

Sygn. akt I ACa 253/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 lipca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Mirosław Ożóg
Sędziowie:	SA Barbara Lewandowska SO del. Małgorzata Zwierzyńska (spr.)
Protokolant:	sekr.sąd. Małgorzata Naróg–Kamińska

po rozpoznaniu w dniu 16 lipca 2013 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa L. L.

przeciwko Gminie M.(...)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku częściowego Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 4 grudnia 2012 r. sygn. akt XV C 201/12

I. oddala apelację;

II. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Na oryginale właściwe podpisy

Sygn. akt I ACa 253/13

UZASADNIENIE

Wyrokiem częściowym z dnia 4 grudnia 2012 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku zasądził od pozwanej Gminy M. (...) na rzecz powoda L. L. kwotę 7.083.856 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 grudnia 2009 r. do dnia zapłaty (punkt I wyroku).

W pozostałym zakresie, to jest w zakresie żądania odsetek za okres od dnia 14 października 2009 r. do dnia 30 listopada 2009 r. oraz wobec pozwanego Biura (...) euro (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) Sąd oddalił powództwo (punkt II). W punkcie III wyroku Sąd zasądził od pozwanej Gminy M. (...) na rzecz powoda kwotę 100.000 zł tytułem zwrotu kosztów sądowych oraz kwotę 14.400 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. Zasądził

również od powoda na rzecz pozwanego Biura (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) kwotę 14.400 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Rozpoznając powyższą sprawę Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Gmina M. (...) była inwestorem przy budowie stadionu piłkarskiego (...) (...)a przygotowywanego na rozgrywki w piłce nożnej (...) . (...) był jednym z miast prowadzonych rozgrywek w tych mistrzostwach

W tym celu Gmina M. (...) powołała do życia spółkę o nazwie Biuro (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w (...)

Zadaniem powołanej spółki celowej było zarządzanie projektem (...). Projekt ten oznaczał celowy i uporządkowany ciąg działań, których przeprowadzenie doprowadzi do pozyskania przez Gminę M. (...) obiektu pod nazwą S. A.a (...) wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz przygotowanie do eksploatacji i komercjalizacji stadionu. W ramach realizacji tego (...) spółka (...) miała zaciągać w imieniu i na rzecz Gminy M. (...) zobowiązania w ramach umów na usługi, dostawy i roboty budowlane.

W celu realizacji zlecenia Gminy M. (...) spółka (...) w dniu 2 grudnia 2008 r. zawarła jako pełnomocnik Gminy w imieniu i na rzecz swojego mocodawcy umowę z wykonawcą (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w L..

Umowa ta została zawarta w wyniku postępowania przetargowego zgodnie z ustawą o zamówieniach publicznych. Przedmiotem umowy była część prac składających się na budowę stadionu w (...) - (...). Były to następujące prace: wymiana gruntu na grunt przepuszczalny i zagęszczalny, wykonanie nasypów pod stadion oraz pod drogi, parkingi, ciągi piesze i rowerowe, likwidacja gruzowiska (w tym wywiezienie i utylizacja odpadów niebezpiecznych) wraz z zabezpieczeniem skarpy, wykonanie robót melioracyjnych.

Strony umowy przewidziały wynagrodzenie ryczałtowe za całość prac zleconych w umowie wraz z podatkiem VAT na kwotę 124.440.000 zł. Wynagrodzenie to mogło być zmienione w przypadkach wskazanych w subklauzuli 12.3 warunków szczególnych. Strony włączyły do umowy także specyfikacje istotnych warunków zamówienia, warunki szczególne kontraktu, warunki kontraktowe dla budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez zamawiającego opracowane przez (...) (F. I. des I.-C.) 4 wydanie angielsko-polskie niezmienione 2008, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, dokumentację projektową, rysunki i wykazy, ofertę wykonawcy.

Na miejscu budowy stadionu w (...) znajdował się sztuczny górotwór złożony z odpadów uformowany tam w przeszłości. W skład zadania wykonawcy wchodziła też jego likwidacja polegająca na utylizacji odpadów.

Strony dysponowały także opracowaniem Przedsiębiorstwa (...) z dnia 8 października 2008 r określające warunki postępowania z zanieczyszczonymi masami ziemnymi z terenu przyszłej inwestycji. Opracowanie to opierało się na badaniach górotworu poprzez dokonywanie odwiertów w nim. Wskazano, że w górotworze występują odpady niebezpieczne o kodzie 17 05 03.

Wykonawca zlecił wykonanie części prac wchodzących w skład swojego zadania powodowi L. L. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo- (...).

Zlecenie dotyczyło prac dotyczących wszelkich czynności związane z postępowaniem z zanieczyszczonymi masami ziemnymi z terenu dawnego wysypiska odpadów „górotworu” w ilości szacunkowej ok. 220.000 m³. Poza tym wykonawca i podwykonawca częścią umowy uczynili te same dokumenty i załączniki jak w umowie między inwestorem i wykonawcą. Strony przewidziały wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 12.775.000 zł, początek robót ustalono na 12 stycznia 2009 r., a termin wykonania umowy miał upłynąć w dniu 11 kwietnia 2009 r.

Gmina M. (...) miała pełną świadomość, że część robót wykonawca zlecił podwykonawcy L. L., który był regularnym gościem w siedzibie spółki (...). L. L. opracował również sposób zagospodarowania odpadów o kodzie 17 05 03, który został zatwierdzony decyzją Prezydenta Miasta (...) z dnia 13 stycznia 2009 r.

W trakcie wykonywania prac w marcu 2009 r. robotnicy wykonujący je natknęli się na budowlę przykrytą płytami betonowymi o bokach glinianych, w której zalegały odpady typu zwierzęcego. Były to resztki skór oraz odpady płynne w postaci mazi i zagęszczonych płynów. W pobliżu nie można było przebywać bez narażenia się na silne zawroty głowy spowodowane wyciekami z budowli. Wszystkie te odpady pochodziły prawdopodobnie z istniejącej w tym miejscu w przeszłości garbarni.

O znalezisku powód zawiadomił niezwłocznie wykonawcę oraz inżyniera kontraktu. Powód wyrażał opinię, że do kontraktu nie wchodzi zakres prac polegających na usunięciu tego typu odpadów, albowiem żadne dokumenty nie przewidywały natrafienia na nie; właściwy był dla nich inny sposób ich utylizacji niż dla usunięcia odpadów przewidzianych w dokumentacji. Inżynier kontraktu polecił w dniu 9 marca 2009 r. wygrodzić strefę niebezpieczną, wstrzymać wszelkie prace, zlecić badania odpadów i na podstawie tych badań opracować metodykę i harmonogram dalszego postępowania. Badania próbek pobranych dokonał Ośrodek (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w D. oraz Centrum (...) w K., a ich wyniki stwierdzały obecność materiałów ropopochodnych wyrażonych jako olej mineralny.

W dniu 30 kwietnia 2009 r. Prezydent Miasta (...) na podstawie wyników badań próbek uznał powoda za osobę wytwarzającą odpady niebezpieczne oraz nakazał mu usunięcie ich. Odpady te zostały zakwalifikowane jako odpady wykazujące właściwości niebezpieczne o kodzie 16 81 01 oraz inne odpady z mechanicznej obróbki odpadów zawierające substancje niebezpieczne o kodzie 19 12 11. W decyzji określono, że odpady o kodzie 16 81 01 powstały w wyniku awarii, która nastąpiła podczas prowadzonych prac ziemnych. W decyzji tej określono także sposób postępowania celem ich utylizacji, które ostatecznie miały być przekazane do unieszkodliwienia w procesie termicznego spalania przez (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Decyzji został nadany rygor natychmiastowej wykonalności.

