

Sygn. akt VI ACa 268/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 czerwca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Aldona Wapińska

Sędziowie: SA Marcin Strobel

SO del. Tomasz Szanciło (spr.)

Protokolant: Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 28 czerwca 2016 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) S.A. w W. i (...) S.A. w M. (...)

przeciwko Skarbowi Państwa - (...) w W.

o ukształtowanie i zapłatę

na skutek apelacji powodów

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 4 grudnia 2014 r.

sygn. akt XXV C 1007/13

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach procesu za instancję odwoławczą.

Sygn. akt VI ACa 268/15

UZASADNIENIE

Powodowie (...) spółka akcyjna w W. (dalej: (...)) i (...) spółka akcyjna w M. (dalej: (...)) w pozwie przeciwko pozwanemu Skarbowi Państwa – (...) w W. (dalej: (...)) wnieśli o zmianę treści umowy nr (...) zawartej w dniu 31.08.2010 r. przez powodów z pozwanym dotyczącej rozbudowy drogi krajowej nr (...) do parametrów drogi ekspresowej na odcinku granica województwa (...) – R., zmienionej aneksem nr (...) obowiązującym od stycznia 2011 r., poprzez oznaczenie wartości świadczenia zaakceptowanej kwoty kontraktowej na kwotę 160.086.696,65 zł netto (196.906.636,88 zł brutto) przez podwyższenie dotychczasowego świadczenia o kwotę 3.643.106,77 zł netto (4.481.021,33 zł brutto) albo o podwyższenie zaakceptowanej kwoty kontraktowej o tę kwotę do kwoty 160.086.696,65 zł netto (196.906.636,88 zł brutto), jak również zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów kwoty 4.481.021,33 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia doręczenia odpisu pozwu pozwanemu do dnia zapłaty oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Powodowie oparli roszczenie na art. 357¹ i 632 k.c., z uwagi na wzrost cen paliw i asfaltu oraz brak zwłoki w przekroczeniu terminu wykonania umowy. Podnieśli, że starannie skalkulowali ryzyka wzrostu cen paliw,

uwzględniając ich podwyżkę o 16,69%, ale od drugiej połowy 2010 r. rozpoczął się gwałtowny wzrost cen paliw, a w dniu 6.09.2011 r. cena przekroczyła maksymalny poziom, który przyjęli powodowie i nadal rosła. Wysoki poziom cen utrzymywał się do października 2012 r. i przekraczał o 12,4% poziom kalkulacji powodów. Jednocześnie wzrosły obciążenia publicznoprawne paliw płynnych (opłata paliwowa, akcyza), co wobec treści subklauzuli 8.4 i 13.7 warunków kontraktu winno skutkować podwyższeniem wynagrodzenia. Analogicznie sytuacja wyglądała z cenami asfaltu, którego wzrost ceny przekroczył 50% w okresie wykonywania umowy. Natomiast wydłużenie terminu ukończenia umowy do dnia 30.07.2013 r. spowodowane było przyczynami leżącymi po stronie pozwanego.

W odpowiedzi na pozew pozwany SP – (...) wniósł o oddalenie powództwa oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych. Podniósł, że w niniejszej sprawie nie jest dopuszczalne stosowanie art. 357¹ i 632 § 2 k.c., gdyż strony wyłączyły możliwość zmiany wynagrodzenia umownego na skutek zmiany cen paliw i asfaltu poprzez wykreślenie z warunków ogólnych kontraktu subklauzuli 13.8. Finansowe wykonanie umowy w 2010 r. wyniosło 7.072.320,10 zł, w 2011 r. – 75.478.997,64 zł, w 2012 r. – 71.491.045,95 zł, zaś w 2013 r., do dnia 17.07.2013 r. – 20.797.749,25 zł. Daje to łącznie kwotę 174.840.112,94 zł brutto, co stanowi 90% rozliczenia umowy. Wzrostu cen paliw nie można uznać za zdarzenie wyjątkowe i powinno ono zostać przewidziane przez wykonawcę w wycenie, jako element kalkulowanego ryzyka kontraktowego. To samo dotyczy cen asfaltu. Brak jest po stronie powodów bieżącej straty z powodu zmian cen paliw i asfaltów, gdyż umówione wynagrodzenie zawiera nie tylko zwrot poniesionych przez powodów nakładów, lecz także zysk na określonym poziomie. Deklarowana strata powodów wynosi 3.643.106,77 zł netto, co stanowi około 2% wynagrodzenia, zatem mieści się w granicach typowego ryzyka gospodarczego. Umowy zawarte przez powodów z podwykonawcami wskazują, że nie zawsze powodowe spółki ponosiły koszty wzrostu cen paliw, zastrzegając, że są to koszty podwykonawców.

Wyrokiem z dnia 4.12.2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział (...), w sprawie XXV C 1007/13, oddalił powództwo i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że (...) są przedsiębiorcami budowlanymi angażującymi się m.in. w duże, krajowe i europejskie przedsięwzięcia z dziedziny budownictwa drogowego. W celu uczestniczenia w procedurze zamówienia publicznego, która została wszczęta wraz z opublikowaniem w dniu 30.05.2009 r. ogłoszenia o zamówieniu w sprawie „Rozbudowa drogi krajowej nr (...) do parametrów drogi ekspresowej na odcinku granica województwa (...)/ (...) – R.. Etap I: Budowa wiaduktu w ciągu drogi krajowej nr (...) na przecięciu z ulicą (...) w km 413+619,64. Etap II: Rozbudowa drogi krajowej nr (...) do parametrów drogi ekspresowej na odcinku granica województwa (...) – R. (bez węzła) od km 408+753 do km 418+400. Etap III: Budowa węzła drogowego w R. w ciągu drogi krajowej nr (...) w km 419+050. Etap IV: Budowa węzła drogowego w A. w ciągu drogi krajowej nr (...) w km 409+588 (znak postępowania (...))”, powodowe spółki zawarły w dniu 26.04.2010 r. umowę konsorcjum, zaś w dniu 10.06.2010 r. złożyły ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia, proponując jego wykonanie za cenę 190.861.208,73 zł brutto. Oferta opracowana była na podstawie szeregu założeń co do warunków ekonomicznych, jakie będą miały miejsce podczas wykonywania zobowiązania. Z uwzględnieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), zgodnie z wymogami postępowania o zamówienie prowadzonego przez pozwanego, kalkulacje zostały przeprowadzone według stanu na tzw. dzień odniesienia, tj. datę o 28 dni wcześniejszą od najpóźniejszej daty na przedłożenie dokumentów ofertowych (13.05.2010 r.). W wyniku tego w dniu 31.08.2010 r. pozwany jako zamawiający zawarł z (...) umowę nr (...) dotyczącą ww. robót. Umowa zawiera odwołanie do warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego, stanowiących tłumaczenie pierwszego wydania (...) z 1999 r. (dalej: warunki ogólne), a jej część stanowiły: umowa właściwa, szczególne warunki kontraktu, warunki ogólne, instrukcja dla wykonawców – tom I SIWZ, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, dokumentacja projektowa, oferta wykonawcy z załącznikami oraz wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Według umowy zaakceptowana kwota kontraktowa wyniosła 156.443.589,88 zł netto, tj. 190.861.179,65 zł, maksymalna wartość zobowiązania wyniosła 115% ww. kwoty brutto, tj. 219.490.356,60 zł, gdyby wynagrodzenie wykonawcy miało przekroczyć tę kwotę, strony mogły dokonać jej zmiany drogą aneksu do umowy, wykonawca zobowiązał się do zakończenia przedmiotu umowy w terminie 18 miesięcy od daty rozpoczęcia robót. W stanowiącej

