

KRZYSZTOF OBIDZIŃSKI<sup>1</sup>

## Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7.04.2017 r., V CSK 481/16<sup>2</sup>

### Streszczenie

W glosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy potwierdził możliwość modyfikacji wynagrodzenia ryczałtowego poza przypadkami opisanymi w art. 632 § 2 k.c. w sytuacji przedmiotowo istotnej zmiany zakresu świadczenia wykonawcy. Nie poddano natomiast szerszej analizie kwestii prawnej doniosłości nieformalnych uzgodnień między stronami co do zmiany treści zobowiązania oraz istnienia obowiązku formalnej zmiany umowy w takich okolicznościach. Ponadto Sąd Najwyższy odmówił zakwalifikowania umowy typu „zaprojektuj i wybuduj” jako umowy o roboty budowlane, uznając ją za umowę mieszaną. Niniejsza glosa stanowi komentarz do stanowiska Sądu Najwyższego w powyższych kwestiach, przy czym w zakresie pierwszego problemu jest to komentarz aprobujący, odnośnie zaś do dwóch pozostałych krytyczny.

**Słowa kluczowe:** podwyższenie ryczałtu, zmiana umowy o zamówienie publiczne, zaprojektuj i wybuduj, umowa o roboty budowlane, współdziałanie wierzyciela z dłużnikiem

---

<sup>1</sup> Krzysztof Obidziński – doktorant w Akademii Leona Koźmińskiego; e-mail: krzysztof.obidzinski@gmail.com; ORCID: 0000-0003-0965-4492.

<sup>2</sup> Wyrok SN z dnia 7.04.2017 r., V CSK 481/16, SIP Legalis nr 1612012.

KRZYSZTOF OBIDZIŃSKI

## Commentary on Supreme Court verdict of 7 April 2017, V CSK 481/16

### Abstract

In the commented verdict Supreme Court confirmed possibility to modify lump sum outside of the scope of regulation of Civil Code art. 632 § 2 in case when there are essential changes in the contractor's performance. However, the question of legal consequences of informal arrangements between the parties on modification of the obligation and the issue of duty to formally amend the contract in such situations was not addressed. Additionally, Supreme Court refused to classify "Design and Build" contract as a variation of the construction contract and considered it a mixed contract instead. This text comments on the issues referred to hereinabove. As for the first issue it is an affirmative commentary while the remaining two issues are being commented critically.

**Keywords:** increase of lump sum price, modification of public procurement contract, design and build, construction contract, cooperation of a creditor with a debtor

## Teza wyroku

Nie każda zmiana projektu uzasadnia stwierdzenie, że zmienił się przedmiot umowy w porównaniu z jego opisem w zamówieniu. Decydujące jest stwierdzenie, że zmiany były przedmiotowo istotne, a więc tak znacząco odbiegały od pierwotnego zamówienia, że mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony jego podstawowych ustaleń.

W glosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy rozpatrywał przede wszystkim kwestię dopuszczalności i zasad zmiany umowy w związku z szeroko rozumianą zmianą okoliczności jej wykonania. Kluczowe znaczenie w sprawie miało określenie granic ryzyka i odpowiedzialności wykonawcy działającego w warunkach ograniczeń wynikających z przepisów ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz z ryczałtowego charakteru wynagrodzenia umownego. Rozstrzygnięcie wymagało również zajęcia stanowiska odnośnie do kilku istotnych i aktualnych problemów praktyki obrotu gospodarczego, stanowiących przedmiot zainteresowania doktryny.

Glosowany wyrok zapadł w odniesieniu do następującego stanu faktycznego: gmina zawarła z wykonawcą umowę o zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w obiekcie zabytkowym. Umowa została zawarta w wyniku przeprowadzonego przez zamawiającego postępowania przetargowego zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamówienie zostało udzielone w formule „zaprojektuj i wybuduj” i obejmowało szeroki zakres zadań, oprócz prac projektowych i robót budowlanych również uzyskanie zezwoleń administracyjnych wymaganych do przeprowadzenia inwestycji. Podczas realizacji robót w obiekcie odsłonięte zostały zabytkowe polichromie ścienne i sufitowe. W następstwie tego odkrycia konieczna stała się zmiana założeń projektowych i zlokalizowanie windy na zewnątrz budynku (podczas gdy pierwotnie winda miała znajdować się wewnątrz). Zmiana ta pociągnęła za sobą wykonanie dodatkowych, nieplanowanych wcześniej robót budowlanych i związane z tym znaczące zwiększenie kosztów wykonania umowy. Strony na bieżąco prowadziły uzgodnienia w sprawie sporządzenia przez wykonawcę zamienną dokumentacji projektowej i wykonania na jej podstawie robót, a następnie zamawiający dokonał odbioru obejmującego rozwiązanie zamienne. Mimo to do formalnej zmiany umowy ostatecznie nie doszło.

