



Sygn. akt II CSK 104/09

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 września 2009 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Henryk Pietrkowski (przewodniczący)

SSN Wojciech Jan Katner (sprawozdawca)

SSN Marian Kocon

Protokolant Anna Wasiak

w sprawie z powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
przeciwko Skarbowi Państwa reprezentowanemu przez Izbę Celną
oraz "P." - Spółce Akcyjnej
o stwierdzenie nieważności umowy,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej
w dniu 16 września 2009 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej
od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 8 października 2008 r., sygn. akt [...],

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego
rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu z pozostawieniem temu
sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.**

Uzasadnienie

W pozwie z dnia 20 listopada 2007 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o stwierdzenie nieważności czterech zawartych umów: jednej w kwietniu 2004 r., dwóch w czerwcu 2004 r. i jednej w grudniu 2005 r. pomiędzy Skarbem Państwa – Izbą Celną a „P.” S.A. W umowach tych chodziło o nabycie nieruchomości od „P.” z przeznaczeniem na siedzibę Izby Celnej, przy czym budynek znajdujący się na gruncie objętym prawem wieczystego użytkowania, który stanowił odrębny od gruntu przedmiot własności i wymagał przed jego kupnem przeprowadzenia istotnych prac modernizacyjnych, w tym nadbudowy dwóch kondygnacji. Wartość nieruchomości przed przystąpieniem do tych prac wynosiła, według operatu szacunkowego sporządzonego w 2003 r. – kwotę ponad 4.000.000 złotych, a biorąc pod uwagę projektowane prace – według cen w 2003 r. – miała wynosić, po ich przeprowadzeniu kwotę ponad 12.000.000 złotych. Prace zobowiązały się wykonać „P.”. Decyzjami z grudnia 2003 r. i z lutego 2004 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, mając stosowne uprawnienia ustawowe, odmówił zatwierdzenia trybu zamówienia z wolnej ręki dla nabycia powyższej nieruchomości przez Skarb Państwa – Izbę Celną.

Mimo to, w kwietniu 2004 r. pozwani zawarli notarialnie umowę przedwstępną sprzedaży opisanej wyżej nieruchomości za cenę oszacowaną na ponad 12.000.000 złotych, w terminie do końca 2005 r. Na powyższą kwotę składała się wartość dotychczasowej nieruchomości gruntowej i budynkowej oraz wartość budynku po przebudowie i nadbudowie, przy czym należna kwota miała być płacona w ratach, w miarę postępu prac i dostępności środków z Ministerstwa Finansów na zakup tej nieruchomości, z zapłatą całości ceny i należnym podatkiem do końca 2005 r., a zatem równoległe z terminem zawarcia umowy przyrzeczonej przeniesienia własności.

Dwa tygodnie przed zawarciem umowy przedwstępnej pozwane „P.” uzyskały pozwolenie na budowę – nadbudowę i przebudowę przedmiotowego budynku.

Z kolei, dnia 29 czerwca 2004 r. pozwani zawarli dwie umowy precyzujące zakres prac, nazwanych modernizacyjnymi, włącznie z zagospodarowaniem otoczenia budynku, dla potrzeb Izby Celnej. W kolejnej umowie, która nie jest objęta pozwem, pozwane „P.” jako cedent zbyły wierzytelność przysługującą im wobec Izby Celnej z tytułu prac budowlanych na rzecz firmy S. sp. z o.o., będącej generalnym wykonawcą tych prac.

Ostatecznie, dnia 29 grudnia 2005 r. między pozwanymi została zawarta przyrzeczona umowa przeniesienia własności, a cena sprzedaży nawet podwyższona, za zgodą finansującego przedsięwzięcie Ministra Finansów, do kwoty 12.626.543,81 złotych, z pewną korektą co do wartości gruntu i budynku. Już 17 października 2005 r., a więc przed stanieniem się właścicielem, nieruchomości została udostępniona kupującemu.

