



Sygn. akt IV CSK 733/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 sierpnia 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Mirosława Wysocka (przewodniczący)

SSN Antoni Górski

SSN Bogumiła Ustjanicz (sprawozdawca)

Protokolant Bogumiła Gruszka

w sprawie z powództwa L. L.
przeciwko Gminie Miasta G.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej
w dniu 21 sierpnia 2014 r.,
skargi kasacyjnej strony pozwanej
od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 26 lipca 2013 r.,

**I. uchyla zaskarżony wyrok w zakresie oddalającym apelację
pозwanej Gminy Miasta G. w odniesieniu do rozstrzygnięcia o
odsetkach ustawowych od kwoty 7 083 856,80 zł i zmienia wyrok
Sądu Okręgowego w G. z dnia 4 grudnia 2012 r. w
punkcie I w ten sposób, że zasądza odsetki ustawowe od kwoty 7
083 856,80 zł od dnia 4 grudnia 2012 r., oddalając żądanie
zasądzenia odsetek w pozostałej części;**

II. oddala skargę kasacyjną w pozostałym zakresie;

III. zasądza od pozwanej Gminy Miasta G. na rzecz powoda kwotę 5 400 zł (pięć tysięcy czterysta) z tytułu kosztów postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Apelacyjny oddalił apelację pozwanej od wyroku Sądu Okręgowego w G. z dnia 4 grudnia 2012 r., którym zasądzono od niej na rzecz powoda kwotę 7 083 856,89 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 grudnia 2009 r.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia i wnioski:

Pozwana Gmina była inwestorem budowy stadionu piłkarskiego P. A., przygotowywanego na rozgrywki w piłce nożnej „EURO 2012”. W celu realizacji zadań inwestora pozwana zawiązała spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością o nazwie „B. E. G. ” (dalej: „B. E. ”) i powierzyła jej zarządzanie projektem „A. B.”. Projekt obejmował celowy i uporządkowany proces działań, zmierzających do wybudowania stadionu i infrastruktury wokół niego oraz przygotowanie go do eksploatacji i komercjalizacji. Spółka miała zaciągać w imieniu i na rzecz Gminy zobowiązania w ramach umów na usługi, dostawy i roboty budowlane.

W dniu 2 grudnia 2012 r. została zawarta, w wyniku postępowania przetargowego, przez B. E., działającej w imieniu Gminy i „W.” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w L. umowa dotycząca wykonania części prac związanych z budową stadionu, obejmujących: wymianę gruntu na grunt przepuszczalny i zagęszczalny, spełniający parametry określone w dokumentacji projektowej, wykonanie nasypów pod stadion oraz pod drogi, parkingi, ciągi piesze i rowerowe, likwidację gruzowiska, w tym wywiezienie i utylizację odpadów niebezpiecznych wraz z zabezpieczeniem skarpy oraz wykonania robót melioracyjnych. Za wykonanie tych robót strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 124 440 000 zł wraz z podatkiem VAT. Do jego zmiany mogło dojść w przypadkach wskazanych w subklauzuli 12.3 warunków szczególnych. Umowa przewidywała możliwość powierzania wykonania części robót podwykonawcom. Integralną częścią umowy były: specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z modyfikacjami i wyjaśnieniami, warunki szczególne kontraktu, warunki kontraktowe dla budowy w odniesieniu do robót inżynieryjno-budowlanych, projektowanych przez zamawiającego, opracowane przez F., specyfikacje

techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, dokumentacja projektowa, rysunki i wykazy, oferta wykonawcy oraz opracowanie Przedsiębiorstwa Rzeczoznawstwa i Ekspertyz „O.” z dnia 8 października 2008 r., dotyczące określenia warunków postępowania z zanieczyszczonymi masami ziemnymi z terenu przyszłej inwestycji. Podstawą tej ekspertyzy były badania górotworu przeprowadzone przez dokonanie odwiertów. Stwierdzone zostało, że znajdujący się na tym terenie sztuczny górotwór zawiera odpady niebezpieczne, oznaczone kodem 17 05 03 (gleba, ziemia, kamienie, inne niż określone tym kodem lub czysty grunt). Zgodnie z punktem III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obejmującym opis przedmiotu zamówienia, do zadań wykonawcy należała likwidacja gruzowiska przez usunięcie mas ziemnych, zalegających na terenie gruzowiska z segregacją i utylizacją odpadów. Projekt wykonawczy dotyczący postępowania z zanieczyszczonymi masami ziemnymi oraz innymi elementami niebezpiecznymi niż określone kodem 17 05 03, zalegającymi w dawnym wysypisku odpadów „górotworze”, określał sposób usunięcia zalegających mas oraz złożenia ich w miejscu wyznaczonym przez inwestora.

