, postępowanie apelacyjne choć jest postępowaniem odwoławczym i kontrolnym, to jednak zachowuje charakter postępowania rozpoznawczego. Oznacza to, że sąd drugiej instancji ma pełną swobodę jurysdykcyjną, ograniczoną jedynie granicami zaskarżenia. W konsekwencji może, a jeżeli je dostrzeże - powinien, naprawić wszystkie naruszenia prawa materialnego, niezależnie od tego, czy zostały wytknięte w apelacji; pod warunkiem, że mieszczą się w granicach zaskarżenia. Sąd drugiej instancji nie może więc ograniczać się jedynie do oceny zarzutów skarżącego, lecz musi dokonać ponownych, własnych ustaleń, a następnie poddać je ocenie pod kątem prawa materialnego (zob. uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008, nr 6, poz. 55 i powołane tam orzecznictwo).

Sąd Okręgowy odnosząc się do roszczenia powódki opartego na zarzucie naruszenia art. 471 k.c. za punkt wyjścia przyjął ustalenie, że strony łączyła pisemna umowa z 17 lipca 2009 r., która nawiązywała do decyzji z dnia 23 marca 2005 r. o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, a uzgodnienia, które następowały po tej dacie, nie przybrały formy pisemnej i już ten взгляд był dostateczny do uznania, że żadna „nowa umowa” nie została skutecznie zawarta, z uwagi na treść art. 139 ust. 2 u.z.p. Wskazał nadto, że nawet przyjęcie, iż strony zawarły umowę, która mogła odnosić się do decyzji z października 2010 r. wymagałoby zachowanie warunków wynikających z ustawy o zamówieniach publicznych i że wynikało to jednoznacznie ze stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonego w piśmie z dnia 28 lutego 2011 r. Niejako już tylko na marginesie Sąd Okręgowy zauważył, że wszelkie czynności związane z pracami projektowymi podejmowane przez powoda realizowane były na jego własne ryzyko.

Gwoli przypomnienia stanu prawnego wskazać należy, że w myśl art. 139 ust. 1 u.z.p., do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy u.z.p. nie stanowią inaczej. Z kolei ust. 2 tego przepisu stanowi, że umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Wreszcie art. 144 u.z.p. zakazuje dokonywania 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 tych warunków jest nieważna.

Jednakże, na co zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 czerwca 2009 r. (IV CSK 90/09, LEX nr 512012) „(...) 2. Przepisy art. 139 i 144 Prawa zamówień publicznych nie wyłączają możliwości dokonania wykładni umowy na podstawie art. 65 k.c. Jej celem jest bowiem ustalenie rzeczywistej treści zawartej umowy, a nie zmiana jej postanowień wymagająca zachowania - zgodnie z przytoczonymi przepisami - określonych wymagań, także co do formy umowy. 3. Przepis art. 65 § 2 k.c. dopuszcza taką sytuację, w której właściwy sens umowy ustalony przy zastosowaniu wskazanych w nim dyrektyw będzie odbiegał od jej "jasnego" znaczenia w świetle reguł językowych. Proces interpretacji umów może się zatem zakończyć ze względu na jej "jasny" sens dopiero wtedy, gdy treść umowy jest "jasna" po zastosowaniu kolejnych reguł wykładni. 4. Z art. 65 § 2 k.c. wynika nakaz kierowania się przy wykładni umowy jej celem. Nie jest konieczne, aby był to cel uzgodniony przez strony, wystarczy - przez analogię do art. 491 § 2, art. 492 i 493 k.c. - cel zamierzony przez jedną stronę, który jest wiadomy drugiej. Na gruncie prawa polskiego, i to nie tylko w zakresie stosunków z udziałem konsumentów (art. 385 § 2 k.c.), wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zreagowała umowę. (...)”

W uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 29 czerwca 1995 r. (III CZP 66/95, OSNC 1995, nr 5, poz. 168) Sąd Najwyższy przyjął na tle tego przepisu tzw. kombinowaną metodę wykładni. Wyrazem tego stanowiska są także późniejsze orzeczenia (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1997 r., I CKN 825/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 85 i z dnia 20 maja 2004 r., II CK 354/03, niepubl.). Wspomniana metoda wykładni przyznaje pierwszeństwo - w wypadku oświadczeń woli składanych innej osobie - temu znaczeniu oświadczenia woli, które rzeczywiście nadały mu obie strony w chwili jego złożenia (subiektywny wzorzec wykładni). Podstawą tego pierwszeństwa jest zawarty w art. 65 § 2 nakaz badania raczej, jaki był zgodny zamiar stron umowy, aniżeli opierania się na dosłownym brzmieniu umowy.