Podstawą powództwa było naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655), w brzmieniu do nowelizacji w 2006 r.; cyt. dalej jako: p.z.p. Zdaniem powoda umowy te, zawierając w sobie zamówienie na roboty budowlane o wartości przekraczającej kwotę 6.000 Euro, zmierzały do obejścia przepisów o zamówieniach publicznych, w brzmieniu obowiązującym na datę zawarcia umów, w szczególności art. 3 ust. 1 pkt 1 i art. 4 pkt 8 p.z.p., przez co były nieważne na podstawie art. 58 k.c. W toku procesu powód cofnął skutecznie pozew w zakresie umowy z dnia 29 grudnia 2005 r., przenoszącej własność nieruchomości i w tym zakresie powództwo umorzono.

Sąd I instancji uwzględnił powództwo i stwierdził nieważność kwestionowanych umów, opierając się na przepisach p.z.p. (zwłaszcza art. 146 ust. 1) i Kodeksu cywilnego (art. 65 § 2 i art. 58 § 1). Mając na uwadze te same przepisy, a dodatkowo jeszcze art. 2 pkt 13 p.z.p., stanowiący o nie obejmowaniu trybem zamówień publicznych umów nieodpłatnych oraz art. 146 ust. 2 p.z.p. określający ramy legitymacji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w procesach o ustalenie nieważności umów – Sąd II instancji, uwzględniając apelację pozwanego Skarbu Państwa Izby Celnej, zmienił w podstawowej części wyrok

Sądu I instancji i oddalił powództwo, z zasądzeniem kosztów postępowania apelacyjnego.

Skarga kasacyjna powoda opiera się na obu podstawach wskazanych w art. 398³ § 1 k.p.c. Naruszenie prawa materialnego dotyczy art. 65 § 2 k.c. w zw. z art. 2 pkt 8 i 13 p.z.p.; art. 3 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 8 i 13 p.z.p.; art. 146 ust. 1 pkt 1 oraz art. 146 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 67 ust. 2 p.z.p.; w każdym z powyższych przypadków naruszeń chodzi o brzmienie p.z.p. obowiązujące do dnia 25 maja 2006 r. (Dz. U. nr 19, poz. 177 ze zm.); art. 146 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 154 pkt 11 p.z.p.; art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. Naruszenie przepisów postępowania odnosi się do art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. Wniesiono o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania lub o oddalenie apelacji Skarbu Państwa Izby Celnej z zasądzeniem kosztów. W odpowiedzi na skargę Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa wniosła o jej odrzucenie lub oddalenie, podnosząc argumenty za prawidłowością rozstrzygnięcia Sądu II instancji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna w odniesieniu do podstaw materialnoprawnych jest uzasadniona. Nie jest zasadna w zakresie podstaw procesowych, od rozpatrzenia których należy zacząć.

Nie można więc podzielić zarzutów odnoszących się do naruszenia przez zaskarżony wyrok art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. W szczególności, nie znajduje uzasadnienia stwierdzenie, że w motywach zaskarżonego wyroku ograniczone zostały wyjaśnienia podstawy faktycznej, jedynie do przedstawienia ustaleń dokonanych przez Sąd I instancji. Nie można też akceptować zarzutu, że w wyroku tym nie zostało wskazane, w jakim zakresie Sąd II instancji podzielił ustalenia i ocenę dowodów Sądu I instancji, a w jakim zakresie dokonał odmiennych ustaleń i ocen przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia.

Jak przyznaje sam skarżący, zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w sposób istotnie wpływający na wynik sprawy jest zasadny tylko wyjątkowo (wyrok SN z dnia 4 października 2007 r. I UK 111/07, Lex nr 375689). Tymczasem, w obszernym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku stan faktyczny został aż nadto skrupulatnie

odtworzony i w zakresie, w jakim ustalenia Sądu II instancji są zbieżne z tym, co stanowiło istotę ustaleń kontrolowanego wyroku już tego słusznie nie podkreślano. Nie dokonano też odmiennych ocen faktycznych i prawnych. Nie można więc mówić, ani o niemożliwości zbadania motywów, jakimi kierował się Sąd Apelacyjny ani o niemożliwości kontroli instancyjnej zaskarżonego wyroku. Zarzucanie naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. jest niezasadne i w tym zakresie skarga kasacyjna nie może zostać uwzględniona.