część umowy ofercie wykonawcy oświadczyli m.in. że składają ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, z którą się zapoznali, podobnie jak i wyjaśnieniami i zmianami przekazanymi przez zamawiającego i uznają się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania. W szczególnych warunkach kontraktu strony wskazały m.in. że nie będzie miała zastosowania subklauzula 13.8 dotycząca korekty wynikającej ze zmian kosztu. Natomiast ogólne warunki kontraktu w postaci zmodyfikowanej przez strony zawierały m.in. ustalenia, że jeżeli wykonawca uważa się za uprawnionego do jakiegokolwiek przedłużenia czasu na ukończenie i/ lub jakiegokolwiek dodatkowej płatności, według jakiegokolwiek klauzuli niniejszych warunków lub z innego tytułu w związku z kontraktem, to wykonawca da inżynierowi powiadomienie opisujące wydarzenie lub okoliczność, powodującą roszczenie. Powiadomienie miało być dane najwcześniej jak to możliwe, ale nie później niż 14 dni po tym, kiedy wykonawca dowiedział się, lub powinien był dowiedzieć się o tym wydarzeniu lub okoliczności (subklauzula 20.1 zd. 1 i 2). Jeżeli wykonawca nie da powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego okresu, to czas na wykonanie nie będzie przedłużony, wykonawca nie będzie uprawniony do dodatkowej płatności, a zamawiający będzie zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z takim roszczeniem (subklauzula 20.1, zd. 3 i 4). W ciągu 42 dni od otrzymania roszczenia inżynier odpowie zatwierdzeniem lub odrzuceniem wraz ze szczegółowymi komentarzami. Mógł on także zażyczyć sobie dalszych szczegółowych informacji, ale pomimo to miał ustosunkować się do podstaw tego roszczenia w takim czasie (subklauzula 20.1 zd. 11-12).

Aneksem nr (...), obowiązującym od dnia 1.01.2011 r. strony zwiększyły kwotę kontraktową o wzrost podatku VAT (łącznie do kwoty 192.425.615,55 zł brutto), potwierdziły, że powodowie otrzymają wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy do dnia 31.12.2010 r. w kwocie 7.072.320,10 zł brutto, zaś za wykonanie przedmiotu umowy od dnia 1.01.2011 r. – w kwocie 185.295.325,61 zł brutto. Aneksem nr (...) strony przedłużyły termin wykonania robót do dnia 23.08.2013 r., a roszczenia z tym związane pozostawiły nierozstrzygnięte.

Zgodnie z klauzulami 10.1 i 10.2, a także w oparciu o wniosek wykonawcy złożony w dniu 15.10.2012 r., wydane zostało świadectwo przejęcia robót etapu I, w którym inżynier kontraktu potwierdził, że roboty tego etapu, tj. budowa wiaduktu w ciągu (...) wraz z przebudową ul. (...), zostały wykonane w okresie 14.10.2010 r. – 20.10.2012 r. Wartość wykonanych w tym etapie robót wyniosła około 4.850.000 zł. W oparciu o wniosek wykonawcy z dnia 22.08.2013 r. wydane zostało świadectwo przejęcia robót etapu II, w którym inżynier kontraktu potwierdził, że roboty tego etapu, tj. rozbudowa drogi krajowej nr (...) do parametrów drogi ekspresowej na odcinku granica województwa (...)/ (...) – R., zostały wykonane w okresie 15.10.2010 r. – 23.08.2013 r. Wartość wykonanych w tym etapie robót wyniosła około 48.706.973 zł, a dla całego kontraktu – około 150.298.745 zł. W dniu 10.04.2013 r. wystawione zostało świadectwo przejęcia robót etapu III, w którym zostało potwierdzone, że roboty tego etapu, tj. budowa węzła drogowego w R. w ciągu drogi krajowej nr (...) od km 418+400 do km 420+100, zostały wykonane w okresie 26 miesięcy, zakończone w dniu 19.12.2012 r. Wartość robót wykonanych w tym etapie wyniosła około 56.096.640 zł. Świadectwo przejęcia robót dla etapu IV wystawione zostało w dniu 21.11.2012 r. Potwierdzone w nim zostało, że roboty tego etapu, tj. budowa węzła drogowego w A. w ciągu drogi krajowej nr (...) w km 409+588, zostały wykonane w okresie 20 miesięcy, do dnia 15.10.2012 r. Wartość tych robót wyniosła około 15.687.366 zł. Kwoty należne wykonawcy za wykonanie robót w każdym miesiącu (czy etapie), rozliczane były poprzez wystawienie przez inżyniera kontraktu przejściowych świadectw płatności (subklauzula 14.3 i 14.6). Z przejściowego świadectwa płatności nr 30, które dotyczyło rozliczenia przedłożonego przez wykonawcę w dniu 9.07.2013 r., wynikało, że wartość płatności narastająco od początku kontraktu wyniosła 145.891.657,92 zł netto. Wykonanie finansowe w asortymencie robót na kontrakcie wyniosło: 7.072.320,10 zł w 2010 r., 75.478.997,64 zł w 2011 r., 71.491.045,95 zł w 2012 r. i 20.797.749,25 zł w 2013 r. (do dnia 17.07.2013 r.), czyli łącznie 174.840.112,94 zł brutto, co stanowi rozliczenie umowy w ponad 90%. Wydane zostały również decyzje (...) Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego na użytkowanie części zamierzenia inwestycyjnego.

W wykonaniu swojego zobowiązania umownego powodowe spółki korzystały z podwykonawców. Umowy z podwykonawcami kształtowały się różnie, w części z nich ewentualne koszty związane ze zwyżkami cen przeliczono na podwykonawców. A te kształtowały się następująco:

1) ceny oleju napędowego (za 1 m3):

- w 2009 r.: 1 stycznia – 2,46 zł, 30 czerwca – 2,97 zł, 31 grudnia – 3,082 zł,
- w 2010 r.: 1 stycznia – 3,135 zł, 30 czerwca - 3,433 zł, 31 grudnia – 3,62 zł,
- w 2011 r.: 1 stycznia – 3,609 zł, 30 czerwca – 3,765 zł, 31 grudnia – 4,329 zł,
- w 2012 r.: 1 stycznia – 4,40 zł, 26 maja – 4,461 zł;

2) ceny asfaltu (za 1 t):

- w marcu 2009 r.: asfalt 35/50 – 1.375 zł, asfalt 50/70 – 1.365 zł, asfalt modyfikowany 25/55-60 i modyfikowany 45/80-55 – odpowiednio 1.745 zł i 1.735 zł; we wrześniu 2009 r. odpowiednio: 1.805 zł, 1.795 zł, 2.185 zł i 2.175 zł,
- w marcu 2010 r.: spadły do odpowiednio: 1.430 zł, 1.420 zł i 1.750 zł,
- w maju i czerwcu 2010 r. znowu wzrosły i wynosiły odpowiednio: 1.505 zł, 1.495 zł i 1.825 zł,
- we wrześniu 2010 r. wzrosły do odpowiednio: 1.550 zł, 1.550 zł, 1.850 zł i 1.890 zł,
- w marcu 2011 r. odpowiednio: 1.670 zł, 1.670 zł, 1.950 zł i 2.010 zł,
- w październiku 2011 r. odpowiednio: 2.070 zł, 2.070 zł, 2.340 zł i 2.490 zł,
- w październiku 2012 r. odpowiednio: 2.260 zł, 2.240 zł, 2.700 i 2.740 zł.

Powołując się na nieprzewidywalny wzrost cen asfaltów na rynku, mający być efektem zamieszek i wojen domowych na terenach północnej A., powodowie spółki zgłosiły roszczenie o dodatkową płatność w związku ze wzrostem cen paliw na dzień 20.04.2011 r. Natomiast w dniu 12.01.2012 r. zgłosiły roszczenie w związku ze wzrostem cen asfaltu wobec nieprzewidywalnego, znacznego wzrostu cen. Powodowie przedstawili pozwanemu wyliczenie kosztów dodatkowych poniesionych w związku ze wzrostem cen paliw oraz faktury zakupu, wyciągi z ksiąg i dokumentów, wyliczając dodatkowe koszty z tego tytułu za okres 1.09.2011 r. – 15.10.2012 r. na kwotę na 1.064.682,51 zł netto, tj. 1.309.559,49 zł brutto. Wyliczyli też wzrost kosztów związanych z podwyżką cen asfaltów od początku realizacji umowy do dnia 10.12.2012 r. na kwotę 2.578.424,26 zł netto, tj. 3.171.461,84 zł brutto.

