

Sygn. akt I ACa 53/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 sierpnia 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Dorota Ochalska - Gola

Sędziowie: SA Krystyna Golinowska

del. SSO Katarzyna Kamińska-Krawczyk (spr.)

Protokolant: st. sekr. sąd. Kamila Jarosińska

po rozpoznaniu w dniu 3 sierpnia 2018 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa E. P. działającej pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo Usługowe (...) E. P. z siedzibą w K.

przeciwko Gminie K.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Kaliszu

z dnia 17 października 2017 r. sygn. akt I C 1752/16

1. **oddala apelację;**
2. **nie obciąża powódki kosztami postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I ACa 53/18

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 17 października 2017 r. Sąd Okręgowy w Kaliszu w sprawie sygn. akt I C 1752/16 o zapłatę kwoty 264 554 zł : w pkt I. zasądził od pozwanej Gminy K. na rzecz powódki E. P. kwotę 40 824 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 15 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty ; w pkt II. oddalił powództwo w pozostałej części; w pkt III zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 5587 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych.

Powódka E. P. działając pod firmą Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowo - Usługowego (...) E. P. z siedzibą w K. prowadzi działalność gospodarczą w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Ma w tej branży dziesięcioletnie doświadczenie. Pozwana Gmina K. w dniu 14 października 2013 r. ogłosiła przetarg nieograniczony na odbieranie odpadów komunalnych z terenu Gminy K.. Integralną częścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia był załącznik nr 9 zawierający Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia. Zgodnie z punktem 3 postanowień wstępnych Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia roczna ilość odpadów komunalnych na terenie Gminy K. została oszacowana na 7.000 Mg i miała charakter szacunkowy, informacyjny dla przyszłego wykonawcy, a szacunek ten wynikał z (...) Planu (...) dla Gminy K., gdyż w tym czasie pozwana Gmina nie posiadała

doświadczeń co do tego, jaki strumień odpadów mieszkańcy wygenerują. Z części II punkt 2.4 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia wynikało ponadto, że wykonawca obowiązany był przy sporządzaniu oferty do uwzględnienia danych zawartych w (...), a także do oszacowania wzrostu ilości odbieranych odpadów w trakcie trwania umowy. W załączniku nr 11 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określono częstotliwość odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych. W czasie trwania postępowania przetargowego zamawiającemu zadano pytanie nr 12, na które zamawiający odpowiedział, że miesięczna ilość pojemników dla nieruchomości niezamieszkałych określonych w załączniku nr 11 jest wiążąca.

Jednocześnie w rozdziale I ust. 11 SIWZ przewidziano, że za przekroczony limit odpadów zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających do 20% wartości zamówienia podstawowego, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zamówienia uzupełniające zostały przewidziane w przedmiotowym postępowaniu w związku z tym, że zamawiający brał pod uwagę ewentualną konieczność przedłużenia realizacji umowy na okres kolejnych kilku miesięcy, w przypadku gdyby kolejne postępowania przetargowe nie doprowadziły do zawarcia umowy w wymaganym terminie np. w wyniku kolejnych odwołań.

Powódka złożyła ofertę stanowiącą odpowiedź na warunki zamówienia i była jedynym oferentem. Zaoferowana cena była skalkulowana przy założeniu podanej przez Gminę ilości 7.000 Mg odpadów rocznie. W konsekwencji wygranego przetargu strony zawarły w dniu 16 grudnia 2013 r. umowę o odbieranie odpadów komunalnych z terenu Gminy K. od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne. W § 3 umowy strony ustaliły wynagrodzenie miesięczne należne wykonawcy na kwotę 89.250 zł oraz całkowite wynagrodzenie wykonawcy z tytułu realizacji usług objętych umową na kwotę 2.313.360 zł brutto wskazując w § 3 ust. 4 wskazanej umowy, że wynagrodzenie to ma charakter ryczałtowy. Żaden z zapisów umowy na odbieranie odpadów komunalnych, ani żaden zapis SIWZ nie przewidywał zwiększenia wynagrodzenia, ani też jego zmniejszenia w przypadku gdyby ilość wywożonych odpadów komunalnych była mniejsza lub większa od wartości szacunkowej.

W dniu 7 stycznia 2014 r. odbyło się w K. spotkanie przedstawicieli Gminy K. z Proboszczami Parafii z terenu Gminy. W trakcie spotkania ustalono, że z cmentarzy będzie wywożona większa ilość odpadów niż wynikało to ze złożonych w lipcu 2013 r. deklaracji i że odpłatność za wywóz odpadów wyniesie 350 zł na kwartał niezależnie od ilości wywiezionych kontenerów. Jednocześnie postanowiono, że jeśli zaistnieje potrzeba wywiezienia kontenerów w ilości większej od zadeklarowanej, to proboszczowie będą zgłaszali telefonicznie do firmy (...) potrzebę dodatkowego wywozu na koszt Gminy, bez potrzeby wnoszenia dodatkowych opłat. W spotkaniu uczestniczył zastępca Burmistrza A. T.. Z jego strony padło zapewnienie, że kwestia wynagrodzenia za dodatkowo wywożone kontenery i pojemniki z cmentarzy będzie przedmiotem dalszych rozmów, czy negocjacji, tak by obie strony umowy były usatysfakcjonowane. Gmina zdawała sobie sprawę, że rzeczywista ilość kontenerów i pojemników wywożonych z cmentarzy będzie większa od deklarowanej przez P. na tym spotkaniu. Pozwana za pośrednictwem poczty elektronicznej wysyłanej przez upoważnionego w treści oferty przetargowej pracownika K. K. (1) zgłaszała powódce potrzebę dokonania dodatkowych wywozów śmieci. Zlecenia te prowadziły do zwiększenia częstotliwości oraz ilości odebranych odpadów.