Spółka „W.” zleciła wykonanie części prac objętych jej zadaniem powodowi prowadzącemu działalność w ramach Przedsiębiorstwa Handlowo-Transportowego „M.-T.”. W umowie z dnia 12 stycznia 2009 r. określony został zakres zadań powoda jako wykonanie wszelkich czynności, związanych z zanieczyszczonymi masami ziemnymi z terenu dawnego wysypiska odpadów „górotworu” w ilości szacunkowej 220 000 m³. Ryczałtowo ustalone wynagrodzenie powoda obejmowało kwotę 12 775 000 zł. Umowa miała być wykonana w okresie od 12 stycznia do 11 kwietnia 2009 r. Integralną częścią umowy strony uczyniły te same dokumenty i załączniki, w zakresie zlecenia podwykonawcy, jak w umowie inwestora i wykonawcy.

Spółka „W.” pismem z dnia 27 stycznia 2009 r. wystąpiła do Spółki B. E. o zatwierdzenie powoda jako podwykonawcy, dołączyła umowę z dnia 12 stycznia 2009 r. W piśmie z dnia 9 lutego 2009 r. Spółka B. E. oświadczyła, że nie zatwierdza umowy, ponieważ jej postanowienia nie są zgodne z treścią umowy zawartej przez pozwaną i Spółkę „W.” i jednocześnie zgłosił zastrzeżenia odnoszące się do nieprawidłowości w oznaczeniu inwestora, zapisów § 6 ust. 5 i 9

umowy jako niezgodnych z postanowieniami subklauzul 14.7 i 14.6 warunków szczególnych kontraktu zawartego przez inwestora z wykonawcą.

Powód opracował sposób zagospodarowania odpadów oznaczonych kodem 17 05 03, który został zatwierdzony decyzją Prezydenta Miasta G. z dnia 13 stycznia 2009 r. Jako uczestnik procesu inwestycyjnego brał udział w naradach. W marcu 2009 r. pracownicy zatrudnieni przez powoda natknęli się wewnątrz gruzowiska na budowlę przykrytą płytami betonowymi o glinianych bokach, w której zalegały odpady typu zwierzęcego, resztki skór, odpady płynne w postaci mazi i zagęszczonych płynów oraz odpady ropopochodne, które prawdopodobnie pochodziły z dawnej garbarni. Powód utrzymywał, że utylizacja i usunięcie tych odpadów nie było objęte zawartą umową, ponieważ żadne dokumenty nie przewidywały usunięcia tego rodzaju odpadów, a ich likwidacja wymagała innej utylizacji oraz zawiadomił o znalezisku Spółkę „W.” i inżyniera kontraktu. Inżynier kontraktu polecił wygrodzić strefę niebezpieczną, wstrzymać dalsze prace, zlecić badanie odpadów i na podstawie jego wyników określić metodykę postępowania oraz harmonogram dalszych działań. Badanie przeprowadzone zostało przez wyspecjalizowane podmioty. W ich toku stwierdzono obecność materiałów ropopochodnych (olej mineralny), które zanieczyszczają glebę, przekraczając dopuszczalny poziom, określony dla gleby i ziemi na obszarach przemysłowych.

Decyzją z dnia 30 marca 2009 r. Prezydent Miasta G. uznał powoda za podmiot wytwarzający niebezpieczne odpady i nakazał mu ich usunięcie; decyzja określała również sposób postępowania w celu utylizacji odpadów przez unieszkodliwienie w procesie termicznego spalania przez wyspecjalizowane podmioty mające siedziby w G. i w D. Decyzji nadano rygor natychmiastowej wykonalności. Prowadzone były również rozmowy powoda ze Spółką "B. E. " w kwestii dodatkowego wynagrodzenia powoda związanego z odpadami odkrytymi w mogilniku, i powód uzyskał ustne zapewnienie, że może liczyć na podwyższenie wynagrodzenia. Inżynier kontraktu wydał Spółce „W.” polecenie usunięcia odpadów, a ta przekazała je powodowi, który w lipcu 2009 r. przystąpił do likwidacji odpadów z odkrytego obiektu, zgodnie procedurą określoną w decyzji z dnia 30 kwietnia 2009 r. W ramach tych prac powód wybetonował plac do dezynfekcji i dezodoryzacji odpadów, mieszał je z chemikaliami, aby związać metale

rozpuszczalne w wodzie, a następnie samochodami przewiózł do spalarni. Koszty tych prac poniósł powód, a za usługi polegające na spaleniu odpadów oraz za zakup chemikaliów zapłacił łącznie kwotę 5 806 440 zł bez podatku VAT. Po wykonaniu prac wystawił w dniu 29 września 2009 r. fakturę na kwotę 7 083 856 zł wraz z podatkiem VAT, obciążając obowiązkiem zapłaty Spółkę „W.”, która zapłaty nie dokonała. Również pozwana Gmina odmówiła zapłaty. Obecnie powód nie prowadzi działalności gospodarczej.