Sąd Okręgowy oddalił wnioski dowodowe stron o dopuszczenie dowodów z opinii biegłych lub opinii instytutu naukowego lub naukowo-badawczego na okoliczność wzrostu cen paliwa i asfaltu na rynku polskim w okresie od dnia złożenia oferty do dnia 15.10.2012 r. w stosunku do cen z czerwca 2010 r., przyczyn i dynamiki tego wzrostu oraz jego nadzwyczajnego charakteru, wpływu wzrostu cen paliw i asfaltu na wykonanie zobowiązania, a w szczególności na koszty wykonywania przez powodów robót budowlanych, o ile wzrosły koszty wykonania umowy na skutek wzrostu cen paliw i asfaltów w stosunku do kosztów, które starannie działający przedsiębiorca mógł zakładać przy składaniu oferty (w czerwcu 2010 r.), wysokości straty grożącej powodom przy wykonywaniu umowy bez zmiany wysokości wynagrodzenia, braku możliwości przewidzenia w chwili składania oferty wzrostu cen paliw i asfaltu w takiej skali, w jakiej wzrost ten nastąpił po dniu złożenia oferty, ustalenia, jaki wzrost cen paliwa i asfaltu starannie działający profesjonalista powinien był przewidzieć na podstawie informacji dostępnych dla przedsiębiorców w chwili składania oferty, w jakim zakresie starannie działający profesjonalista powinien przewidzieć wpływ zmian cen paliwa i asfaltu na wykonanie zobowiązania (rentowność kontraktu), ustalenia wysokości kosztów poniesionych przez powodów w celu wykonania umowy i ustalenia oraz jaka część tych kosztów była związana z wykorzystaniem paliwa i asfaltów. Poza tym tezy wskazane dla opinii biegłych w zakresie kształtowania się cen paliw i asfaltów były – zdaniem Sądu Okręgowego – zbędne wobec przedstawienia tychże w zestawieniach i niekwestionowania ich przez strony. Kwestia wpływu wzrostu tych cen na wzrost kosztów wykonania, co do zasady, nie budzi wątpliwości, jednak wobec określenia tego wzrostu poprzez wskazanie żądania skonkretyzowanej kwoty już w pozwie było wystarczające – z

punktu przesłanek prawa materialnego – dla oceny zasadności żądania, a zatem dowody te jedynie przedłużyłyby postępowanie. Wersję zmodyfikowaną przez pozwanego w zakresie ustalania wpływu wzrostu cen na tle całokształtu działalności gospodarczej powodów Sąd ten uznał za zbyt szeroką wobec podstawy prawnej roszczenia.

Sąd Okręgowy oddalił też wnioski dowodowe o przesłuchanie świadków, gdyż w jego ocenie były one zbędne – niemające wpływu na rozstrzygnięcie, a nadto zostały powołane na okoliczności bezsporne lub powielające dowody ze złożonych dokumentów. Natomiast pozostałe dokumenty złożone do akt nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał, że powodowe spółki wyraziły w umowie zgodę na wyłączenie subklauzuli 13.8 ogólnych warunków kontraktu, przewidującej korektę kwot płatnych wykonawcy dla oddania wzrostów lub spadków m.in. kosztów materiałów, a więc zgodziły się na wyłączenie waloryzacji wynagrodzenia na skutek ewentualnych zmian cen, w tym paliw i asfaltu. Powinny zatem uwzględniać koszty wzrostu cen w ramach ryzyka gospodarczego, szczególnie, że na etapie wyłaniania wykonawcy na pytanie nr 16 uczestnika postępowania przetargowego „Proszę o wprowadzenie klauzul waloryzacyjnych dotyczących cen” pozwany oznajmił, że nie wprowadza się klauzul waloryzacyjnych, zaś na pytanie nr 217 pozwany wyjaśnił, że wynagrodzenie wykonawcy jest wynagrodzeniem kosztorysowym, zaś ceny i stawki dla poszczególnych elementów robót nie podlegają waloryzacji. Wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej, która wiąże zamawiającego i uczestników przetargu. Kwestie te zostały jednoznacznie wyjaśnione przez pozwanego, a więc zgoda powodów na zawarcie umowy, w której waloryzacja została wykluczona, była w pełni świadoma, tym bardziej, że zapoznali się oni z warunkami kontraktu i zobowiązali się do jego realizacji zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia za wskazaną cenę brutto i zobowiązali się do zawarcia umowy zgodnej z ofertą na warunkach określonych w SIWZ.

Zdaniem Sądu Okręgowego art. 357¹ k.c. znajduje zastosowanie do umów w sprawach zamówień publicznych, a przeszkodą nie jest, wbrew stanowisku pozwanego, dyspozycja art. 144 ustawy z dnia 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.; dalej: p.z.p.). Przepis kodeksowy chroni wyłącznie dłużnika, który – powołując się na wskazane w przepisie okoliczności – swojego świadczenia, przynajmniej w części, jeszcze nie spełnił.

W wypadku, gdy umowa została w całości wykonana, to jej modyfikacja na podstawie art. 357¹ k.c. nie jest możliwa. Podobnie ocenia się możliwość skorzystania z klauzuli rebus sic stantibus przez stronę, która dopuściła się zwłoki w wykonaniu zobowiązania, przy czym wyjątkowe okoliczności mogą usprawiedliwiać zmianę umowy pomimo zwłoki dłużnika. Jeżeli natomiast nadzwyczajna zmiana stosunków nastąpiła po częściowym wykonaniu zobowiązania, to wówczas przesłanki zastosowania tej klauzuli podlegają ocenie w odniesieniu do niewykonanej części zobowiązania. Wówczas zmianą może być objęta tylko niewykonana część umowy, ale nie można z góry wykluczyć konieczności uwzględnienia już wykonanego zobowiązania w ramach rozważenia interesów stron w zgodzie z zasadami współżycia. Na dzień wniesienia pozwu w niniejszej sprawie prace zostały niemal w pełni wykonane, wynagrodzenie zostało zapłacone po wystawieniu przejęcia robót wszystkich czterech etapów, a zgodnie z przejściowymi świadectwami płatności pozwany wypłacił łącznie do tej daty kwoty w wysokości 174.840.112,94 zł.

Sąd Okręgowy podkreślił również, że przez nadzwyczajną zmianę stosunków rozumieć należy stan rzeczy, na który składają się okoliczności nieobjęte typowym ryzykiem umownym, mające obiektywny charakter, a zatem niezależne od stron, czego one nie przewidywały przy zawieraniu umowy i nie miały podstaw do przewidzenia. Tymczasem z danych dostarczonych przez samych powodów wynika, że już w momencie zawierania umowy z pozwanym, a nawet w momencie składania oferty, powinni oni sobie zdawać sprawę z tego, że znaczne wahania cen paliw i asfaltu nie tylko są możliwe, ale wręcz już nastąpiły, o czym świadczyły zmiany cen oleju napędowego od stycznia 2009 r. do maja 2012 r. oraz cen asfaltu od marca 2009 r. do października 2012 r. W okresie przed złożeniem oferty powodowie mogli zaobserwować wzrost cen asfaltu drogowego na poziomie około 25% w ciągu trzech miesięcy (początek marca – początek czerwca 2009 r.) i około 40% w ciągu niespełna siedem miesięcy (początek marca – koniec września 2009 r.). Takie zmiany cenowe należało zaliczyć do ryzyka gospodarczego, z jakim winien liczyć się przedsiębiorca, tym bardziej, że powodowie prowadzą swoją działalność na szeroką skalę. Wzrost cen asfaltu nastąpił już w 2009 r. i