W pierwszej kolejności istotne było udzielenie odpowiedzi na pytanie o kwalifikację prawną umowy łączącej strony: czy możliwe było przyjęcie, że strony zawarły umowę o roboty budowlane skoro zobowiązanie wykonawcy obejmowało także szereg innych świadczeń (opracowanie projektu, uzyskanie decyzji administracyjnych)? Kolejna kwestia o doniosłym znaczeniu dla treści orzeczenia to ustalenie skutków ujawnienia niezgodności dokumentacji przetargowej ze stanem faktycznym w sytuacji, gdy strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe. Problem ten nabrał szczególnego znaczenia w związku z tym, że umowa zawarta została w reżimie zamówień publicznych, w którym zmiana umowy jest dopuszczalna jedynie wyjątkowo. Dodatkowo spowodowało to, w kontekście danego stanu faktycznego, konieczność udzielenia odpowiedzi na pytanie o doniosłość i skutki prawne roboczych ustaleń dokonanych przez strony, których skutek faktyczny można w istocie uznać za modyfikację przedmiotu zamówienia.

Główna teza wyroku nie budzi zastrzeżeń w świetle art. 632 § 1 k.c. Przepis ten proklamuje niezmiennność wynagrodzenia ryczałtowego nawet w sytuacji faktycznego zwiększenia rozmiaru prac w stosunku do pierwotnych założeń. Wyjątkiem od zasady niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego jest zmiana stosunków opisana w art. 632 § 2 k.c., a więc taka, która spełnia łącznie trzy warunki: jest nadzwyczajna, niemożliwa do przewidzenia i grozi przyjmującemu zamówienie rażącą stratą<sup>3</sup>. Strony mogą jednak uzgodnić w umowie możliwość dokonywania zmian wynagrodzenia ryczałtowego przez jego podwyższenie lub obniżenie, a wynagrodzenie ryczałtowe nie traci przez to swojego charakteru<sup>4</sup>. Warto podkreślić, że wynagrodzenie ryczałtowe niesie ze sobą ryzyko dla obu stron stosunku zobowiązaniowego. W przypadku zamawiającego ryzyko wiąże się z zapłatą kwoty wyższej od rzeczywistej wartości świadczenia<sup>5</sup>, np. w wyniku przeszacowania lub zmian rynkowych polegających np. na obniżeniu kosztów wykonania robót<sup>6</sup>.

Brzmienie art. 632 § 1 k.c. wskazuje, że reguła niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego pozostaje w mocy także w przypadku zmian ilościowych w świadczeniu wykonawcy. Wypada jednak podkreślić, że wynagrodzenie ryczałtowe obowiązuje w odniesieniu do konkretnego, oznaczonego w umowie świadczenia, dla którego zostało przez strony ustalone. Kwota wynagrodzenia ryczałtowego pozostaje na pierwotnie ustalonym poziomie, jeżeli zakres świadczenia nie ulega

<sup>3</sup> Zob. M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2016, s. 671, Nb. 5.

<sup>4</sup> Zob. wyrok SN z 26.04.2006 r., III CSK 366/06, SIP Legalis nr 162810.

<sup>5</sup> E. Zielińska, [w:] J.A. Strzępka (red.), *Prawo umów budowlanych*, wyd. 3, Warszawa 2012, s. 603.

<sup>6</sup> W. Bańczyk, *Alokacja ryzyka zmiany okoliczności podczas wykonywania długoterminowej umowy o dzieło i o roboty budowlane w kierunku umowy rozwijającej się*, Kraków 2017, s. 32.

zasadniczej zmianie co do rodzaju, jakości czy nawet sposobu wykonania, a chodzi jedynie do doprecyzowania zakresu ilościowego w stosunku do założeń wstępnych. Rozszerzenie zakresu świadczenia winno zatem uzasadniać odpowiednią zmianę wynagrodzenia<sup>7</sup>. Przy czym zmiana taka, jak stwierdził w uzasadnieniu glosowanego wyroku SN, musi mieć charakter przedmiotowo istotny. Warunek ten spełniony zostanie wówczas, gdy zmienione świadczenie tak znacząco odbiega od pierwotnej treści, że można dojść do przekonania, iż zamiarem stron jest renegecja umowy.

