

Sygnatura akt I ACa 535/21

I ACz 215/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 lutego 2022 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie:

Sędzia Leon Miroszewski (przewodniczący)

Sędzia Artur Kowalewski

Sędzia Zbigniew Ciechanowicz

Protokolant: sekretarz sądowy Ewa Zarzycka

po rozpoznaniu w dniu 27 stycznia 2022 roku w Szczecinie

na rozprawie

sprawy z powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

przeciwko Gminie R. i (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.

o unieważnienie umowy

na skutek apelacji pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 12 maja 2021 roku, sygnatura akt I C 17/21 oraz na skutek zażalenia pozwanej Gminy R. na postanowienia o kosztach zawarte w punktach II. I III. wyżej wymienionego wyroku

I. oddala apelację;

II. zasądza od pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. na rzecz powoda kwotę 18.750,00 (osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;

III. zmienia zaskarżony wyrok w punktach II. i III. w ten sposób, że wskazane w tych punktach kwoty zasądza wyłącznie od pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., jednocześnie odstępuje od obciążania pozwanej Gminy R. kosztami procesu oraz kosztami opłaty sądowej od pozwu;

Artur Kowalewski Leon Miroszewski Zbigniew Ciechanowicz

Sygnatura akt: I ACa 535/21

UZASADNIENIE

Powód - Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o unieważnienie umowy dzierżawy nieruchomości położonej w P. przy ul. (...) opisanej, w ewidencji gruntów jako działka nr (...), zawartej dnia 26 maja 2017 r. pomiędzy Gminą R. i (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością. W uzasadnieniu zgłoszonego roszczenia podano, że Gmina R.

dopuszcza się naruszenia prawa w ten sposób, że zleciła wykonanie robót budowlanych, o których mowa w art. 2 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych z pominięciem procedury udzielania zamówień publicznych. Powód wniósł też o zasądzenie od pozwanych kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwana Gmina R. (pozwana ad. 1) uznała żądanie pozwu w całości i nie kwestionowała twierdzeń w nim zawartych. Wskazała, że analiza dokumentów i okoliczności dotyczących zawarcia przedmiotowej umowy doprowadziła do przekonania, że celem stron była realizacja określonej umową inwestycji, co wymagało zawarcia umowy po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czego jednak nie dokonano. Wniosła też o nieobciążanie jej kosztami.

Pozwana - (...) spółka z o.o. z siedzibą w P. (pozwana ad. 2) wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda zwrotu kosztów procesu. Przyznała zawarcie kwestionowanej w pozwie umowy, natomiast zakwestionowała, że była ona umową o zamówienie publiczne.

Sąd Okręgowy w Szczecinie, w sprawie o sygnaturze akt I C 1031/18, wydał 12 czerwca 2019 r. wyrok uwzględniający powództwo (k. 337), który na skutek apelacji pozwanej (...) sp. z o.o. został uchylony wyrokiem tutejszego Sądu Apelacyjnego z 26 listopada 2020 r., a sprawa została przekazana do ponownego rozpoznania (k. 564).

Po ponownym rozpoznaniu sprawy, pod sygnaturą akt I C 17/21, Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z dnia 12 maja 2021 roku w punkcie I. unieważnił umowę dzierżawy nieruchomości położonej w P., gm. R., przy ul. (...), oznaczonej w ewidencji gruntów jako działka nr (...), zawartą w dniu 26 maja 2017 r. pomiędzy Gminą R. a (...) Sp. z o.o., objętą aktem notarialnym sporządzonym przed J. N. w G., repertorium A nr (...); w punkcie II. zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz powoda 43 750,00 (czterdzieści trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego, także w postępowaniu apelacyjnym; w punkcie III. zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz Skarbu Państwa 100 000,00 (sto tysięcy) złotych tytułem pokrycia nieuiszczonej opłaty od pozwu.

Przedstawiając ustalenia faktyczne sprawy Sąd Okręgowy wskazał, że w dniu 31 maja 2016 r. Rada Gminy R. podjęła uchwałę nr (...) w sprawie programu postępowania naprawczego Gminy R.. Program został uchwalony na lata 2016-2022 i przewidywał m.in. całkowitą rezygnację z inwestycji. Następnie w dniu 16 maja 2017 r. w Urzędzie Gminy R. odbyło się spotkanie w którym uczestniczyło 13 osób, w szczególności wójt Gminy R. S., pełnomocnik pozwanej spółki (...) A. S. i zaproszeni radni Rady Gminy R.. Tematem spotkania było oddanie w dzierżawę działki nr (...) położonej w P. przy ul. (...), o powierzchni 12.057 m⁽²⁾. W trakcie spotkania A. S. przedstawił koncepcję zagospodarowania placu z budową Muzeum (...) wraz z wizualizacją. Informacja o planowanym spotkaniu nie została przekazana wszystkim radnym. Przed spotkaniem nie było informacji ani zaproszeń pisemnych, tylko telefoniczne. Większość zaproszonych radnych o projekcie po raz pierwszy dowiedziała się dopiero na tym spotkaniu, była to dla nich zaskakująca propozycja.

Następnego dnia odbyła się XLVIII Nadzwyczajna sesja Rady Gminy R.. Porządek obrad nie przewidywał podjęcia jakiegokolwiek uchwały dotyczącej wydzierżawienia działki przy ul. (...). Sesja nie została zwołana w tym celu. Wprowadzenie dodatkowego punktu 5 poświęconego bezprzetargowemu wydzierżawieniu tej działki zaproponował Wójt Gminy – R. S.. Za wprowadzeniem tego punktu zagłosowali wszyscy obecni radni. W trakcie sesji odbyła się dyskusja nad projektem uchwały zezwalającej na wydzierżawienie działki. Przebieg sesji został utrwalony za pomocą nagrania audiowizualnego. Przedstawiciel pozwanej spółki przekonywał radnych do podjęcia uchwały podkreślając, że jego intencją jest zagospodarowanie terenu położonego naprzeciwko działki, na której jest budowany hotel. Jego ideą było uporządkowanie przestrzeni publicznej wokół tej inwestycji – kompleksu hotelowego, co miało zwiększyć jego wartość. Przekonywał, żeby termin dzierżawy wynosił 18 lat, ponieważ termin 15 letni może spowodować utratę dofinansowania unijnego i obniżyć rentowność inwestycji. Dotacja unijna w wysokości ok. 3 mln. złotych miała pozwolić na znaczne podniesienie atrakcyjności budowanych obiektów, ale nie spowoduje zwiększenia przychodów, jakie spółka miała osiągać.

Umowa dzierżawy działki była ściśle powiązana z osobnym porozumieniem, którego przedmiotem było pokrycie przez Gminę R. kosztów inwestycji na działce nr (...). Zgodnie z tym porozumieniem Gmina miała „odkupywać” nakłady na inwestycję począwszy od 6 roku obowiązywania umowy dzierżawy.

Uczestnicy dyskusji zdawali sobie sprawę, że Gmina jest w trakcie programu naprawczego, który nie pozwala na dokonywanie tego typu inwestycji. Na pytanie, czy porozumienie, które dotyczyło inwestycji, było konsultowane z Ministerstwem Wójt Gminy R. S. wskazał, że planuje, żeby wszelkie informacje wysłać następnego dnia rano do Ministerstwa Finansów i poprosić o opinię. Jeżeli opinia będzie negatywna, to na pewno nie podpisze umowy dzierżawy.

Projekt tego „porozumienia” radni otrzymali dopiero w trakcie sesji i zapoznali się z nim dopiero w trakcie zarządzonej przerwy. Umowa dzierżawy i porozumienie miały zostać podpisane jednocześnie.

Przedstawiciel pozwanej spółki A. S. wskazywał, że planowane przychody z 4 punktów handlowych w wysokości ok. 100 tys. zł rocznie nie pozwolą na pokrycie kosztów inwestycji. To miała być inwestycja pro publico bono, której nie da się zrealizować za mniej niż 5 mln. zł. Ta inwestycja miała w istocie zwiększyć wartość inwestycji na działce obok, na której był budowany hotel, ale samodzielnie była skazana na deficyt. Miała być przykładem połączenia interesu prywatnego związanego z budową kompleksu hotelowego z interesem publicznym. To miała być ikona P., której żaden podmiot komercyjny, ani Gmina samodzielnie nie zrealizuje.

Około godz. 17.10 Rada Gminy R. podjęła uchwałę o wyrażeniu zgody na bezprzetargowe zawarcie umowy dzierżawy działki nr (...) na okres 18 lat. Za uchwałą głosowało 9 radnych, nikt nie oddał głosu przeciw uchwale. Projekt uchwały nie został poddany pracom w komisjach działających w Radzie Gminy, która zajmują się analizą takich projektów.

W dniu 18 maja 2017 r. do Urzędu Gminy R. wpłynęło pismo spółki (...) z prośbą o informację, czy planowana inwestycja wymaga uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia.