W międzyczasie toczyły się rozmowy przedstawicieli (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jako pełnomocnika inwestora z powodem na temat dodatkowego wynagrodzenia z tytułu likwidacji odpadów odkrytych w mogilniku.

Powód wychodził bowiem z założenia, że umowa łącząca go z wykonawcą na likwidację górotworu nie przewidywała prac polegających na likwidacji mogilnika i odpadów tam się znajdujących. W rozmowach tych powód otrzymywał ustne zapewnienia, że może liczyć na podwyższenie wynagrodzenia za te prace.

Następnie inżynier kontraktu w dniu 27 maja 2009 r. wydał zalecenie usunięcia odpadów odkrytych w mogilniku przez wykonawcę (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, a spółka ta przekazała polecenie powodowi. Powód uznając, że likwidacja mogilnika nie wchodzi w skład umowy z wykonawcą nie przystąpił do wykonania prac w terminie określonym przez inżyniera kontraktu, czyli do dnia 1 czerwca 2009 r.

W związku z tym inżynier kontraktu rozpoczął postępowanie związane z wykonaniem zastępczym i spółka (...) rozpoczęła procedurę wyłonienia wykonawcy na usunięcie mogilnika w drodze zaproszenia do negocjacji.

Protest do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w drodze negocjacji zgłosił (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz powód. Podnosili oni, że takie postępowanie jako rodzaj wykonania zastępczego nie powinno się toczyć, gdyż zakres prac polegający na likwidacji mogilnika nie wchodził w zakres zadania pierwotnego i tym samym nie powinno się prowadzić postępowania w drodze wykonania zastępczego, ale ewentualnie o udzielenie nowego zamówienia.

W lipcu 2009 r. powód przystąpił do likwidacji mogilnika zgodnie z procedurą przewidzianą w decyzji Prezydenta Miasta (...) z dnia 30 kwietnia 2009 r. W ramach tych prac powód wybetonował plac do dezynfekcji i dezodoryzacji. Odpady były mieszane z chemikaliami, aby związać metale rozpuszczone w wodzie, a następnie zostały załadowane

na samochody i zawiezione do spalarni. Spalarnia w (...) przyjęła 3.200 ton odpadów, a ponad 7.000 ton zostało przetransportowanych do spalarni w D.. Koszty tych prac poniósł powód - za usługi polegające na spaleniu odpadów oraz za zakup chemikaliów zapłacił łącznie kwotę 5.806.440 zł.

Po wykonaniu prac w dniu 29 września 2009 r. powód wystawił fakturę na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w L. opiewającą na łączną kwotę 7.083.856,80 zł obejmującą kwotę wskazaną wyżej powiększoną o podatek VAT. Faktura ta nie została zapłacona, po czym roszczenie o zapłatę powód skierował do Gminy M.(...) która też uchyliła się od zapłaty.

Obecnie powód nie prowadzi działalności gospodarczej i nie występuje jako przedsiębiorca.

Sąd I instancji ustalając stan faktyczny oparł się na przede wszystkim na dowodach z dokumentów, których żadna ze stron nie kwestionowała, i które pozwoliły na odtworzenie przebiegu zdarzeń, stanu wiedzy o placu budowy w czasie wyboru zarówno wykonawcy oraz podwykonawcy.

Sąd I instancji oparł się również na zeznaniach świadków P. K., M. F., K. W., J. K., K. G., L. L., którzy relacjonowali odkrycie mogilnika i ustalenia dotyczące jego likwidacji, przy czym świadek P. K. relacjonował także o ustnych zapewnieniach ze strony spółki (...) zapłaty dodatkowego wynagrodzenia .

Okoliczność tę Sad I instancji uznał za prawdopodobną w świetle sytuacji, która wytworzyła się na budowie stadionu. Obietnice składane przez przedstawicieli spółki (...) wpisywały się bowiem w atmosferę panującą wówczas na budowie, a odkrycie mogilnika było poważną przeszkodą w realizacji całej inwestycji, o czym donosiły media w tonie sensacyjnym i sugerując wręcz bombę ekologiczną, na której posadowiony jest (...). Tak więc obietnice dodatkowego wynagrodzenia i to wobec bezpośrednio podwykonawcy mogły być zdaniem Sądu Okręgowego składane.

Możliwość takiego obrotu zdarzeń była zdaniem Sądu Okręgowego tym bardziej prawdopodobna, że zarówno wykonawca jak i powód jako podwykonawca od początku konsekwentnie stali na stanowisku, że usunięcie mogilnika nie wchodzi w zakres prac im zleconych.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, iż nie przeprowadził dowodu z przesłuchania stron, jako że okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy zostały w sposób wystarczający wyjaśnione. Nadto przesłuchał powoda L. L. w charakterze świadka, a ta forma przesłuchania była uwarunkowana faktem połączenia sprawy niniejszej z inną sprawą z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością , gdzie powód nie miał statusu strony. Następnie na skutek ogłoszenia upadłości tej spółki należało sprawy ponownie rozdzielić, oraz zawiesić postępowanie wobec (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Sąd Okręgowy nie oparł się na opinii biegłego J. P., która miała odpowiedzieć na pytanie, czy prace dotyczące usunięcia mogilnika wchodziły w skład zadania wykonawcy, oraz co do kosztów usunięcia tych odpadów.

Ponieważ jednak swojego rozstrzygnięcia Sąd ostatecznie nie oparł na zasadzie odpowiedzialności kontraktowej, to powyższe pytanie miało dla sprawy znaczenie drugorzędne i nie wymagało wiadomości specjalnych. Treść umowy o roboty budowlane Sąd ustalał na podstawie zgodnych oświadczeń stron i ich zamiaru w zawarciu umowy, a nadto strona, która była zainteresowana sporządzeniem opinii, nie jest ostatecznie objęta niniejszym wyrokiem.

Poza tym konieczność usunięcia odpadów z mogilnika wynikała wprost z decyzji Prezydenta Miasta (...)z dnia 30 kwietnia 2009 r, gdzie wskazano także dokładnie metodę likwidacji tych odpadów. Żadna ze stron nie kwestionowała także kosztów utylizacji odpadów, na które zostały wystawione faktury VAT.

Z uwagi na zawieszenie postępowania wobec jednego z pozwanych (obecnie (...) Budownictwo Spółka Akcyjna) wydany wyrok jest wyrokiem częściowym, zatem Sąd Okręgowy nie prowadził rozważań co do ewentualnej odpowiedzialności tego pozwanego.

Natomiast co do podstaw odpowiedzialności pozostałych pozwanych, to w odniesieniu do pozwanego Biuro (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) Sąd meriti wskazał, że podmiot ten został powołany przez Gminę M. (...) między innymi do zarządzania projektem (...). W tym celu Gmina M.(...) udzieliła spółce (...) upoważnienia do działania w jej imieniu i na jej rzecz.

Spółka ta nie działała nigdy we własnym imieniu i nie zaciągała we własnym imieniu żadnych zobowiązań, a zatem nie można mówić o odpowiedzialności tej spółki z powodu niewykonania umowy względem powoda. Skoro spółka nie działała we własnym interesie, to nie można również przyjąć odpowiedzialności tej spółki na podstawach pozakontraktowych np. bezpodstawnego wzbogacenia. Z powyższych względów Sąd oddalił powództwo wobec Biura (...) r. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...).

Natomiast zagadnienie odpowiedzialności pozwanej Gminy M. (...)Sąd meriti rozpatrywał ją w dwóch aspektach – jako odpowiedzialności kontraktowej z tytułu niewykonania zobowiązań umownych, oraz z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia.