W tym kontekście ujawnia się druga postać ryzyka, jakie dla zamawiającego wiąże się z wynagrodzeniem ryczałtowym, mianowicie ryzyko związane z nieprawidłowym opisem przedmiotu zamówienia, na podstawie którego ustalana jest wysokość ryczałtu<sup>8</sup>. Co do zasady wykonawca nie ma obowiązku weryfikacji dokumentacji dostarczonej mu przez zamawiającego w celu wykrycia jej ewentualnych wad. Zasada ta została potwierdzona w orzecznictwie w odniesieniu do badania dokumentacji projektowej<sup>9</sup>, wydaje się jednak, że *verba legis* art. 651 k.c. pozwala uznać ten pogląd za aktualny także w odniesieniu do wszelkiej dokumentacji przekazanej wykonawcy przez zamawiającego, w tym innej niż projektowa<sup>10</sup>. Z pewnością można tę zasadę stosować do programu funkcjonalno-użytkowego, który zgodnie z art. 31 ust. 3 p.z.p. opisuje przeznaczenie robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. W stanie faktycznym glosowanego orzeczenia rzeczywisty stan obiektu odbiegał w sposób istotny od tego, co wynikało z informacji udostępnionych przez zamawiającego. SN wskazał, że to zamawiający jako właściciel obiektu powinien najlepiej znać jego właściwości, zaś od najlepszego nawet wykonawcy nie można oczekiwać, by przewidział występowanie w obiekcie nieznanymi wcześniej elementów zabytkowych. Ze stanowiskiem tym należy się zgodzić. Wykonawca szacuje wartość i rozmiar swojego świadczenia na podstawie informacji pozyskanych od zamawiającego, który jako właściciel ma największe szanse znać stan obiektu, a także jego historię. W takim przypadku to zamawiający ma większe możliwości przewidywania ryzyka. Z tego względu to na zamawiającym spoczywa odpowiedzialność za przekazanie danych odpowiednich do wykonania zobowiązania projektanta i wykonawcy robót budowlanych. Oceny tej nie może zmienić okoliczność, że wykonawcy powierzono projektowanie. Abstrahując bowiem od zastoso-

<sup>7</sup> Zob. wyrok SN z dnia 25.06.2010 r., I CSK 544/09, SIP Legalis nr 392558.

<sup>8</sup> Zob. wyrok SN z dnia 11.01.2017 r., IV CSK 109/16, SIP Legalis nr 1576687.

<sup>9</sup> Wyrok SN z dnia 27.03.2000 r., III CKN 629/98, OSNC 2000 nr 9, poz. 173.

<sup>10</sup> Podobnie, jak się wydaje, twierdzi T. Sokołowski, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz LEX*, t. 3, *Zobowiązania. Część szczególna*, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 426.

wania w tej sprawie art. 651 k.c. (co uważam za słuszne), trzeba wskazać, że dostarczanie informacji koniecznych do wykonania umowy, w tym informacji o szczególnych właściwościach rzeczy, będzie mieściło się w zakresie współdziałania wierzyciela w rozumieniu art. 354 § 2 k.c.<sup>11</sup>.

Istotny problem w sprawie stanowiły ograniczenia dopuszczalności zmian umowy wynikające z Prawa zamówień publicznych. Zasadą w systemie zamówień publicznych jest zakaz dokonywania zmian umowy za wyjątkiem sytuacji, w których przesłanki zmiany są określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub umowie w sposób jednoznaczny co do sposobu dokonania zmiany i jej zakresu (art. 144 ust. 1 pkt 1 p.z.p.). Przy czym doktryna jest zgodna co do tego, że wystąpienie okoliczności dopuszczonych jako podstawy faktyczne zmiany nie powoduje po stronie zamawiającego powstania obowiązku zawarcia aneksu, a po stronie wykonawcy roszczenia o dokonanie zmiany umowy<sup>12</sup>. Mimo to w piśmiennictwie wypowiedziany został również pogląd, zgodnie z którym w takich okolicznościach zamawiający zobowiązany jest przystąpić do rozmów z wykonawcą na jego żądanie i negocjować w dobrej wierze „pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej za *culpa in contrahendo*”<sup>13</sup>. Odnosząc to stanowisko do okoliczności faktycznych analizowanego orzeczenia, warto podkreślić, że nie budziło wątpliwości SN, iż między stronami doszło do uzgodnień zarówno w przedmiocie zmiany zakresu świadczenia (wykonanie windy zewnętrznej) jak i wynagrodzenia wykonawcy. SN używa w tym kontekście określenia „negocjacje”. Podjęcie negocjacji bez zamiaru zawarcia umowy ustawodawca wymienia jako przykład działania strony dającego podstawy do dochodzenia odszkodowania za *culpa in contrahendo* (art. 72 § 2 k.c.). Wydaje się, że możliwa jest taka ocena postępowania zamawiającego, w sytuacji gdy podejmuje on rozmowy z wykonawcą na temat szczegółów technicznych zmiany zakresu świadczenia oraz jego wyceny<sup>14</sup>, nie zgadza się na formalne aneksowanie umowy, lecz jednocześnie zmienione świadczenie wykonawcy przyjmuje.

<sup>11</sup> W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, *Zobowiązania*, Warszawa 2013, s. 63, Nb. 64.