Zarzuty dotyczące naruszenia prawa materialnego łączą się z zachowaniem interesu prawnego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do kwestionowania ważności umów, o które chodzi w tym procesie. Wymaga to rozpatrzenia najpierw tych zarzutów, ponieważ w rzeczywistości chodzi o podważoną w zaskarżonym wyroku legitymację Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wniesienia powództwa w niniejszej sprawie, który to brak legitymacji, gdyby miał zostać stwierdzony prawnie, powinien skutkować odrzuceniem pozwu.

Na dotychczasowym analizowaniu powstałych wątpliwości zaciążyło zainicjowanie sprawy przez powoda na gruncie art. 189 k.p.c., czyli powództwa o ustalenie prawa lub stosunku prawnego, nieważnego ze względu na naruszenie art. 58 k.c. To zostało zakwestionowane przez pozwanych, których stanowisko podzielił Sąd II instancji.

Tymczasem w sprawie od początku przewija się oparcie powództwa na przepisach statuujących pozycję prawną Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w szczególności na art. 152 i nast. p.z.p. Przepisy te określają Prezesa powyższego Urzędu, jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych, znajdujący się pod nadzorem Prezesa Rady Ministrów (art. 152 ust. 1 i 2 p.z.p.). Zamówienia publiczne, z kolei, zgodnie z art. 2 pkt 13 p.z.p., to umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Podmiotami, do których stosuje się szczególne przepisy o zamówieniach publicznych w odniesieniu do tych umów, są głównie jednostki sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, i inne podmioty korzystające w rozmaity sposób i z różnych tytułów ze środków publicznych (art. 3 ust. 1 p.z.p.).

Jest bezsporne między stronami postępowania, że, co do swej istoty, pozwany Skarb Państwa Izba Celna jest podmiotem podlegającym procedurze zamówień publicznych, jeśli są spełnione inne przesłanki przewidziane p.z.p. Izba Celna jest jednostką budżetową, będącą jednostką sektora finansów publicznych.

Zgodnie z art. 154 pkt 11 p.z.p. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, a to co ważne z punktu widzenia tej sprawy – w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą. Przepis ten, w powiązaniu z art. 146 ust. 2 pkt 1 p.z.p. stanowi, zdaniem składu orzekającego w niniejszej sprawie wystarczającą podstawę do wszczęcia procesu cywilnego o stwierdzenie nieważności umowy, której zawarcie nastąpiło w okolicznościach wskazanych enumeratywnie w art. 146 ust. 1 p.z.p. W sprawie tej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzuca nieważność kwestionowanych w pozwie umów na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 58 k.c. Ma zatem wystarczające podstawy procesowe i materialnoprawne do wszczęcia postępowania cywilnego i nie jest potrzebne dalsze tego uzasadnianie interesem prawnym, wywodzonym na gruncie art. 189 k.p.c. Wywody Sądu II instancji zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, jak i argumenty przytaczane przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa w odpowiedzi na skargę kasacyjną są niezasadne w przedmiocie podważania uprawnienia Prezesa wymienionego Urzędu do samego wszczęcia postępowania w niniejszej sprawie.

Rola powoda jest zresztą dosyć znamieną w okolicznościach tej sprawy, ponieważ zgodnie z przytoczonym art. 152 p.z.p. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych i sam Urząd jest częścią Skarbu Państwa, podobnie też się przedstawia status prawny Urzędu Celnego jako *statio fisci* Skarbu Państwa. Ma się więc do czynienia ze stronami sporu, które obie są samodzielnymi prawnie ale jednak jednostkami tej samej osoby prawnej – Skarbu Państwa, przy czym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych działa, realizując funkcje władcze (*imperium*) Skarbu Państwa, zaś Urząd Celny zawierający umowy dotyczące jego majątku z drugim z pozwanych - reprezentuje sferę właścicielską (*dominium*) własności państwowej. Poddanie zatem takich umów kontroli przez Prezesa Urzędu

Zamówień Publicznych musi mieć wyraźną podstawę kompetencyjną i taką jest art. 154 pkt 11 p.z.p.

Całkiem odrębnym zagadnieniem od legitymacji prawnej stron procesu jest oczywiście, trafność wniesionego powództwa o unieważnienie umowy (umów), stosownie do spełnienia przesłanek wymaganych przez p.z.p., dlatego ustaleniu zasadności powództwa od strony prawnej służy rozpatrzenie pozwu w niniejszej sprawie.