To, jak strony, składając oświadczenie woli, rozumiały je, można wykazywać zarówno za pomocą dowodu z przesłuchania stron, jak i innych środków dowodowych. Dla ustalenia, jak strony rzeczywiście pojmowały oświadczenie woli w chwili jego złożenia może mieć znaczenie także ich postępowanie po złożeniu oświadczenia, np. sposób wykonania umowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 1998 r., I PKN 532/97, OSNAPiUS 1999, nr 3, poz. 81). Prowadzeniu wszelkich dowodów w celu ustalenia, jak strony rzeczywiście rozumiały pisemne oświadczenie woli nie stoi na przeszkodzie norma art. 247 k.p.c. Dowody zgłaszane w tym wypadku nie są bowiem skierowane przeciwko osnowie lub ponad osnowę dokumentu, a jedynie służą jej ustaleniu w drodze wykładni (por. orzeczenia Sądu Najwyższego: z dnia 18 września 1951 r., C 112/51, OSN 1952, nr 3, poz. 70 i z dnia 4 lipca 1975 r., III CRN 160/75 OSPiKA 1977, nr 1, poz. 6).

Trafnie zwraca się także uwagę, że wyrażane niekiedy zapatrywanie, że nie można uznać prawnej doniosłości znaczenia nadanego oświadczeniu woli przez same strony, gdy odbiega ono od jasnego sensu oświadczenia woli wynikającego z reguł językowych nawiązuje do nie mającej oparcia w art. 65 k.c., anachronicznej koncepcji wyrażonej w paremii clara non sunt interpretanda. Najnowsze gruntowne wypowiedzi nauki prawa cywilnego odrzuciły tę koncepcję. Zerwał z nią także Sąd Najwyższy w kilku orzeczeniach wydanych w ostatnich latach (por. wyroki: z dnia 21 listopada 1997 r., I CKN 825/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 81, z dnia 8 czerwca 1999 r., II CKN 379/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 10, z dnia 7 grudnia 2000 r., II CKN 351/00, OSNC 2001, nr 6, poz. 95, z dnia 30 stycznia 2004 r., I CK 129/03 niepubl., z dnia 25 marca 2004 r., II CK 116/03, niepubl. i z dnia 8 października 2004 r., V CK 670/03, OSNC 2005, nr 9, poz. 162). Zacieśnienie wykładni tylko do "niejasnych" postanowień umowy - jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 marca 2004 r. (II CK 116/03) miałyby oparcie w art. 65 k.c., gdyby uznawał on za wyłącznie doniosłe takie znaczenie umowy, jakie wynika z reguł językowych. Zgodnie jednak z art. 65 § 2 k.c. w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli się opierać na jej dosłownym brzmieniu. Przepis ten dopuszcza więc taką sytuację, w której właściwy sens umowy ustalony przy zastosowaniu wskazanych w nim dyrektyw będzie odbiegał od jej "jasnego" znaczenia w świetle reguł językowych. Proces interpretacji umów może się zatem zakończyć ze względu na jej "jasny" sens dopiero wtedy, gdy treść umowy jest "jasna" po zastosowaniu kolejnych reguł wykładni. Jeżeli więc okaże się, że strony różnie rozumiały treść złożonego oświadczenia woli, to za prawnie wiążące - zgodnie z kombinowaną metodą wykładni - należy uznać znaczenie oświadczenia woli ustalone według wzorca obiektywnego. W tej fazie wykładni potrzeba ochrony adresata oświadczenia woli, przemawia za tym, aby było to znaczenie oświadczenia, które jest dostępne adresatowi przy założeniu - jak określa się w doktrynie i judykaturze (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95) - starannych z jego strony zabiegów interpretacyjnych. Na ochronę zasługuje bowiem tylko takie zaufanie adresata do znaczenia oświadczenia woli, które jest wynikiem jego starannych zabiegów interpretacyjnych. Potwierdza to nakaz zawarty w art. 65 § 1 k.c., aby oświadczenia woli tłumaczyć tak, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje.

Trzeba mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego.

Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 k.c.). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 września 1998 r., I CKN 815/97, OSNC 1999, nr 2, poz. 38), dotychczasowe doświadczenie stron (por. wyrok Sąd Najwyższego z dnia 4 lipca 1975 r., III CRN 160/75, OSP 1977, nr 1, poz. 6),

ich status (wyrażający się, np. prowadzeniem działalności gospodarczej). Niezależnie od tego z art. 65 § 2 k.c. wynika nakaz kierowania się przy wykładni umowy jej celem. Nie jest konieczne, aby był to cel uzgodniony przez strony, wystarczy - przez analogię do art. 491 § 2, art. 492 i 493 k.c. - cel zamierzony przez jedną stronę, który jest wiadomy drugiej. Należy podzielić pogląd, że także na gruncie prawa polskiego, i to nie tylko w zakresie stosunków z udziałem konsumentów (art. 385 § 2 k.c.), wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zrezygnowała umowę.

Powyższe uwagi, stanowiące aktualny dorobek judykatury, nakazywały w realiach sprawy niniejszej przed przejściem do oceny żądania pozwu ustalić zasadniczą treść umowy zawartej pomiędzy stronami w dniu 17 lipca 2009 r., mając z jednej strony na uwadze zapis § 1 Umowy oraz cały kontekst sytuacyjny jej realizacji, poczynając od pierwszego spotkania w dniu 21 lipca 2009 r. (protokół – k. 71 – 73), na którym pozwany zaakceptował takie jej rozumienie, że koncepcja (...) s.c. (i decyzja Prezydenta(...) W. z marca 2005) nie jest wiążącą między stronami.

Sąd Okręgowy dokonał nader syntetycznej oceny tego obfitego materiału dowodowego (obejmującego obok decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego i dokumentów z tym związanych – k. 45 – 70, m.in. protokoły spotkań z okresu 21 lipca 2009 – 27 kwietnia 2010 r. – k. 71 – 131, wymianę korespondencji – k. 132 – 136, 156 – 164, 176 – 188, 207 – 209); poniechał także dopuszczenia dowodów z zeznań świadków zgłoszonych w pozwie (k. 2 – verte – 6 i stron – k. 8) na okoliczność rzeczywistej treści zleconych powódce prac przez pozwanego.

Takie stanowisko nie tylko naruszało wskazane w apelacji przepisy art. 217 § 2 w zw. z art. 227 k.p.c. i pozwalało postawić Sądowi pierwszej instancji zarzut dowolnych ustaleń (naruszenie art. 233 § 1 k.p.c.), ale nade wszystko nie pozwalało ustalić rzeczywistej treści umowy zawartej między stronami i – do pewnego momentu - realizowanej w sposób bezkonfliktowy; naruszało art. 65 k.c.

Skoro bowiem, co prima facie wydaje się wynikać wprost z zapisów protokołów spotkań, od początku realizacji umowy nie była wykonywana koncepcja zabudowy wynikająca z decyzji lokalizacyjnej z 2005 r., istotą sporu było, czy zakres przedmiotu umowy odnoszący się do prac architektoniczno – projektowych (dot. bud. A) mógł i powinien być realizowany na podstawie zawartej umowy, ale przy zmienionej koncepcji.

Gwoli przypomnienia: pierwotna pow. użytkowa zabudowy wg koncepcji z 2005 r. wynosiła 5007,5 m<sup>2</sup> (v. decyzja nr 60/05/5 – k. 45) i ona stanowiła bazę przedmiotowego zakresu umowy między stronami co do prac projektowych (v, k. 20 - § 2 ust. 2 pkt 1 Umowy w zw. z pkt II ust. 4 SIWZ – k. 31). Z kolei według koncepcji nowej pow. całkowita wynosiła 17 860 m<sup>2</sup> (v. decyzja z 12 X 2010 r. – k. 60 i nast. akt).

Okoliczność, że nowa koncepcja zmienia pow. użytkową bud. A. była jasna dla stron od początku trwania i wykonywania umowy; m.in. z protokołu z 4 sierpnia 2009 r. wspólnie przyjęto, że pow. użytkowa inwestycji wyniesie 13 910 m<sup>2</sup>, z czego budynek (...) m<sup>2</sup> (k. 75). Podobnie jak od pierwszego spotkania było oczywiste, że zakres prac projektowych objętych umową odnosił się do pow. z pierwotnej koncepcji i że otwarty jest „temat ewentualnej zmiany wynagrodzenia w związku z wprowadzeniem modyfikacji w projekcie (k. 72 – protokół ze spotkania w dniu 21 lipca 2009).