Prace zlecone wykonawcy należą do kategorii robót budowlanych, zaś umowa między wykonawcą i podwykonawcą jest również umową o roboty budowlane określoną w art. 647 kodeksu cywilnego. Takiego charakteru umowy tej nie pozbawia w omawianym przypadku fakt, że zakres obu zleceń nie obejmuje wzniesienia obiektu budowlanego w całości. Działania objęte zleceniem są jednak częścią całego procesu inwestycyjnego polegającego na powstaniu całego obiektu – stadionu, przy czym ustawodawca nie wyklucza, aby finalny obiekt powstawał etapami na podstawie różnych umów z wieloma wykonawcami.

Analizując kwestię odpowiedzialności kontraktowej przy umowie o roboty budowlane, Sąd I instancji w pierwszej kolejności oceniał kwestię, czy zakres robót związany z likwidacją mogilnika i znajdujących się w nim odpadów wchodził w zakres przedmiotu umowy i uznał, że zadanie to nie wchodziło w zakres obowiązków umownych, i wskazał, że prace w postaci likwidacji górotworu i odpadów tam się znajdujących objęte było zakresem umowy pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Następnie część z tych prac polegających na likwidacji jedynie górotworu oraz utylizacji odpadów tam się znajdujących została przeniesiona do kontraktu między wykonawcą a powodem, przy czym umowa ta włączyła do jej treści specyfikację istotnych warunków zamówienia, projekty wykonawcze, zasady (...), materiały przetargowe takie jak ekspertyza geologiczna.

Wobec powyższego należało zdaniem Sądu I instancji przyjąć, że obowiązki wykonawcy wobec inwestora i podwykonawcy wobec wykonawcy w zakresie likwidacji górotworu przedmiotowo się pokrywały. W żadnym dokumencie nie przewidywano natrafienia na odpady takie jak w mogilniku, to jest resztki zwierzęce, chemia i materiały ropopochodne. Skoro zatem żaden z materiałów będących przedmiotem przetargu tego nie przewidywał, to należało zdaniem Sądu I instancji uznać, że usuwanie tego typu odpadów nie mogło wchodzić w zakres obowiązków umownych ani wykonawcy, ani podwykonawcy.

Sąd Okręgowy podkreślił, że o istnieniu mogilnika inwestor w ogóle nie wiedział, a skoro tak, to tym bardziej nie mógł zlecać jego usunięcia. Nieprzekonujące były wywody pozwanej Gminy M. (...), jakoby przedmiotem umowy były wszelkie odpady znajdujące się w górotworze i na jakie wykonawca natrafił w trakcie jego usunięcia. Przeczy temu bowiem treść materiałów udostępnianych w przetargu i ekspertyzy, które miały na celu wskazanie wykonawcy przewidywanego zakresu robót i pozwoliły odpowiednio zaplanować prace, obliczyć koszty łącznie z robocizną i zaproponować cenę, tym bardziej że cena jest ceną ryczałtową.

Sąd I instancji podkreślił, że sposób likwidacji odpadów znajdujących się w mogilniku był o wiele bardziej czasochłonny i bardziej kosztowny, wiązał się z użyciem środków chemicznych celem neutralizacji, a ich utylizacja odbywała się poprzez spalanie. Objętość odkrytych odpadów powodowała konieczność transportu części odpadów do spalania na drugi koniec Polski, co skutkowało zwiększeniem kosztów o koszty transportu.

Ponadto Sąd Okręgowy uwypuklił okoliczność, że odkrycie mogilnika i jego zawartości stanowiło dla wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego zaskoczenie, wręcz sensację. Niemożność przewidzenia natrafienia na mogilnik była całkowicie wykluczona, nawet przy planowaniu prac przez osobę bardzo doświadczoną, i z tego względu nie można było zaakceptować argumentacji pozwanej Gminy o przyjęciu przez wykonawcę oraz podwykonawcę odpowiedzialności za usunięcia wszelkich odpadów, na jakie natrafi się w górotworze.

Kolejną kwestią analizowaną przez Sąd I instancji było poddanie ze strony zamawiającego – inwestora prac budowlanych reżimowi prawa o zamówieniach publicznych, co oznacza, że wszelkie działania Gminy M.(...) jako podmiotu publicznoprawnego mogły być prowadzone jedynie w zgodzie z tą ustawą.

Sąd meriti odwołując się do definicji robót budowlanych zawartych we wspomnianej ustawie i w kodeksie cywilnym oraz do definicji obiektu budowlanego wskazał, że odkryty mogilnik spełniał wszelkie przesłanki zakwalifikowania go jako budowli i tym samym - jako obiektu budowlanego. Jego rozbiórka zgodnie z oczekiwaniami inwestora wchodziła w zakres robót budowlanych, których prowadzenie jest regulowane przez prawo zamówień publicznych. Tym samym czynność ta powinna zostać zlecona w drodze postępowania przewidzianego tą ustawą, co nie pozwala na uznanie, że w sposób dorozumiany działania te wchodziły w zakres umowy dotyczącej likwidacji górotworu. O istnieniu mogilnika inwestor nic nie wiedział, więc nie mógł objąć swoją wolą także dorozumianego zlecenie likwidacji tego obiektu.

Działania inwestycyjne Gminy M. (...) jako podmiotu publicznoprawnego podlegały regulacji przez prawo zamówień publicznych, co obejmowało także zakaz zlecenia pewnych działań bez przeprowadzania przetargu ponad określoną kwotę. Ponadto każde zlecenie robót budowlanych musiało być udzielone na piśmie pod rygorem nieważności.

Wszystkie wskazane wyżej okoliczności wskazują zdaniem Sądu I instancji, że zakres prac polegający na likwidacji mogilnika i jego zawartości nie tylko nie wchodził w zakres zlecenia między inwestorem i wykonawcą, ale też nie mógł do tego zakresu wchodzić, gdyż wówczas Gmina M.(...) naruszyłaby zasady udzielania zamówień publicznych. Skoro zatem ten zakres robót nie wchodził w zakres prac między inwestorem i wykonawcą, to tym bardziej nie mógł być przedmiotem umowy między (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością i powodem.

Konsekwencją powyższego było stwierdzenie Sądu I instancji, że prace, których podjął się powód, nie wchodziły w zakres kontraktu, a tym samym podstawą wzajemnych roszczeń nie może być naruszenie postanowień umownych. Ponadto Sąd ten uwzględnił, że powoda nie wiązał z inwestorem żaden stosunek umowny.

Wprawdzie istnieje możliwość poniesienia bezpośredniej odpowiedzialności przez inwestora, solidarnie z wykonawcą na podstawie art. 647¹ § 5 kc, jednakże taka odpowiedzialność może zaistnieć tylko i wyłącznie, gdy rezultat świadczenia podwykonawcy stał się składnikiem obiektu stanowiącego przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach umowy o roboty budowlane i w tym względzie Sąd I instancji powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2008 sygn. I CSK 106/08.

Odwołując się do stanowiska Sądu Najwyższego Sąd meriti wskazał, że solidarna odpowiedzialność istnieje, gdy podwykonawca wykonuje pewien element, który następnie składa się na całość obiektu budowlanego, i gdy następuje to w ramach umowy o roboty budowlane. Natomiast w niniejszej sprawie czynności polegające na likwidacji mogilnika nie wchodziły do umowy o roboty budowlane, a zatem przepis art. 647⁽¹⁾ § 5 kc przewidujący bezpośrednią odpowiedzialność inwestora wobec podwykonawcy nie może tutaj stanowić podstawy roszczenia powoda wobec Gminy M. (...).