<sup>12</sup> J. Jerzykowski, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz LEX*, wyd. 6, Warszawa 2014, s. 826; G. Klich, *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016, s. 261. Powołani Autorzy wskazują jednak, że w konkretnym przypadku roszczenie może wynikać z niektórych przepisów Kodeksu cywilnego, np. art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c. lub 632 § 2 k.c.

<sup>13</sup> R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018, s. 198.

<sup>14</sup> Wymiana informacji i stanowisk stron oraz modyfikowanie tych stanowisk w związku ze stanowiskiem drugiej strony uznawana jest za istotę negocjacji. Zob. K. Oplustil, [w:] S. Włodyka (red.), *System prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, wyd. 4, Warszawa 2014, s. 136 i powołana tam literatura.

W literaturze wskazano, że przepis art. 72 § 2 k.c. można odnosić nie tylko do sformalizowanych rokowań, ale właściwie do każdego stanu faktycznego, w którym występują elementy (zachowania stron) charakterystyczne dla negocjacji<sup>15</sup>.

Przedstawiony wyżej pogląd R. Szostaka dopuszczający istnienie po stronie zamawiającego publicznego obowiązku podjęcia negocjacji z zamiarem dokonania zmiany umowy w sytuacji, gdy spełniają się ustawowe lub umowne przesłanki, jest stanowiskiem mniejszościowym. Pogląd ten zasługuje jednak na poparcie. Przemawiają za tym następujące argumenty: po pierwsze, wydaje się on słuszny z punktu widzenia aksjologii stosunków cywilnoprawnych. Względne zrównoważenie praw i obowiązków stron takiego stosunku uznawane jest za stan pożądany z perspektywy zasad współżycia społecznego<sup>16</sup>. W sferze stosunków cywilnoprawnych podmioty publiczne winny być traktowane tak jak inni uczestnicy obrotu<sup>17</sup>, a więc bez szczególnych obowiązków, ale i bez preferencji. Sam fakt realizacji zadań publicznych na drodze stosunku zobowiązaniowego nie może uzasadniać uprzywilejowania zamawiającego publicznego kosztem wykonawcy<sup>18</sup>. Wolno sądzić, że przyznanie wyłącznie zamawiającemu prawa do arbitralnego decydowania o tym, czy aneks do umowy zostanie zawarty czy nie, stanowi nieuzasadniony przywilej. Po drugie, odmowa potwierdzenia na piśmie faktycznych uzgodnień odnośnie do modyfikacji zakresu świadczenia wykonawcy wydaje się stanowić przypadek działania sprzecznego z własnymi deklaracjami zamawiającego, które opisuje paremia *venire contra factum proprium nemini licet*<sup>19</sup>. Nie bez znaczenia w tym kontekście będzie także i to, że takie działanie zamawiającego można uznać za naruszenie obowiązku dochowania formy pisemnej nie tylko dla zawarcia umowy o wykonanie zamówienia publicznego ale i dla jej zmian (art. 139 ust. 2 p.z.p.). Po trzecie, mimo iż *prima facie* obowiązek podjęcia rokowań z wykonawcą zdaje się ograniczać swobodę zamawiającego, w istocie korzystnie wpływa na jego sytuację. W orzecznictwie przyjmuje się, że w przypadku gdy do formalnej zmiany umowy nie dojdzie, lecz świadczenie zostało spełnione w zmienionej postaci, a zamawiający je przyjął i z niego korzysta, wykonawca może uznać świadczenie (w zmienionej części) za nienależne i wystąpić z roszczeniem o zapłatę na podstawie art. 405

<sup>15</sup> W.J. Kocot, *Odpowiedzialność przedkontraktowa*, Warszawa 2013, s. 158.

<sup>16</sup> M. Bednarek, [w:] E. Łętowska (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, wyd. 2, Warszawa 2013, s. 549; M. Tarska, *Zakres swobody umów w spółkach handlowych*, Warszawa 2012, s. 65–67.

<sup>17</sup> Por. postanowienie SN z dnia 17.05.2018 r., IV CSK 607/17, SIP Legalis nr 1781106.

<sup>18</sup> Por wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.08.2010 r., KIO 1698/10.