W dniu 25 maja 2017 r. Gmina R. reprezentowana przez wójta R. S. zawarła z (...) Spółką z o.o. w P. reprezentowaną przez A. S. umowę w formie aktu notarialnego zatytułowaną „Umowa dzierżawy”. Na podstawie tej umowy Gmina przekazała Spółce bezprzetargowo zgodnie z uchwałą Rady Gminy z 17 maja 2017 r. nieruchomość położoną w P. przy ul. (...), działkę nr (...), o powierzchni 12.057 m⁽²⁾ zabudowaną budynkiem drewnianym o powierzchni 62 m⁽²⁾. Przedmiot dzierżawy miał zostać wykorzystany w celu realizacji inwestycji zmierzającej do stworzenia unikatowej atrakcji turystycznej osadzonej w przestrzeni publicznej.

Umowa została zawarta na okres 18 lat. Spółka zobowiązała się w szczególności do pozyskania projektu zagospodarowania działki, w tym projektu budowlanego w którym zostaną ujęte elementy objęte miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego, tj: „Plac (...)” (przestrzeń atrakcji turystycznych), muszla koncertowa ze sceną i zapleczem, pawilony, pawilon zaplecza higieniczno-sanitarnego (WC), obiekt kultury i zaplecze – Muzeum (...).

Spółka zobowiązała się zakończyć budowę do 31 grudnia 2021 r. w rozumieniu przepisów ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Gmina przekazała nieruchomość pozwanej spółce do używania i pobierania pożytków począwszy od dnia przekazania tj. od 10 stycznia 2018 r. Spółka zobowiązała się do przedstawienia projektu inwestycji przed złożeniem wniosku o pozwolenie na budowę. Gmina R. zobowiązała się ponosić koszty związane z bieżącym utrzymaniem placu w części ogólnodostępnej (w tym muszli koncertowej), utrzymania czystości, usuwania odpadów, usuwania śniegu, lodu itp., koszty oświetlenia placu. Ponadto Gmina zobowiązała się ponosić ciężary o charakterze publicznoprawnym, w szczególności podatek od nieruchomości, opłaty za inwentaryzację i ewentualną wycinkę drzew i krzewów. Gmina zobowiązała się wyrazić zgodę na ustanowienie na nieruchomości hipoteki umownej w celu zabezpieczenia zobowiązań finansowych związanych z realizacją inwestycji. o ile takie zabezpieczenie będzie konieczne do realizacji projektu finansowanego ze środków publicznych. Wysokość czynszu dzierżawnego strony ustaliły na 6 groszy za m² miesięcznie netto.

Strony zastrzegły na rzecz Spółki umowne prawo pierwokupu do dnia 26 maja 2045.

Równoległe z powyższą umową była negocjowana umowa zatytułowana „Porozumienie” dotycząca pokrycia przez Gminę R. kosztów inwestycji. Obie umowy miały zostać podpisane tego samego dnia. Porozumienie było omawiane na sesji 17 maja 2017 r. jednocześnie z projektem uchwały w sprawie wydzierżawienia działki, chociaż nie było objęte porządkiem obrad.

Projekt Porozumienia wypracowany przez Wójta - R. S., skarbnika - I. B., kierownika referatu nieruchomości i inwestycji - E. K. i pełnomocnika spółki (...) - A. S. przewidywał, że Gmina zwróci Spółce (...) całość udokumentowanych nakładów koniecznych lub prowadzących do ulepszenia przedmiotu dzierżawny, wynikających z faktur VAT lub innych dokumentów, zwaloryzowanych o wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych. Porozumienie przewidywało zwrot wartości nakładów do wysokości 8,5 mln złotych.

Strony zobowiązały się, że w przypadku braku finansowania ze środków Unii Europejskiej podejmą w dobrej wierze negocjacje w celu zmiany Porozumienia w zakresie wysokości zwrotu nakładów i określenia zakresu prac inwestycyjnych.

Gmina R. zobowiązała się w terminie do 31 sierpnia 2017 r. dostarczyć wypis aktu notarialnego obejmujący oświadczenie o poddaniu się egzekucji w trybie art. 777 § 1 pkt 5 kodeksu postępowania cywilnego co do obowiązku zapłaty Spółce należności wynikających z Porozumienia do kwoty 10.500.000,00 zł.

Strony planowały podpisanie Porozumienia razem z umową dzierżawy, ale do podpisania nie doszło w ostatniej chwili na skutek sprzeciw Ministerstwa Finansów i Regionalnej Izby Obrachunkowej.

Pełnomocnik spółki - A. S. traktował niepodpisanie tego Porozumienia, jako „wypadek przy pracy”, który szybko uda się naprawić.

W dniu 4 października 2017 r. A. S. (pełnomocnik spółki (...)) poinformował Gminę R. o przystąpieniu do opracowania dokumentacji potrzebnej do uzyskania pozwolenia na budowę dla inwestycji (...) w P..

W listopadzie 2017 r. został sporządzony projekt koncepcyjny pod nazwą Projekt zagospodarowania terenu wraz z projektem budowlanym, który został przekazany inwestorowi – spółce (...) 6 grudnia 2017 r. W dniu 31 stycznia 2018 r. spółka (...) przekazała spółce (...) kompletny projekt budowlany.

W dniu 25 stycznia 2018 r. Starostwo Powiatowe w G. wydało decyzję zatwierdzającą projekt budowlany i udzielającą pozwolenia na budowę obejmującą m.in. muszlę koncertową z zapleczem, przebudowę i rozbudowę istniejącego budynku na Muzeum (...), cztery pawilony handlowe, miejsca postojowe, instalacje sanitarne i elektryczne. Wójt Gminy R. złożył 1 lutego 2018 r. oświadczenie o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania od ww. decyzji.

Sąd Okręgowy stwierdził, że jest bezsporne, że pozwani Gmina R. oraz (...) sp. z o.o. w P. zawarli 26 maja 2017 r. umowę dotyczącą działki położonej w P. przy ul. (...) bez zachowania trybu przewidzianego w Prawie zamówień publicznych, toteż istota sporu sprowadza się od udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy do zawarcia umowy doszło z naruszeniem przepisów powyższej ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, w rozumieniu art. 146 ust. 4 p.z.p.

Sąd Okręgowy miał na uwadze, że stosownie do art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. Stosownie do art. 9 ust. 2 powyższej ustawy, sektor finansów publicznych tworzą jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki. Gmina jest podstawową jednostką samorządu terytorialnego. Stosownie do art. 2 ust. 13 p.z.p. zamówienie publiczne jest umową odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy i roboty budowlane. Stąd wniosek, że Gmina R. powinna zawrzeć powyższą

umowę, której przedmiotem są roboty budowlane, w trybie przewidzianym przez prawo zamówień publicznych, co bezspornie nie miało miejsca.

Regulacje z zakresu prawa zamówień publicznych Sąd Okręgowy zdefiniował jako specyficzne konstrukcje prawne wprowadzone do systemu prawa polskiego w związku z implementacjami prawa wspólnotowego. W celu zobrazowania stopnia, w jakim przepisy prawa zamówień publicznych zostały zintegrowane z przepisami prawa Unii Europejskiej odwołał się do uzasadnienia projektu ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej „p.z.p.”), w którym zwrócono uwagę, że jej celem było ograniczenie niekorzystnych zjawisk, w tym świadomego łamania zasad wydatkowania środków publicznych. Proces harmonizacji prawa z wymogami Unii Europejskiej wymagał stworzenia nowego spójnego aktu prawnego regulującego problematykę zamówień publicznych. W zakresie harmonizacji polskiego systemu zamówień publicznych z prawem europejskim powyższy projekt uwzględniał następujące akty z zakresu *acquis communautaire*: Dyrektywę Rady 93/37/EWG z 14 czerwca 1993 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. Urz. WE Nr L 199 z 9 sierpnia 1993 r., s. 54), Dyrektywę Rady 93/36/EWG z 14 czerwca 1993 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz. Urz. WE Nr L 199 z 9 sierpnia 1993 r., s. 1), Dyrektywę Rady 92/50/EWG z 18 czerwca 1992 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz. Urz. WE Nr L 209 z 9 lipca 1992 r., s. 1), Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z 13 października 1993 r. zmieniającą dyrektywę 92/50/EWG, dyrektywę 93/36/EWG oraz dyrektywę 93/37/EWG dotyczące koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych odpowiednio na usługi, dostawy oraz roboty budowlane (Dz. U. WE nr L z 28 listopada 1997 r., s. 1), Dyrektywę Rady 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. koordynującą przepisy i regulacje administracyjne dotyczące stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych (Dz. Urz. WE nr L 395 z 30 grudnia 1989 r., s. 33), Dyrektywę Rady 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy i regulacje administracyjne dotyczące stosowania zasad Wspólnoty w zakresie procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE nr L 76 z 23 marca 1992 r., s. 13), Dyrektywę Rady 93/38/EWG z 14 czerwca 1993 r. koordynującą procedury udzielania zamówień w sektorach gospodarki wodnej, energetycznej, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE nr L 101 z 1 kwietnia 1998 r., str. 1), Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 98/4/WE z 16 lutego 1998 r. zmieniającą dyrektywę 93/38/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE Nr L 101 z 1 kwietnia 1998 r., s. 1), Dyrektywę Komisji 2001/78/WE z 13 września 2001 r. zmieniającą Aneks IV do dyrektywy Rady 93/36/EWG, Aneksy IV, V, VI do dyrektywy Rady 93/37/EWG, Aneksy III, IV do dyrektywy Rady 92/50/EWG zmienionej przez dyrektywę 97/52/WE, oraz Aneksy od XII do XV i od XVII do XVIII do dyrektywy Rady 93/38/EWG zmienionej przez dyrektywę 98/4/WE (Dz. Urz. WE Nr L 285, z 29 października 2001 r.), Rozporządzenie Nr 2195/2002/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. WE Nr L 340 z 16 grudnia 2002 r.). W opracowywaniu projektu ustawy zostały również wykorzystane dopiero projektowane dyrektywy będące przedmiotem prac Parlamentu Europejskiego i Rady, tzn. projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane (COM2000/275) oraz projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (COM2000/276) (Sejm IV kadencji, druk sejmowy nr 2218).