wyniósł średnio około 30%. Z kolei w odniesieniu do cen paliw wzrost tych cen na przestrzeni lat 2009 (a nawet 2008) – 2010 wynosił około 40%. W takiej sytuacji wzrost cen w zakresie asfaltów i paliw płynnych nie był nadzwyczajny i niemożliwy do przewidzenia. W tej sytuacji nie miało znaczenia powoływanie się przez powodów na ówczesne doniesienia prasy krajowej o wpływie zamieszek w północnej A. na wzrost cen asfaltu i paliw, gdyż zamieszki i wojny domowe w tym regionie świata są niemal elementem stałym, zaś doniesienia prasowe w kraju nie są dowodem na wykazanie tych okoliczności jako przyczyni wzrostu cen asfaltu i paliw. Natomiast odnośnie do zmian stawek akcyzy oraz opłaty paliwowej, to konieczność wprowadzenia tych zmian wynikała z prawa Unii Europejskiej, tj. dyrektywy 2004/74/WE z dnia 29.04.2004 r. zmieniającej dyrektywę 2003/96/WE w zakresie możliwości stosowania przez określone państwa członkowskie czasowych zwolnień lub obniżek poziomu opodatkowania na produkty energetyczne i energię elektryczną (Dz.U. UE L 157 z dnia 30.04.2004 r.). Powodowie spółki nie wzięły pod uwagę następstw wpływu okresu przejściowego określonego w tej dyrektywie, a jako profesjonalisci w swojej branży winni orientować się w regulacjach prawnych dotyczących ich dziedziny. Brak jest również nadzwyczajnych wahań kursów walut.

Według Sądu Okręgowego nie zachodziła również rażąca strata w rozumieniu art. 357¹ k.c., która jest również przesłanką z art. 632 § 2 k.c., a oznacza stratę ponadprzeciętną, nieobjętą typowym ryzykiem gospodarczym, przy czym nie musi to być strata, która zachwiałaby kondycją finansową wykonawcy bądź groziłaby mu upadłością, chodzi o stratę transakcyjną. Rażąca strata ocenia się w ramach danego kontraktu, przedsięwzięcia. Powodowie domagają się zmiany treści umowy i zapłaty kwoty 4.481.021,33 zł, co stanowi około 2% wartości przedsięwzięcia. Zatem nawet jeżeli wykonanie tych robót wiązać się będzie ze stratą, to w skali całości umówionych robót i wynagrodzenia powodów strata ta będzie niewielka i tym samym mieścić się będzie w ramach ryzyka gospodarczego. Utraty dochodu, w szczególności niewielkiego w stosunku do całego wynagrodzenia wykonawcy, nie można utożsamiać z rażącą stratą w rozumieniu tego przepisu. Nie chodzi o utratę spodziewanego dochodu, ale o poniesienie rażącej straty w ramach konkretnego stosunku prawnego, wyznaczonego zawartą umową. Ogólny stan prowadzonego przez wykonawcę przedsiębiorstwa może mieć znaczenie pośrednie o tyle, że ustalając rozmiary poniesionej straty, nie można tego czynić wyłącznie w kategoriach zobiektywizowanych, oderwanych od rozmiarów prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Powodowie spółki są jednymi z największych przedsiębiorstw budowlanych działających na terenie kraju i poza jego granicami. Utrata oczekiwanego zysku w wysokości około 2% umówionego wynagrodzenia na jednym z licznych kontraktów przez nie prowadzonych nie stanowi znacznej, a tym bardziej rażącej straty.

Apelację od powyższego wyroku wnieśli powodowie (...), zarzucając naruszenie:

I. przepisów prawa materialnego:

- 1) art. 357¹ k.c. przez jego niezastosowanie i art. 65 § 2 k.c. przez jego błędne zastosowanie, co doprowadziło do wadliwej wykładni zawartej pomiędzy stronami umowy skutkującej uznaniem, że brak w niej subklauzuli 13.8 dotyczącej zmian wysokości wynagrodzenia oznacza umowne wyłączenie możliwości stosowania norm prawa powszechnie obowiązującego regulujących kwestię sądowej modyfikacji stosunku zobowiązaniowego z uwagi na nadzwyczajne okoliczności i w konsekwencji uniemożliwia zastosowanie powyższego przepisu,
- 2) art. 357¹ k.c. przez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że sąd może dokonać zmiany tylko tej części umowy, która nie została wykonana w chwili wniesienia powództwa,
- 3) art. 357¹ k.c. przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że zapłata części wynagrodzenia w wysokości ustalonej w umowie stanowi wykonanie zobowiązania skutkujące jego wygaśnięciem, w sytuacji gdy powodowie jeszcze przed uzyskaniem zapłaty zastrzegli, że w związku z nadzwyczajną zmianą okoliczności, nie uznają zapłaty kwoty wskazanej w umowie za wykonanie zobowiązania,
- 4) art. 632 § 2 k.c. przez jego niezastosowanie,

5) art. 65 § 2 k.c. przez przeprowadzenie błędnej oceny złożonych przez strony oświadczeń woli polegającej na pominięciu faktu, że umowa przewiduje możliwość podwyższenia wynagrodzenia o koszty wynikające ze zmian w przepisach prawa;

II. przepisów prawa procesowego:

1) art. 227 i art. 217 § 3 k.p.c. przez bezzasadne oddalenie wniosku powodów o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka na okoliczność, jaki był zgodny zamiar stron w odniesieniu do wykreślenia subklauzuli 13.8, a następnie dokonanie w tym zakresie ustaleń przeciwnych o twierdzeń powodów, które miały być wykazane przez przeprowadzenie powyższego dowodu, co miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie, bowiem ustalenie, że strony – wykreślając powyższą subklauzulę – chciały wyłączyć zastosowanie art. 357¹ k.c., stanowiło bezpośrednią podstawę niezastosowania powyższego przepisu,

2) art. 278 § 1, art. 227 i art. 217 § 3 k.p.c. przez bezzasadne oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu ze wspólnej opinii biegłego z dziedziny budownictwa drogowego, biegłego z dziedziny rynku paliw i asfaltów oraz biegłego z dziedziny ekonomiki przedsiębiorstw lub opinii instytutu naukowego lub naukowo-badawczego specjalizującego się w zagadnieniach z zakresu budownictwa drogowego, rynku paliw i asfaltów oraz ekonomiki przedsiębiorstw, a w szczególności przedsiębiorstw budowlanych, na okoliczności szczegółowe wskazane w pozwie, mimo że okoliczności, na które dowód ten został zgłoszony, miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia a nie zostały one wyjaśnione zgodnie z twierdzeniami powodów, a ponadto ustalenie tych okoliczności wymaga wiadomości specjalnych, co miało istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż doprowadziło do odmowy zastosowania art. 357¹ lub art. 632 § 2 k.c.,

3) art. 233 § 1 i 2 k.p.c. przez dokonanie całkowicie dowolnej, a nie swobodnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie i oddalenie omawianych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy,

4) art. 278 § 1 k.p.c. przejawiające się w ustaleniu okoliczności, która wymagała wiadomości specjalnych, tj. tego, że strata poniesiona przez powodów miała charakter rażącej, bez przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, co doprowadziło do bezzasadnej odmowy zastosowania art. 357¹ k.c.,

5) art. 227 i art. 217 § 3 k.p.c. przez bezzasadne oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodów z ksiąg i dokumentów przedsiębiorstw powodów oraz opinii biegłego z zakresu rachunkowości na istotne dla rozstrzygnięcia okoliczności, w tym m.in. dotyczące ustalenia wysokości kosztów poniesionych przez powodów w celu wykonania umowy i wykazania, jaka część tych kosztów była związana z wykorzystaniem paliwa i asfaltów, oraz wysokości grożącej im straty, w sytuacji, w której Sąd Okręgowy ustalił okoliczności przeciwne do twierdzeń strony, które miały być wykazane ww. dowodami, tj. że zmiany cen paliw i asfaltu nie spowodowały zagrożenia wystąpienia rażącej straty,