W trakcie obowiązywania umowy, tj. w latach 2014 i 2015 r. powódka wywozła łącznie 15.353,97 ton odpadów to jest o 1.353,97 Mg w stosunku do masy odpadów wskazanych w ofercie przetargowej. Przekroczeniu ponad ustalona wielkość uległa również częstotliwość odbioru odpadów z cmentarzy. W roku 2014 ilość wywiezionych kontenerów KP-7 przekroczyła zadeklarowaną ilość na rok o 77 sztuk. Z kolei pojemników 1100 L wywieziono o 203 sztuki więcej niż zadeklarowano. W roku 2015 ilość wywiezionych kontenerów KP-7 przekroczyła zadeklarowaną ilość o 99 sztuk, a pojemników 1100 L o 25 sztuk.

Gmina miała świadomość zwiększającego się strumienia odpadów, gdyż miała to raportowane zarówno przez powódkę, jak i przez zakład gospodarowania odpadami, który przyjmował odpady. Uchwałą Rady Miejskiej w K. z 28 kwietnia 2014 r. wysokość opłaty za wywóz kontenera KP-7 raz w miesiącu ustalono począwszy od 1 lipca 2014 r. na kwotę 1.245 zł, a pojemnika 1100 L na kwotę 217 zł.

W piśmie z dnia 24 września 2014 r. powódka wystąpiła do pozwanej Gminy o zapłatę wynagrodzenia za nadwyżkę wywiezionych odpadów cmentarnych za I i II kwartał 2014 r. W piśmie tym powódka powołała się na ustalenia z poprzednim Burmistrzem Gminy A. T. poczynione na zebraniu z Proboszczami w dniu 7 stycznia 2014 r. Do pisma dołączono tabele wywozu pojemników KP-7 i 1100 L. We wrześniu 2014 r. powódka wystawiła trzy faktury za wywóz odpadów z cmentarzy obejmujący okres trzech pierwszych kwartałów 2014 r. i obciążyła w nich pozwaną Gminę należnością na łączną kwotę 15.228 zł. W dniu 24 października 2014 r. i 30 października 2014 r. powódka wystawiła faktury korygujące na 100 % ich wartości. W ten sposób uwzględniono prośbę działającej w imieniu Gminy Z. S., by należności te przenieść na koniec roku.

Pod koniec pierwszego roku obowiązywania umowy doszło do spotkania firmy (...) z przedstawicielami Gminy. Na spotkaniu tym Burmistrz P. P. zapewnił, że do rozmów o rozliczenie powstałej nadwyżki odpadów dojdzie po zakończeniu umowy, bo być może w kolejnym roku jej obowiązywania odpadów będzie mniej. Pozwana Gmina w trakcie spotkania nie kwestionowała danych liczbowych przedstawionych przez powódkę, gdyż pochodziły od podmiotu trzeciego – zakładu zagospodarowania odpadów.

W piśmie z 26 listopada 2014 r. powódka zwróciła się do pozwanej Gminy o udzielenie zamówienia uzupełniającego na kwotę 126.847,08 zł brutto w związku z przekroczeniem masy 7.000 Mg odpadów rocznie, określonej w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia.

Pozwana Gmina nie udzieliła powódce żadnych zamówień uzupełniających i nie podjęła żadnych działań w tym kierunku.

Na koniec 2015 r. powódka wystawiła pozwanej fakturę VAT o nr (...) na kwotę 264.554 zł z terminem płatności na dzień 14 stycznia 2016 r. Objęła nią wartość dodatkowo wykonanych usług wywozu odpadów.

Pozwana Gmina wywiązała się z umowy z powódką płacąc umówione wynagrodzenie ryczałtowe. Pismem z dnia 12 stycznia 2016 r. pozwana odmówiła zapłaty faktury za dodatkowy wywóz odpadów. Gospodarka odpadami zamknęła się dla pozwanej Gminy stratą, której wysokość wyniosła w roku 2014 ponad 300.000 zł, a w roku 2015 ponad 400.000 zł.

W konsekwencji powyższych ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy stwierdził, że strona powodowa jako przedsiębiorca, który prowadzi działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych i na mocy ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz umowy zawartej z pozwaną była uprawniona do odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i uzyskania za to stosownego wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy w pierwszej kolejności rozważył jako podstawę prawną roszczenia powódki zapis Rozdziału I ust. 11 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, który stanowił, że za przekroczony limit odpadów zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających do 20% wartości zamówienia podstawowego, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych.

Zamówienia uzupełniające unormowane w art. 67 ust 1 pkt 6 powołanej ustawy stanowią odrębny od zamówień dodatkowych rodzaj zamówień, których udzielenie możliwe jest w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamówienie uzupełniające zostaje udzielone po negocjacjach z jednym wykonawcą, w tym przypadku z wykonawcą, na rzecz którego udzielono zamówienia podstawowego. Zapis w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego o możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego nie daje jednak dla wykonawcy, na rzecz którego udzielono zamówienia podstawowego, roszczenia o udzielenie także zamówienia uzupełniającego. Z drugiej strony również zamawiającemu nie służy roszczenie do wykonawcy, aby ten świadczył dla niego zamówienie uzupełniające.

Sąd I instancji podkreślił, że z niespornych okoliczności faktycznych sprawy wynikało, że zamówienie uzupełniające nie zostało udzielone. Wbrew twierdzeniom powódki nie było do tego dostatecznych podstaw prawnych. Zgodnie bowiem z powołanym przepisem art. 67 ust 1 pkt 6 Prawa Zamówień Publicznych zamawiający mógł udzielić zamówienia z wolnej ręki, w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego,

dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości. W kontekście tych unormowań za uzasadnione uznać należało wyjaśnienia pozwanej, że zamówienia uzupełniające w przedmiotowym postępowaniu zostały przewidziane w związku z tym, że zamawiający brał pod uwagę ewentualną konieczność przedłużenia realizacji umowy na okres kolejnych kilku miesięcy w przypadku, gdyby kolejne postępowanie przetargowe nie doprowadziło do zawarcia umowy w wymaganym terminie np. w wyniku kolejnych odwołań.