W związku z podnoszonymi przed Sąd odwoławczy i pozwanej spółki wątpliwościami co do pojęcia odpłatności umowy, której przedmiotem są roboty budowlane, Sąd Okręgowy wskazał na podstawowe znaczenie w tym zakresie dyrektyw wspólnotowych, które posługiwały się tymi pojęciami w kontekście zamówień publicznych na roboty budowlane: Dyrektywa Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, Dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Wskazał te, że dla zrozumienia

pojęć „odpłatności” oraz „umowy, której przedmiotem są roboty budowlane” niezbędne jest zatem odwołanie się do bogatego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydawanego w odpowiedzi na liczne pytania prejudycjalne kierowane przez sądy krajowe w celu uzyskania interpretacji powyższych przepisów. W odniesieniu do spornych w niniejszym postępowaniu pojęć, które pomimo zmian przepisów zasadniczo nie uległy zmianie, właściwe jest odwoływanie się do orzecznictwa Trybunału wydawanego na gruncie wszystkich powyższych dyrektyw.

W nawiązaniu to tego, co wskazał powód, że prawo zamówień publicznych zawiera specyficzne konstrukcje prawne wprowadzone do systemu prawa polskiego w związku z implementacją dyrektyw Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że celem dyrektyw była harmonizacja prawa poszczególnych państw członkowskich poprzez ich dostosowanie do wymogów Unii Europejskiej. Także ze względów praktycznych nie jest możliwe, żeby dyrektywy odwoływały się bezpośrednio do konkretnych instytucji prawnych każdego z państw członkowskich. W rezultacie, zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości UE przepisom prawa Unii, które nie zawierają wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich, dla określenia ich znaczenia i zakresu, należy nadawać w całej Unii Europejskiej autonomiczną i jednolitą wykładnię, którą należy ustalić, uwzględniając kontekst i cel danego przepisu oraz uregulowania (wyroki TS UE z 21 października 2010 r., C#467/08, Padawan, pkt 32, z 5 grudnia 2013 r., Vapenik, C#508/12, pkt 23, z 27 czerwca 2013 r., C#320/12 Malaysia Dairy Industries, pkt 25). W rezultacie także takie pojęcia jak „roboty budowlane” bądź „odpłatność” podlegają wykładni autonomicznej; należy je interpretować mając na uwadze zarówno kontekst, jak i cel dyrektyw dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, w czym pomocne okazuje się orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Kontynuował Sąd Okręgowy, że w odniesieniu do kwalifikacji prawnej umowy łączącej pozwanych należy zatem wskazać, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE również definicja zamówienia publicznego na roboty budowlane należy do właściwości prawa wspólnotowego. Przykładowo art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 nie zawiera wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich, toteż kwalifikacja takich umów w prawie krajowym, także w prawie polskim, pozostaje bez wpływu na ustalenie, czy dane porozumienie jest objęte zakresem stosowania dyrektywy (por. wyrok z 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 Jean Auroux i inni v. Commune de Roanne, pkt 40; podobnie wyrok z dnia 20 października 2005 r. w sprawie C-264/03 Komisja v. Francja, pkt 36).

Stosownie do art. 2 pkt 13 p.z.p. zamówienie publiczne to umowa odpłatna, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Stosownie z kolei do art. 2 pkt 2 p.z.p. po pojęciem dostawy należy rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności także na podstawie umowy dzierżawy. Ilekroć w ustawie jest mowa o robotach budowlanych, należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego (art. 2 pkt 8 p.z.p.). W związku z powyższym Sąd Okręgowy wyraził pogląd, że rozróżnienie dzierżawy i robót budowlanych nie ma istotnego znaczenia. Umowy odpłatne, których przedmiotem są zarówno dostawy - w tym dzierżawa - jak i roboty budowlane stanowią zamówienie publiczne. Powyższe pojęcia podlegają wykładni autonomicznej.

W ocenie tego Sądu głównym przedmiotem umowy z 26 maja 2017 r. w rozumieniu wyroku Trybunału w sprawie Jean Auroux (pkt 37) było wykonanie robót budowlanych w rozumieniu art. 2 pkt 8 p.z.p. Wynika to w szczególności z § 2 umowy (k. 23), w którym spółka (...) zobowiązała się pozyskać projekt budowlany oraz wybudować muszlę koncertową i inne obiekty budowlane (pawilony, pawilon zaplecza higieniczno-sanitarnego, Muzeum (...)). Spółka ta zobowiązała się zakończyć budowę w terminie do 31 grudnia 2021 r. w rozumieniu przepisów ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane” (§ 2 pkt 2 lit. c umowy). Następnie został sporządzony projekt budowlany, co zaowocowało wydaniem 25 stycznia 2018 r. przez Starostwo Powiatowe w G. decyzji nr (...) zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na budowę (k. 150). W tej sytuacji zostały spełnione przesłanki uznania powyższych robót za roboty budowlane w rozumieniu powyższych przepisów. W szczególności Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że umowa obejmuje zaprojektowanie i wykonanie obiektów budowlanych, które mogły spełniać funkcje gospodarcze i które mieszczą się w zakresie robót objętych rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz. U. poz. 1125), wydanym na podstawie art. 2c p.z.p.

Pozwana spółka – kontynuował Sąd I instancji - zobowiązała się płacić czynsz w wysokości 723,42 zł miesięcznie, to jest 8 681,04 zł rocznie, a za cały okres 18 lat dzierżawy łącznie 156 258,72 zł, tymczasem wartość nakładów na wykonanie powyższych robót wynosiła, przy uwzględnieniu dotacji unijnej, około 8,5 mln złotych, a bez tej dotacji ok. 5 mln. zł, co wynika z wypowiedzi A. S. na posiedzeniu Rady Gminy R. 17 maja 2017 r. oraz z § 1 pkt 6 projektu porozumienia z 26 maja 2017 r. (k. 237). Celem inwestycji było również generowanie dochodów osiąganych przez spółkę z czterech punktów handlowo-gastronomicznych w wysokości ok. 100 000 zł rocznie, na co również wskazał A. S. na sesji 17 maja 2017 r. Zestawienie powyższych kwot wskazuje, że głównym przedmiotem umowy było wykonanie robót budowlanych. Właśnie te roboty budowlane miały decydować o atrakcyjności tego miejsca, które miało stać się ikoną P. i przyciągać turystów oraz mieszkańców, co również było przedmiotem wystąpienia świadka A. S. 17 maja 2017 r. i dyskusji z radnymi. Z kolei dzierżawa terenu, na którym miały zostać wybudowane obiekty budowlane była podporządkowana osiągnięciu głównego celu, jakim było stworzenie atrakcji turystycznej i była celem drugorzędny umowy. Niemniej Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że ponieważ w świetle art. 2 pkt 2 p.z.p. dzierżawa mieści się w pojęciu dostawy, okoliczność, że przedmiotem umowy była również dzierżawa tylko dodatkowo potwierdza, że mamy do czynienia umową przewidzianą w art. 2 pkt 13 p.z.p. Sąd ten nie podzielił zatem stanowiska pozwanej spółki, że to stosunek dzierżawy był stosunkiem dominującym. Nieprawidłowość stanowiska pozwanej wynika z nieuwzględnienia wartości, zakresu i roli robót budowlanych, które miały zostać zrealizowane i które miały uczynić z tego miejsca ikonę P., jako miejsca odwiedzanego przez turystów i mieszkańców..