Podstawą żądania nie może także być art. 632 § 2 kc przewidujący możliwość podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego w sytuacji, gdy wykonawcy grozi rażąca strata. Możliwość zgłoszenia takiego roszczenia istnieje bowiem tylko wobec kontrahenta, w tym wypadku – wobec (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Pozytywnie natomiast Sąd I instancji ocenił możliwość dochodzenia roszczenia na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Podtrzymał Sąd swój wcześniej wyrażony pogląd, iż nie było możliwości wykonania

tego zadania przez powoda w ramach zawartej umowy, bez przeprowadzania postępowania przetargowego na wykonanie tych prac.

Powyższe oznacza, że wskutek wykonania tych prac przez powoda, z Gminy M. (...) został zdjęty obowiązek przeprowadzenia postępowania przetargowego na roboty budowlane polegające na rozbiórce mogilnika i tym samym likwidację jego zawartości, czyli utylizację odpadów. W ten sposób Gmina M. (...) zaoszczędziła na wydatkach, a zmniejszenie pasywów w świetle ugruntowanych poglądów judykatury i doktryny uznawane jest za jeden z przypadków bezpodstawnego wzbogacenia.

Poza tym uznaje się, że wzbogacenie jednej strony musi mieć swoje niejako lustrzane odbicie w zubożeniu drugiej strony i taka sytuacja wystąpiła w przypadku powoda. Wykonał on bowiem prace związane z likwidacją mogilnika, poniósł dodatkowe koszty, które nie zostały mu zwrócone, a ponieważ żadna ze stron nie zakwestionowała zasadności wydatków na usunięcie odpadów, należy uznać, że Gmina - gdyby udzieliła zamówienia na utylizację tych odpadów - musiałaby ponieść takie same koszty utylizacji, jakie poniósł powód. Koszty te zapewne byłyby większe, gdyż powód nie doliczył kosztów robocizny, które inny kontrahent na pewno uwzględniłby w kosztorysie.

Sąd Okręgowy podkreślił nadto, że powód znajdował się w sytuacji, gdy był zmuszony do wykonania robót polegających na likwidacji mogilnika.

Z jednej strony zamawiający poprzez wykonawcę wydawał polecenia usunięcia mogilnika i groził konsekwencjami w postaci kar umownych i wykonaniem zastępczym, a z drugiej strony na powodzie ciążył obowiązek nałożony decyzją administracyjną usunięcia odpadów niebezpiecznych. Decyzja ta miała rygor natychmiastowej wykonalności i umożliwiała właściwie temu samemu podmiotowi bądź korzystanie z instrumentów cywilnoprawnych pośrednio wywierając nacisk na podwykonawcę, lub bezpośrednio środkami administracyjnymi zmierzającymi do wykonania decyzji o usunięciu odpadów. Zatem powód nie miał możliwości wyboru wstrzymania się z pracami i przeniesienia sporu na pole procesu sądowego, a musiał prace wykonać, aby od nacisku o jakim mowa wyżej się uwolnić. Jego żądanie nie stoi więc w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego z art. 5 kc i nie ma cech nadużywania jego prawa podmiotowego.

Sąd Okręgowy wskazał przy tym, że o możliwości oparcia roszczeń pieniężnych wynikających z robót budowlanych nieobjętych umową na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu pozytywnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 lutego 2011 r. sygn. II CSK 414/10, aczkolwiek orzeczenie to zapadło w odmiennym stanie faktycznym, niemniej jednak Sąd Najwyższy komentując normę art. 405 kc wskazał na możliwość konstruowania roszczenia o zapłatę za roboty wykonane bez ważnej podstawy kontraktowej oraz na fakt, iż obowiązek taki istnieje, gdyż jedna ze stron w takiej sytuacji jest wzbogacona bez podstawy prawnej, druga zaś - zubożona.

Sąd Okręgowy uznał, że podmiotem wzbogaconym nie jest (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, gdyż nie poniósł on żadnych kosztów operacji polegającej na likwidacji mogilnika, skoro należność z faktury wystawionej przez powoda nie została przez tę spółkę uiszczona. Podmiotem, który niewątpliwie odniósł korzyść jest Gmina M. (...), uzyskując obiekt budowlany w postaci stadionu nie ponosząc kosztów usuwania mogilnika.

Sąd meriti uznał także za zasadne żądanie powoda co do żądania zwrotu tytułu podatku VAT. Wprawdzie podstawą świadczenia nie była umowa, lecz bezpodstawne wzbogacenie, to jednak w rozumieniu art. 5 ust. 1 i 2 ustawy o podatku towarów i usług nawet uzyskanie świadczenia nie na podstawie ważnej umowy w rozumieniu prawa cywilnego oznacza uzyskanie wynagrodzenia za usługę, które podlega opodatkowaniem podatkiem VAT i w tym względzie odwołał się Sąd do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 maja 2010 r. sygn. I FSK 743/10. Zatem w przypadku uzyskania zapłaty przez powoda będzie on zobowiązany do odprowadzenia 22 % podatku VAT do odpowiedniego Urzędu Skarbowego. Obowiązek ten pogłębia jeszcze stan zubożenia powoda oraz stan wzbogacenia się Gminy M. (...). Pozwana bowiem, gdyby zleciła usunięcie mogilnika zgodnie z procedurą przewidzianą przez prawo zamówień publicznych, byłaby zobowiązana do świadczenia na rzecz wykonawcy ceny usługi powiększonej o podatek VAT.

Sąd Okręgowy uznał żądanie odsetek za uzasadnione od dnia 30 listopada 2009 r., gdyż wówczas powód sprecyzował swoje żądanie w stosunku do pozwanego Gminy M. (...). W dniu 13 listopada 2009 r. listem poleconym skierował żądanie zapłaty i uwzględniając czas doręczenia wezwania oraz czas na spełnienie świadczenia należy uznać, że co najmniej od 30 listopada 2009 r. pozwany mógł świadczenie spełnić i od tego czasu niewątpliwie znajduje się w zwłoce w spełnieniu świadczenia.

Podstawę rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego stanowiły przepisy art. 405 kc, art. 5 kc oraz art. 481 § 1 kc, a podstawę rozstrzygnięcia o kosztach - art. 98 § 1 i 108 § 1 kpc.

Sąd uznał za zasadne zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w wysokości podwójnej stawki minimalnej z uwagi na skomplikowany charakter sprawy i konieczność jej wielopłaszczyznowej analizy, a kwestię nieuwiszczonych kosztów opinii biegłego Sąd pozostawił do rozliczenia w wyroku końcowym.

Apelację od powyższego wyroku wniosła Gmina M. (...).

Wyrokowi temu zarzuciła:

- naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na sposób rozstrzygnięcia sprawy, a w szczególności art. 233 §1 kpc w związku z art. 232 kpc i art. 278 §1 kpc, art.227, art. 219 kpc oraz art. 278 §1 kpc w związku z art. 133 § 3 kpc polegające na:

1) sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego materiału dowodowego poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż :

a) likwidacja mogilnika nie wchodziła w zakres obowiązków umownych pomiędzy pozwaną a (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością na wykonanie pierwszego etapu robót budowlanych dotyczących budowy Areny Bałtyckiej, oraz że umowa pomiędzy tą spółką a powodem nie obejmowała prac związanych z likwidacją mogilnika i utylizacją odpadów tam zlokalizowanych;

b) wynagrodzenie ryczałtowe wynikające z umowy łączącej pozwaną Gminę z wykonawcą zmienionej aneksami nr (...) , nie obejmowało należności za likwidację mogilnika;

c) zubożenie powoda obejmuje także należności na podstawie umów zawartych odrębnie z (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością i (...) D. ograniczoną odpowiedzialnością, których powód tym kontrahentom nie zapłacił;

d) podatek należny VAT stanowi element bezpodstawnego wzbogacenia pozwanej pomimo przysługującego powodowi prawa pomniejszenia tego podatku o podatek naliczony.

2) przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów poprzez pominięcie przez Sąd Okręgowy ustaleń wynikających z opinii biegłego W. P., pomimo wcześniejszego dopuszczenia tego dowodu przez Sąd i uznania, że jest to konieczne z uwagi na wymóg rozstrzygnięcia kwestii wymagających wiadomości specjalnych w sprawach połączonych do wspólnego rozstrzygnięcia oraz selektywne opieranie się na dowodach uzasadniających rozstrzygnięcie z jednoczesnym pominięciem przez Sąd ustaleń faktycznych wynikających z innych dowodów zgromadzonych w sprawie;

3) niedoręczeniu pełnomocnikowi pozwanej opinii biegłego W. P. z czerwca 2012 r. pomimo wskazania Sądowi I instancji tego zaniechania i pomimo obowiązku wynikającego z przepisów prawa – w piśmie procesowym z dnia 25 lipca 2012 r.

- naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest art. 5 kc, art. 65 §2 kc, art. 632 §1 kc, art. 405 kc, art. 411 pkt 1 kpc w związku z art. 410 § 2 kc, art. 471 kc i następne , art. 3 pkt 1 ppkt b) ustawy - Prawo budowlane, art. 86 , art. 86a i art. 87 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług , mające istotny wpływ na sposób rozstrzygnięcia sprawy przez błędną wykładnię, niewłaściwe zastosowanie lub niezastosowanie wskutek przyjęcia, że:

1) roszczenie powoda może być oparte o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, a powyższe stoi w sprzeczności z umową i przepisami dotyczącymi wykonania zobowiązań oraz że nie narusza to społeczno – gospodarczego przeznaczenia prawa lub zasad współżycia społecznego;

2) powód będąc przekonany, że nie jest zobowiązany wobec pozwanej Gminy do świadczenia w zakresie likwidacji mogilnika i utylizacji odpadów nim się znajdujących, a przesłanki z art. 411 pkt 1 kpc umożliwiające dochodzenia zwrotu nienależnego świadczenia nie zachodzą, może żądać zwrotu równowartości świadczenia od pozwanej Gminy;

3) mogilnik stanowi obiekt budowlany w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, którego rozbiórka wymaga zastosowania procedur związanych z rozbiórką obiektów budowlanych przewidzianą w tej ustawie.

W konsekwencji skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i jego zmianę poprzez oddalenie powództwa w stosunku do pozwanej Gminy M. (...) oraz o zasądzenie od powoda na rzecz Gminy zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według dwukrotności stawki przepisanej oraz o zasądzenie tych kosztów za instancję odwoławczą, także według dwukrotności stawki przepisanej.

Powód w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w wysokości co najmniej dwukrotnej stawki minimalnej w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Uznając rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego za trafne, i nie znajdując podstaw do zmiany zaskarżonego wyroku, Sąd Apelacyjny w pierwszym rzędzie pragnie wskazać, iż w większości akceptuje ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i czyni je podstawą własnego rozstrzygnięcia, co zwalnia z obowiązku ponownego ich przytaczania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 2005, IV CK 526/04, LEX nr 177281).

Sąd Apelacyjny uzupełnił ponadto te ustalenia o okoliczności ujawnione w przesłuchaniu powoda w charakterze strony w toku postępowania apelacyjnego, bowiem dowód ten w postępowaniu przed Sądem I instancji nie został przeprowadzony. Powód bowiem została przesłuchany wyłącznie jako świadek jeszcze w okresie wspólnego prowadzenia sprawy niniejszej ze sprawą I C 149/10 z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przeciwko Gminie M. (...).

Okoliczności te zostaną omówione w dalszej części uzasadnienia, a w tym miejscu wystarczającym jest zasygnalizowanie, iż miały one znaczenie w związku z ostatecznym zanegowaniem przez Sąd Odwoławczy tezy Sądu Okręgowego o bezpodstawnym wzbogaceniu jako wyłącznej podstawie odpowiedzialności pozwanej Gminy wobec powoda.

Podkreślić przy tym trzeba, iż sąd II instancji rozpoznając sprawę w granicach apelacji ma obowiązek zastosowania właściwych przepisów prawa materialnego niezależnie od stanowiska stron prezentowanego w toku postępowania oraz zarzutów apelacyjnych (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2012 r. II CSK 314/11, LEX nr 1130158, z dnia 22 lutego 2012 r, IV CSK 290/11, LEX nr 1136006, z dnia 13 marca 2012 r. II PK 173/11, LEX nr 121115).

Zaznaczyć również trzeba, iż odmienne stanowisko Sądu Apelacyjnego co do pewnych fragmentów stanu faktycznego jest wynikiem odmiennej oceny części materiału dowodowego i dotyczy kwestii wyrażenia zgody przez Gminę (...), oraz zakresu obowiązków kontraktowych głównego wykonawcy w zakresie usunięcia gruzowiska, a w konsekwencji – także obowiązków podwykonawcy, czyli powoda. Ocena ta zostanie przedstawiona w dalszej części uzasadnienia, jednakże ponownie podkreślić należy, iż odmienność tej oceny nie oznacza nietrafności rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego.

Rozstrzygnięcie to Sąd Apelacyjny aprobuje, mimo iż jak wyżej wskazano, nie podziela on poglądu, jakoby podstawę uwzględnienia żądania powoda mogły stanowić przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu .

Przeczy temu treść umowy, specyfikacja istotnych warunków zamówienia określająca bardzo szeroko zakres prac wykonawcy (a w konsekwencji także podwykonawcy), przytoczony przez Sąd Okręgowy w części faktograficznej

uzasadnienia. Ponadto specyfikacja istotnych warunków zamówienia wyraźnie zaznaczała w pkt VIII ppkt 5, iż dokumentacja projektowa oraz ilości robót podane w przedmiarze robót stanowią szacunkowy rozmiar prac (k. 117). Nadto ekspertyza sporządzona przez (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) (k. 496 i następane) zawiera jednoznaczne stwierdzenie, iż sporządzona została na podstawie łącznie 16 próbek z gruntu starego wysypiska śmieci znajdującego się w miejscu obecnego górotworu, oczywistym jest więc, iż wykonane odwierty miały charakter wrywkowy i mogły nie ujawnić całej zawartości wysypiska. W ekspertyzie tej podkreślono przy tym zróżnicowany charakter mas ziemnych w wysypisku w zakresie ich struktury i zanieczyszczenia.

Strona powodowa natomiast od początku stała na stanowisku, iż odpowiedzialność pozwanej Gminy jest odpowiedzialnością kontraktową i ma swoje źródło w przepisach art. 647¹ § 5 kc oraz art. 632 §2 kc, a jedynie z ostrożności procesowej jako ewentualną podstawę wskazywała przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, podstawy odpowiedzialności pozwanej Gminy jako inwestora należy upatrywać w treści art. 647¹ §5 kc, wprowadzającego solidarną odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy, a argument Gminy o braku jej zgody na zawarcie umowy z uwagi na złożenie pisma z dnia 9 lutego 2009 r. (k. 107) oponującego umowie oraz pisma z dnia 21 września 2009 r. (k.595) oponującego zawarciu aneksu nr (...) przedłużającego termin wykonania umowy, należy uznać za nietrafny.