W tych okolicznościach Sąd Okręgowy uznał, że powódka nie miała roszczenia przeciwko pozwanej o zapłatę dodatkowego wynagrodzenia w oparciu o tak skonstruowaną podstawę.

Zdaniem Sądu Okręgowego, podstawy takiej nie sposób też upatrywać w innych przepisach ustawy Prawo zamówień Publicznych. Przepisy art. 144 ust 1 i 2 powołanej ustawy zakazują wprost zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem powołanego przepisu byłaby nieważna.

Sąd I Instancji odwołał się nadto do art. 139 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych w myśl którego do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Omawianą umowę Sąd Okręgowy zakwalifikował jako umowę o świadczenie usług, do której z mocy art. 750 k.c. stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Zgodnie z przepisem art. 750 k.c. do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Umowa zlecenia uregulowana jest w art. 734 § 1 k.c., stanowiącym, że przez umowę zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie.

Pozwana zawarła ze stroną powodową umowę podobną do umowy zlecenia. Stosownie do art. 735 § 1 k.c. jeżeli ani z umowy, ani z okoliczności nie wynika, że przyjmujący zlecenie zobowiązał się wykonać je bez wynagrodzenia, za wykonanie zlecenia należy się wynagrodzenie. Bezspornym w sprawie pozostawało, że umowa stron była odpłatna i ze strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe. Wynagrodzenie to charakteryzuje się tym, że jest ustalone w kwocie z góry określonej i niezmiennej. Przesądza o tym treść art. 632 § 1 k.c. stanowiąc, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe to przyjmujący zamówienie (wykonawca) nie może żądać podwyższenia tego wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac. O wynagrodzeniu ryczałtowym można zatem mówić w wypadku, gdy strony umówią się z góry na określoną kwotę wynagrodzenia, przy wyraźnej lub dorozumianej ich woli na to, że kwota ta nie będzie podlegać zmianom, a więc z jednej strony wykonawca nie będzie mógł się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego niż umówione, a z drugiej strony inwestor nie będzie mógł żądać jej obniżenia i twierdzić, że doszło do nadpłaty z uwagi na faktycznie wykonane prace. Negocjując treść umowy i ustalając, że wynagrodzenie będzie miało formę wynagrodzenia ryczałtowego, kontrahenci umowy powinni w pełni zdawać sobie sprawę z prawnych konsekwencji tej formy wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy podzielił argumenty strony pozwanej, że ewentualne zwiększenie się ilości odbieranych odpadów komunalnych z terenu Gminy K. jest objęte ryzykiem kontraktowym. Przy ustaleniu wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko powstania dodatkowych kosztów związanych z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac obciąża przyjmującego zamówienie. Strony decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe musiały liczyć się z jego bezwzględny i sztywnym charakterem, zaś powódka jako podmiot profesjonalnie zajmujący się usuwaniem odpadów była zobowiązana w sposób właściwy ocenić nie tylko ryzyko związane z wykonywanym zamówieniem ale i ryzyko wzrostu ilości odbieranych odpadów komunalnych.

Zasada sztywności wynagrodzenia ryczałtowego nie ma jednak charakter bezwzględnego. Roszczenie zgłoszone przez powódkę mogło znajdować oparcie w art. 357¹ § 1 k.c. (duża klauzula rebus sic stantibus). Zgodnie z powołanym przepisem jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi

trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy.

Zmiana tak istotnego elementu umowy, jakim jest wysokość wynagrodzenia, może nastąpić w oparciu o wskazy przepis art. 357¹ § 1 k.c. tylko wówczas gdy zostało zgłoszone żądanie zmiany treści stosunku łączącego strony, bowiem orzeczenie sądu, w zależności od treści żądania, może odmiennie niż w umowie oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, odmiennie oznaczyć wysokość świadczenia lub orzec o rozwiązaniu umowy. Niezależnie od tego wskazać trzeba, że powołany przepis nie może mieć zastosowania, gdy na datę wniesienia pozwu umowa została w całości wykonana. Wtedy jej modyfikacja na podstawie art. 357¹ k.c. generalnie nie jest możliwa.

Z obu omawianych przyczyn Sąd Okręgowy uznał, że ta podstawa zmiany wynagrodzenia nie została w niniejszej sprawie spełniona.

W takiej sytuacji, pozostawało dokonać oceny roszczenia powódki na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Skoro przepis art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych potwierdza cywilistyczny charakter umów zawieranych w ramach zamówień publicznych, nakazując stosować do nich wprost przepisy kodeksu cywilnego, to nie ma podstaw do kwestionowania możliwości stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego. Podstawę taką stanowi art. 405 k.c.

Powódka udowodniła w toku procesu, że wykonała prace dodatkowe wywożąc kontenery i pojemniki w liczbie znacząco przekraczającej treść zamówienia. Z poczynionych ustaleń faktycznych wynikało w sposób oczywisty, że szacowana ofertą przetargową ilość odpadów komunalnych została przekroczona. W trakcie obowiązywania umowy, tj. w latach 2014 i 2015 r. powódka wywoziła łącznie 15.353,97 ton odpadów, zamiast szacowanych 14.000 ton. Ta okoliczność mieściła się jednak w ryzyku kontraktowym. Powódka jako profesjonalista winna była tak skonstruować ofertę cenową, by zminimalizować ryzyko wystąpienia straty na usługach świadczonych wobec pozwanej Gminy i to przy uwzględnieniu okoliczności, że żadna ze stron umowy nie była w stanie przewidzieć o ile wzrośnie strumień odpadów wygenerowanych przez właścicieli nieruchomości po wejściu od 1 stycznia 2014 r., nowych regulacji dotyczących gospodarki odpadami. Dla obu stron musiało być oczywistym, że w trakcie realizacji umowy wzrośnie ilość deklaracji śmieciowych, co z resztą uwzględniono w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nakładając na przyjmującego zamówienie obowiązek uwzględnienia tej okoliczności. W konsekwencji Sąd nie znalazł podstaw do uwzględnienia roszczenia z bezpodstawnego wzbogacenia na tej tylko podstawie, że powódka wywoziła globalnie wyższą ilość odpadów z terenu Gminy niż przewidywały to szacunki ujawnione w procedurze przetargowej.