<sup>19</sup> A. Szpunar, *Nadużycie prawa podmiotowego*, Kraków 1947, s. 77.

i nast. k.c.<sup>20</sup>. Stanowisko to zaaprobował także SN w uzasadnieniu głosowanego wyroku. Wobec tego podjęcie negocjacji wydaje się lepszym rozwiązaniem z punktu widzenia zamawiającego i ochrony interesu publicznego, który wszak zamawiający reprezentuje. Przede wszystkim dlatego, że negocjując z wykonawcą, zamawiający zyskuje wpływ na ostateczną wysokość dodatkowego wynagrodzenia wykonawcy. Po czwarte, uzasadnienia dla obowiązku rozpoczęcia rokowań można poszukiwać w powinności współdziałania stron. Za minimalny poziom tego obowiązku uważa się jego negatywną postać, która zakłada powstrzymanie się przez wierzyciela od wszystkiego, co może utrudnić dłużnikowi spełnienie świadczenia<sup>21</sup>. Aktywne działanie wierzyciela może być wymagane jedynie wówczas, gdy wynika to z właściwości świadczenia lub z treści umowy<sup>22</sup>. Przykłady aktywności wierzyciela mieszczącej się w zakresie obowiązku współdziałania są wcale nierzadkie: obowiązek odbioru dzieła lub obiektu budowlanego, udostępnienie materiałów do wykonania dzieła lub wydanie pokwitowania<sup>23</sup>. Formalną zmianę umowy poprzez spisanie aneksu należy, jak sądzę, uznać za przejaw aktywnego współdziałania zamawiającego jako wierzyciela. Jednak już samo przystąpienie do negocjacji w przypadku ziszczenia się przesłanek zmiany można postrzegać jako negatywną postać współdziałania. A to dlatego, że bez choćby częściowych ustaleń dokonywanych w trakcie negocjacji wykonawca nie będzie najprawdopodobniej w stanie kontynuować pracy<sup>24</sup>.

Powyższy wywód upoważnia do stwierdzenia, że w sytuacji faktycznej głosowanego wyroku zasadne byłoby uznanie, iż zamawiający nie dopełnił obowiązku współdziałania z wykonawcą, czego wyrazem było zaniechanie doprowadzenia do formalnej zmiany umowy polegającej na zmianie zarówno zakresu świadczenia niepieniężnego wykonawcy jak i wysokości wynagrodzenia umownego.

Niezależnie od stanowiska w odniesieniu do głównej tezy głosowanego orzeczenia wątpliwości budzi uzasadnienie w części poświęconej kwalifikacji typologicznej

<sup>20</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8.10.2014 r., VI ACa 1660/13, SIP Legalis nr 1169099.

<sup>21</sup> A. Rembieniński, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 251.

<sup>22</sup> Tak uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 15.06.2016 r., I ACa 346/16, SIP Legalis nr 1487519.

<sup>23</sup> P. Machnikowski, [w:] E. Łętowska (red.), *System...*, s. 157.

<sup>24</sup> W tym kontekście warto także zauważyć, że w orzecznictwie dopuszczono powództwo o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c. w sytuacji, gdy kontrahent odmówił podpisania umowy sprzedaży, która wprawdzie nie musi być zawarta w formie pisemnej, lecz w danym przypadku powód miał w interes prawny w dochowaniu takiej formy. Zob. wyrok SN z dnia 15.09.1986 r., III CRN 198/86, SIP Legalis nr 25492. W sytuacji, jaka stała się podstawą orzekania w głosowanym wyroku, interes prawny wykonawcy nie będzie budził wątpliwości. Bez zawarcia pisemnego aneksu wykonawca ryzykuje bowiem brak wynagrodzenia za dodatkowe roboty.



umowy łączącej strony. W tym zakresie SN zaaprobował stanowisko Sądu Apelacyjnego, zgodnie z którym nie była to umowa o roboty budowlane, lecz umowa mieszana<sup>25</sup>. Na poparcie tego wniosku przedstawione zostały dwa argumenty. Po pierwsze, zobowiązanie wykonawcy nie polegało na wybudowaniu nowego obiektu lub jego części, lecz na wykonaniu remontu obiektu już istniejącego. W związku z tym, że przepisy o umowie o roboty budowlane stosują się do prac remontowych jedynie odpowiednio, a nie wprost (art. 658 k.c.) SN uznał, że kontrakt, z którym miał do czynienia, nie mógł być umową z art. 647 k.c. Po drugie zaś, SN wskazał na złożoną treść zobowiązania, które obejmowało prace projektowe, prace remontowe oraz reprezentację zamawiającego i uzyskanie określonych decyzji administracyjnych. W ocenie SN w świetle zasady swobody umów nie ma przeszkód, by ukształtować stosunek zobowiązaniowy w ten sposób, że łączy on elementy różnych umów nazwanych (o prace remontowe, o dzieło, zlecenia) i nienazwanych (umowa o prace projektowe). Niemniej jednak wyklucza to zdaniem SN możliwość uznania danej umowy za umowę stypizowaną w art. 647 k.c.