W związku ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego w uzasadnieniu wyroku uchylającego poprzednie rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie Sąd Okręgowy ocenił także, że normatywna kwalifikacja umowy w świetle przepisów Kodeksu cywilnego nie ma charakteru istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ prawo zamówień publicznych posługuje się pojęciami stanowiącymi implementację dyrektyw, które podlegają wykładni autonomicznej (wyrok Jean Auroux, pkt 40). Tym niemniej, w związku ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego, stwierdził, że strony zawarły umowę, którą w świetle polskiego kodeksu cywilnego należy zakwalifikować, jako umowę o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. z elementami umowy dzierżawy w rozumieniu art. 693 k.c., z modyfikacjami, które są dopuszczalne w świetle zasady swobody umów (art. 353 [1] k.c.). Wydaje się jednak, że w świetle art. 2 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 2 pkt 13 p.z.p., odróżnienie robót budowlanych od dzierżawy również nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

W odniesieniu do zagadnienia odpłatności Sąd Okręgowy wskazał, że w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE zwrot „o charakterze odpłatnym” oznacza, zgodnie z jego zwykłym prawnym znaczeniem, umowę, na mocy której każda ze stron zobowiązuje się do świadczenia w zamian za inne świadczenie. Zasadniczą cechą zamówienia publicznego jest wzajemny charakter umowy. Świadczenie wzajemne nie musi polegać na zapłacie kwoty pieniężnej. Może zostać dokonane poprzez inne formy świadczenia wzajemnego, takie jak zwrot kosztów poniesionych w celu wykonania uzgodnionej usługi. Wzajemny charakter umowy o udzielenie zamówienia publicznego musi przekładać się na stworzenie prawnie wiążących zobowiązań dla każdej strony umowy, co do których musi istnieć możliwość dochodzenia ich wykonania na drodze sądowej. W związku z tym umowa, w ramach której instytucja zamawiająca nie jest prawnie zobowiązana do spełnienia żadnego świadczenia w zamian za świadczenie, do którego wykonania zobowiązała się druga strona umowy, nie jest objęta zakresem pojęcia „umowy o charakterze odpłatnym” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24 (wyrok z dnia 10 września 2020 r., Tax-Fin-Lex, C-367/19, pkt 25-27).

Powyższe stanowisko Trybunału jest tylko syntezą znacznie szerzej uzasadnionego stanowiska Rzecznika Generalnego zawartego w Opinii przedstawionej w dniu 28 maja 2020 r. do ww. sprawy Tax-Fin-Lex. Rzecznik Generalny w szczególności wskazał, w oparciu o dominujące stanowisko w orzecznictwie Trybunału, że mogą być zawierane odpłatnie i zostać zakwalifikowane jako „zamówienie publiczne” te umowy, w których świadczenie jest wynagradzane poprzez inne niż zapłata kwoty pieniężnej formy świadczenia wzajemnego, takie jak zwrot kosztów poniesionych w celu wykonania uzgodnionej usługi lub zwolnienie z opłat. Także wtedy, gdy wypłacone wynagrodzenie nie pozwala na zrekompensowanie kosztów poniesionych przez oferenta. Konkretna kwota pieniężna wpisana w umowie nie ma istotnego znaczenia. Chodzi raczej o ustalenie, czy na podstawie tej umowy umawiające się strony pozostają w stosunku wzajemnych zobowiązań, które każda z nich może wyegzekwować od drugiej i w ramach których instytucja

zamawiająca zapewnia co najmniej jasne i precyzyjne świadczenie wzajemne o charakterze gospodarczym (Opinia RG M. Bobeka z 28.05.2020, C-367/19, Tax-Fin-Lex, pkt 47, 57).

W świetle wskazanego stanowiska Trybunału nawet oferty umów za cenę równą „0” podlegają ocenie w procedurze przetargowej; nie mogą zostać odrzucone i powinny zostać należycie ocenione. Rzecznik Generalny niezwykle trafnie zwrócił uwagę, że dopuszczenie takich ofert mogłoby być sprzeczne z celem przejrzystości w dziedzinie funduszy publicznych i zwalczania korupcji: rzeczywiste koszty i późniejsze płatności zostałyby po prostu przesunięte i ukryte w innych równoległych transakcjach. Wprawdzie takie podejście wydawałoby się *prima facie* korzystne dla budżetów publicznych, to jednak zamówienie publiczne udzielone za nominalną cenę o EUR mogłoby ostatecznie okazać się raczej kosztowne i trudne do wykonania dla instytucji zamawiającej (Opinia RG, Tax-Fin-Lex, pkt 79). Rozwiązywaniu tego rodzaju dylematów nie służy jednak odrzucenie oferty, ale poddanie jej weryfikacji w procedurze przetargowej na podstawie obecnie obowiązującego art. 69 dyrektywy 2014/24, którego odpowiednikiem jest art. 55 wcześniejszej dyrektywy 2004/18. Instytucja zamawiająca powinna zażądać od oferenta wyjaśnień dotyczących wskazanej w ofercie wartości (por. wyrok Tax-Fin-Lex, pkt 31). Powyższe przepisy zostały wdrożone w art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Zasadniczym celem przepisów regulujących zamówienia publiczne jest zachowanie uczciwej konkurencji, w rezultacie w ocenie Sądu nawet umowy za cenę nominalną „0” jako nie podlegające wyłączeniu z procedury przetargowej podlegają przepisom regulującym udzielanie zamówień publicznych.

Przenosząc powyższe stanowisko na grunt rozpoznawanej sprawy Sąd Okręgowy wskazał, że umowa z 26 maja 2017 r. niewątpliwie zawiera rozwiązania, co do których istnieje możliwość ich dochodzenia w drodze sądowej i które decydują o odpłatnym charakterze umowy. Pierwszym z nich jest przyznane spółce (...) prawa używania i pobierania pożytków zagwarantowane w § 2 pkt 4 lit b) umowy (k. 23). Drugim jest zobowiązanie się przez Gminę R. do ponoszenia kosztów związanych z bieżącym utrzymaniem placu w części ogólnodostępnej (w tym muszli koncertowej), utrzymania czystości, usuwania odpadów, usuwania śniegu, lodu itp. i kosztów oświetlenia placu, ponoszenia ciężarów o charakterze publicznoprawnym, w szczególności podatku od nieruchomości, opłat za inwentaryzację i ewentualną wycinkę drzew i krzewów, co zostało przewidziane w § 4 umowy (k. 24). Kolejnym jest zobowiązanie się przez Gminę R. do wyrażenia zgody na ustanowienie na nieruchomości będącej przedmiotem dzierżawy hipoteki umownej w celu zabezpieczenia zobowiązań finansowych spółki (...) (§ 4 pkt 4 umowy: k. 24). Powyższe zobowiązania mają charakter wiążący i w razie sporu ich realizacja może być dochodzona na drodze sądowej. Nie można nie zauważyć, że zgodnie z argumentacją przedstawioną przez A. S. na posiedzeniu Rady 17 maja 2017 r. zasadniczym celem tej inwestycji było zwiększenie wartości kompleksu hotelowego budowanego przez pozwaną spółkę na działce obok, co jednak również powinno podlegać ocenie w ramach procedury przetargowej jako element mający wpływ na jakość oferty, która powinna zostać przedstawiona przez spółkę (...).

W ocenie Sądu I instancji okolicznością istotną dla rozstrzygnięcia w rozpoznawanej sprawie nie powinno być, czy umowa z 26 maja 2017 r. jest dla Gminy R. umową korzystną, w szczególności w rozumieniu art. 91 ust. 1 p.z.p. Taka ocena powinna zostać przeprowadzona dopiero w procedurze przetargowej w odniesieniu także do innych ofert. Na potrzeby niniejszego postępowania prowadzonego na podstawie art. 146 ust. 6 p.z.p., wystarczy stwierdzić, że doszło do naruszenia ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania przetargowego. Sąd nie ustalał, czy umowa była korzystna do Gminy R., na przykład czy świadczenia miały charakter ekwiwalentny. Dla dokonania takich ustaleń niezbędne byłoby przeprowadzenie dalej idącego postępowania dowodowego, także z udziałem biegłych, co jednak nie jest konieczne dla wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

W odniesieniu do wątpliwości Sądu odwoławczego Sąd Okręgowy wskazał, że to, czy wskazywane okoliczności nie były związane z tym, że pozwana ad. 1 pozostawiła sobie prawo korzystania z tej części terenu publicznego, nieodpłatnego udostępniania go innym osobom, że według twierdzeń pozwanej ad. 2 powierzchnia faktycznie przez nią wykorzystywana to zaledwie kilka procent ogólnej powierzchni dzierżawionej nieruchomości w ocenie Sądu nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Powyższe okoliczności powinny zostać skrupulatnie zbadane, ale w toku postępowania przetargowego przeprowadzonego zgodnie z obowiązującymi przepisami, co bezspornie nie miało miejsca i jest przyczyną wytoczenia powództwa na podstawie art. 146 ust. 6 p.z.p. Przepisy prawa zamówień publicznych, w szczególności art. 87-90, przewidują możliwość wyjaśnienia wszelkich wątpliwości mających wpływ

na charakter przyszłej umowy. Cena i koszt są tylko jednymi z możliwych kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty, pozostałe to na przykład właściwości estetyczne i funkcjonalne; kryteria wyboru powinny być zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 91 p.z.p.). Przesłanką rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie nie była ocena korzystności umowy z 26 maja 2017 r., ale brak procedury przetargowej.