Znacznemu przekroczeniu w stosunku do deklaracji wynikających z załącznika nr 11 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia uległa również ilość odpadów wywiezionych z cmentarzy. W latach 2014 – 2015 powódka wywoziła o 176 kontenerów KP-7 i o 228 pojemników 1100 L więcej niż założono w pierwotnych deklaracjach. Powyższy wzrost został wygenerowany odpadami wywożonymi z cmentarzy. Istotnym w realiach sprawy pozostawało, że już po zawarciu umowy o wywóz odpadów komunalnych pozwana Gmina porozumiała się z Proboszczami w kwestii zwiększonej ilości odbieranych z cmentarzy kontenerów i pojemników. W praktyce Gmina zgodziła się na niczym nielimitowaną ilość wywożonych z cmentarzy kontenerów i pojemników, a nawet odstąpiła od pobierania dodatkowych opłat za odpady wywożone ponad ilości wskazane w deklaracjach P.. Takich uzgodnień strona powodowa nie mogła przewidzieć. Zobowiązanie Gminy wobec Parafii do odbioru zwielenokrotnionej masy odpadów na telefoniczną informację od P. oznaczało przerzucenie na powódkę kosztów z tym związanych i wykraczało poza treść umowy zawartej między stronami. Obie strony umowy miały przy tym świadomość tego faktu i deklarowały podjęcie w przyszłości negocjacji w sprawie zrekomensowania powódce dodatkowo ponoszonych kosztów. W zakresie w jakim powódka nie otrzymała dodatkowego wynagrodzenia za wywóz odpadów przewyższający limity wyznaczone w deklaracjach śmieciowych proboszczów doszło do wzbogacenia pozwanej wobec powódki. Z podjętej w 2014 r. uchwały Rady Gminy w K. wynikało, że wywóz kontenera KP – 7 będzie wiązał się z opłatą w kwocie 1.245 zł brutto,

a wywóz pojemnika 1100 L z opłatą w kwocie 217 zł brutto. Przyjmując powyższe stawki dodatkowy wywóz 176 kontenerów KP - 7 i 228 sztuk pojemników 1100 L winien wiązać się z opłatą na rzecz Gminy w łącznej kwocie 268.596 zł brutto. Sformowane przez stronę powodową roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia obejmującego wywóz odpadów z cementarzy było dalece mniejsze. Strona powodowa dochodziła w tym zakresie zapłaty kwoty 40.824 zł, przy przyjęciu kosztu wywozu jednego kontenera KP-7 w wysokości 162 zł brutto i kosztu wywozu pojemnika 1100 L w wysokości 54 zł brutto. Dało to łącznie kwotę 40.824 zł (162 zł x 176 sztuk + 54 zł x 228 sztuk). Tak określona wysokość roszczenia była usprawiedliwiona okolicznościami sprawy i treścią art. 405 k.c. Z przepisu tego wynika, że kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości. Ponieważ pozwana nie mogła zwrócić powodce wykonanych usług, powinien zwrócić jej ich wartość, tj. kwotę 40.824 zł.

Termin wymagalności tej wierzytelności wobec pozwanej Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o treść faktury VAT z dnia 30 grudnia 2016 r. i ustalił na dzień 15 stycznia 2016 r. Z tych przyczyn orzekł jak w punkcie I sentencji wyroku.

W pozostałej części powództwo podlegało oddaleniu o czym orzeczono w punkcie II sentencji wyroku.

Strona powodowa wygrała sprawę w 15 %. Łączne koszty procesu zamknęły się kwotą 34.862 zł, na którą złożyła się opłata od pozwu w kwocie 13.228 zł oraz wynagrodzenia pełnomocników obu stron w kwotach po 10.817 zł. Pozwana winna ponieść 15% tych kosztów, a więc kwotę 5.230 zł. Tymczasem poniosła koszty związane z udziałem w sprawie jej pełnomocnika w wysokości 10.817 zł, a więc o 5.587 zł więcej niż powinna. Z tej też przyczyny na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. kwotę tą zasądzono w punkcie III sentencji wyroku.

Powyższy wyrok w zakresie pkt II i III zaskarżyła apelacją powódka. Zaskarżonemu rozstrzygnięciu skarżąca zarzuciła:

1. rażąco naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na treść wydanego w sprawie orzeczenia, tj.:

a) art. 217 k.p.c. § 2 i 3 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z dokumentów m.in. załącznika nr 10 SIWZ oraz uchwały nr XXV/178/2016 z dnia 30 września 2016 r. podczas gdy strona powodowa uprawdopodobniła, że nie zgłosiła tych dowodów bez swojej winy, uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i przeprowadzenie dowodów z oznaczonych dokumentów nie spowodowałyby zwłoki w rozpoznaniu sprawy, a dowody te miały istotne znaczenie dla sprawy i przyczyniłyby się do wydania korzystnego dla powódki rozstrzygnięcia ;

b) art. 233 § 1 w zw. z art. 278 k.p.c. poprzez ograniczenie przez sąd postępowania dowodowego oraz nieprzeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości na okoliczność ustalenia procentowego wzrostu liczby gospodarstw domowych oraz liczby nieruchomości niezamieszkałych na terenie gminy K. w okresie realizacji umowy z dnia 16 grudnia 2013 r. w odniesieniu do ich liczby wskazanej w załącznikach nr 10 i 11 SIWZ z jednoczesnym ustaleniem statystycznej ilości odpadów przypadających na poszczególne kategorie podmiotów wytwarzających odpady na terenie Gminy K.;

c) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i dokonanie jego oceny z pominięciem istotnej części tego materiału, a w konsekwencji ustalenie, iż:

- okoliczność zwiększenia się ilości odpadów ponad ilość określoną przez pozwaną gminę w pkt 3 rozdziału I – Postanowienia wstępne (...) mieściła się w ryzyku kontraktowym, podczas gdy strona pozwana – podmiot sporządzający dokumenty przetargowe w tym ogłoszenie o zamówieniu w sekcji II pkt 4.2 zawarła, iż ryzyko kontraktowe w ramach realizacji umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego ogranicza się do ewentualnego wzrostu liczby gospodarstw domowych na terenie gminy K. o 3% w stosunku do liczby określonej w załączniku nr 10 do (...);

- „żaden z zapisów umowy na odbieranie odpadów komunalnych ani żaden zapis SIWZ nie przewidywał zwiększenia wynagrodzenia ani też jego zmniejszenia w przypadku gdyby ilość wywożonych odpadów komunalnych była mniejsza lub większa od wartości szacunkowej” podczas gdy w SIWZ w rozdziale XVII pkt 1 ppkt 3 przewidziano możliwość

modyfikacji postanowień umowy w zakresie wynagrodzenia dla wykonawcy w przypadku wprowadzenia zmian w odniesieniu do harmonogramu wykonania usługi;

- „roczna ilość odpadów komunalnych na terenie gminy K. została oszacowana na 7000 Mg” podczas, gdy pkt 3 rozdziału I (...) nie zawiera wskazania iż liczba 7000 Mg odnosi się do jednego roku, zaś termin realizacji zamówienia dotyczył okresu od 1 stycznia 2014 r. do 31 grudnia 2015 r. co czyni usprawiedliwionym twierdzenie, iż ilość odpadów wskazana przez stronę pozwaną w dokumentacji przetargowej odnosi się do okresu dwuletniego;

- „gmina nie posiadała doświadczeń co do tego jaki strumień odpadów mieszkańcy wygenerują” podczas gdy strona pozwana w 2013 r. w okresie poprzedzającym ogłoszenie przedmiotowego przetargu nieograniczonego ogłosiła tożsamego rodzaju przetarg, który zakończył się wyłonieniem wykonawcy, realizacją zamówienia przez okres tam określony oraz pozyskaniem danych odnoszących się do liczby i rodzaju odebranych w toku jego realizacji odpadów – na które to okoliczności wskazywała m.in. świadek I. H.;

- „powódka wywiozła łącznie o 1353,97 Mg więcej odpadów w stosunku do masy odpadów wskazanej w ofercie przetargowej” podczas gdy masa odpadów wskazana w pkt 3 rozdziału I – Postanowienia wstępne Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia została określona na poziomie 7000 Mg bez jednoczesnego wskazania okresu rozliczeniowego co w korelacji z okolicznością iż termin realizacji zamówienia dotyczył okresu 1 stycznia 2014 -31 grudnia 2015 r. usprawiedliwiał przekonanie, że liczba 7000 Mg odnosi się w istocie do okresu dwu – nie zaś jednorocznego, zatem powódka wywiozła odpady w ilości o 8353,97 Mg większej aniżeli określiła strona pozwana w dokumentacji przetargowej;

- „określona w pkt 3 rozdziału I (...) ilość odpadów 7000 Mg miała charakter szacunkowy, informacyjny dla przyszłego wykonawcy, a szacunek ten wynikał z (...) Planu (...) dla Gminy K.” z dowodów w postaci SIWZ oraz (...) podczas gdy wskazany przez Sąd I Instancji dokument (...) Planu (...) dla Gminy K. nie został w ogóle sporządzony, a redakcja pkt 3 rozdziału I (...) dotyczącego liczby odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie gminy K. nie zawierała wskazania, że dane liczbowe mają charakter informacyjny i szacunkowy;

d) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnej oceny materiału dowodowego i bezzasadne uznanie za wiarygodne zeznań świadka K. K. (2) w zakresie w jakim wskazywał on, iż „przedsiębiorca, który chce startować [w przetargu] musi uwzględnić minimum 5% wzrost deklaracji” oraz „pięcioprocentowy wzrost deklaracji odnosi się do całej umowy” podczas gdy z treści ogłoszenia o zamówieniu - sekcja II, pkt 4.2. wynika, iż „W trakcie trwania Zamówienia przyjmuje się możliwość wzrostu liczby gospodarstw domowych o 3% w stosunku do liczby określonej w załączniku nr 10”;

e) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnej oceny materiału dowodowego i bezzasadne uznanie za wiarygodne zeznań świadka K. K. (1) i I. H. w zakresie w jakim świadkowie wskazali, iż strona pozwana przewidywała możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego wyłącznie w razie konieczności przedłużenia realizacji umowy ze względu na brak zawarcia umowy w wymaganym terminie w ramach rozstrzygnięcia kolejnych przetargów;

f) art. 233 § 1 k.p.c. przez sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego wyprowadzenie faktu, iż wywóz odpadów w ilości przekraczającej ilość określoną przez pozwaną gminę w punkcie 3 rozdziału I - Postanowienia wstępne (...) objęty był ryzykiem kontraktowym, które powódka winna wziąć pod uwagę przystępując do przetargu oraz zawierając stosunek zobowiązaniowy ze stroną pozwaną przy jednoczesnym ustaleniu, iż powódka nie była zobowiązana do uwzględnienia wzrostu ilości odpadów odbieranych z cmentarzy z powołaniem na wzajemnie wykluczające się ustalenia, iż zwiększenie się ilości odpadów o z deklarowanych w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia 7.000 Mg do 15.353,97 Mg objęte jest ryzykiem kontraktowym, jednocześnie uznając, iż powódka nie była w stanie przewidzieć - a co za tym idzie - nie była objęta ryzykiem kontraktowym okoliczność wzrostu ilości odpadów komunalnych wywożonych z cmentarzy na terenie gminy K.;