6) art. 227 i art. 217 § 3 k.p.c. przez bezzasadne oddalenie wniosku o przesłuchanie świadków, na istotne dla rozstrzygnięcia okoliczności, które nie zostały wyjaśnione zgodnie z twierdzeniami powodów, co doprowadziło do dokonania błędnych ustaleń faktycznych skutkujących,

7) art. 328 § 2 i art. 233 § 1 i 2 k.p.c. przez niewskazanie przyczyn odmowy wiarygodności i mocy dowodowej niektórych dowodów, tj. dowodu z ksiąg i dokumentów przedsiębiorstw powodów oraz opinii biegłego z zakresu rachunkowości, raportu (...), analizy Zespołu Doradców (...), co doprowadziło do dokonania błędnych ustaleń faktycznych i znacząco utrudnia kontrolę instancyjną zaskarżonego wyroku,

8) art. 328 § 2 i art. 233 § 1 i 2 k.p.c. przez niewskazanie przyczyn odmowy dopuszczenia dowodu ze wspólnej opinii biegłego z dziedziny budownictwa drogowego, biegłego z dziedziny rynku paliw i asfaltów oraz biegłego z dziedziny ekonomiki przedsiębiorstw lub opinii instytutu naukowego lub naukowo-badawczego specjalizującego się w zagadnieniach z zakresu budownictwa drogowego, rynku paliw i asfaltów oraz ekonomiki przedsiębiorstw, a w szczególności przedsiębiorstw budowlanych, co doprowadziło do dokonania błędnych ustaleń faktycznych i znacząco utrudnia kontrolę instancyjną zaskarżonego wyroku,

9) art. 328 § 2 i art. 233 § 1 i 2 k.p.c. przez niewskazanie przyczyn dlaczego liczne artykuły prasowe przedstawione przez powodów nie są wiarygodne, dlaczego zdaniem Sądu Okręgowego zamieszki i wojny domowe w północnej A. są niemal elementem stałym, a tym samym nie można wskazywać na nie jako na okoliczności nadzwyczajne, dlaczego ten Sąd nie odniósł się do konkretnego wyjątkowego wydarzenia, jakim był wojna w (...) i dlaczego wydarzenie to nie miało wpływu na możliwość przewidzenia wzrostu cen paliw i asfaltów, dlaczego ten Sąd pominął artykuły i argumenty o wpływie organizacji (...) r. na wysokość cen paliw i asfaltów i możliwość przewidzenia wzrostu cen tych produktów, co doprowadziło do bezpodstawnego oddalenia powództwa, a ponadto znacząco utrudnia kontrolę instancyjną zaskarżonego wyroku,

10) art. 328 § 2 k.p.c. przez jego niezastosowanie i art. 233 § 1 i 2 k.p.c. przez jego błędne zastosowanie polegające na niewskazaniu przyczyn całkowitego pominięcia postanowień wiążącej strony umowy, nakazujących automatyczne podwyższenie ceny ustalonej przez strony w sytuacji zmian prawa powodujących podwyższenie cen paliw i asfaltów, a takimi były zmiany opłaty paliwowej i asfaltu, co doprowadziło do bezpodstawnego oddalenia powództwa w omawianym zakresie, a ponadto znacząco utrudnia kontrolę instancyjną zaskarżonego wyroku,

11) art. 328 § 2 k.p.c. polegające na całkowitym braku uzasadnienia dotyczącego niezastosowania w sprawie art. 632 § 2 k.c.;

III. dokonania błędnych ustaleń faktycznych:

1) wadliwego ustalenia, że strony wyłączyły w umowie stosowanie art. 357¹ k.c.,

2) wadliwego ustalenia, że nie doszło do nadzwyczajnej zmiany stosunków w trakcie realizacji umowy,

3) wadliwego ustalenia, że przesłanką roszczenia o zmianę wynagrodzenia z uwagi na wzrost akcyzy i opłaty paliwowej była nieprzewidywalność wprowadzenia przepisów podwyższających wysokość akcyzy i opłaty paliwowej, podczas gdy subklauzula 13.7 umowy nakazuje zmodyfikowanie wysokości umówionego wynagrodzenia w przypadku zaistnienia po dacie odniesienia zmiany prawa mającej wpływ na wysokość kosztów niezależnie od jej przewidywalności,

4) wadliwego ustalenia, że powodowie ponieśli stratę w wysokości 4.481.021,33 zł, mimo że w pozwie wskazali, że strata, jaką ponieśli, jest znacznie większych rozmiarów, a Sąd Okręgowy oddalił wszystkie wnioski dowodowe powodów mające wykazać tę okoliczność.

Wskazując na te zarzuty powodowie wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie zgodnie z żądaniem pozwu, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu, a także o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego kosztów procesu za obie instancje.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda była zasadna w zakresie, w jakim zmierza do uchylenia zaskarżonego wyroku.

Pozew w niniejszej sprawie dotyczy podwyższenia o kwotę 4.481.021,33 zł wynagrodzenia, jakie było należne powodom (...) od SP – (...) z tytułu umowy zawartej między stronami w dniu 31.08.2010 r., a dotyczącej rozbudowy drogi krajowej nr (...) do parametrów drogi ekspresowej i budowy węzłów, a także zapłaty tej kwoty. Miało to być wynikiem zmian cen paliwa i asfaltu w okresie po zawarciu tej umowy, czego powodowie, według ich twierdzeń, nie byli w stanie przewidzieć, w związku z czym należeć im się miały dodatkowe kwoty wynagrodzenia: 1.309.559,49 z tytułu wzrostu cen paliw i 3.171.461,84 zł z wzrostu cen asfaltu (k. 53, 58).

Tego rodzaju roszczenie można znaleźć oparcie w art. 357¹ § 1 k.c. (duża klauzula rebus sic stantibus), jak i w art. 632 § 2 k.c. Przepisy te różnią się pod względem treści, gdyż zgodnie z art. 357¹ § 1 zd. 1 k.c. jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy, natomiast zgodnie z art. 632 § 2 k.c. jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca strata, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę, przy czym z uwagi na treść § 1 tego artykułu, ma on zastosowanie w sytuacji, strony umówiły się o tzw. wynagrodzenie ryczałtowe. Ponieważ w niniejszej sprawie mieliśmy bezspornie do czynienia z umową o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. (umowa z dnia 31.08.2010 r.), to trzeba wskazać, że w wyniku sporów, jakie miały miejsce w doktrynie i judykaturze, Sąd Najwyższy podjął w dniu 29.09.2009 r. uchwałę w składzie 7 sędziów (III CZP 41/09, OSNC 2010, nr 3, poz. 33), zgodnie z którą m.in. art. 632 § 2 k.c. może mieć zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane.