Stanowisko powyższe stanowi kolejną wypowiedź judykatury odnośnie do charakteru prawnego umów, w ramach których wykonawca zobowiązuje się nie tylko do wykonania robót budowlanych, ale także innych obowiązków związanych z realizacją inwestycji, przede wszystkim opracowania projektu. Kwestia ta stanowi istotny problem praktyki ze względu na znaczne rozpowszechnienie w obrocie umów typu „zaprojektuj i wybuduj”, szczególnie w publicznych inwestycjach infrastrukturalnych. Art. 647 k.c. wymienia dostarczenie projektu wśród obowiązków inwestora jako jedną z wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót. Orzecznictwo (zwłaszcza SN) jest w tej sprawie raczej konserwatywne i wykazuje tendencję do przyznania prymatu wykładni językowej. W uchwale z dnia 11.01.2002 r. podjętej w składzie siedmiu sędziów SN zaliczył dostarczenie projektu oraz przekazanie terenu budowy przez inwestora do szczególnej postaci współdziałania z wykonawcą, która stanowi jeden z elementów konstytutywnych umowy o roboty budowlane<sup>26</sup>. Konsekwentnie w wyroku z dnia 6.10.2004 r. SN uznał, że wszystkie składniki umowy określone w art. 647 k.c. (w tym dostarczenie projektu przez inwestora) należy uznać za przedmiotowo istotne ze względu na szczególny charakter przepisów wyodrębniających tę umowę<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Z treści uzasadnienia można wnioskować, że chodzi o umowę mieszaną typu kombinowanego, łączącą elementy różnych umów nazwanych (o wykonanie remontu, zlecenia) i umowy nienazwanej (o prace projektowe). O typach umów mieszanych zob. Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 236.

<sup>26</sup> Uchwała SN (7) z dnia 11.01.2002 r., III CZP 63/01, OSNC 2002, nr 9, poz. 106.

<sup>27</sup> Wyrok SN z 6.10.2004 r. I CK 71/04, OSP 2005, Nr 12, poz. 146. Tak również wyrok SN z 17.12.2008 r., I CSK 258/08, SIP Legalis nr 589159.

W uzasadnieniu glosowanego orzeczenia SN nie wyraził tego wprost, wydaje się jednak, że zaaprobował tę linię orzecznictwa, kwestionując zakwalifikowanie umowy typu „zaprojektuj i wybuduj” jako umowy o roboty budowlane z powodu tak ukształtowanego zakresu świadczenia wykonawcy.

Stanowisko powyższe wydaje się nadmiernie zachowawcze. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że w kontraktach typu „zaprojektuj i wybuduj” to roboty budowlane stanowią zazwyczaj największą i najważniejszą część świadczenia wykonawcy. Wszystkie pozostałe czynności, jakie są mu powierzane, są funkcjonalnie podporządkowane wykonaniu robót. Ich wykonanie samo w sobie nie zaspokaja interesu inwestora<sup>28</sup> i nie prowadzi do osiągnięcia celu gospodarczego zobowiązania, jakim co do zasady będzie wybudowanie określonego w umowie obiektu lub doprowadzenie istniejącego obiektu do określonego stanu (gdy roboty polegają na przebudowie lub remoncie)<sup>29</sup>. Chociaż dokumentacja projektowa może stanowić samodzielny przedmiot transakcji handlowej (to samo można zresztą powiedzieć o wyodrębnionej części robót budowlanych), fakt ten nie powinien jednak determinować oceny charakteru prawnego umowy budowlanej. Trzeba bowiem pamiętać, że projekt jest rzeczą jednorazowego zastosowania, służącą wybudowaniu lub przebudowaniu obiektu oznaczonego co do tożsamości<sup>30</sup>. Jego sporządzenie jest zatem czynnością przygotowawczą (co zresztą wynika z samego art. 647 k.c.), która służy temu, by wykonawca mógł wypełnić swój podstawowy obowiązek, jakim jest wykonanie robót i oddanie obiektu<sup>31</sup>. Wypada zatem uznać dostarczenie projektu za świadczenie uboczne, pomocnicze wobec głównego celu umowy<sup>32</sup>.

W tym kontekście warto zwrócić uwagę na stanowisko, którego punktem wyjścia jest charakter prawny obowiązków związanych z przygotowaniem inwestycji,

---

<sup>28</sup> Nawet zresztą gdy zachowanie dłużnika zaspokaja w pewnym stopniu interes wierzyciela, jednak nie w stopniu, jaki wynika z treści zobowiązania, można mówić o nienależytym wykonaniu zobowiązania. Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 7.09.2012 r., I ACa 440/11, SIP Legalis nr 733710. Tak też, jak sądzę, należałoby rozumieć sytuację, w której wykonawca, zawarłszy umowę typu „zaprojektuj i wybuduj”, poprzestaje na dostarczeniu projektu, lecz nie wykonuje umówionych robót.

<sup>29</sup> Por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 20.11.2008 r., III CSK 184/08, SIP Legalis nr 127718.

<sup>30</sup> Jest tak nawet wówczas, gdy mamy do czynienia z tzw. projektem typowym, ponieważ wymaga on pewnej adaptacji dla potrzeb zindywidualizowanego przedsięwzięcia budowlanego, zob. E. Strzępka-Frania, *Umowy o generalne wykonawstwo robót budowlanych*, Warszawa 2010, s. 42 i 104–106.