co doprowadziło do oddalenia powództwa w zaskarżonej części w skutek wadliwego określenia podstawy faktycznej wyroku z pominięciem wniosków płynących z wykładni art 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych;

g) art. 328 § 2 k.p.c., polegające na niewskazaniu w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, jak również dowodów, na których sąd się oparł, rozstrzygając, że zwiększenie się ilości odpadów o z deklarowanych w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia 7.000 Mg do 15.353,97 Mg objęte jest ryzykiem kontraktowym, które powódka winna mieć na uwadze składając ofertę oraz zawierając stosunek zobowiązaniowy, jednocześnie uznając, iż powódka nie była w stanie przewidzieć - a co za tym idzie - nie była objęta ryzykiem kontraktowym okoliczność wzrostu ilości odpadów komunalnych wywożonych z cmentarzy na terenie gminy K., co skutkuje utrudnioną kontrolą legalności zaskarżonego orzeczenia w omawianym zakresie;

2. naruszenie prawa materialnego, tj.:

a) art. 405 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, iż nie doszło do bezpodstawnego wzbogacenia strony pozwanej pomimo uzyskania przezeń korzyści majątkowej w postaci świadczenia przez powódkę usług wywozu odpadów nieobjętych przedmiotem zamówienia pn. „Odbieranie odpadów komunalnych z terenu Gminy K. od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych na których powstają odpady komunalne” w zakresie przenoszącym kwotę 40 824 zł;

b) art. 72 § 2 k.c. poprzez niezastosowanie w sytuacji rozpoczęcia i prowadzenia negocjacji przez pozwaną z naruszeniem dobrych obyczajów, w szczególności bez zamiaru zawarcia umowy, co winno skutkować nałożeniem na pozwaną obowiązku naprawienia szkody, jaką druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy;

c) art. 65 § 1 k.c. poprzez błędną wykładnię postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie punktu 11 rozdziału I - Informacje ogólne oraz sekcji IV pkt 3 ogłoszenia o zamówieniu i uznanie, iż sformułowanie „Zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających do 20% wartości zamówienia podstawowego o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 p.z.p. ” należy rozumieć w ten sposób, iż strona pozwana przewidywała możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego wyłącznie w przypadku konieczności przedłużenia realizacji umowy ze względu na brak zawarcia umowy w wymaganym terminie w ramach rozstrzygnięcia kolejnych przetargów;

d) art. 65 § 1 k.c. poprzez dokonanie błędnej wykładni postanowień Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie punktu 3 rozdziału I - Postanowienia wstępne i uznanie, iż sformułowanie „liczba odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie Gminy K. określona na podstawie (...) Planu (...) oraz Planu (...) dla Gminy K. kształtuje się na poziomie ok. 7.000 Mg” należy rozumieć w ten sposób, że określone przez autora dokumentu - stronę pozwaną dane liczbowe mają charakter szacunkowy, informacyjny, a ryzyko kontraktowe związane z realizacją umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego obejmuje nielimitowany ilościowo wzrost odpadów w toku jej realizacji, z uwagi na ewidentną sprzeczność oceny z treścią płynącą z wykładni art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, co skutkowało wadliwym ustaleniem granic ryzyka kontraktowego oraz usprawiedliwieniem braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego poprzez stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka z jednoczesnym zaistnieniem stanu niemożliwości wyceny ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty skarżąca wniosła o zmianę wyroku w zaskarżonej części i zasądzenie na rzecz powódki dalszej kwoty 223 730 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 15 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, jak również kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego w jego toku, według norm prawem przepisanych.

W odpowiedzi na apelację strona pozwana wniosła o jej oddalenie oraz o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w jego toku, według norm prawem przepisanych.

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 3 sierpnia 2018 r. powódka na wypadek nieuwzględnienia apelacji wniosła o odstąpienie od obciążania jej kosztami postępowania apelacyjnego na podstawie art. 102 k.p.c.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja okazała się niezasadna.

Zaskarżone rozstrzygnięcie zostało wydane w wyniku prawidłowo ustalonego stanu faktycznego. Powyższe ustalenia Sąd Apelacyjny w pełni podziela i przyjmuje za własne, uznając za zbędne powielanie ich w dalszej części uzasadnienia.

W pierwszej kolejności Sąd Apelacyjny rozważył trafność zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c., który może być uznany za usprawiedliwiony wtedy, gdy kwestionowane uzasadnienie wyroku sądu nie zawiera wszystkich elementów określonych w tym przepisie, a braki w tym zakresie są tak istotne, że zaskarżone orzeczenie nie poddaje się kontroli co do przyczyn faktycznych i prawnych, które legły u jego podstaw. Takich mankamentów nie można przypisać uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, które w pełni odpowiada wymogom art. 328 § 2 k.p.c.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego oddalenia wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z dokumentów złożonych w dniu 5 października 2017 r. trzeba zaznaczyć, że powódka - reprezentowana przez fachowego pełnomocnika - po oddaleniu wniosku dowodowego na rozprawie w dniu 5 października 2017 r. przez Sąd pierwszej instancji nie złożyła w toku posiedzenia zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c.. Skuteczne sformułowanie zarzutu w trybie art. 162 k.p.c. ma umożliwić sądowi zorientowanie się na czym uchybienie polega oraz wszczęcie postępowania naprawczego, o ile w istocie uchybienie występuje. Celem regulacji z art. 162 k.p.c. jest pobudzenie inicjatywy stron w doprowadzeniu do szybkiego usunięcia dostrzeżonych przez nie naruszeń przepisów postępowania i umożliwienie sądowi niezwłocznego naprawienia błędu. Powódka składając w sposób nieprawidłowy zastrzeżenie do protokołu (dopiero w piśmie procesowym z dnia 16 października 2017 r.), utraciła możliwość powoływania się na to uchybienie w dalszym toku postępowania, w tym w zarzutach apelacji.