O ile, po uzupełniającym postępowaniu dowodowym i wszechstronnej analizie całego materiału dowodowego, potwierdzi się teza, że przedmiot umowy w zakresie prac architektoniczno – budowlanych dot. bud. A., nie był ściśle powiązany z pierwotną koncepcją, pozostanie do rozważenia:

- czy tak ustalony przedmiot zamówienia mógł i powinien być realizowany w części objętej umową (co do określonej pierwotnie pow. użytkowej bud. A.). W tym zakresie szczegółowej analizie należy poddać treść pisma Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 28 lutego 2011 r. (k. 259 – 263) w części odnoszącej się do prac projektowych (k. 260 – 261), a jeśli nie,

- czy zachodziła niemożność świadczenia; w tym ostatnim przypadku, w związku z zarzutem naruszenia art. 471 k.c., w szczególności należy rozważyć, czy nie zachodził przypadek, o którym mowa w art. 493 k.c.

W świetle powyższych uwag, w szczególności w związku z niewyjaśnieniem rzeczywistej treści umowy w zakresie istotnym w sprawie i przystąpienie do subsumpcji (art. 471 k.c.) bez pełnej oceny jej treści, w tym w zakresie odnoszącym się do skuteczności odstąpienia od umowy z przyczyn podanych przez pozwanego i w kontekście nieprzyjęcia prac projektowych pozwanej, miało miejsce nierozpoznanie istoty sprawy (art. 386 § 4 k.p.c.), rozumianej jako merytoryczna sfera załatwienia sprawy.

Jak się podkreśla w literaturze, nierozpoznanie istoty sprawy, to niezbadanie podstawy merytorycznej dochodzonego roszczenia. Do sytuacji takiej dochodzi przykładowo, jeżeli sąd a quo nie wniknął w ogóle w całokształt okoliczności sprawy (Zob.m.in. T. Ereciński (w:) Kodeks postępowania cywilnego..., t. 2, red. T. Ereciński, s. 147 i n.; K. Piasecki (w:) Kodeks postępowania cywilnego..., t. 1, red. K. Piasecki, s. 1387 i n.; M.P. Wójcik (w:) Kodeks postępowania cywilnego..., red. A. Jakubecki, s. 518 i n.; A. Zieliński (w:) Kodeks postępowania cywilnego..., t. 1, red. A. Zieliński, s. 934; A. Góra-Błaszczkowska, Apelacja..., s. 129.).

I jakkolwiek możliwość uchylenia zaskarżonego wyroku nie była obowiązkiem i Sąd Apelacyjny mógł, po uzupełnieniu materiału dowodowego przystąpić do właściwych ustaleń faktycznych i subsumpcji, należało jednak uwzględnić wymagania stawiane w tym zakresie przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoim orzecznictwie w związku z art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, a także nasze standardy konstytucyjne dotyczące prawa do sądu oraz instancyjności postępowania (art. 78 i 176 ust. 1 Konstytucji RP; szerzej na ten temat T. Wiśniewski, Problematyka instancyjności postępowania sądowego w sprawach cywilnych (w:) Ars et Usus. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Stanisława Rudnickiego, Warszawa 2005, s. 289 i nast.)

Już tylko na marginesie wspomnieć należy, że z powołanego w trakcie zasadniczych rozważań przepisu art. 144 u.z.p. nie wynikało bynajmniej prawo powoda do żądania zmiany umowy Zmiana, w szczególności w zakresie poszerzenia przedmiotowego treści dotychczasowej umowy, w warunkach tego przepisu, jak i zawarcie nowej umowy – w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 czy pkt 5 u.z.p. musi zaistnieć w formie pisemnej, uzgodnionej pomiędzy stronami, co w sprawie nie miało miejsca. Stąd nieuprawnione jest budowanie roszczenia na nienależytym wykonaniu umowy, której skuteczne zawarcie nie miało miejsca.

Dopuszczalne jest natomiast zgłoszenie w pozwie żądania ewentualnego, co w sprawie nastąpiło, przy wykazaniu (udowodnieniu) przesłanek jego powstania. Niemniej odnoszenie się do tego roszczenia było przedwczesne i zbędne, skoro w pierwszym rzędzie należy rozpoznać roszczenie odszkodowawcze (por. wyrok SN z dnia 12 stycznia 2012 r., IV CSK 219/11, Lex nr 1130303).

Z tych względów, na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. oraz art. 108 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.