Sąd Apelacyjny nie podzielił stanowiska Sądu Okręgowego dotyczącego podstawy odpowiedzialności pozwanej, wywiedzionej z bezpodstawnego wzbogacenia. Uznał, że jej odpowiedzialność określały przepisy art.632 § 2 i art. 647¹ § 5 k.c. oraz wyrażona w sposób dorozumiany zgoda na zawarcie umowy z dnia 12 stycznia 2009 r. o wykonanie wskazanych w niej robót. Opozycja Spółki „B. E. ” przedstawiona w piśmie z 9 lutego 2009 r., jak też w piśmie z dnia 21 września 2009 r., odnosząca się do aneksu do umowy, nie dotyczyła wyboru podwykonawcy, jego kwalifikacji i uprawnień, ani zakresu przedmiotowego robót. Protokoły z rad budowy i narad koordynacyjnych wskazują na udział w nich powoda oraz pozytywną ocenę wykonywanych robót. Rezultat robót powoda wchodził w skład obiektu będącego przedmiotem umowy inwestora ze Spółką „W.”.

Usunięcie odpadów z odkrytego obiektu wchodziło w zakres umowy z dnia 12 stycznia 2009 r., ponieważ powód zobowiązał się „do podjęcia wszelkich czynności związanych z postępowaniem z zanieczyszczonymi masami ziemnymi z terenu byłego wysypiska odpadów - „górotworu” w ilości szacowanej na około 220 000 m³. Obciążało wybranie i wywiezienie z terenu budowy materiału tworzącego górotwór, na głębokość do spągów organicznych (§ 1 pkt 3 lit. a umowy oraz załączniki do niej wymienione w § 1 pkt 3 i § 16). Z koniecznością likwidacji odkrytych w obiekcie odpadów łączyła się potrzeba uzyskania nowej decyzji administracyjnej i zezwolenia na transport odpadów o zupełnie innym charakterze oraz zastosowania innej metody ich zniszczenia. Przemawia to za stanowiskiem powoda, że kalkulacja kosztów i cena określone w umowie, nie obejmowały tych odpadów. Odkrycie ich było zdarzeniem nadzwyczajnym, którego w oparciu o udostępnioną dokumentację nie można było stwierdzić, ani przewidzieć, nawet

przy uwzględnieniu założenia, że sporządzona była na podstawie wrywkowo pobranych próbek.

Spełnione zostały przesłanki do zastosowania art. 632 § 2 k.c., ponieważ do wykonania umowy jeszcze nie doszło, powód nie uzyskał zapłaty za wykonane roboty. Nie było przeszkód do przyjęcia, żeby gwarancyjną odpowiedzialnością inwestora, przewidzianą w art. 647¹ § 5 k.c., objąć również podwyższenie ryczałtu, bo jest to świadczenie, którego obowiązek spełnienia wynika z umowy zawartej przez wykonawcę z podwykonawcą. Obowiązek solidarnej zapłaty obciąża również inwestora na podstawie art. 647¹ § 2 k.c. Pojęcie „rażącej straty”, o jakiej mowa w art. 632 § 2 k.c., odniesione być powinno do okoliczności konkretnej sprawy, obejmujących także rozmiary działalności prowadzonej przez powoda. Nie musi to być strata, która zachwiałaby kondycją finansową jego przedsiębiorstwa, wystarczy rażąca strata transakcyjna. Z przesłuchania powoda wynika, że prowadził działalność gospodarczą w zakresie szeroko rozumianych prac budowlanych od 1989 r., a od 1995 r., także w zakresie utylizacji odpadów. Równoległe z pracami na rzecz pozwanej prowadził jeszcze dwie inne inwestycje w G. – S. oraz w okolicach K.; zwykle prowadził cztery do pięciu budów. Z uwagi na nieuregulowanie należności za spalenie odpadów toczyły się przeciwko niemu postępowania sądowe, a następnie wszczęta została egzekucja komornicza; na rzecz spalarni w G., której należność obejmuje 3 667 414,30 zł, powód zapłacił w ratach 700 000 zł, a na rzecz spalarni w D., z należności 888 705,62 zł wpłacił kwotę 100 000 zł. Porównanie wysokości umówionego wynagrodzenia z zobowiązaniem za spalenie odpadów, wskazuje, że strata powoda byłaby rażąca, a nawet grożąca bankrutem. Sąd Apelacyjny uznał roszczenie powoda za uzasadnione, a apelację za pozbawioną racji.