Zarzut ograniczenia postępowania dowodowego oraz nieprzeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości również nie zasługuje na akceptację. Podkreślić trzeba, że w toku postępowania przed Sądem Okręgowym powódka takiego wniosku nie składała pomimo tego, że w postępowaniu cywilnym, co do zasady to na stronach ciąży obowiązek dowodzenia okoliczności, z których wywodzą skutki prawne. Sąd powinien traktować zawsze dopuszczenie dowodu z urzędu, jako środek ostateczny, jeśli nie może w inny sposób przeciwstawić się niebezpieczeństwu nieprawidłowego rozstrzygnięcia sprawy. Artykuł 232 zdanie drugie k.p.c. należy interpretować w ścisłym powiązaniu ze zdaniem pierwszym tego przepisu. Stanowi on istotny wyjątek od zasady kontradiktoryjności i wynikającego z niej ciężaru dostarczenia dowodów przez strony. Dopuszczenie z urzędu dowodu niewskazanego przez stronę jest prawem, nie zaś obowiązkiem sądu. Zwłaszcza w sytuacji, gdy strona jest reprezentowana przez fachowego pełnomocnika, który powinien zdawać sobie sprawę z ciężących na nim obowiązków procesowych. Zgodnie z art. 6 k.c. to na powódce ciąży obowiązek wykazania faktów, z których wywodzi skutki prawne. Zaniechanie bez usprawiedliwionej przyczyny inicjatywy dowodowej na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego - zważywszy na to, że taka potrzeba istniała już wówczas - skutkowało pominięciem zgłoszonych w apelacji dowodów, jako spóźnionych (art. 381 k.p.c.).

Reasumując, za nietrafne należy uznać zarzuty naruszenia art. 217 § 2 i 3 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c.

Brak było, zatem podstaw do uzupełniania materiału dowodowego, a ocena zarzutów apelacji dokonywana była w świetle dowodów zgromadzonych w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji.

Zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny uznał za niezasadny wobec braku wykazania, że ocena materiału dowodowego jest rażąco wadliwa, czy w sposób oczywisty błędna, dokonana z przekroczeniem granic swobodnego przekonania sędziowskiego, wyznaczonych w tym przepisie. Sąd drugiej instancji ocenia bowiem legalność oceny dokonanej przez sąd I instancji, czyli bada czy zostały zachowane kryteria określone w art. 233 § 1 k.p.c. Należy zatem mieć na uwadze, że - co do zasady sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na

podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, dokonując wyboru określonych środków dowodowych. Jeżeli z danego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie, poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona tylko wtedy, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub, gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo - skutkowych. Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne im je przyznając. Skarżąca nie zdołała dowieść powyższych okoliczności. Powódka w apelacji oprócz przedstawienia własnej odmiennej od dokonanej przez Sąd I instancji oceny zeznań świadków I. H. i K. K. (1) nie podważyła prawidłowości oceny Sądu I instancji. Dlatego też wbrew zarzutom apelacji, Sąd Okręgowy w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oceniając te dowody zgodnie z dyspozycją art. 233 § 1 k.p.c. dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych, z których przy zastosowaniu prawidłowych norm prawa materialnego, wyciągnął słuszne wnioski.

W tym miejscu trzeba zauważyć, że zarzut naruszenia swobodnej oceny dowodów ściśle wiązał się z zarzutami naruszenia prawa materialnego gdyż istotą niniejszego sporu była interpretacja postanowień umowy zawartej przez strony w dniu 16 grudnia 2013 r., dotyczącej odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie Gminy K.. Podstawowym zagadnieniem było to czy ilość odpadów wskazana w umowie stron miała charakter szacunkowy i informacyjny czy też stanowiła górną granicę zobowiązania powódki.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy prawidłowo uznał, że przedmiotem umowy była usługa wywozu odpadów komunalnych z Gminy K. w okresie od stycznia 2014 do grudnia 2015 r. nie zaś wywiezienie konkretnie wskazanej ilości odpadów. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowiący załącznik nr 9 do SIWZ wskazywał, szacunkową liczbę odpadów 7000 Mg rocznie. Całkowicie bezpodstawny jest zarzut apelacji, że wskazana ilość odpadów na poziomie około 7000 Mg dotyczyła okresu dwuletniego a nie rocznego. Podkreślić trzeba, że podstawa faktyczna powództwa oparta była na wyliczeniach nadwyżki w odniesieniu do 7000 Mg rocznie a nie na okres 2 letni. Twierdzenia powódki, że wywiozła odpady w ilości większej o 8353,97 Mg aniżeli określiła strona pozwana w dokumentacji przetargowej pojawiły się dopiero w apelacji. Podstawa faktyczna pozwu jak i wskazane tam wyliczenia dochodzonych kwot zostały oparte na założeniu że powódka wywiozła łącznie o 1353,97 Mg więcej odpadów w stosunku do masy odpadów wskazanej w ofercie przetargowej.

W tym miejscu należy podkreślić, że sporna umowa została zawarta w reżymie zamówień publicznych, w którym wykonawcy został przyznany swoisty instrument oddziaływania na treść przyszłej umowy poprzez żądanie wyjaśnienia przez zamawiającego treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych). Prawidłowe jego wykorzystanie powinno prowadzić do wyjaśnienia, jeszcze na etapie postępowania przetargowego, wszelkich wątpliwości co do treści specyfikacji, w tym odnoszących się do przedmiotu zamówienia, z którego wynika zakres zobowiązania wykonawcy. W tym stanie rzeczy można było zasadnie oczekiwać od powódki, że w razie wątpliwości co do przedmiotu zamówienia skorzysta z instrumentu, przewidzianego w Prawie zamówień publicznych. W orzecznictwie wyrażono pogląd, że w danych okolicznościach składanego i przyjmowanego zamówienia publicznego oraz wątpliwości występujących po stronie wykonawcy, art. 38 p.z.p. stanowi w związku z art. 354 § 2 k.c. nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ; zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 k.c. (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13).