Opozycja inwestora wobec zawarcia umowy z podwykonawcą wyrażona w piśmie z dnia 9 lutego 2009 r. dotyczyła bowiem nieprawidłowego określenia inwestora w tejże umowie, którego błędnie określono jako Biuro (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, oraz zastrzeżeń co do rozliczeń z tytułu otrzymanej zaliczki.

Zastrzeżeń Gminy nie budził natomiast sam zakres prac powierzonych powodowi ani też sam wybór jego osoby, kwalifikacji i uprawnień. Co zaś najważniejsze, późniejsze zdarzenia świadczą o jednoznacznej akceptacji inwestora dla powoda jako podwykonawcy. Dowodzą tego przede wszystkim protokoły z rad budowy i narad koordynacyjnych, w których powód uczestniczył i podczas których inwestor oceniał między innymi sposób wykonywania prac przez firmę powoda, fachowość i przygotowanie jego pracowników, wyposażenie w sprzęt.

Tytułem przykładu można wskazać protokół z rady budowy z dnia 11 marca 2009 r. (k. 622-627), w której powód uczestniczył i zabierał głos na temat ujawnionego nieznanego odpadu i podjętych w związku z tym działaniach (k. 623 -624). Uczestniczył również w radzie budowy z dnia 15 kwietnia 2009 r. (k. 539 – 545), w której przedstawiciel inwestora wyrażał zaniepokojenie co do zachowywania zasad BHP przez pracowników powoda, oraz ich uprawnień do obsługi maszyn; wskazuje się w nim także, że firma powoda będzie usuwała mogilnik.

Dalszego przykładu dostarcza również protokół z narady koordynacyjnej z dnia 22 kwietnia 2009 r.(k. 547-554), w którym ponownie jest mowa o uprawnieniach operatorów maszyn firmy (...), oraz o zakończonej w tej firmie kontroli z ramienia Państwowej Inspekcji Pracy. Nadto w protokole z rady budowy z dnia 8 kwietnia 2009 r. (k. 529-537), w której również uczestniczył powód i zabierał głos w związku z ujawnieniem mogilnika i jego zawartości (k. 532, k. 534) i podczas której poruszana była kwestia płatności ze strony wykonawcy wobec podwykonawców, wśród których wymieniono również firmę (...) (k. 534).

Świadczy to o wyrażeniu przez Gminę w sposób dorozumiany zgody na osobę powoda jako podwykonawcy, a liberalne stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w licznych orzeczeniach akceptuje wyrażenie tej zgody w taki właśnie sposób.

Między innymi w wyroku z dnia 4 lutego 2011 r. (sygn. akt II CSK 152/10, Lex nr 1102865), Sąd Najwyższy wskazał, że inwestor może wyrażać ją w sposób wyraźny pisemnie bądź ustnie, albo poprzez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę (art. 60 k.c.). Może zatem nastąpić to poprzez czynności faktyczne, w sposób dorozumiany, na przykład przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót, oraz dokonywanie podobnych czynności. Stanowisko takie Sąd Najwyższy zajmował również we wcześniej zapadłych orzeczeniach, między innymi w uchwale 7 sędziów z dnia 29 kwietnia 2008 r. (sygn. akt III CZP 6/08, OSNC 2008/11/121), w której stwierdził, że do zgody wymaganej

przez art. 647¹ § 2 i 3 k.c. nie stosuje się art. 63 § 2 k.c. Zgoda ta może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 k.c.).

Dopuszczył również Sąd Najwyższy wyrażenie zgody w sposób dorozumiany także już po zawarciu umowy przez wykonawcę z podwykonawcą (wyrok z dnia 2 lipca 2009 r., V CSK 24/09, LEX nr 527185).

Jednocześnie Sąd ten podkreślił, że dorozumiana zgoda inwestora na zawarcie umowy wykonawcy i podwykonawcy (art. 647¹ § 2 zdanie pierwsze k.c.) wyrażona w sposób czynny jest skuteczna, gdy dotyczy umowy, której istotne postanowienia, decydujące o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy są znane inwestorowi albo z którymi miał możliwość zapoznania się (wyrok z dnia 6 października 2010 r., II CSK 210/10, OSNC 2011/5/59). Jednakże nie jest konieczne przedstawienie inwestorowi przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji - wystarczy, gdy inwestor uzyska informacje o osobie podwykonawcy oraz treści umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. Nieistotne jest źródło tej wiedzy, natomiast niezbędne jest, aby umowa została zindywidualizowana podmiotowo i przedmiotowo (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 czerwca 2008 r., II CSK 80/08, LEX nr 479372).

Niewątpliwie warunek ten w odniesieniu do przedmiotowej umowy został spełniony, umowa bowiem – jak dowodzi wspomniane pismo Gminy z dnia 9 lutego 2009 r. – została inwestorowi udostępniona, osoba podwykonawcy była mu także znana. Znany był także zakres obowiązków podwykonawcy oraz jego uprawnienia do wykonywania tego typu prac.

Zatem stawianie tezy o niewyrażeniu zgody przez pozwaną Gminę na zawarcie umowy przez (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tylko na podstawie samego pisma z dnia 9 lutego 2009 r. oraz niewyrażenia zgody na podpisanie aneksu do tej umowy - w świetle opisanych wyżej okoliczności przedstawiających powoda jako pełnoprawnego uczestnika procesu budowlanego – jest nieuzasadnione.

Podsumowując ten wątek rozważań należy również przywołać pogląd Sądu Najwyższego wyrażony między innymi w wyroku z dnia 17 października 2008 r. (I CSK, 106/08, LEX nr 397313), w myśl którego inwestor odpowiada solidarnie wraz z wykonawcą wobec podwykonawcy na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. tylko wtedy, gdy rezultat świadczenia podwykonawcy stał się składnikiem obiektu stanowiącego przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach umowy o roboty budowlane, oraz że ochroną wynikającą z art. 647¹ § 5 k.c. są objęci zarówno podwykonawcy spełniający swoje usługi na podstawie umowy o roboty budowlane, jak i podwykonawcy spełniający swoje usługi na podstawie umowy o dzieło.

Dla niniejszej sprawy oznacza to tyle, że niezależnie od tego, w jaki sposób zostałaby zakwalifikowana umowa pomiędzy wykonawcą a powodem, to jest czy jako umowa o dzieło, czy też jako umowa o roboty budowlane, to niewątpliwie rezultat pracy powoda wchodził w skład obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy łączącej Gminę z (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością. Możliwe jest zatem przyjęcie konstrukcji z art. 647¹ § 5 kc jako podstawy odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia.

Odnośnie zaś samej wysokości wynagrodzenia, to nie może budzić wątpliwości, iż zostało ono ustalone w sposób ryczałtowy w umowie pomiędzy Gminą a wykonawcą, a następnie w umowie między wykonawcą a powodem jako podwykonawcą. Umowa stała też na stanowisku generalnej niezmienności tego wynagrodzenia, co harmonizuje z regulacją zawartą w art. 632 §1 kc.

Jak wyżej wskazano, wbrew stanowisku Sądu Okręgowego, usunięcie mogilnika oraz utylizacja odpadów w nim się znajdujących wchodziła w zakres prac objętych umową łączącą powoda z (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością. Jak bowiem wynika z tej umowy, obowiązkiem powoda było podjęcie wszelkich czynności związanych z postępowaniem z zanieczyszczonymi masami ziemnymi z terenu dawnego wysypiska odpadów – „górotworu” w ilość szacowanej na około 220.000 m³.