Pozwana w skardze kasacyjnej powołała podstawę objętą art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c. Naruszenie prawa materialnego połączyła z niewłaściwym zastosowaniem art. 647¹ § 5 k.c. i art. 647¹ § 2 k.c., ponieważ nie wyraziła zgody na zawarcie umowy wykonawcy z podwykonawcą, a w pismach z dnia 9 lutego i z dnia 10 września 2009 r. wprost wyraziła stanowisko sprzeciwiające się zarówno zawarciu umowy, jak i aneksu do niej. Tolerowanie podwykonawcy jako uczestnika procesu inwestycyjnego nie spełnia przesłanek wymienionych przepisów. Błędna wykładnia

art. 647¹ § 5 w związku z art. 632 § 2 k.c. polegała na przyjęciu, że solidarna odpowiedzialność inwestora z wykonawcą obejmuje takiego podwyższenie ryczału, a art. 632 § 2 k.c. przez objęcie podwyższeniem ryczału także utraconego zysku powoda. Niewłaściwe zastosowanie i błędna wykładnia, związana z art. 481 § 1 w związku z art. 632 § 2 k.c., polegały na przyjęciu opóźnienia pozwanej w okresie od dnia 1 grudnia 2009 r., chociaż obowiązek zapłaty powstał dopiero po uprawomocnieniu się wyroku sądu podwyższającego ryczałt. Skarżąca domagała się uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Pozwaną i Spółkę „W.” łączyła umowa o roboty budowlane objęta regulacją przepisów art. 647 do 658 k.c. Z istoty tej umowy, wyrażonej w art. 647 oraz art. 647¹ § 1 k.c., wynika, że roboty zlecone wykonawcy mogą być realizowane albo wyłącznie przez wykonawcę albo z udziałem innych wykonawców (podwykonawców), z którymi zawrze on umowy o wykonanie skonkretyzowanego zakresu całości robót. Zgodnie z art. 647¹ § 1 k.c., kwestie dotyczące ustalenia zakresu robót, które będą wykonane osobiście przez wykonawcę oraz z udziałem podwykonawców, powinny być zawarte w umowie inwestora z wykonawcą, ponieważ są ściśle związane z obowiązkiem oznaczenia jej zakresu przedmiotowego. Umowa wykonawcy z podwykonawcą może mieć charakter umowy o roboty budowlane albo umowy o dzieło, zależnie od zakresu powierzonych mu zadań.

Stosownie do art. 647¹ § 2 k.c., do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą wymagana jest zgoda inwestora. Przyznanie inwestorowi tego uprawnienia daje mu wpływ na wybór podwykonawcy i treść zawieranej z nim umowy, co podyktowane zostało ochroną jego interesu. Zgoda powinna dotyczyć konkretnej umowy o określonej treści, zawartej ze zindywidualizowanym podmiotem, w zakresie istotnych postanowień, w szczególności tych, które decydują o wysokości wynagrodzenia.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego ugruntowany został, poczynszy od uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2008 r.,

III CZP 6/08 (OSNC 2008 r., nr 11, poz. 121), pogląd, że zgoda inwestora, wymagana przez art. 647¹ § 2 i 3 k.c., może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia je w sposób dostateczny (art. 60 k.c.), niezależnie od tego zgodę uważa się za wyrażoną w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c. Oznacza to, że przyjmowane są, dla uznania działań inwestora za zgodę, trzy sposoby jej wyrażenia przez: oświadczenie woli inwestora wprost wyrażające zgodę, dorozumiane czynności, obejmujące aktywne zachowania, przejawiające dostatecznie wolę w postaci zgody oraz interpretację biernego zachowania się inwestora jako zgody, jeżeli nie doszło do zgłoszenia sprzeciwu lub zastrzeżeń. Zgoda jest warunkiem solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za zobowiązania z tytułu wynagrodzenia należnego podwykonawcy, przewidzianej w art. 647¹ § 5 k.c.; nie stanowi warunku skuteczności ani ważności umowy łączącej wykonawcę z podwykonawcą.

Inwestor może, po przedstawieniu mu umowy zawartej przez wykonawcę z podwykonawcą oraz dokumentacji dotyczącej wykonania robót nią objętych, nie zgodzić się na zawarcie tej umowy przez zgłoszenie na piśmie sprzeciwu lub zgłosić zastrzeżenia, zgodnie z art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c. Sprzeciw wymaga wyraźnego oświadczenia, nie może być następstwem dorozumianej oceny czynności inwestora. Skuteczne zgłoszenie sprzeciwu nie może być arbitralną decyzją, obliguje inwestora do przytoczenia przyczyn, jeżeli umowa inwestora z wykonawcą przewidywała możliwość realizowania robót z udziałem podwykonawców. Tak wyrażony sprzeciw wyłącza solidarną odpowiedzialność inwestora z wykonawcą za wykonane i odebrane przez podwykonawcę roboty.