Sąd Okręgowy nie badał konkretnych korzyści ekonomicznych możliwych do uzyskania przez spółkę (...), a tylko czy umowa należy do umów odpłatnych w tym znaczeniu, że zawiera prawnie wiążące zobowiązania, co do których istnieje możliwość ich dochodzenia w drodze sądowej, niezależnie od tego, czy te zobowiązania pozwalają na zrekompensowanie kosztów poniesionych przez oferenta. Istotne w sprawie jest to, czy umowa zawiera tego rodzaju zobowiązania, a nie ich wysokość oraz wpływ na przykład na rentowność tego przedsięwzięcia, co wynika jednoznacznie z powołanego wcześniej wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie Tax-Fin-Lex.

Wyrażenie zgody na ustanowienie na nieruchomości będącej przedmiotem dzierżawy hipoteki umownej również należy do tych zobowiązań, albowiem instytucja hipoteki zawiera w sobie ryzyko zaspokojenia wierzycieli spółki (...) z nieruchomości – działki nr (...) stanowiącej własność Gminy R., stosownie do art. 65 ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2204). Takie zobowiązanie ma zatem konkretny wymiar finansowy, co jest kolejnym argumentem za odpłatnością umowy w wyżej omówionym znaczeniu. Ponadto należy wyjaśnić, że Sąd nie dokonywał ustaleń w zakresie możliwego do uzyskania przez Gminę czynszu w wysokości rynkowej oraz, czy czynsz 0,06 zł za 1 m² ustalony w umowie, który bezspornie jest czynszem minimalnym i zgodnym z uchwałą Rady Gminy R. z 18 listopada 2016 r., rzeczywiście jest zaniżony w odniesieniu do czynszu w wysokości rynkowej. Takie ustalenia powinny być przedmiotem badania w procedurze przetargowej.

W związku z powyższym Sąd I instancji nie podzielił stanowiska pozwanej spółki, że umowa nie spełnia kryterium odpłatności. W szczególności bez znaczenia jest to, czy w umowie są postanowienia dotyczące rozliczeń i o wynagrodzeniu, ponieważ pojęcie odpłatności podlega wykładni autonomicznej i zgodnie z powołanym wcześniej orzecznictwem nie można go sprowadzać do zapłaty konkretnej kwoty pieniężnej tytułem wynagrodzenia. Chybiona jest argumentacja, że spółka ta nigdy nie świadczyła usług budowlanych, że nie ma usług budowlanych w swoim PKD. W ocenie Sądu to nie ma znaczenia, ponieważ jest obojętne, czy spółka (...) będzie wykonywała roboty samodzielnie, czy zleci ich wykonanie osobom trzecim zawierając w tym celu odpowiednie umowy. Aby zostać uznanym za wykonawcę odpowiedzialnego za wykonanie zamówienia publicznego na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37, nie jest konieczne, aby podmiot zawierający umowę z instytucją zamawiającą był w stanie sam bezpośrednio własnymi siłami wykonać umówione świadczenie (tak: wyrok Jean Auroux, pkt 38).

W związku z powyższym Sąd Okręgowy uznał roszczenie powoda, oparte na art. 146 ust. 6 p.z.p., za zasługujące na uwzględnienie. W rozpoznawanej sprawie doszło do naruszenia art. 3 ust. 1 pkt 1 p.z.p., stosownie do którego przepisy p.z.p. stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych – a zatem także przez Gminę R., która jest taką jednostką. Doszło do naruszenia również art. 7 ust. 3 p.z.p., stosownie do którego zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami p.z.p. W związku z powyższym do zawarcia umowy z 26 maja 2016 r. powinno dojść w trybie przewidzianym przepisami Prawa zamówień publicznych, w szczególności zamówienie powinno zostać poprzedzone postępowaniem przewidzianym w powyższej ustawie i udzielone wykonawcy wybranemu zgodnie z jej przepisami. Brak zastosowania powyższych przepisów skutkowało wyborem pozwanej Spółki i pozbawił Gminę R. możliwości zawarcia umowy z podmiotem wybranym w trybie przetargu.

Celem pozwanych, który wynika jasno z przebiegu dyskusji na sesji 17 maja 2017 r., było zawarcie jednocześnie także drugiej umowy - porozumienia, które nakładało na Gminę R. obowiązek zwrotu spółce (...) nakładów poniesionych na inwestycję do wysokości 8,5 mln złotych, zwaloryzowanych za okres od daty ich poniesienia do daty zwrotu - i to niezależnie od dofinansowania ze środków Unii Europejskiej, o które ta spółka zabiegała. W razie braku tego finansowania porozumienie w tym zakresie miało zostać zmienione (projekt Porozumienia: k. 237-238). Wprawdzie do zawarcia tej drugiej umowy w ostatniej chwili nie doszło, jednak nie zmienia to oceny, że nawet bez niej umowa z 26 maja 2017 r. ma charakter odpłatny.

Sąd Okręgowy nie podzielił stanowiska, że o odpłatności umowy decyduje możliwość otrzymania zwrotu wartości nakładów na podstawie art. 676 w zw. z art. 694 k.c. Ocena, czy umowa ma charakter odpłatny, powinna być dokonywana na dzień jej zawarcia, a powyższe przepisy dotyczą rozliczeń dokonywanych już po zakończeniu umowy dzierżawy, których sposób przeprowadzenia w umowie nie został uwzględniony i nie jest znany.

Okoliczności sprawy wskazują, że umowa z 26 maja 2017 r. była sprzeczna z postanowieniami programu naprawczego, który przewidywał całkowitą rezygnację z inwestycji, a wyrażenie zgody na jej zawarcie uchwałą z 17 maja 2017 r. było możliwe dzięki niezapowiedzianemu wprowadzeniu tej uchwały pod obrady Rady Gminy w dniu, w którym miała zostać uchwalona. R. S. i A. S. ujawnili zamiar zawarcia umowy dopiero dzień wcześniej na zwołanym nieformalnie spotkaniu. Taki przyspieszony tryb postępowania miał - w ocenie Sądu Okręgowego - uniemożliwić poddanie tej uchwały oraz projektu umowy szczegółowej analizie w powołanych do tego komisjach. Przebieg dyskusji na sesji Rady 17 maja 2017 r. (zapis audiowizualny: k. 101) wskazuje, że jej uczestnicy zdawali sobie sprawę z powyższych mankamentów. Sąd ten stwierdził, że powyższe okoliczności stanowią dodatkową przesłankę pozwalającą na uznanie, że doszło do naruszenia wyżej wskazanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sąd Okręgowy wskazał na znaczenie dowodów z dokumentów, których prawdziwości strony nie kwestionowały oraz na zeznania świadków, w szczególności radnych, którzy uczestniczyli w sesji 17 maja 2017 r. i opisywali przebieg dyskusji, w zakresie ustalonym w stanie faktycznym. Powyższe dowody stanowiły spójną i czytelną całość. Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do tego, żeby dać wiarę tym twierdzeniom, które nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentach i wypowiedziach na sesji rady. Dokonał kompleksowej oceny całego materiału dowodowego, a nie wyjętych z szerszego kontekstu poszczególnych wypowiedzi, która prowadzi do wniosków wskazanych we wcześniejszej części uzasadnienia.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania Sąd Okręgowy wydał na podstawie art. 98 w zw. z § 2 pkt 9 i § 10 pkt 1 ppkt 2 rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. poz. 1800 z późn. zm.), uwzględniając także koszty zastępstwa procesowego za II instancję w wysokości 18750 zł. Sąd ten nie znalazł podstaw do uwzględnienia wniosków pozwanej Gminy R. oraz powoda o nieobciążanie Gminy R. kosztami postępowania. Uznał, że pozwana Gmina R. nie przedstawiła okoliczności, które należą do kręgu wypadków szczególnie uzasadnionych w rozumieniu art. 102 k.p.c. W szczególności taką okolicznością nie jest przyznanie legitymacji czynnej do wystąpienia z pozwem o unieważnienie umowy Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, ponieważ jest to rozwiązanie ustawowe, któremu nie towarzyszą żadne szczególne rozwiązania w zakresie rozliczania kosztów procesu, co oznacza, że takie rozliczenie powinno nastąpić na zasadach ogólnych (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2016 r., sygn. III CZP 76/16). Gdyby konsekwencją rozwiązań ustawowych miało być zwolnienie strony od kosztów, to znalazłoby to wyraz z odpowiednich przepisach. Okolicznością wyjątkową nie jest również, według Sądu Okręgowego, poinformowanie powoda przez Gminę R. o nieprawidłowościach popełnionych przy zawieraniu umowy przez Gminę R. ze spółką (...). Wydaje się, że takie poinformowania miało służyć naprawieniu wskazywanych nieprawidłowości na drodze sądowej, z którą związane jest ponoszenie kosztów procesu, co jest działaniem prawidłowym, a nie wyjątkowym. Z kolei uznanie żądania pozwu jest czynnością procesową, która powoduje, że pozwanemu należy się zwrot kosztów tylko gdy nie dał powodu do wytoczenia powództwa (art. 101 k.p.c.), tymczasem Gmina R. dała powód do wytoczenia powództwa zawierając przedmiotową umowę, która wymagała unieważnienia na drodze sądowej. Okoliczności sprawy nie wskazują na tak trudną sytuację finansową Gminy, żeby nie mogła uiścić tych kosztów. Twierdzenia Gminy w tym zakresie nie zostały nawet poparte jakąkolwiek analizą, co oznacza, że są pozbawione wiarygodności. W tej sytuacji brak jest podstaw do odstąpienia od obciążania Gminy kosztami na rzecz strony powodowej z uwagi na szczególnie uzasadniony przypadek w rozumieniu art. 102 k.p.c. Z tym samym przyczyn Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do odstąpienia od obciążania Gminy obowiązkiem pokrycia opłaty od pozwu na rzecz Skarbu Państwa, który powinien zostać uiszczony stosownie do art. 113 ust. 1 w zw. z art. 94 ustawy z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Apelację od wskazanego wyroku wniosła pozwana spółka, zaskarżając go w całości. Wyrokowi zarzuciła naruszenie prawa materialnego, a więc art. 2 pkt 13 w zw. z art. 2 pkt 8 p.z.p. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie,