Zakres tych obowiązków doprecyzowywały także załączniki do umowy, wymienione w §1 pkt 3 i §16, a nadto zgodnie z §1 pkt 3 lit. a) w ramach obowiązków umownych powoda obciążało wybranie i wywiezienie z terenu budowy materiału tworzącego górotwór, na głębokość do spągów organicznych. Zatem skoro mogilnik wchodził w skład górotworu, a bez usunięcia mogilnika i jego zawartości nie było możliwe całkowita likwidacja górotworu, to prowadzi to do wniosku, że nie można uważać likwidacji mogilnika wraz z utylizacją zawartych w nim odpadów za świadczenie całkowicie nowe, nieobjęte zakresem obowiązków umownych.

Jednakże niewątpliwie wykonanie tej części prac wiązało się z koniecznością przygotowania całkiem nowej kalkulacji kosztów, z uwagi na zupełnie odmienny charakter odpadów znajdujących się w mogilniku, wymagających nie tylko wywiezienia do odpowiednich punktów, lecz i spalenia przez wyspecjalizowanych podmioty. O całkowicie odmiennym charakterze tych odpadów świadczy także konieczność uzyskania nowej decyzji administracyjnej przez powoda oraz zezwolenia na ich transport. W świetle dostarczonych powodowi dokumentów przetargowych oczywistym jest, iż sporządzona przez powoda kalkulacja kosztów i zaoferowana cena nie mogła odnosić się do tak nadzwyczajnego zjawiska, jakim było ujawnienie przedmiotowego mogilnika wraz z zawartością.

Jednocześnie pamiętać trzeba o wyłączeniu - co do zasady - możliwości żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, o czym stanowi art. 632 §1 kc.

Otóż przepis ten nie pozwala na podwyższenie tego wynagrodzenia nawet gdyby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jednakże przepis art. 632 §2 kc wprowadza całkowicie odmienną przesłankę podwyższenia wynagrodzenia, i to tylko przez sąd. Z zestawienia tych dwóch przepisów wynika więc, że niezależnie od tego, czy zwiększone koszty wykonania prac można było przewidzieć czy też nie, warunkiem koniecznym żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego - obok wymogu wystąpienia zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć - jest wykazanie przez wykonawcę zagrożenia rażącej straty.

Jak przy tym wynika z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2013 r. (sygn. akt V CSK 354/12, LEX nr 1311808), istotna zmiana stosunków w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. dotyczy wyłącznie zdarzenia zewnętrznego, niezależnego od stron, którego nie były one w stanie obiektywnie przewidzieć w dacie zawarcia umowy. Na gruncie tego przepisu wykluczone są natomiast okoliczności zależne od stron, czy też zdarzenia losowe o charakterze indywidualnym zagrażające wykonawcy rażąca stratą. Art. 632 § 2 k.c. dotyczy podwyższenia ryczałtu, w razie zaistnienia przesłanek materialnoprawnych, w stosunku do uzgodnionego przez strony wynagrodzenia za przedmiot robót objętych umową, nie może natomiast znaleźć zastosowania, w stosunku do robót budowlanych nie objętych zakresem umowy. W tej części stron nie łączył bowiem stosunek umowny z uzgodnionym wynagrodzeniem ryczałtowym, który ma być zmodyfikowany przez sąd na podstawie art. 632 § 2 k.c. przez podwyższenie ryczałtu.

Jak już wyżej wskazano, w niniejszej sprawie odkrycie mogilnika wraz z zawartością stanowiło zdarzenie nadzwyczajne, którego w oparciu o udostępnioną dokumentację przetargową nie można było przewidzieć (projekt wykonawczy, ekspertyza sporządzona przez (...)), i to nawet przy założeniu, że została ona sporządzona na podstawie wrywkowo pobranych próbek. Zapewne nie można było wykluczyć że w górotworze będą znajdować się także inne substancje niż te ujawnione na podstawie próbek. Nie sposób jednak przyjąć, że dane zawarte w ekspertyzie (...) mogły rodzić uzasadnione przypuszczenie, iż podczas prac ujawnią się odpady o charakterze na tyle odmiennym, że będą wymagały całkowicie innego sposobu utylizacji.

Charakter tego znaleziska wypełnia zatem przesłankę niemożliwej do przewidzenia zmiany stosunków, przy czym zmiana ta - w przeciwieństwie do sytuacji uregulowanej w art. 357¹ kc - nie musi nosić cech nadzwyczajności.

Wyjaśnić przy tym trzeba - również odwołując się do orzecznictwa Sądu Najwyższego - iż zastosowanie art. 632 §2 kc możliwe jest także w drodze analogii do umowy o roboty budowlane (uchwała z dnia 29 września 2009 r. , sygn.. akt III CZP 41/09, LEX nr 1214634). Nadto jak wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 2012 r. (sygn. akt I CSK 333/11, LEX nr 1214634), „ingerencja sądu w treść stosunku prawnego łączącego strony w sposób prowadzący do modyfikacji wynikających z tego stosunku obowiązków stron, może mieć miejsce

dopóty, dopóki stosunek ten trwa, czyli obowiązki wynikające z tego stosunku pozostają niewykonane. Tym samym również art. 632 § 2 k.c. może mieć zastosowanie do umów, które nie zostały wykonane (...) Zwrócić należy uwagę na potrzebę odróżnienia spełnienia świadczenia od wykonania zobowiązania. (...) Jeżeli świadczenie ma przy tym charakter pieniężny, wówczas spełnienie świadczenia jest czynnością prawną dwustronną (...) świadczenie może być uznane za wykonane w sposób prawidłowy dopiero wówczas, gdy dłużnik zachował się zgodnie z treścią zobowiązania, a rezultatem tego było odniesienie przez wierzyciela korzyści czyniących zadość jego interesowi zasługującemu na ochronę. Według art. 354 § 1 k.c. wykonanie zobowiązania przez dłużnika powinno być zgodne zarówno z treścią zobowiązania, jak i ze społeczno-gospodarczym celem zobowiązania oraz z zasadami współżycia społecznego, a także ewentualnie ustalonymi zwyczajami. Zapobiega to sytuacjom, w których spełnienie przez dłużnika świadczenia w sposób formalnie zgodny z treścią zobowiązania nie zaspokajałoby uzasadnionego interesu wierzyciela. Zapłata, w warunkach z art. 632 § 2 k.c., wynagrodzenia w wysokości wynikającej z umowy, przy jednoznacznym stanowisku wykonawcy, że zapłatę tę, z podanych przyczyn, uważa za świadczenie częściowe, może być traktowana jako spełnienie świadczenia nie powodujące wygaśnięcia zobowiązania; zapłata taka nie prowadzi bowiem do zaspokojenia wykonawcy jako wierzyciela, gdyż narusza nie tylko ekwiwalentność świadczeń (wykonanie dzieła za umówione wynagrodzenie), ale nadto doprowadza wykonawcę do rażącej straty.”

Zatem przy takim rozumieniu pojęcia wykonania zobowiązania, w realiach niniejszej sprawy niewątpliwie należy uznać, że do wykonania zobowiązania nie doszło. Świadczy o tym stanowisko powoda wyrażone między innymi w piśmie z dnia 31 sierpnia 2009 r. (k. 654 verte) skierowanego do (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, a także w pismach adresowanych do Prezydenta Miasta (...) z dnia 19.06.2009 r. (k. 38) oraz wezwań do zapłaty z dnia 12 listopada 2009 r. (k. 84-90). Wynika z nich, że nie traktuje on zapłaty wynagrodzenia w wysokości wynikającej z umowy łączącej go z (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością za należyte wykonanie zobowiązania. Tym samym pozwoliło mu to na skuteczne wystąpienie z powództwem opartym na art. 632 §2 kc.