Zgłoszenie na piśmie zastrzeżeń także zobowiązuje inwestora do uzasadnienia, obejmującego przyczyny ich wysunięcia oraz określenia ich wpływu na realizację umowy. O ile skuteczne zgłoszenie sprzeciwu wyłącza odpowiedzialność inwestora, o tyle zgłoszenie zastrzeżeń wprost takiego skutku nie wywołuje. Jeżeli zastrzeżenia dotyczą postanowień umowy, które nie odnoszą się do kwalifikacji podwykonawcy, zakresu przedmiotowego umowy, rozmiaru ustalonego wynagrodzenia, a mogą być wyeliminowane, czy też w ich miejsce mogą wejść postanowienia uzgodnione w umowie inwestora z wykonawcą albo także w innych dokumentach, stanowiących integralne części obu umów, istnieje możliwość

przyjęcia, że nie doszło do wyłączenia zgody. Inwestor nie jest pozbawiony możliwości żądania złożenia przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących zarówno podwykonawcy, jak i postanowień umowy. Wiedza inwestora o przedmiocie i potrzebach realizacyjnych inwestycji z udziałem podwykonawcy, właściwie chroni jego interesy. W razie podejmowania przez inwestora czynności wskazujących na akceptowanie realizowania inwestycji przez podwykonawcę, okoliczności konkretnej sprawy mogą prowadzić do uznania, że mimo zgłoszenia zastrzeżeń, zgoda inwestora wyrażona została w sposób dorozumiany.

Oświadczenie inwestora o wyrażeniu zgody na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą, o zgłoszeniu sprzeciwu lub zastrzeżeń, podlega ocenie na podstawie ogólnych przepisów kodeksu cywilnego, regulujących wyrażanie oświadczeń woli (art. 60 do art. 65 k.c.).

W rozpoznawanej sprawie skarżąca uważała treść pisma z dnia 9 lutego 2009 r. za zgłoszenie sprzeciwu, zarzucając, że przedstawiona jej umowa nie była zgodna z umową zawartą z wykonawcą. Niezgodności te wyszczególnione zostały w postaci trzech zastrzeżeń, które nie dotyczyły kwalifikacji podwykonawcy, zakresu przedmiotowego umowy ani wysokości wynagrodzenia podwykonawcy. Niepoprawność oznaczenia inwestora przez wpisanie Spółki B. E. dotyczyła kwestii formalnej, możliwej do skorygowania jako oczywistej omyłki. Pozostałe obiekcje związane były ze sposobem dokonywania płatności za roboty wykonane i odebrane przez podwykonawcę.

Odczytanie zakwestionowanego zapisu § 6 ust. 5 umowy „dopuszcza się również dokonywanie potrącenia wzajemnych należności pomiędzy stronami, o ile takowe będą” wskazuje, że dotyczy on relacji pomiędzy stronami umowy, nie modyfikuje przyjętej w szczególnych warunkach kontraktu pomiędzy inwestorem i wykonawcą zasady wypłacania wynagrodzenia podwykonawcy bezpośrednio przez inwestora. Obowiązek zwrotu zaliczki wypłaconej przez wykonawcę podwykonawcy odesłany został do źródła zwrotu, czyli wypłaconej podwykonawcy przez inwestora należności objętej pierwszą fakturą. Nie wskazuje na naruszenie interesów inwestora zagwarantowanych regulacją 14.7 subklauzuli tych warunków. Przedmiot postanowienia § 6 ust. 9 umowy z dnia 12 stycznia 2009 r., wskazuje, że zapłata za

roboty wykonane przez podwykonawcę dokonywana będzie przez inwestora bezpośrednio na rachunek podwykonawcy oraz odsyła do zapisu 14.7 subklauzuli warunków szczególnych kontraktu. Sformułowanie zaś „w ciągu 35 dni, licząc od daty złożenia prawidłowo wystawionej faktury w siedzibie Zamawiającego zgodnie z zapisami subklauzuli 14.7 warunków szczególnych kontraktu” było nieprecyzyjne, zwłaszcza w zestawieniu ze zdaniem poprzednim. Nie mogło zmieniać reguł ustalonych we wskazanych subklauzulach i nakładać na inwestora innych zobowiązań, niż nimi przewidzianych. Odpowiedzialność inwestora za wynagrodzenie podwykonawcy określona była zasadami zawartymi w postanowieniach subklauzul, które zostały powołane w umowie. Wskazane przez inwestora zastrzeżenia, będące wyrazem dążenia do usunięcia wszelkich postanowień, które mogłyby nasuwać wątpliwości co do zakresu jego odpowiedzialności względem podwykonawcy, wywołały ten skutek, że wyartykułowane postanowienia umowy z dnia 12 stycznia 2009 r. nie będą dla niego wiążące, a w ich miejsce zastosowanie znajdą, stanowiące integralną część także tej umowy, postanowienia subklauzul szczególnych warunków kontraktu.