że umowa z dnia 26 maja 2017 roku stanowi odpłatną umowę o roboty budowlane, a zatem powinna zostać zawarta w trybie przewidzianym przez prawo zamówień publicznych, podczas gdy umowa ta stanowi umowę dzierżawy, do zawarcia której nie ma obowiązku stosowanie przepisów o zamówieniach publicznych; art. 647 k.c. w zw. z art. 693 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez ich niewłaściwą wykładnię i przyjęcie, że umowa z dnia 26 maja 2017 roku stanowi umowę o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. z elementami umowy dzierżawy w rozumieniu art. 693 k.c., z modyfikacjami, które są dopuszczalne w świetle zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.), a zatem powinna zostać zawarta w trybie przewidzianym przez prawo zamówień publicznych, podczas gdy umowa ta stanowi umowę dzierżawy, do zawarcia której nie ma obowiązku stosowanie przepisów o zamówieniach publicznych; art. 2 pkt 13 w zw. z art. 2 pkt 2 w zw. z art. 2 pkt 8 p.z.p. poprzez ich niewłaściwą wykładnię i przyjęcie, że w świetle powołanej ustawy odróżnienie robót budowlanych od dzierżawy nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż umowy odpłatne, których przedmiotem są zarówno dostawy, w tym dzierżawa, jak i roboty budowlane, stanowią zamówienia publiczne, podczas gdy prawidłowa wykładnia wymienionych przepisów winna prowadzić do wniosku, że na gruncie prawa zamówień publicznych konieczne jest rozróżnienie umowy dzierżawy od umowy o roboty budowlane.

Zarzuciła także naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy, a więc art. 233 § 1 k.p.c., poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, skutkujące błędnym ustaleniem, że umowa z dnia 26 maja 2017 roku miała charakter odpłatny, uzasadniający objęcie jej zakresem art. 2 ust. 13 p.z.p., podczas gdy analiza treści umowy prowadzi do wniosku, że nie miała ona charakteru odpłatnego; nadto skutkujące dokonaniem błędnej oceny zeznań świadków w zakresie, w jakim mogły one wskazywać na to, że zawarta umowa nie była umową przewidzianą przepisami prawa zamówień publicznych, podczas gdy prawidłowa i wszechstronna analiza zebranego w sprawie materiału dowodowego winna prowadzić do wniosku, że strony zawierające wskazaną umowę miały na celu ukształtowanie stosunku prawnego jako umowy dzierżawy, do której zawarcia nie ma obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych; nadto skutkujące błędnym ustaleniem, że zgodnym zamiarem stron zawierających powołaną umowę oraz ich celem było zawarcie umowy o roboty budowlane, podczas gdy powyższe przeczy zeznaniom złożonym w sprawie przez świadków – A. S., R. S. i E. K., czyli osoby uczestniczące w negocjacjach dotyczących kształtu umowy.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej ad. 2 kosztów procesu za obie instancje, z ustawowymi odsetkami za opóźnienie, zgodnie z art. 98 § 1¹ k.p.c.; ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na apelację powód oraz pozwana Gmina wniosły o jej oddalenie, a dodatkowo powód wniósł o zasądzenie od pozwanej spółki zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Pozwana Gmina wniosła zażalenie na postanowienia o kosztach w części zasądzającej od tej pozwanej na rzecz powoda kwotę 43.750 złotych oraz zasądzającej od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa kwotę 100.000 złotych tytułem pokrycie nieuiszczonej opłaty od pozwu. Zarzuciła naruszenie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. poprzez jego zastosowanie mimo zaistnienia przesłanek do nieobciążania pozwanej Gminy kosztami; art. 102 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie; art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych poprzez jego zastosowanie mimo zaistnienia przesłanek do nieobciążania pozwanej Gminy kosztami.

Powód poparł stanowisko pozwanej Gminy i wniósł o uwzględnienie zażalenia.

Pozwana spółka wniosła o oddalenie zażalenia, o ile oddalona zostanie apelacja pozwanej spółki oraz zasądzenie od pozwanej Gminy kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu zażaleniowym.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje

W świetle apelacji pozwanej spółki (...) sp. z o.o. zagadnieniem niniejszej sprawy w postępowaniu apelacyjnym jest kwalifikacja umowy, której dotyczy pozew o jej unieważnienie, zawartej pomiędzy pozwanymi w dniu 26 maja 2017 roku, w aspekcie oceny co do jej odpłatności oraz charakteru umowy.

W postępowaniu cywilnym obowiązuje model apelacji pełnej. Postępowanie apelacyjne ma charakter rozpoznawczy (merytoryczny), a z punktu widzenia metodologicznego stanowi dalszy ciąg postępowania przeprowadzonego w pierwszej instancji - tak wyrok SN z 10.03.2016 r., III CSK 183/15. Sąd drugiej instancji powinien z urzędu, niezależnie od zarzutów apelacji naprawić wszystkie zauważone naruszenia prawa materialnego przez sąd pierwszoinstancyjny, o ile mieszczą się one w granicach zaskarżenia (wyrok SN z 29.07.2020 r., I NSK 8/19). Z kolei uchybienia procesowe sąd apelacyjny może wziąć pod uwagę tylko na podniesiony w apelacji zarzut; bez zarzutu naruszeń takich rozważać nie można, choćby w ocenie sadu II instancji miały one wpływ na wynik sprawy (wyrok SA w Katowicach z 11.03.2016 r., I ACa 1062/15; wyrok SA w Łodzi, III AUa 944/18). Wyjątkiem od tej ostatniej zasady jest nieważność postępowania, którą sąd odwoławczy w granicach zaskarżenia bierze pod uwagę z urzędu, do czego jednak w niniejszej sprawie nie było podstaw.

Zarzuty w odniesieniu do prawa materialnego mogą być właściwie ocenione i rozważone tylko na tle ustalonego stanu faktycznego. Nie można dowodzić błędu w subsumpcji przez kwestionowanie prawidłowości dokonanych przez sąd ustaleń faktycznych. Skuteczne zgłoszenie zarzutu dotyczącego naruszenia prawa materialnego wchodzi zasadniczo w rachubę tylko wtedy, gdy ustalony przez sąd pierwszej instancji stan faktyczny, będący podstawą zaskarżonego wyroku, nie budzi zastrzeżeń (tak: wyrok SN z dnia 26 marca 1997 r., II CKN 60/97, OSNC 1997/9/128, czy wyrok SN z dnia 24 czerwca 2020 r., IV CSK 607/18).

Mając na uwadze powyższe, analizę apelacji opartych zarówno na zarzutach zmierzających do podważenia ustalonego przez Sąd I instancji stanu faktycznego, jak i jego oceny prawnej, należy rozpocząć od zarzutów wskazujących na naruszenie procedury cywilnej, niezależnie od przyjętej w apelacji pozwanej spółki systematyki podniesionych zarzutów.