Zauważyć przy tym trzeba, iż przepis ten stanowi o „podwyższeniu ryczałtu”, tymczasem powód wystąpił z żądaniem zapłaty. Nie może być jednak wątpliwości, iż wystąpienie na drogę sądową z żądaniem zapłaty zawiera w sobie żądanie podwyższenia ryczałtowego wynagrodzenia. Potwierdza to także praktyka orzecznicza, bowiem lektura licznych orzeczeń zapadłych na tle stosowania art. 632 §2 kc wskazuje, iż powództwa oparte na powyższym przepisie dotyczyły żądania zasądzenia określonej kwoty.

Nie ma zdaniem Sądu Apelacyjnego przeszkód, aby odpowiedzialność gwarancyjna inwestora wywiedziona z art. 647¹ § 5 kc rozciągała się także na obowiązek zapłaty podwykonawcy wynagrodzenia podwyższonego z mocy art. 632 § 2 kc. Jest to bowiem nadal świadczenie, którego obowiązek spełnienia wynika z umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, a tylko jego wysokość na skutek zaistnienia określonych przesłanek – została podwyższona przez sąd.

Nie ulega więc wątpliwości, iż takie wynagrodzenie jest nadal świadczeniem, którego spełnienie ciąży na zamawiającym, tyle tylko, że w odmiennej wysokości. Konsekwencją powyższego jest stwierdzenie, że obowiązek zapłaty wynagrodzenia w zmienionej wysokości będzie solidarnie obciążał również inwestora, w przypadku zaistnienia przesłanek wymaganych przez art. 647¹ § 2 kc, które w niniejszej sprawie zostały spełnione. Spełniona została również – jak wyżej wskazano – przesłanka zaistnienia zmiany stosunków, pozostawało zatem tylko zbadanie, czy wykonanie kontraktu stwarzało po stronie powoda zagrożenie rażącej straty.

Rozważając pojęcie „rażącej straty” należało uwzględnić jego wykładnię wynikającą z orzecznictwa Sądu Najwyższego, między innymi z wyroku z dnia 15 listopada 2011 r. (sygn.. akt V CSK 251/06, Lex nr 278677), zgodnie z którym „w art. 632 § 2 k.c. nie chodzi o utratę spodziewanego dochodu, ale o poniesienie "rażącej straty" w ramach konkretnego stosunku prawnego, wyznaczonego zawartą umową o dzieło. Ogólny stan prowadzonego przez wykonawcę przedsiębiorstwa może mieć znaczenie pośrednie o tyle, że, ustalając rozmiary poniesionej straty, nie można tego czynić wyłącznie w kategoriach zobiektywizowanych, oderwanych od rozmiarów prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Jest bowiem rzeczą zrozumiałą, że ta sama kwota straty może nie mieć znaczenia dla dużego przedsiębiorcy, dla małego zaś być stratą "rażącą", o jakiej mowa w art. 632 § 2 k.c.”

Nie musi to być przy tym strata, która zachwiałaby kondycją finansową wykonawcy bądź groziłaby mu upadłością, wystarczy zwykła rażąca strata transakcyjna (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2012 r., sygn.. akt V CSK 366/11 , LEX nr 1231630).

Dla zbadania tej przesłanki koniecznym było przeprowadzenie w postępowaniu apelacyjnym dowodu z przesłuchania powoda w charakterze strony, podczas którego szczegółowo wyjaśnił, w jaki sposób realizacja kontraktu w zakresie likwidacji mogilnika i znajdujących się w nim odpadów wpłynęła na prowadzoną przezeń działalność gospodarczą, a uściślając - na jej zakończenie i powstanie znacznego zadłużenia. Okoliczności te częściowo powód przedstawił podczas przesłuchania go w charakterze świadka przed Sądem I instancji, w związku z czym przesłuchiwany jako strona swoje wcześniejsze zeznania podtrzymał i uzupełnił o dalsze dane.

Z przesłuchania powoda wynika, że powód działalność gospodarczą w zakresie szeroko rozumianych prac budowlanych obejmujących także utylizację odpadów prowadził od 1995 r., zaś w ogóle zajmował się prowadzeniem działalności już od 1989 r. Równoległe z realizacją przedmiotowej umowy zawartej z (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością powód realizował jeszcze dwie inwestycje, w tym jedną w (...) – S., a drugą - w okolicach K.. Zwykle bowiem powód prowadził równoległe 4 – 5 budów.

Na skutek braku środków na uregulowanie należności wobec spalarni odpadów toczyły się postępowania sądowe wobec powoda, po czym została wszczęta wobec niego egzekucja komornicza, obejmująca zajęcia wszystkich rachunków bankowych, sprzęt wykorzystywany w działalności gospodarczej, wierzytelności od innych kontrahentów oraz nieruchomości powoda. Wskutek zajęcia sprzętu niemożliwe okazało się sfinalizowanie inwestycji w (...) – S.. Okoliczności te zmusiły powoda do zakończenia działalności gospodarczej, który wówczas zatrudniał około 160 pracowników.

Wobec spalarni (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością powód z należności opiewającej na 3.667.414,30 zł uregulował w ratach ponad 700.000 zł, a na rzecz spalarni (...) w D. – z należności na kwotę 888.705,62 zł uregulował ponad 100.000 zł (przesłuchanie powoda - e – protokół z rozprawy z dnia 16 lipca 2013 r. – k.1493).

Ponadto niezależnie od okoliczności szczegółowo przedstawionych przez powoda już tylko zwykłe doświadczenie życiowe podpowiada, iż jeżeli kontrakt, który miał przynieść powodowi zapłatę w kwocie 12.775.000 zł netto, rodzi dla niego obowiązek zapłaty łącznie kilkumilionowej należności na rzecz innych podmiotów, to wykonanie tego kontraktu doprowadzi do rażącej straty po jego stronie, o ile nie do całkowitego bankructwa. Skoro w przypadku powoda zawarty kontrakt okazał się niszczący dla prowadzonej działalności, to tym samym doznane straty majątkowe znacznie wykroczyły poza stratę rażąca.

Niewątpliwie więc w ogromie narosłego zadłużenia zawiera się już „rażąca strata” w rozumieniu art. 632 §2 kpc nadanym mu przez przywołane wyżej stanowisku judykatury.

Mając powyższe okoliczności na uwadze Sąd Apelacyjny uznał, że żądanie powoda trafnie zostało uwzględnione w przeważającej części przez Sąd I instancji, mimo powołania błędnej podstawy prawnej. Usprawiedliwione jest bowiem podwyższenie wynagrodzenia o kwotę, którą powód zobowiązany jest uiścić innym podmiotom na skutek wykonania przedmiotowego kontraktu , wraz z podatkiem od towarów i usług, który jako przedsiębiorca zobowiązany był odprowadzić. W związku z tym apelację pozwanej Gminy Sąd Apelacyjny oddalił na mocy art. 385 kpc.

Konsekwencją powyższego było obciążenie strony pozwanej kosztami zastępstwa procesowego na mocy art. 108 §1 kpc i art. 98 kpc w związku z art. 99 kpc, o które wnosił powód. Jednakże wbrew wnioskowi powoda Sąd Apelacyjny nie przyznał ich w wysokości podwójnej stawki minimalnej, bowiem nakład pracy pełnomocnika powoda w postępowaniu odwoławczym obejmujący dwukrotne stawiennictwo na rozprawie apelacyjnej i złożenie odpowiedzi na apelację mieściło się w obowiązkach pełnomocnika wykonującego zawód z należytą starannością, a zatem wysokość opłaty Sąd Apelacyjny ustalił na podstawie § 6 pkt 7 w związku z §12 ust. 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

nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348 ze zm.).