Użyty przez pozwaną w piśmie z dnia 9 lutego 2009 r. zwrot „nie zatwierdza umowy pomiędzy Wykonawcą Kontraktu firmą W. Sp. z o.o. a podwykonawcą Przedsiębiorstwem Hadlowo - Transportowym „M. – T.” L. L...” nie mógł być wykładany jako spełniający wymagania sprzeciwu przewidzianego w art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c. Skarżąca połączyła to oświadczenie z zastrzeżeniami, których nie można ocenić jako wpływających na ważność umowy oraz naruszających interes inwestora. Pozwana nie wykazała, że zakwestionowane postanowienia umowy z dnia 12 stycznia 2009 r. w połączeniu z regulacjami subklauzul stwarzały niebezpieczeństwo nieuzasadnionego świadczenia, czy też, że nie miała możliwości oszacowania zakresu i stopnia zagrożenia, które wiązać się mogły z przyjęciem odpowiedzialności.

Czynności inwestora w toku realizacji inwestycji wskazywały na traktowanie powoda jako uczestnika tego procesu. Nie zasługiwały na podzielenie zarzuty pozwanej, że takiej akceptacji powoda nie było, w sytuacji jego czynnego udziału w radach budowy i naradach koordynacyjnych, dokonywania wpisów w jego dzienniku budowy i odbioru wykonanych przez niego robót. Stanowisko pozwanej,

że powód i jego pracownicy traktowani byli jako personel wykonawcy nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach sprawy, podobnie jak utrzymywanie, że inżynier kontraktu nie miał uprawnienia do usunięcia z terenu inwestycji osób, które nie były jej uczestnikami. Decyzją z dnia 13 stycznia 2009 r. Prezydent Miasta G. zatwierdził opracowany przez powoda program gospodarki odpadami niebezpiecznymi, które będą powstawać w wyniku prac ziemnych prowadzonych w celu likwidacji zwałowiska istniejącego na terenie planowanej inwestycji pn. „Budowa stadionu B. A. w G. wraz z infrastrukturą towarzyszącą”, następnie decyzją z dnia 30 kwietnia 2009 r. na wymienione Przedsiębiorstwo powoda nałożone zostały określone obowiązki, dotyczące gospodarowania wytworzonymi odpadami, pochodzącymi z poważnej awarii zaistniałej w marcu 2009 r. na terenie tej inwestycji. Żadna z tych decyzji nie została zakwestionowana przez pozwaną. Podkreślenia wymaga również udział powoda w pracach zmierzających do ustalenia sposobu zniszczenia odpadów zawartych w obiekcie odkrytym w górotworze oraz ustna akceptacja wniosku o powiększenie wynagrodzenia. Zgodna z wymaganiami przewidzianymi w art. 65 § 1 k.c. ocena oświadczenia wyrażonego w imieniu pozwanej oraz przejawów zachowania przedstawicieli Spółki B. E. wskazuje, że mimo zawartej w piśmie z dnia 9 lutego 2009 r. odmowy zatwierdzenia umowy, o akceptowaniu powoda jako uczestnika procesu inwestycyjnego świadczy zarówno charakter zastrzeżeń oraz ich skutki, jak i działania osób upoważnionych przez pozwaną. Skarżąca nie przedstawiła przekonujących argumentów pozwalających na zakwestionowanie stanowiska Sądu Apelacyjnego.

W piśmie z dnia 21 września 2009 r. inspektor nadzoru robót budowlanych, z powołaniem się na podtrzymanie sprzeciwu z dnia 9 lutego 2009 r. zgłoszonego przez inżyniera kontraktu, nie wyraził zgody na zawarcie aneksu do umowy wykonawcy i powoda z dnia 12 stycznia 2009 r. Przedstawione stanowisko, niezależnie od niewykazania uprawnienia do podejmowania decyzji w tej kwestii, nie zawiera przyczyn i pozostaje w sprzeczności z traktowaniem powoda jako uczestnika procesu inwestycyjnego, którego rezultat pracy wchodził w skład wybudowanego obiektu. Nie mogło zatem mieć znaczenia dla oceny odpowiedzialności pozwanej, przewidzianej w art. 647¹ § 5 k.c.