Istotą tej sprawy, jak wynika z zaskarżonego wyroku stało się przyjęcie przez Sąd II instancji, że umowa przedwstępna na zakup nieruchomości, zawarta między pozwanymi miała mieć charakter czynności prawnej nieodpłatnej. Z tej przyczyny powództwo zostało uznane za niezasadne, jako że art. 2 pkt 13 p.z.p. wyłącza z pojęcia zamówienia publicznego umowy nieodpłatne. Z kolei, umowa przyrzeczona w umowie przedwstępnej dotyczyła nabycia własności nieruchomości, a art. 4 pkt 3 i) p.z.p. wyłącza zastosowanie tej ustawy w odniesieniu do takich zamówień. Innymi słowy, według uzasadnienia zaskarżonego wyroku, powód ingerował w ważność umowy zawartej między pozwanymi w sytuacji, gdy sama umowa, ani co do jej przedmiotu (zbycie nieruchomości) ani co do charakteru (nieodpłatna) nie podlegała kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Należy przyznać rację skarżącemu, że w świetle stanu prawnego taka argumentacja nie może się ostać. Nie tylko, że podważa sens regulacji prawnej odnoszącej się do zamówień publicznych, tak polskiej, jak i w zakresie prawa Unii Europejskiej, co przywołuje się w skardze, ale opiera się na zupełnie fałszywych założeniach.

Nie można umowy przedwstępnej i umów jej towarzyszących w niniejszej sprawie traktować w oderwaniu od całokształtu okoliczności faktycznych i prawnych, które zostały prawidłowo ustalone w toku postępowania i wiążą Sąd Najwyższy (art. 398¹³ § 2 k.p.c.). Tyle tylko, że Sąd I instancji wyciągnął z nich właściwe wnioski potrzebne do rozstrzygnięcia sprawy, a Sąd Apelacyjny uczynił to całkiem odmiennie i nieprawidłowo.

Jest przecież dosyć oczywiste w świetle ustalonych faktów, że pozwana Izba Celną chciała ulokować swoją siedzibę na zabudowanej nieruchomości pozwanych „P.” Nie mogła zawrzeć umowy o jej kupno wraz z przeniesieniem własności, bo budynek, w którym widziała swoją siedzibę w chwili zawierania pierwszej transakcji, jeszcze w ostatecznej postaci nie istniał. Nie można więc było nabyć nieistniejącego przedmiotu umowy sprzedaży nieruchomości (art. 535 k.c., art. 155 § 1 i 2 k.c.), nie można też było zawrzeć umowy warunkowej (art. 157 § 1 k.c.). Przyjęto więc, typową w takich przypadkach umowę przedwstępną, wywierającą skutek zobowiązujący (art. 389 i 390 k.c., art. 157 § 2 k.c.). Określono w niej oraz w dwóch umowach towarzyszących, a są one łącznie przedmiotem zarzucenia nieważności na gruncie art. 146 ust. 2 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p., że właściwy przedmiot sprzedaży w postaci budynku dopiero powstanie, dzięki modernizacji istniejącego obiektu, ale tak dalece, że nawet zostaną dobudowane dwie kondygnacje oraz urządzone otoczenie całej nieruchomości (parkingi itd.). Określono także, że ceną sprzedaży, wskazaną już w chwili zawierania umowy przedwstępnej będzie cena przyszłego budynku, na którego tzw. modernizację musiało się nawet uzyskać (i uzyskało przez pozwane „P.”) pozwolenie na budowę. Nie chodziło więc o wykonanie robót, które miały mieć charakter „incydentalny”, jak próbuje się w odniesieniu do tej sprawy dowodzić w odpowiedzi na skargę kasacyjną, przytaczając wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 kwietnia 1994 r. w sprawie *Gestion Hotelera International* (C-331/92, ECR 1994/4/I-01329). Chodziło o normalną inwestycję w zakresie robót budowlanych, którą w dodatku pozwany Urząd Celný systematycznie finansował, nazywając w pismach procesowych zaliczkowaniem na poczet ceny sprzedaży. Jednak trudno znaleźć ważną *causa* dla takiego świadczenia, ponieważ zobowiązanie do zapłacenia ceny (uzasadniające prawną *causa solvendi*) jeszcze nie powstało. Mało tego, żeby zabezpieczyć wystarczająco „na wszelki wypadek” zobowiązania finansowe, zawarta została wspomniana na wstępie umowa cesji wierzytelności należnej od drugiego z pozwanych – „P.” na rzecz firmy, będącej bezprzetargowo generalnym wykonawcą robót budowlanych, która wskutek tego mogła żądać należności bezpośrednio dla siebie od dłużnika – pozwanej Izby Celný. Także *causa* dla tej czynności jest nader wątpliwa.