Strona powodowa powołała się na obydwa te przepisy, jednak Sąd I instancji w ogóle nie rozważył zastosowania drugiego z nich. Jedynie na s. 10 uzasadnienia, rozpatrując przesłankę rażącej straty, wskazano, że jest ona „również przesłanką z art. 632 § 2 k.c.”. Jednak z całości uzasadnienia nie sposób wywieść, czy Sąd I instancji rozważał w ogóle zastosowanie tego przepisu, czy też nie, aczkolwiek odwołanie się do niego w jednym miejscu pozwala na przyjęcie wniosku, że był on brany pod uwagę przy wydaniu rozstrzygnięcia. Jest to o tyle istotne, że wzajemny stosunek norm wynikających z uregulowań zawartych w art. 357¹ i art. 632 § 2 k.c. wskazuje, że pozostają one w stosunku zawierania się. Zakres zastosowania normy ujętej art. 632 § 2 k.c. jest węższy, zawiera się w zakresie stosowania normy art. 357¹ k.c. Niewątpliwie węższy jest krąg adresatów pierwszej normy, obejmuje on wyłącznie wykonawców, natomiast zakres warunków jej zastosowania przedstawia się albo jako węższy (tylko wynagrodzenie), albo jako równoważny (zmiana stosunków) warunkom zastosowania art. 357¹ k.c. Co do zmiany stosunków art. 632 § 2 k.c. dopuszcza zmianę umowy w razie zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć. Odwołanie się przez ustawodawcę do nieprzewidywalności zmiany stosunków wskazuje, że chodzi tu o przypadki wychodzące poza zakres zwykłego ryzyka kontraktowego, a zatem o przypadki analogiczne jak objęte działaniem normy art. 357¹ k.c. Powyższe wskazuje na podrzędny charakter normy wynikającej z art. 632 § 2 k.c., co uzasadnia posłużenie się regułą *lex specialis derogat legi generali* (zob. wyrok SN z dnia 29.03.2012 r., I CSK 333/11, Lex nr 1214634, w którym również wskazano na możliwość zastosowania art. 632 § 2 k.c. w drodze analogii do umowy o roboty budowlane). Dodatkowo należy pamiętać, że strona procesu nie musi wskazywać podstawy prawnej swojego roszczenia, a nawet jeżeli ją poda, to nie można przyjąć, aby poddała pod osąd tylko te fakty, które mogą służyć zastosowaniu wskazanej przez nią normy prawa materialnego. Powołanie przez powoda podstawy faktycznej żądania, która może być kwalifikowana według różnych podstaw prawnych, uzasadnia rozważenie przez sąd przy rozpoznaniu sprawy każdej z nich, a zastosowanie jednej z nich, choćby odmiennej od tej, którą podał powód, nie uzasadnia zarzutu naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. (zob. np. wyrok SN z dnia 25.06.2015 r., V CSK 528/14, Lex nr 1771395). W konsekwencji sąd powinien rozważyć wszystkie przepisy prawa, które mogą mieć zastosowanie do podanych przez powoda okoliczności faktycznych w wyniku dokonanej subsumpcji.

Sąd I instancji w ogóle nie rozważył, jakie wynagrodzenie było przewidziane we wskazanej umowie, co jest podstawową kwestią, gdyż w wypadku ustalenia przez strony wynagrodzenia ryczałtowego dochodzoną kwotę należałoby rozpatrzyć z punktu widzenia obydwu przepisów: najpierw szczególnego art. 632 § 2 k.c., a gdyby on nie miał zastosowania – ogólnego art. 357¹ k.c., zaś przy innym wynagrodzeniu zastosowanie mógłby mieć tylko przepis ogólny. W odróżnieniu od art. 357¹ k.c., który chroni obie strony stosunku obligacyjnego, w art. 632 § 2 k.c. ustawodawca udzielił ochrony wyłącznie wykonawcy dzieła, a ponieważ chodziło o roszczenie wykonawców w stosunku do inwestora, żaden z tych przepisów nie można było a priori wyeliminować. Wynagrodzenie wykonawcy robót budowlanych za wykonanie przedmiotu umowy stanowi jej *essentialia negotii* (element przedmiotowo istotny), przy czym sposób określenia wynagrodzenia nie został uregulowany w kodeksie cywilnym, a więc strony mogą –

w ramach zasady swobody zawierania umów wynikającej z art. 353¹ k.c. – ukształtować stosunek prawny w tym przedmiocie zgodnie z zasadami wynikającymi z tego przepisu. O wynagrodzeniu ryczałtowym można 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 podlegała 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. Wynika to z brzmienia art. 632 § 1 k.c. Wyjątek od tej zasady został przewidziany w § 2 tego artykułu. Jednocześnie brak możliwości zastosowania art. 632 § 2 k.c. nie wyłącza możliwości powołania się na ogólny przepis, jakim jest art. 357¹ k.c.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na treść subklauzuli 14.1 „Cena kontraktowa”: „Jeżeli nie jest podane inaczej w warunkach szczególnych, to cena kontraktowa będzie uzgodniona lub ustalona na mocy subklauzuli 12.3 (wycena) i będzie podlegała korektom zgodnie z kontraktem (...), wszelkie ilości, jakie mogą być ustalone w przedmiarze robót lub innym wykazie, są ilościami szacunkowymi i nie należy ich brać pod uwagę jako ilości rzeczywistych i prawidłowych, przy czym wykonawca w terminie 28 dni od daty rozpoczęcia przedłoży inżynierowi szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych, w rozbiciu na nakłady rzeczowe i ceny odpowiednio dla tych nakładów: robocizny, materiałów wraz z kosztami zakupu, pracy sprzętu i transportu oraz narzutów kosztów pośrednich (ogólnych i zysku) wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego wykonawcy.” (k. 326, 359-359v 456-457). Natomiast w subklauzuli 12.3 określono: „Jeżeli w kontrakcie nie ustalono inaczej, to w celu uzgodnienia lub ustalenia ceny kontraktowej inżynier powinien postępować zgodnie z subklauzulą 3.5 przez wycenę każdego elementu robót, stosując pomiary (...) oraz odpowiednie stawki lub ceny dla danego elementu, która powinna być taka, jaka została zatwierdzona w kontrakcie dla tego elementu lub jeśli takiego nie ma, to ustalona dla podobnej roboty.” (k. 453).

Taka treść tych subklauzul wskazywałaby, że mieliśmy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym, o czym mogłyby świadczyć również odpowiedzi zawarte w punktach 5 i 217 pisma pozwanego do potencjalnych oferentów z dnia 28.05.2010 r. (k. 5767-5822), w którym wskazano, że „kontrakt jest kontraktem obmiarowym, co oznacza płatność za faktycznie wykonane roboty” i „wynagrodzenie wykonawcy jest wynagrodzeniem kosztorysowym”.

Nie można jednak abstrahować, że w umowie wynagrodzenie ustalono na kwotę 190.861.179,65 zł brutto, przy czym maksymalna wartość zobowiązania wynosiła 115% tej kwoty, tj. 219.490.356,60 zł, aby aneksem obowiązującym od dnia 1.01.2011 r. podwyższyć wynagrodzenie do kwoty 156.443.589,88 zł netto, tj. 192.425.615,55 zł brutto (k. 477-478). Podobnie w odpowiedzi zawartej w punkcie 8 ww. pisma pozwanego wskazano, że „limitem jest 115% kontraktu”. Zatem wbrew twierdzeniom strony pozwanej, z literalnego brzmienia powołanych postanowień można byłoby przyjąć, że nie było to „czyste” wynagrodzenie kosztorysowe, ale wynagrodzenie kosztorysowe w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, przy czym przy określonej wartości stawało się „czystym” wynagrodzeniem ryczałtowym. Dodatkowo w punkcie 8.6 SIWZ (k. 205-228) zastrzeżono: „Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w tomach II-V SIWZ”, zaś oferenci zobowiązali się, w przypadku wyboru ich oferty, do zawarcia umowy zgodnej z ofertą, na warunkach określonych w SIWZ (pkt 10 oferty). Tak więc z jednej strony mowa jest o obmiarach, z drugiej zaś o kwocie, która miała stanowić wynagrodzenie powodów, a dodatkowo o kwotowym limicie. Co więcej, w subklauzuli 4.11 wskazano: „Będzie się uważało, że wykonawca uznał zaakceptowaną kwotę kontraktową za poprawnie określoną i wystarczającą oraz oparł tę kwotę na danych, interpretacjach, koniecznych informacjach, inspekcjach, badaniach i upewnieniu się co do wszystkich odnośnych spraw i wszelkich dalszych danych odnoszących się do projektowania przez wykonawcę. Jeżeli w kontrakcie nie podano inaczej, to zaakceptowana kwota kontraktowa pokrywa wszystkie zobowiązania wykonawcy według kontraktu i wszystko, co konieczne dla właściwego zaprojektowania, realizacji i ukończenia robót oraz usunięcia wszelkich wad.”.