W apelacji tej przedstawiono w tym zakresie zarzuty naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. W myśl normy art. 233 § 1 k.p.c. sąd - w ramach swoich kompetencji prawnych - posiada przypisaną przez ustawę swobodę w ocenie wiarygodności i mocy dowodów. Oceny tej dokonuje według własnego przekonania, powziętego w wyniku bezpośredniego zetknięcia się z dowodami. Sąd porównuje wnioski wynikające z poszczególnych dowodów przy uwzględnieniu zasad logiki i doświadczenia życiowego, i w efekcie ocenia ich wiarygodność. Jeżeli więc z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego, to taka ocena dowodów nie narusza art. 233 § 1 k.p.c. i musi być uznana za prawidłową, choćby nawet w równym stopniu, na podstawie tego samego materiału dowodowego (np. po uznaniu innych z wykluczających się dowodów za wiarygodne), możliwe były wnioski odmienne. W związku z tym, dla skutecznego postawienia zarzutu naruszenia normy art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza samo twierdzenie strony skarżącej o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który jej zdaniem odpowiada rzeczywistości (przedstawienie przez skarżącego własnej, odmiennej od sądowej, oceny materiału procesowego i poszczególnych dowodów). Skuteczny zarzut naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów musi prowadzić do podważenia podstaw tej oceny z wykazaniem, że jest ona rażąco wadliwa lub oczywiście błędna (por. wyrok Sądu Najwyższego z 15 kwietnia 2004, IV CK 274/03). Konieczne jest przy tym wskazanie przez skarżącego konkretnych przyczyn dyskwalifikujących wywody sądu I instancji w tym zakresie. W szczególności strona skarżąca powinna wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd analizując materiał dowodowy, uznając brak wiarygodności i mocy dowodowej poszczególnych dowodów lub niesłusznie im ją przyznając (por. wywody Sądu Najwyższego m.in. w orzeczeniach z 23 stycznia 2001, IV CKN 970/00; z 12 kwietnia 2001, II CKN 588/99; z 10 stycznia 2002, II CKN 572/99). Jako zasadnicze kryteria tej oceny wyróżnia się więc: zgodność wniosków sądu z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz komplementarność (spójność) argumentacji, polegająca na wyprowadzaniu poprawnych wniosków z całokształtu materiału procesowego. Spójność ta będzie naruszona w przypadku nieuzasadnionego pominięcia przez sąd wniosków przeciwnych wynikających z części dowodów.

Podkreślić również trzeba, że nie wykracza poza dopuszczalną swobodę oceny dowodów wybór niektórych tylko dowodów spośród zgromadzonych, gdy pozwalają na rekonstrukcję faktów istotnych w sprawie. Sytuacja, w której w sprawie pozostają zgromadzone dowody mogące prowadzić do wzajemnie wykluczających się wniosków, jest immanentnie związana z kontradyktoryjnym procesem sądowym. Weryfikacja zatem dowodów i wybór przez sąd orzekający w pierwszej instancji określonej grupy dowodów, na podstawie których sąd odtwarza okoliczności, które w świetle przepisów prawa materialnego stanowią o istotnych w sprawie faktach, stanowi realizację jednej z płaszczyzn swobodnej oceny dowodów. Powiązanie przy tym wniosków wynikających z tych dowodów, z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, wyklucza możliwość skutecznego zdyskwalifikowania dokonanej oceny, również przez powołanie się na inne dowody, prowadzące do wniosków odmiennych, niż wyprowadzone przez sąd pierwszej instancji.

Istotne jest nadto, że sąd odwoławczy ma ograniczone możliwości ingerencji w ustalenia faktyczne poczynione przez sąd pierwszej instancji na podstawie dowodów osobowych (zeznań świadków i stron postępowania). Ewentualna zmiana tychże ustaleń może być dokonywana zupełnie wyjątkowo, w razie jednoznacznej wymowy materiału dowodowego z zeznań świadków i przesłuchania stron oraz oczywistej błędności oceny tegoż materiału (por. uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z 23 marca 1999, III CZP 59/98; wyroki Sądu Najwyższego: z 14 stycznia 2000, III CKN 1169 /99; z 7 stycznia 2005, IV CK 387/04; z 29 września 2005, II PK 34/05, z 13 listopada 2003, IV CK 183/02; wyroki Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 28 stycznia 2014, V ACa 655/13 oraz z 11 czerwca 2015, III AUa 1289/14).

Uwzględniając te założenia należy zacząć od tego, że skarżąca w ogóle nie podważała podstaw dokonanej przez Sąd Okręgowy oceny dowodów, a także wskazania, czy i jakie kryteria miałby naruszyć ten Sąd dokonując oceny, natomiast ograniczyła się do zacytowania fragmentów zeznań świadków, na które się powołała, bez porównania z innymi dowodami, a nadto z pominięciem faktów, które wziął pod uwagę Sąd Okręgowy dokonując kwestionowanej oceny dowodów. Takie sformułowanie i uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. jest jedynie polemiką z ustaleniami dokonanymi przez Sąd I instancji, polegającą na przedstawieniu własnej oceny. Jak już wskazano wyżej, takie postawienie zarzutu naruszenia wskazanego przepisu nie może odnieść skutku w postaci zdyskwalifikowania oceny dowodów poprzedzającej wydanie zaskarżonego wyroku (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2002 roku, II CKN 817/00).

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że zarzuty odnoszone do rzekomego naruszenia przez Sąd I instancji art. 233 § 1 k.p.c. w znaczącym wymiarze odwołują się do oceny prawnej tego Sądu, a więc do subsumpcji, a nie do ustalania faktów. Jaskrawym tego przykładem jest pierwszy z zarzutów odnoszonych do kwestionowania oceny dowodów dokonanej przez Sąd Okręgowy, będący w istocie powtórzeniem zarzutu naruszenia art. 2 pkt 13 w zw. z art. 2 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych. Także pozostałe zarzuty odwołujące się do inkryminacji zastosowania przez Sąd I instancji zasady swobodnej oceny dowodów wskazują na kwalifikację prawną będącą konsekwencją wykładni umowy z dnia 26 maja 2017 roku.

Pozostając przy kwestii wykładni wskazanej umowy, dokonanej – według skarżącego – wbrew zeznaniom wymienionych w apelacji świadków, sama skarżąca wskazała na treść wyroku tutejszego Sądu z dnia 26 listopada 2020 roku, I ACa 671/19, uchylającego poprzedni wyrok Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie, gdzie wskazano, że wykładnia umowy zgodnie z art. 65 k.c. winna być dokonana metodą kombinowaną, co musi oznaczać, że nie należy poprzestawać na literalnej treści oświadczeń składanych przez strony umowy, także osób, które uczestniczył w ustalaniu jej treści, ale także między innymi okoliczności jej zawarcia, celu umowy i czynnościach podejmowanych po jej zawarciu. Skarżąca natomiast poprzestała na odwołaniu się do wybranych fragmentów zeznań świadków twierdząc, że z ich treści należy wnioskować o kwalifikacji umowy z dnia 26 maja 2017 roku.

Rację ma Sąd Okręgowy wskazując w niniejszej sprawie na wiodące znaczenie dowodów z dokumentów, obejmujących treść umowy, przebieg spotkania z dnia 16 maja 2017 roku pomiędzy ówczesnym wójtem Gminy R. i pełnomocnikiem pozwanej spółki, z udziałem niektórych zaproszonych radnych Gminy, okoliczności i przebieg sesji Rady Gminy R. z dnia 17 maja 2017 roku, wreszcie treść projektu porozumienia, mającego charakter uzupełnienia zawartej umowy z dnia 26 maja 2017 roku w zakresie zasad rozliczenia nakładów pozwanej spółki polegających na dokonaniu zabudowy

szklanej przy bryle istniejącego budynku oraz innych elementach infrastruktury terenu, który mocą wskazanej umowy został udostępniony pozwanej spółce, w tym muszli koncertowej, muzeum, pawilonów – w tym pawilon higieniczno-sanitarnego. Skarżąca nie podważyła w apelacji oceny tego Sądu, że dowody z zeznań świadków mają charakter uzupełniający w stosunku do wskazanych dowodów dokumentarnych, i to jedynie w zakresie z nimi niesprzecznym.

W sprawie porozumienia, którego projektowana treść wyraźnie wskazuje na obowiązki rozliczenia nakładów na roboty budowlane, których przecież nie sama pozwana spółka miała dokonywać, natomiast miała dopilnować ich projektowania i wykonania, skarżąca podniosła, że ostatecznie nie zostało ono zawarte. To rzecz jasna nie może wpływać na wykładnię kwestionowanej przez powoda umowy, bowiem niezawarcie porozumienia wynikało nie z przyczyn polegających na zmianie celu umowy, lecz z uwarunkowań administracyjnoprawnych, których istnienie strony tej umowy pomijały w chwili jej zawierania, toteż aktualny pozostawał cel umowy, wyrażony między innymi w projekcie owego porozumienia.