Umowa z dnia 1;2 stycznia 2009 r. zobowiązywała powoda do wykonania robót obejmujących wszelkie czynności związane z postępowaniem z zanieczyszczonymi masami ziemnymi z terenu dawnego wysypiska odpadów „górotworu”, w ilości szacunkowej około 220 000 m³, które powód miał obowiązek wybrać na głębokość do spągów organicznych i wywieźć z terenu budowy. Sąd Apelacyjny uznał, że obowiązek powoda obejmował również utylizację i usunięcie niebezpiecznych odpadów zgromadzonych w odkrytym w górotworze obiekcie. Wykonanie tych prac dotyczyło odpadów o zupełnie odmiennym charakterze niż określone w ekspertyzie Spółki O. i wymagało innego rodzaju robót oraz środków, spalania ich przez wyspecjalizowane jednostki oraz uzyskania odrębnego zezwolenia na przetransportowanie. Szacunkowe określenie w ekspertyzie rodzaju odpadów i ich objętości nie wykluczało możliwości występowania innych jeszcze odpadów oraz większej ich objętości, ale nie dawało podstaw do przypuszczenia, że będą tam odpady wymagające szczególnych środków oraz szczególnego sposobu ich zniszczenia. Koszty związane z tego rodzaju pracami i środkami nie zostały uwzględnione w kalkulacji będącej podstawą ustalania wysokości wynagrodzenia. Sąd Apelacyjny trafnie przyjął, że konieczność usunięcia tego rodzaju odpadów była zdarzeniem, którego nie można było przewidzieć, a doprowadziło do nadzwyczajnej zmiany stosunków. Konsekwencją tego była konieczność poniesienia kosztów zakupu środków, opłacenia transportu oraz spalania odpadów, których wysokość, objęta pozwem, obejmowała ponad połowę ustalonego wynagrodzenia powoda.

Ryczałtowy charakter wynagrodzenia, przewidziany w art. 632 § 1 k.c., prowadzi do obciążenia wykonawcy ryzykiem nieprzewidzianego wzrostu rozmiaru prac lub kosztów. Zamawiający zaś nie może żądać obniżenia wynagrodzenia, nawet gdyby wykonawca osiągnął korzyści wyższe od zakładanych. Uregulowanie art. 632 § 2 k.c. przyznaje wykonawcy uprawnienie do powołania się na nadzwyczajną zmianę stosunków, której nie można było przewidzieć i żądania podwyższenia ryczałtu lub rozwiązania umowy, jeżeli wykonanie dzieła groziłoby mu rażąco strata. Stanowi ono szczególne unormowanie w stosunku do art. 357¹ k.c.; przyjmuje się, że pomiędzy tymi uregulowaniami zachodzi stosunek zawierania, w ramach którego art. 632 § 2 zawiera się w zakresie zastosowania normy art. 357¹ k.c. (por. wyrok

Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 2012 r., I CSK 333/11, niepubl.). Do przesłanek jednego z wymienionych roszczeń należą: wystąpienie rzeczywistej, istotnej zmiany stosunków między zawarciem a wykonaniem umowy o dzieło, brak możliwości jej przewidzenia, zagrożenie powstaniem rażącej straty wykonawcy w wypadku wykonania dzieła w warunkach umówionego ryczału, związek przyczynowy między zmianą stosunków a zagrożeniem rażącej straty dla przyjmującego zamówienie. W uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2009 r., III CZP 41/09 (OSNC 2010 r., nr 3, poz. 33) wyrażony został trafny pogląd, że przepis art. 632 § 2 k.c. może mieć zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane. Modyfikacja przez sąd obowiązków stron stosunku zobowiązaniowego jest możliwa dopóki stosunek ten trwa, a zatem nie doszło do ich wykonania, zgodnie z art. 354 § 1 k.c. Jeżeli obowiązkiem dłużnika jest spełnienie świadczenia pieniężnego, to do wygaśnięcia zobowiązania dojdzie, gdy wierzyciel przekazaną mu sumę potraktuje jako powodującą wygaśnięcie zobowiązania.

Wskazanie w art. 632 § 2 k.c., że znajdzie on zastosowanie w razie zaistnienia nieprzewidywalnej zmiany stosunków oznacza, że chodzi o przypadki wykraczające poza zakres zwykłego ryzyka umownego. Odwołanie się do rażącej straty podkreśla, że chodzi o stratę, która niweczy przeprowadzoną przez wykonawcę kalkulację, z uwzględnieniem zwykłego ryzyka kontraktowego. Nie musi to być strata zagrażająca kondycji finansowej wykonawcy albo grożąca mu upadłością (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 15 listopada 2006 r., V CSK 251/06; z dnia 9 sierpnia 2012 r., V CSK 366/12; z dnia 5 grudnia 2013 r., V CSK 2/13, niepublikowane). Do zakresu tego uregulowania nie należy utrata dochodu, ale strata związana z konkretnym stosunkiem prawnym uwzględniająca zarówno kryterium obiektywne, jak i subiektywne, odwołujące się do rozmiarów prowadzonej przez wykonawcę działalności (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2006 r., V CSK 251/06, niepubl.).