Tej kwestii Sąd I instancji w ogóle nie rozważył, a była ona podstawowa dla zastosowania właściwych przepisów prawa. Co istotne, świadkowie, również pozwany, mieli zeznawać na okoliczność wykonywania umowy przez powodów i rozliczeń między stronami, w czym zawiera się również kwestia sposobu wyliczenia wynagrodzenia należnego powodowi. Sąd I instancji powołał jedynie postanowienia umowne regulujące kwestię wynagrodzenia za

przedmiotowe roboty, ale nie przeprowadził jakiegokolwiek analizy, która miałaby świadczyć o rodzaju wynagrodzenia przewidzianego w umowie łączącej strony. Jak wskazano, chociaż w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku zostały powołane postanowienia subklauzul nt. wynagrodzenia kosztorysowego, to Sąd I instancji odniósł się do jednej z przesłanek zastosowania art. 632 § 2 k.c. Brak jakiegokolwiek analizy w przedmiocie rodzaju wynagrodzenia w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku uniemożliwia kontrolę instancyjną w tym przedmiocie.

Natomiast zgodzić się należy ze stwierdzeniem, że do zmiany umowy uzasadnionej okolicznościami wyczerpującymi przesłanki określone w art. 144 ust. 1 p.z.p. może dojść jedynie rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez strony umowy. Niemniej ten przepis nie przyznaje wykonawcy roszczenia o zmianę zawartej umowy. Oznacza to, że w wypadku odmowy dokonania zmiany umowy przez zamawiającego, art. 144 ust. 1 p.z.p. nie może stanowić podstawy żądania zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego. Zmiana wysokości istotnego elementu umowy, jakim jest wysokość wynagrodzenia, może nastąpić w oparciu o art. 357¹ k.c., który z mocy art. 139 ust. 1 p.z.p. ma zastosowanie w zakresie nieuregulowanym przez ustawę o zamówieniach publicznych. W tym jednak celu musi zostać 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. A ponieważ art. 632 § 2 k.c. ma zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane i może stanowić podstawę do modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy, to także w przypadku umów o roboty budowlane zawierane w trybie zamówień publicznych przepis ten ma zastosowanie (zob. np. wyroki SN: z dnia 16.05.2007 r., III CSK 452/06, niepubl. i z dnia 4.02.2011 r. III CSK 143/10, Lex nr 785535).

Stanowisko strony pozwanej w tym przedmiocie było więc niezasadne, co oznacza, że okoliczność, że strony zawarły umowę w ramach zamówienia publicznego, nie wyłącza możliwości zastosowania waloryzacji ustawowej wynikającej z powołanych przepisów, mimo że w art. 144 p.z.p. zakazano istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany, a zmiana umowy dokonana z naruszeniem tej zasady podlega unieważnieniu. Ten przepis, jak i żaden inny przepis ustawy w ogóle nie reguluje kwestii waloryzacji świadczeń, a więc należy przejść na ogólne zasady wynikające z kodeksu cywilnego.

Sąd I instancji uznał, że: „Powódki wyraziły w umowie zgodę na wyłączenie mocy obowiązującej subklauzuli 13.8 ogólnych warunków kontraktu..., przewidującej korektę kwot płatnych wykonawcy dla oddania wzrostów lub spadków m.in. kosztów materiałów. Tym samym zgodziły się na wyłączenie waloryzacji wynagrodzenia na skutek ewentualnych zmian cen, w tym paliw i asfaltu. Powódki winny, zatem uwzględniać koszty wzrostu cen w ramach ryzyka gospodarczego.” (s. 9 uzasadnienia). Jednak z powyższego stwierdzenia, jak również pozostałej części wywodów zawartych w uzasadnieniu nie wynikało, czy oznacza to, że w niniejszej sprawie wyłączona została w ogóle możliwość dokonania waloryzacji, czy jedynie waloryzacji umownej, a jeśli tej ostatnie, to czy w całości, czy tylko w części. Nie można zapominać, że powodowie dochodzili roszczenia w oparciu o waloryzację ustawową, a jedynie w odniesieniu do zwwyżki akcyzy oraz opłaty paliwowej powoływali się dodatkowo na subklauzulę 13.7.

Zgodzić się należało ze stwierdzeniem, że strony wyłączyły w umowie subklauzulę 13.8 „Korekty wynikające ze zmian kosztu”, której treść brzmiała następująco: „(...) Jeśli niniejsza subklauzula ma zastosowanie, to kwoty płatne wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków kosztów robocizny, dóbr i innych nakładów na roboty, przez dodanie lub potrącenie kwot określonych za pomocą formuł przepisanych niniejszą subklauzulą. W zakresie, w jakim pełna rekompensata za jakikolwiek wzrost lub spadek kosztów, nie jest objęta postanowieniami niniejszej lub innych klauzul, będzie się uważało, że zaakceptowana kwota kontraktowa zawiera rezerwy na pokrycie innych nieprzewidzianych wzrostów lub spadków kosztów (...)”. W subklauzuli zawarto również sposób dokonania korekty (k. 277-278). Już w SIWZ wpisano, że subklauzula 13.8 nie będzie miała zastosowania (k. 226). W odpowiedziach zawartych w punktach 16 i 217 pisma z dnia 28.05.2010 r. skierowanego do potencjalnych oferentów pozwany wskazał, że „nie wprowadza się klauzul waloryzacyjnych” i że „ceny i stawki dla poszczególnych elementów robót nie podlegają waloryzacji”. Dodatkowo w umowie wprost wpisano, że subklauzula 13.8 nie będzie miała

zastosowania (k. 326). Zatem bezspornie w niniejszej sprawie to postanowienie umowne nie mogło mieć zastosowania, gdyż strony mogą wyłączyć możliwość waloryzowania świadczeń w oparciu o określone umownie wskaźniki, czyli wyłączyć waloryzację umowną.

Wbrew jednak pogładowi wyrażonemu przez pozwanego, nie oznacza to, że nie można w ogóle zastosować waloryzacji. Przypomnieć trzeba, że możliwa jest waloryzacja ustawowa, jak i umowna. Owszem przyjmuje się, że art. 357¹ k.c. ma charakter dyspozytywny i w umowie dopuszczalne jest wyłączenie jego zastosowania, jak i modyfikacja przewidzianych w nim reguł, czy zastąpienie go stworzoną samodzielnie przez strony regulacją następstw zmiany stosunków, przy czym granice swobody stron w tym względzie określa art. 353¹ k.c. (zob. P. Machnikowski w: E. Gniewek, P. Machnikowski, Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 624), ale brak jest podstaw do uznania, że wyłączenie przez strony w łączącym je stosunku cywilnym jednej z klauzul umownych oznacza wyeliminowanie a limine wszelkiej waloryzacji. W tym przedmiocie strony muszą złożyć zgodne oświadczenia woli, a w niniejszej sprawie brak było podstaw do uznania, aby faktycznie strony wyłączyły wszelkie sposoby waloryzacji, w tym w szczególności waloryzację ustawową. Pozwany, na którym spoczywa ciężar dowodu (art. 6 k.c.), nie przedstawił w tym przedmiocie dowodu, poza analizą powołanych postanowień umownych i treści innych dokumentów, z którą nie sposób się zgodzić.