<sup>31</sup> Tak M. Gutowski, *Odpowiedzialność inwestora w umowach o roboty budowlane (na tle art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.)*, „Państwo i Prawo” 2008, 2, s. 82.

<sup>32</sup> Podział na świadczenia główne i uboczne szerzej opisuje S. Grzybowski, [w:] Z. Radwański (red.), *System prawa cywilnego*, t. 3, cz. 1, Ossolineum 1981, s. 44–46. Podział ten bywa kwestionowany z racji braku podstaw normatywnych, zob. P. Machnikowski, [w:] E. Łętowska (red.), *System...*, s. 145, Nb. 67. Inni Autorzy są jednak skłonni aprobować zasadność tego podziału, zob. B. Fuchs, [w:] M. Habdás, M. Frás (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2018, s. 40, Nb. 33.

wśród których art. 647 k.c. wymienia przede wszystkim dostarczenie projektu i przekazanie terenu budowy. W doktrynie wskazano, że są to obowiązki o charakterze wierzycielskiego współdziałania inwestora z wykonawcą<sup>33</sup>. Wobec tego ich wykonanie nie może być egzekwowane za pomocą roszczenia procesowego. Obowiązki tego rodzaju nie mają charakteru samoistnego z punktu widzenia stosunku zobowiązaniowego<sup>34</sup>. Niewykonanie takiego obowiązku zwolni dłużnika wzajemnego z odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie jego zobowiązania. Zakres i sposób współdziałania podlega co do zasady swobodzie umów, wobec czego strony mogą uzgodnić, że niektóre z tych obowiązków (np. projektowanie) przejmie na siebie wykonawca<sup>35</sup>.

W doktrynie przeważa podejście, zgodnie z którym umowa typu „zaprojektuj i wybuduj” może zostać uznana za umowę o roboty budowlane. Nie tylko z uwagi na przytoczone wyżej argumenty natury celowościowej, ale też wnioski płynące z analizy językowej art. 647 k.c. Wskazuje się przede wszystkim, że termin „projekt” użyty w tym przepisie nie powinien być utożsamiany z projektem budowlanym, o którym mowa w art. 34 ustawy z dnia 7.07.1994 r. Prawo budowlane<sup>36</sup>. W cywilistyce dopuszcza się szerokie rozumienie projektu, w tym jako wszelkie szkice, rysunki, opisy<sup>37</sup> lub dokumentacja opisująca koncepcję programową inwestycji<sup>38</sup>. W tym ujęciu reprezentowana w orzecznictwie teza, zgodnie z którą obowiązek dostarczenia projektu przez inwestora należy do *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane, daje się pogodzić z koncepcją umowy typu „zaprojektuj i wybuduj”. Nie ma bowiem sprzeczności między obowiązkiem dostarczenia szeroko rozumianego projektu przez inwestora a zobowiązaniem wykonawcy do konkretyzacji takiego projektu w formie projektu budowlanego w rozumieniu art. 34 p.b.

Stanowisko SN zawarte w głosowanym orzeczeniu stanowi ważną wypowiedź judykatury przede wszystkim w odniesieniu do problemu odpowiedzialności

<sup>33</sup> W. Dubis, *Charakter prawny obowiązku inwestora właściciwego przygotowania inwestycji w umowie o roboty budowlane*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2009, 3161, s. 75–76.

<sup>34</sup> Por. A. Klein, *Skutki braku współdziałania wierzyciela z dłużnikiem*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 1990, 1152, s. 143.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> J. Strzępka, E. Zielińska, *Umowa o roboty budowlane w systematyce Kodeksu cywilnego – de lege lata i de lege ferenda* (cz. 1), „Monitor Prawniczy” 2007, 10, s. 543; K. Zagrobelny, *Odpowiedzialność inwestora z umowy o roboty budowlane*, Warszawa 2013, s. 36–39.

<sup>37</sup> T. Szczurowski, *Kwalifikacja prawna umów remontowych i innych wykonywanych przez prowadzenie robót budowlanych w istniejącym obiekcie*, „Monitor Prawniczy” 2011, 16, s. 901; E. Strzępka-Frania, *Umowy...*, s. 102.