Stanowisko Sądu Apelacyjnego stanowi konsekwencję dokonania oceny zaistnienia przesłanek objętych art. 632 § 2 k.c., uwzględniającej wykładnię tego uregulowania, przyjętą w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Nie ma racji skarżąca, że dokonana zaskarżonym wyrokiem zmiana wysokości ryczału obejmuje również rekompensatę wykonawcy w zakresie zysku. Sąd Apelacyjny wiążąco ustalił, że

uwzględniona kwota stanowi sumę wydatków poniesionych przez powoda na zakup wymaganych środków chemicznych, poniesienie kosztów transportu odpadów do spółek, które dokonały spalania odpadów oraz kosztów tego zniszczenia. Powoływanie się przez skarżącą na to, że powód uzyskał oszczędności, ponieważ nie musiał ponosić kosztów wywozu i utylizacji zanieczyszczonego gruntu o objętości odpowiadającej odkrytemu obiektowi, które uwzględnił w przeprowadzonej kalkulacji, nie mogło odnieść skutku. Zarzut skarżącej pomija okoliczności związane z nakładem pracy powoda dotyczącym odpadów, które poddane być musiały szczególnej procedurze dezodoryzującej i neutralizującej szkodliwe składniki po ich wydostaniu z miejsca składowania, przygotowania do transportu i konieczności usunięcia elementów obiektu, które nie zostały objęte żądaniem. Nie zostało również wykazane, czy i w jakim rozmiarze mogło dojść do rekompensaty wydatków. Stanowisko Sądu Apelacyjnego, że doszło do rażącej straty powoda, wywołanej niedającą się przewidzieć zmianą stosunków, nie zostało podważone. Domaganie się uwzględnienia również interesu inwestora obowiązującego do zapłaty ponad restrykcyjną treść art. 632 § 2 k.c., odmienną od treści art. 490 § 2 k.z. i nie zawierającą wskazania „po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego”, objętego art. 357¹ k.c., było bezpodstawne. Zmiana umowy dotyczy sytuacji wykonawcy w odniesieniu do poniesionych kosztów, które powinny być elementem kosztów inwestycji.

Solidarna odpowiedzialność wykonawcy i inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy za wykonane i odebrane roboty budowlane przewidziana w art. 647¹ § 5 k.c. dotyczy wynagrodzenia należnego podwykonawcy; nie sprzeciwia się temu gwarancyjny charakter tej odpowiedzialności, nie ma podstaw do uznania, że ograniczona jest do wynagrodzenia określonego w umowie wykonawcy i podwykonawcy, a nie może odnosić się do niej nadanie umowie orzeczeniem sądu nowego kształtu, wydanym na podstawie art. 632 § 2 k.c. Skutki nadzwyczajnego zdarzenia, które były przyczyną zmiany stosunków i rażącej straty podwykonawcy ponosi inwestor, ponieważ związane są z rzeczywistym kosztem wykonania obiektu. Nie ma znaczenia fakt, że nie miał on wpływu na określenie wysokości wynagrodzenia, skoro nie było przeszkód do żądania wyjaśnień lub przedstawienia innych dokumentów.

Uzasadniony jest zarzut błędnego określenia wymagalności roszczenia o podwyższenie ryczałtu, które może przybrać postać zasądzenia świadczenia w wysokości ukształtowanej przez sąd, stosownie do art. 632 § 2 (wskazanie przez skarżącą art. 636 § 2 k.c. było zapewne omyłką) w związku z art. 481 § 1 k.c. Z uwagi na to, że orzeczenie sądu ma charakter kształtujący zobowiązanie pozwanej, należało wymagalność świadczenia zwiększającego ryczałtowe wynagrodzenie ustalić na datę wyroku, którym zostało ono zasądzone (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 30 maja 1995 r., III CRN 47/95; z dnia 10 września 1999 r., III CKN 47/98 niepublikowane; z dnia 1 października 1997 r., I PKN 314/426, OSNAP 1998 r., nr 14, poz. 426; z dnia 25 lipca 2001 r., I CKN 127/01, niepubl.). Sąd Okręgowy w G. przyznał powodowi dochodzoną kwotę, a apelacja pozwanej została oddalona. Sąd Apelacyjny uznał, że rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji, mimo błędnego uzasadnienia, odpowiadało prawu. W tej sytuacji przesłanki do zastosowania art. 632 § 2 k.c. zostały spełnione w dacie wyroku Sądu Okręgowego i od wydania tego wyroku należało zasądzić odsetki.

Z powyższych względów zaskarżony wyrok został uchylony jedynie w zakresie odsetek za okres do wydania wyroku przez Sąd pierwszej instancji oraz zmiany tego wyroku przez oddalenie powództwa na podstawie art. 398¹⁶ k.p.c. W pozostałej części skargę kasacyjną należało oddalić, stosownie do art. 398¹⁴ k.p.c. Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego stanowi konsekwencję zastosowania zasady przewidzianej w art. 100 zdanie drugie w związku z art. 391 § 1 w związku z art. 398²¹ k.p.c.