W rozpoznawanej sprawie powódka z takiej możliwości nie skorzystała, a jej pasywność w sytuacji, kiedy powinna być aktywna, winna oddziaływać także w płaszczyźnie wykładni niejasnych w tym zakresie postanowień umowy stron.

Dlatego też nie mógł odnieść skutku zarzut apelacji dotyczący naruszenia art. 65 § 2 k.c. w powiązaniu z art. 29 ust. 1 p.z.p., ponieważ Sąd Okręgowy trafnie odczytał treść spornego postanowienia umowy stron, uwzględniając reguły wykładni umów wynikające z powołanego przepisu i wyciągnął z tego prawidłowe wnioski. Na marginesie warto przypomnieć, że dyspozycja przepisu art. 29 ust. 1 p.z.p. odnosi się wprost do przedmiotu zamówienia. Przepis ten nie znajduje zaś zastosowania do umowy zawartej pomiędzy stronami w wyniku rozstrzygnięcia przetargu (tak Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 13 lipca 2017 r., I ACa 1076/16, LEX nr 2416069).

Bezsporne jest też to, że wynagrodzenie za wywóz odpadów miało charakter ryczałtowy. Jak już wskazano, z treści umowy nie wynikało, że powódka zobowiązuje się do wywiezienia określonej ilości odpadów, gdyż w umowie w sposób jedynie szacunkowy określono wymiar odpadów. Sąd I instancji prawidłowo uznał, że żaden z przepisów umowy nie przewidywał zwiększenia wynagrodzenia ani też jego zmniejszenia w przypadku gdyby ilość wywożonych odpadów była mniejsza lub większa od wartości szacunkowej. Odwołanie się przez powódkę do trybu wskazanego w części XVII pkt 1 ppkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest o tyle nieprzydatne, że warunkiem dokonania zmian umowy było złożenie wniosku przez stronę inicjująca w trybie określonym w specyfikacji (XVII pkt 2). Taki wniosek nie został jednak złożony.

Zauważyć też warto, że zgodnie z treścią umowy ryzykiem kontraktowym był objęty wzrost liczby gospodarstw domowych o 3 % w stosunku do liczby określonej w załączniku nr 10. Powódka będąca profesjonalistką reprezentowaną przez fachowego pełnomocnika nie wykazała za pomocą odpowiednich wniosków dowodowych, że wzrost ten był wyższy a w konsekwencji by wykraczał poza ryzyko kontraktowe.

Powyższe okoliczności prowadzą do jednoznacznej konkluzji, że także zarzut naruszenia art. 405 k.c. nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach niniejszej sprawy. Brak jest bowiem podstaw do przyjęcia by powódka świadczyła usługę wywozu odpadów, które nie były objęte przedmiotem zamówienia.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 72 § 2 k.c. zaakcentować trzeba, że przedmiotowe roszczenia wynikają z zawartej umowy. Odszkodowanie na podstawie art. 72 § 2 k.c. należy się w granicach ujemnego interesu umownego - obejmuje szkodę, jaką druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy. Mówiąc inaczej jest to odszkodowanie za to, że z winy kontrahenta - negocjującego zawarcie umowy, z naruszeniem dobrych obyczajów - do zawarcia umowy nie doszło. Taka sytuacja w niniejszej sprawie nie zaistniała.

Z tych też względów Sąd Apelacyjny, na podstawie art. 385 k.p.c., oddalił apelację jako bezzasadną.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł na podstawie art. 102 k.p.c. zgodnie, z którym w wypadkach szczególnie uzasadnionych sąd może zasądzić od strony przegrywającej część kosztów bądź odstąpić od obciążania przegrywającego tymi kosztami w całości.

W niniejszej sprawie powódka powołała się na to, że realizując zobowiązanie utraciła płynność finansową. Celem pozyskania środków pieniężnych niezbędnych dla wypłaty wynagrodzeń pracowników zawarła umowy pożyczki. Była też subiektywnie przekonana o zasadności dochodzonego roszczenia.

W piśmiennictwie i orzecznictwie podkreśla się, że ustawodawca przyznaje sądom pewną swobodę w zasądzaniu zwrotu kosztów procesu, gdy stosowaniu zasady odpowiedzialności za wynik sporu (art. 98 k.p.c.) sprzeciwiają się względy słuszności np. wyjątkowo ciężka sytuacja strony przegrywającej (wyr. SN z 17.11.1972 r., I PR 423/72, OSNC 1973, Nr 7-8, poz. 138). W świetle ugruntowanego stanowiska judykatury nie budzi bowiem zastrzeżeń, że do kręgu "wypadków szczególnie uzasadnionych", o których mowa w art. 102 k.p.c., należą okoliczności zarówno związane z samym przebiegiem procesu, jak i leżące na zewnątrz. Do pierwszych zalicza się np. charakter żądania poddanego rozstrzygnięciu, jego znaczenie dla strony, subiektywne przekonanie strony o zasadności roszczeń, przedawnienie, do drugich – sytuację majątkową i życiową strony, z zastrzeżeniem, że nie jest wystarczające powołanie się jedynie na trudną sytuację majątkową, nawet jeżeli była podstawą zwolnienia od kosztów sądowych (tak Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 3 lipca 2013 r., I ACa 660/13, opubl. baza prawna LEX Nr 1383580, postanowienie

Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2013 r., V CZ 132/12 opubl. baza prawna LEX Nr 1341732, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2013 r., V CZ 124/12 opubl. baza prawna LEX Nr 1341727).

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny uznał, że wskazane przez powódkę okoliczności oraz charakter sprawy powodują, że zasadne jest zastosowanie art. 102 k.p.c. i nieobciążanie powódki obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.