W treściach omawianych zarzutów mowa jest o tym, że zeznania świadków powołane w apelacji wskazują, że strony miały na celu ukształtowanie stosunku prawnego jako umowy dzierżawy, do której zawarcia nie ma obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych. Zakładając, że do tego w istocie strony dążyły, to mając na uwadze okoliczności realizacji tego dążenia i czynności podejmowane w tym celu, można dojść do wniosku, że chodziło w istocie o doprowadzenie do sytuacji nieuprawnionego pominięcia obowiązku poddania się przepisom prawa zamówień publicznych. To zaś z pewnością nie może zasługiwać na ochronę.

Przechodząc w tym kontekście do oceny materialnoprawnej sprawy przede wszystkim należy stwierdzić, że ocena dokonana przez Sąd Okręgowy jest prawidłowa i wyczerpująca, toteż Sąd Apelacyjny przyjmuje dokonane oceny, wyartykułowane już wyżej, za własne, bez potrzeby ich ponownego przytaczania (art. 387 § 2¹ pkt 2 k.p.c.).

Odnosząc się do zarzutów kwestionujących ocenę prawną dokonaną przez Sąd I instancji należy najpierw zauważyć, że skarżąca pomija kwalifikację prawną umów definiowanych w regulacji prawa zamówień publicznych (w niniejszej sprawie powoływanej już wielokrotnie, obowiązującej w dacie umowy z dnia 26 maja 2017 roku, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych), także w aspekcie odpłatności (zarzut pierwszy), jako odnoszoną do prawa wspólnotowego, a w szczególności Dyrektyw Rady nr 93/36EWG, 93/37EWG, 92/50EWG, które wraz z innymi dotyczącymi procedury, także w obrębie regulacji administracyjnych, udzielania zamówień publicznych (np. Dyrektywa 89/665EWG), służyły koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane. Pomija także dorobek orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE w kwestii kwalifikacji umów w aspekcie odpłatności, szeroko przytoczony w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, wskazujący element wzajemności, polegający na tym, że umowa określa prawnie wiążące zobowiązania dla każdej strony, co do których zachodzi możliwość ich dochodzenia na drodze sądowej.

Podobnie, odnosząc się do zarzutów zgłoszonych jak drugi i czwarty, skarżąca pomija kwalifikację prawną umowy pozwalającą, jak chce pozwana spółka, wyłączyć kwestionowaną w pozwie umowę z obowiązkiwania procedury zamówień publicznych, podczas gdy w świetle art. 10 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, wyłączenia te nie dotyczą umów o przeniesienie własności lub dotyczących korzystania z nieruchomości, zobowiązujących do budowy lub rozbudowy na tej nieruchomości obiektów budowlanych. Z racji doniosłości zasady transparentności procedur zawierania umów przez instytucje publiczne, dotyczących majątku publicznego, wyłączenia procedury podporządkowania zamówienia regulacji prawa zamówień publicznych powinny być rozumiane ściśle.

Nie sposób zasadnie twierdzić o braku odpłatności umowy, którą skarżąca chciałaby kwalifikować jako umowę dzierżawy, w sytuacji istnienia obowiązku zwrotu nakładów pozwanej spółki, których wartość kilkudziesięciokrotnie przewyższa sumę czynszu, jaki miałyby ta spółka zapłacić wydzierżawiającemu w okresie dzierżawy (nota bene ustalonego w tak niskiej miesięcznej wysokości, że można by rozważać wręcz pozorność obowiązku świadczenia wzajemnego pozwanej spółki, jako rzekomego świadczenia dzierżawcy, w celu ukrycia rzeczywistego świadczenia, jakim miało być właśnie poczynienie nakładów, których wartość miała pokryć pozwana Gmina). Nie sposób

odmówić trafności spostrzeżeniu Sądu Okręgowego, że dzierżawa terenu, na którym miały być staraniem pozwanej spółki wybudowane liczne obiekty, była podporządkowana osiągnięciu głównego celu, jakim miało być utworzenie na dzierżawionym terenie atrakcji turystycznej, oczywiście korzystnej dla pozwanej Gminy, jednak z istotnymi beneficjami dla pozwanej spółki, jako prowadzącej działalność z wykorzystaniem udostępnionego terenu i wybudowanych obiektów.

Sąd Apelacyjny w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę, w świetle oceny prawnej dokonanej przez Sąd Okręgowy, odwołującej się zarówno do wykładni historycznej regulacji prawa wspólnotowego odnoszonego do dyrektyw w sprawie harmonizacji procedury dotyczących zamówień publicznych, jak i do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, podziela stanowisko tego Sądu, że jednolite określenie typu umowy nie jest w niniejszej sprawie decydujące, zwłaszcza, że zarówno dzierżawa, jak i roboty budowlane, w uwarunkowaniach podmiotowych jak w niniejszej sprawie, gdy stanowią umowy odpłatne, wymagają uprzedniego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Idąc za tym bez znaczenia jest kwalifikacja przez strony umowy, w której instytucja zamawiająca powierza innemu podmiotowi realizację obiektu budowlanego. Tym samym, nawet gdy takie powierzenie zostało udzielone w umowie dzierżawy, stanowi zamówienie na roboty budowlane (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2009 roku, II CSK 104/09. Nie uchyła obowiązku poddania zamówienia obejmującego takie zobowiązania zakwalifikowanie umowy jako obejmującej elementy kilku umów, a tym bardziej zakwalifikowanie umowy, jako innej, niż umowa o roboty budowlane.

Mając na uwadze powyższe należało uznać, że zaskarżony wyrok, co do istoty, odpowiada prawu, a tym samym oddalić apelację na podstawie art. 385 k.p.c.

Odnosząc się do zażalenia pozwanej Gminy na orzeczenia o kosztach, zawarte w punktach II. i III. zaskarżonego wyroku, to Sąd Apelacyjny uznał je za zasadne. Racje ma Sąd Okręgowy przyjmując, że postulowane przez tą pozwaną zastosowanie normy art. 102 k.p.c., formułujące wyjątek od wyrażonej w art. 98 § 1 k.p.c. reguły odpowiedzialności stron za wynik sprawy, z uwagi na konieczność wystąpienia szczególnie uzasadnionych wypadków, może mieć miejsce tylko wyjątkowo. Nie podziela jednak tutejszy Sąd odwoławczy stanowiska tego Sądu, że całokształt okoliczności sprawy, w odniesieniu do działania pozwanej Gminy, poprzedzającego jej wszczęcie, jak i stanowiska w procesie, nie pozwala na przyjęcie, że zachodzą przesłanki do zastosowania zasady słuszności, wynikającej z omawianej regulacji. W szczególności należy wskazać, że działanie polegające w istocie na zainicjowaniu postępowania sądowego, bo temu przecież służyło zawiadomienie powoda przez pozwaną Gminę o podstawie wystąpienia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z powództwem na podstawie art. 146 ust. 1 oraz 6 p.z.p. według stanu obowiązującego wówczas, oraz zwrócenie się o wniesienie takiego powództwa, jest istnieniem, z uwzględnieniem dalszych czynności, procesowych w niniejszej sprawie, szczególnie uzasadnionego wypadku w rozumieniu art. 102 k.p.c. Nie można zapominać o wyjątkowej sytuacji pozwanej Gminy, polegającej na niemożliwości sądowego wzruszenia kwestionowanej umowy własnym działaniem w postaci wniesienia pozwu, z uwagi na reglamentację ustawową wynikającą z powołanych przepisów Prawa zamówień publicznych.

Fakt zawarcia przez pozwaną Gminę umowy podlegającej unieważnieniu nie uchyła powyższej oceny. W sprawach, w których dokonujący czynności prawnych mogą wnieść powództwo o ustalenie ich nieważności, czy bezskuteczności, z zasady nie ma podstaw do obciążania ich kosztami w razie zasadności ich powództw. W niniejszej sprawie pozwana Gmina od początku przedstawiała stanowisko zmierzające do uwzględnienia powództwa, poczynając od uznania żądania pozwu.

Niezależnie od powyższego warto zauważyć, że odpowiedzialność pozwanej gminy za doprowadzenie do zawarcia umowy, która podlegała unieważnieniu, nie budząca wątpliwości, powinna być brana pod uwagę z uwzględnieniem specyfiki tego podmiotu, jako obecnie działającego i reprezentowanego na zewnątrz przez inne, w zakresie ich składu, organy, niż w chwili zawierania kwestionowanej umowy, bez jakiegokolwiek wpływu tych osób na jej zawarcie.

Mając na uwadze powyższe, należało zmienić postanowienia o kosztach w powołanym wyroku, uwzględniając normy art. 102 k.p.c. oraz art. 113 ust. 4 ustawy o kosztach sądowych, należało, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 397 § 3 k.p.c., wyłączać zasądzenie wskazanych w tych punktach kosztów od pozwanej Gminy.

Artur Kowalewski Leon Miroszewski Zbigniew Ciechanowicz