Odnosząc się do orzecznictwa europejskiego należy zaznaczyć, że w wyroku ETS z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie *Jean Auroux* (C-220/05, Lex nr 227173) wyraźnie stwierdzono, iż przeniesienie własności budynku dopiero po jego wybudowaniu nie jest sprzedażą nieruchomości, lecz umową o roboty budowlane, które to roboty może wykonywać kolejny podmiot, będący wobec stron umowy osobą trzecią. Taką osobą w niniejszej sprawie jest generalny wykonawca. Ponadto, zgodnie z powyższym wyrokiem, dla wykazania, że chodzi o udzielenie zamówienia publicznego wystarczy dowiedzenie wykonywania robót odpłatnie, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Ma to związek z zastosowaniem dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (2004/18/WE) w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Przenosząc to rozstrzygnięcie na rozpatrywaną sprawę można stwierdzić, że wykonawca realizował zamówienie według wskazań pozwanej Izby Celnej, była nawet powołana specjalna komisja w tym celu, a w chwili zawierania, jak się wskazuje w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku - umowy przyrzeczonej sprzedaży prawa wieczystego użytkowania gruntu i prawa własności budynku - cała kwota, określona jako cena w umowie przedwstępnej, została już przez kupującego zapłacona. Czy można zatem twierdzić, że umowa przedwstępna była czynnością prawną nieodpłatną, ponieważ odnosiła się do przyszłej umowy zbycia nieruchomości, jej dotyczyła cena, płacona zaliczkowo, a umowa zbycia nieruchomości, jako taka nie podlega reżimowi zamówień publicznych?

Odpowiedź musi być negatywna. W okolicznościach sprawy można się wprawdzie dopatrywać zamiaru ominięcia prawa i wdawać w dyskusję, jak wynika z zaskarżonego wyroku, czy takie postępowanie jest objęte nieważnością, o której stanowią przepisy o zamówieniach publicznych. Czy jednak nie właściwsze i zgodne z poczuciem sprawiedliwości jest uznanie, że zachowanie stron doprowadziło z całą pewnością do nieważności czynności prawnej. Jest tak dlatego, że ma się tutaj do czynienia z bezpośrednim naruszeniem prawa na skutek zlecenia przez jednostkę sektora finansów publicznych, jaką jest Izba Celną, ze środków publicznych (jest bezsporne, że uzyskiwanych z Ministerstwa Finansów) wykonania robót budowlanych, o których mowa w art. 2 pkt 8 p.z.p.,

dla których podstawą jest treść umowy przedwstępnej, opisującej przyszły przedmiot transakcji sprzedaży, mający powstać dzięki pracy podmiotu trzeciego, ale z pieniędzy publicznych, uzyskanych z pominięciem obowiązku zastosowania jednej z procedur udzielenia zamówienia publicznego, stosownie do art. 10 p.z.p.n (zob. wyrok SN z dnia 13 września 2001 r. IV CKN 381/00, OSNC 2002, nr 6, poz. 75). Ocena charakteru umowy zależy nie od jej nazwy, ale od rzeczywistej treści oraz celu i zgodnego zamiaru stron (art. 65 § 2 k.c.).

Dla oceny prawnej nie ma przy tym znaczenia, czy chodzi o umowę inwestycyjną, nazwaną w kodeksie cywilnym umową o roboty budowlane (art. 647 i nast. k.c.), czy o umowę określoną przedmiotowo poprzez art. 2 pkt 8 p.z.p. (tak w brzmieniu poprzednim, jak i obecnym tego przepisu). Wspomniane przepisy nie są ze sobą sprzeczne, zaś określenie robót budowlanych w prawie zamówień publicznych obejmuje więcej stanów faktycznych i związanych z tym konsekwencji prawnych, niż art. 647 k.c. dlatego, że odwołuje się do pojęć właściwych dla ustawy - prawo budowlane. Nie oznacza to oczywiście, że przepisy te są tożsame, ale realizacja robót budowlanych, wskazanych jako takie przez prawo budowlane, następuje poprzez umowy określone w kodeksie cywilnym (art. 139 ust. 1 p.z.p.), czyli albo przez umowę o dzieło albo przez umowę o roboty budowlane.