<sup>38</sup> Z. Gordon, *Umowa o roboty budowlane w obrocie społecznym*, Toruń 1991, s. 188.

zamawiającego w kontraktach ze złożonym zakresem zobowiązania wykonawcy. Uważa się, że umowy typu „zaprojektuj i wybuduj”, a także umowy o generalną realizację inwestycji przenoszą znaczną większość ryzyka na wykonawcę. Jednak nawet szeroko określone granice ryzyka nie mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością za przypadki, w których dane dostarczane przez zamawiającego okazują się niezgodne ze stanem rzeczywistym. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie może być traktowany jako postanowienie przenoszące na wykonawcę odpowiedzialność o charakterze absolutnym. Na zamawiającym nadal spoczywa obowiązek współdziałania i odpowiedzialność za należyte wykonanie wszelkich czynności wchodzących w jego skład. W tym również za dostarczenie prawidłowych informacji o okolicznościach wykonania umowy lub poinformowania wykonawcy o możliwym ryzyku. Reguły te obowiązują także w przypadku kontraktów zawartych w systemie zamówień publicznych.

Krytycznie wypada ocenić stanowisko SN odnośnie do kwalifikacji typologicznej umowy typu „zaprojektuj i wybuduj”. Ortodoksyjne podejście do wykładni art. 647 k.c. powoduje problemy interpretacyjne, z którymi zmierzyć musiał się SN w omawianej sprawie. Wydaje się, że SN, uznając zawartą umowę za *contractus mixtus*, milcząco przyjął, iż komponent w postaci umowy o wykonanie remontu był dominujący, wobec czego narzucił stosowanie właściwych mu przepisów do całości zobowiązania<sup>39</sup>. Taka kwalifikacja umowy wymaga w istocie szczegółowej oceny *in casu*, bowiem w przypadku zrównoważenia poszczególnych elementów składowych umowy mieszanej właściwe będzie stosowanie do niej przepisów części ogólnej księgi III Kodeksu cywilnego. To zaś w przypadku tak wyspecjalizowanych stosunków jak usługi budowlane może mieć istotne skutki negatywne, m.in. wyłączenie możliwości stosowania przepisów o solidarnej odpowiedzialności za wynagrodzenie podwykonawców (art. 647<sup>1</sup> k.c.) oraz o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (art. 649<sup>1</sup>–649<sup>5</sup> k.c.). Ponadto w świetle argumentacji wypracowanej przez doktrynę kwalifikacja umowy typu „zaprojektuj i wybuduj” jako postaci umowy o roboty budowlane wydaje się przekonująca.

## Bibliografia

- Bańczyk W., *Alokacja ryzyka zmiany okoliczności podczas wykonywania długoterminowej umowy o dzieło i o roboty budowlane w kierunku umowy rozwijającej się*, Kraków 2017.
- Dubis W., *Charakter prawny obowiązku inwestora właściwego przygotowania inwestycji w umowie o roboty budowlane*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2009, 3161.
- Gordon Z., *Umowa o roboty budowlane w obrocie społecznym*, Toruń 1991.

<sup>39</sup> Por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 29.11.2006 r., II CSK 267/06, SIP Legalis nr 165193.

- Gutowski M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2016.
- Gutowski M., *Odpowiedzialność inwestora w umowach o roboty budowlane (na tle art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.)*, „Państwo i Prawo” 2008, 2, s. 82.
- Habdás M., Frás M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2018.
- Kidyba A. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz LEX*, t. 3, *Zobowiązania. Część szczególna*, wyd. 2, Warszawa 2014.
- Klein A., *Skutki braku współdziałania wierzyciela z dłużnikiem*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 1990, 1152.
- Klich G., *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016.
- Kocot W.J., *Odpowiedzialność przedkontraktowa*, Warszawa 2013.
- Łętowska E. (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, wyd. 2, Warszawa 2013.
- Osajda K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, *Zobowiązania*, Warszawa 2013.
- Radwański Z. (red.), *System prawa cywilnego*, t. 3, cz. 1, Ossolineum 1981.
- Radwański Z., *Teoria umów*, Warszawa 1977.
- Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz LEX*, wyd. 6, Warszawa 2014.
- Strzępka J., Zielińska E., *Umowa o roboty budowlane w systematyce Kodeksu cywilnego – de lege lata i de lege ferenda (cz. 1)*, „Monitor Prawniczy” 2007, 10.
- Strzępka J.A. (red.), *Prawo umów budowlanych*, wyd. 3, Warszawa 2012.
- Strzępka-Frania E., *Umowy o generalne wykonawstwo robót budowlanych*, Warszawa 2010.
- Szczurowski T., *Kwalifikacja prawna umów remontowych i innych wykonywanych przez prowadzenie robót budowlanych w istniejącym obiekcie*, „Monitor Prawniczy” 2011, 16.
- Szostak R., *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018.
- Szpunar A., *Nadużycie prawa podmiotowego*, Kraków 1947.
- Tarska M., *Zakres swobody umów w spółkach handlowych*, Warszawa 2012.
- Winiarz J. (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980.
- Włodyka S. (red.), *System prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, wyd. 4, Warszawa 2014.
- Zagobelny K., *Odpowiedzialność inwestora z umowy o roboty budowlane*, Warszawa 2013.