Nastąpiło więc zarzucane naruszenie przez zaskarżony wyrok art. 65 § 2 k.c. w odniesieniu do celu umowy, w zw. z art. 2 pkt 8 p.z.p. Nastąpiło także zarzucane w skardze kasacyjnej naruszenie rzeczywistej treści i celu umowy, według klauzuli interpretacyjnej zawartej w art. 65 § 2 k.c. w zw. z art. 2 pkt 13 p.z.p. Rozumienie art. 65 § 2 k.c. przyjęte w orzecznictwie Sądu Najwyższego jest podzielane przez skład orzekający w niniejszej sprawie (spośród wielu orzeczeń por. powołane w skardze niedawne wyroki SN: z dnia 5 grudnia 2007 r. I CSK 261/07, Lex nr 359453 oraz z dnia 7 marca 2008 r. II CSK 348/06, Lex nr 421025). Dodatkowe argumenty za takim stanowiskiem płyną z art. 6 p.z.p., według którego w tzw. umowach kombinowanych (mieszanych) łączących roboty budowlane z dostawami oraz usługami stosuje się, co do zasady przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy, a przy jednoczesnych dostawach i robotach budowlanych – przepisy o robotach budowlanych (art. 6 ust. 1 i 3 p.z.p.). W stanie faktycznym niniejszej

sprawy chodzi więc niewątpliwie, nie o przepisy o sprzedaży a o te, dotyczące robót budowlanych.

Umowa przedwstępna, jak nazwa sama wskazuje nie jest umową samodzielną w związku z *causa* czynności prawnej stron. Jest słusznie uważana za jeden ze sposobów zawarcia właściwej umowy, zwanej umową przyrzeczoną lub ostateczną. Jej nieodpłatność wiąże się tylko z tym, że dotyczy zawarcia tej następnej umowy i ona dopiero realizuje cel gospodarczy dokonywanej czynności prawnej. To nie znaczy, że z istoty swojej jest nieodpłatna, chyba że umowa przyrzeczona jest nieodpłatna, co byłoby właściwe dla darowizny, ale zapewne nie dla sprzedaży praw do nieruchomości, typowej przecież odpłatnej czynności prawnej (art. 535 k.c.). Nie można więc wyłączenia spod reżimu zamówień publicznych tłumaczyć nieodpłatnością czynności pozwanej Izby Celnej, wynikającą z samej umowy przedwstępnej. Umowa ta dotyczy oczywistych relacji gospodarczych, których celem jest odpłatne nabycie nieruchomości po jej uprzednim przebudowaniu i rozbudowaniu za środki publiczne nabywcy, będącego państwową jednostką organizacyjną. Nie należy zapominać, że zaangażowanie finansowe pozwanej Izby Celnej w trakcie obowiązywania tylko samej umowy przedwstępnej opiewało na kwotę blisko 10.000.000 złotych, podczas gdy przed podjęciem robót budowlanych wartość nieruchomości była trzykrotnie niższa.

Na gruncie umowy przedwstępnej zrealizowana więc została na rzecz zbywcy finansowa część całego przedsięwzięcia, czyli zanim doszło do zawarcia umowy przeniesienia prawa do gruntu i budynku na rzecz pozwanej. Trudno zatem twierdzić, że umowa przedwstępna nie wiązała się z odpłatnością nabywcy i nie jest tak, jak się podaje w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że zapłata miała nastąpić „po zawarciu przez strony umowy przeniesienia własności nieruchomości”, bo zapłata, co bezsporne - już nastąpiła, finansując w kwocie zapłaty inwestycję budowlaną. Nazywanie jej zaliczką jest swoistą grą słów, a nie posługiwaniem się prawnym znaczeniem określonych dawno pojęć. Nie można też twierdzić, jak w tymże uzasadnieniu wyroku Sądu II instancji, że żadna z kwestionowanych umów nie pozwalała pozwanym „P.” dochodzić wynagrodzenia za wykonane prace, będące robotami budowlanymi, skoro roboty te i to bardzo szczegółowo, były określone w umowie przedwstępnej, a zwłaszcza w dwóch umowach jej

towarzyszących. To samo dotyczy wynagrodzenia za te roboty, ukryte w cenie przebudowanej nieruchomości, już w samej treści umowy przedwstępnej. Zostało też ono, na jej przecież podstawie - zapłacone.

Nie jest również trafne wiązanie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, nieodpłatności umów zawartych przez pozwanych, z cofnięciem pozwu co do umowy przyrzeczonej przeniesienia własności, jako że nie dotyczyła ona już zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych. To nie znaczy, że rozstrzygnięcie w kwestii zaskarżonych umów nie będzie już mieć wpływu na nie zaskarżoną umowę przeniesienia własności, ze względu na zasadę kauzalności materialnej i formalnej umów rozporządzających własnością nieruchomości (art. 156 i 158 *in fine* k.c.).

Ma więc miejsce zarzucane naruszenie przez zaskarżony wyrok art. 3 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt 8 i pkt 13 p.z.p. Nie miało zaś zastosowania w okolicznościach niniejszej sprawy wyłączenie poddania się ustawie o zamówieniach publicznych, takich zamówień, które dotyczą nabycia nieruchomości (art. 4 pkt 3 lit. i p.z.p.). Jak wynika z przytoczonych orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, wyłączenie dotyczy tylko „czystych” umów w obrocie nieruchomościami, ze względu na indywidualny charakter każdej nieruchomości (zawsze rzecz istniejąca, oznaczona co do tożsamości).

Gdyby przyjąć inaczej, to można by zupełnie dowolnie obracać nieruchomościami, które by dopiero miały powstać, były w różnym stadium realizacji itp., co oznaczałoby przyzwolenie, aby pod pozorem umów sprzedaży nieruchomości udzielane były zamówienia inwestycyjne w budownictwie na ogromne sumy, z pominięciem procedury zamówień publicznych, mimo wyraźnego spełnienia odpowiednich przesłanek ustawowych (dotyczy to zwłaszcza tzw. umów deweloperskich). Przeczyłoby to zasadzie uczciwej konkurencji, leżącej u podstaw zamówień finansowanych ze środków publicznych (por. wyrok SN z dnia 21 listopada 2003 r. V CK 474/02, OSNC 2005, nr 1, poz. 8), a będącej jednym z filarów Traktatu Europejskiego oraz gospodarki Unii Europejskiej i jej krajów członkowskich. Dlatego należy stwierdzić, że wyłączenie zastosowania ustawy prawo zamówień publicznych nie obejmuje zamówień, których przedmiotem jest

nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości (art. 4 pkt 3 lit. „i” p.z.p.), jeżeli nieruchomość ta, w szczególności budynek jeszcze nie powstała albo wymaga przeprowadzenia znacznych robót budowlanych (przebudowy, rozbudowy itp.) w rozumieniu prawa zamówień publicznych (art. 2 pkt 8 p.z.p.), w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego, a zwłaszcza, ze względu na rozmiary robót, w miarę ich postępowania, sfinansowanych przez niego. Ma rację skarżący, że mając na uwadze całokształt okoliczności w rozpatrywanej sprawie należy przyjąć, że pomiędzy pozwanymi doszło do zawarcia, nie tylko umowy przedwstępnej sprzedaży ale również umowy w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane. Wykonywanie tych robót przez osobę trzecią na podstawie odrębnej umowy łączącej ją z jednym z pozwanych nie ma znaczenia dla oceny powstałych stosunków prawnych.

Mając powyższe na uwadze oraz współuczestnictwo konieczne jednolite drugiego z pozwanych – „P.” S.A. (art. 72 § 2 i art. 73 § 2 k.p.c.) należało zaskarżony wyrok uchylić i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania na podstawie art. 398¹⁵ k.p.c., rozstrzygając o kosztach na podstawie art. 108 § 2 w zw. z art. 398²¹ i art. 391 § 1 k.p.c.