Co więcej, powodowie zgłosili dowód z przesłuchania świadka M. S. na okoliczność zamiaru stron co do wykreślenia subklauzuli 13.8 (k. 6181v). Jeżeli Sąd I instancji miałby dokonać ustalenia, że wyłączenie tej subklauzuli oznaczało wyeliminowanie również waloryzacji ustawowej, a tak można byłoby wnioskować z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, chociaż nie zostało to wprost wyrażone, to nie mógł oddalić tego wniosku dowodowego, gdyż było to sprzeczne z art. 217 § 3 k.c. Zgodnie z tym przepisem sąd pomija twierdzenia i dowody, jeżeli są powoływane jedynie dla zwłoki lub okoliczności sporne zostały już dostatecznie wyjaśnione. W orzecznictwie zgodnie przyjmuje się, że przez wyjaśnienie spornych okoliczności rozumieć należy taki stan rzeczy, w którym albo nastąpiło uzgodnienie między stronami spornych dotychczas okoliczności, albo też zostały one wyjaśnione na korzyść strony powołującej dowody. Niedopuszczalne jest pominięcie zaofiarowanych środków dowodowych z powołaniem się na wyjaśnienie sprawy, jeżeli ocena dotychczasowych dowodów prowadzi, w przekonaniu sądu, do wniosków niekorzystnych dla strony powołującej dalsze dowody. Oznaczałoby to bowiem pozbawienie jednej ze stron możliwości udowodnienia jej twierdzeń. Sytuacja taka nie zachodzi jedynie w sytuacji, gdy teza dowodowa jest nieistotna dla rozstrzygnięcia lub proponowany środek jest nieprzydatny dla jej udowodnienia.

Zatem jeżeli Sąd I instancji ustalił, chociaż nie wynika to wprost z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, że strony wyłączyły możliwość zastosowania także waloryzacji ustawowej, nie mógł poczynić takiego ustalenia oddalając wskazany wniosek dowodowy. Strona powodowa miała prawo zgłosić taki dowód, szczególnie jeżeli weźmie się pod uwagę treść art. 65 § 2 k.c., który nakazuje uwzględniać nie tylko literalną treść umowy, ale również zgodny zamiar stron i treść umowy. Sąd I instancji mógł oddalić ten wniosek dowodowy, gdyby uznał, że mimo wykreślenia subklauzuli 13.8 możliwe jest zastosowanie art. 632 § 2 k.c., ewentualnie art. 357¹ k.c. Tak można byłoby wnioskować z faktu, że w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku mowa była o przesłankach zastosowania tego ostatniego przepisu i „rażącej szkodzi” w odniesieniu również do art. 632 § 2 k.c., jednak nie zostało to wyrażone *expressis verbis* i tak naprawdę z treści uzasadnienia trudno ustalić intencję tego Sądu w tym przedmiocie. W związku z tym Sąd I instancji powinien był zbadać, czy przy wykreśleniu wskazanej subklauzuli strony miały na myśli całkowite wyłączenie waloryzacji, szczególnie uwzględniając sposób zawarcia umowy i realny wpływ powodów na jej treść, jeżeli miał wątpliwości co wyłączenia waloryzacji ustawowej. W tym kontekście należałoby zwrócić uwagę na powołane wcześniej pismo pozwanego z dnia 28.05.2010 r., z którego jednoznacznie wynikało, że wykonawcy nie mieli praktycznie żadnego wpływu na treść umowy z dnia 31.08.2010 r. (niemal każda propozycja zmiany treści przyszłej umowy była odrzucana przez pozwanego). Niewątpliwie okoliczność wyłączenia zastosowania waloryzacji ustawowej powinna być jednoznacznie wyjaśniona, jako że determinowała zasadność dochodzonego roszczenia.

Sporną kwestią podnoszoną przez pozwanego była okoliczność możliwości zastosowania omawianych przepisów w sytuacji, gdy na datę wniesienia pozwu umowa była wykonana w około 90%. Okoliczność ta była bezsporna, powodowie jej nie kwestionowali, a wynikała nie tylko z twierdzeń strony pozwanej (k. 5750), ale również złożonych

dokumentów, jak świadectwa przejęcia robót, czy potwierdzenia (k. 5831-5977). Sąd I instancji, podkreślając tę okoliczność i powołując się na orzecznictwo, zgodnie z którym w wypadku, gdy umowa została w całości wykonana, jej modyfikacja na podstawie art. 357¹ k.c. nie jest możliwa, a jeżeli nadzwyczajna zmiana stosunków nastąpiła po częściowym wykonaniu zobowiązania, to wówczas przesłanki zastosowania klauzuli z tego przepisu podlegają ocenie w odniesieniu do niewykonanej części zobowiązania i zmianą może być objęta tylko niewykonana część umowy, jakkolwiek nie można z góry wykluczyć konieczności uwzględnienia już wykonanego zobowiązania w ramach rozważenia interesów stron w zgodzie z zasadami współzycia (zob. wyrok SN z dnia 16.05.2007 r., III CSK 452/06, Lex nr 334987), nie wskazał, czy w związku z tym uważa, że waloryzacja z tej przyczyny w ogóle nie miała zastosowania w niniejszej sprawie, czy też powinna mieć zastosowanie tylko w części umowy niewykonanej przez powodów na datę wniesienia pozwu.

Faktem jest, że w piśmiennictwie i orzecznictwie (zob. np. wyroki SN z dnia 9.04.2003 r., I CKN 255/01, Lex nr 788990 i z dnia 21.04.2005, III CK 645/04, niepubl.) nie ma w zasadzie rozbieżności, iż jeżeli umowa została w całości wykonana, to jej modyfikacja na podstawie art. 357¹ k.c. nie jest możliwa. Jednak w powołanym wyroku z dnia 16.05.2007 r. Sąd Najwyższy podkreślił, że jeżeli nadzwyczajna zmiana stosunków nastąpiła po częściowym wykonaniu zobowiązania, to wówczas przesłanki zastosowania klauzuli z tego przepisu podlegają ocenie w odniesieniu do niewykonanej części zobowiązania. Co więcej, we tym samym wyroku Sąd Najwyższy podkreślił, że nawet jeżeli taka zmiana miała miejsce w trakcie wykonywania zobowiązania, możliwe jest – po rozważeniu interesów stron i przy zastosowaniu zasad współzycia społecznego – uwzględnienie już wykonanego zobowiązania.

Istotne jest więc ustalenie, w którym momencie doszło do nadzwyczajnej zmiany stosunków, co wymaga wiadomości specjalnych, o czym będzie mowa poniżej. Jest to tyle ważne, że w niniejszej sprawie powodowie podnosili, że miało to miejsce praktycznie od początku wykonywania kontraktu, ale już po zawarciu umowy z pozwanym, czego nie byli w stanie przewidzieć w normalnym toku rzeczy. Potwierdzały to dokumenty zgłoszenia roszczeń inżynierowi kontraktu już w kwietniu 2011 r. i kolejne wraz z dokładnymi wyliczeniami i kosztorysami (k. 483-1234, 5468-5469), a więc znacznie wcześniej niż został wniesiony pozew. Przy tym uwzględnić trzeba okoliczność, że powodowie wzięli pod uwagę możliwość wzrostu cen i nie domagali się zmiany wysokości świadczenia w całym zakresie zmian cen paliw i asfaltu, o czym będzie mowa poniżej. Nie sposób więc a priori zakładać, że skoro na datę wniesienia pozwu wykonane było 90% umowy, to roszczenie w odniesieniu do tej wykonanej części nie przysługiwało. Poza tym z całą jednak pewnością na datę wniesienia pozwu część zobowiązania nie była spełniona, co samo w sobie przesądza o możliwości wytoczenia powództwa. Jednocześnie zasadne jest przyjęcie, że czas trwania postępowania sądowego nie może mieć wpływu na możliwość skorzystania z waloryzacji ustawowej, w przeciwnym bowiem razie mielibyśmy do czynienia z iluzoryczną ochroną kontrahenta w wypadku nadzwyczajnej zmiany stosunków.

Odnosząc się do samego meritum, a więc zaistnienia przesłanek z art. 357¹ i art. 632 § 2 k.c., to rozważania Sądu I instancji w tym przedmiocie były również bardzo lakoniczne, oparte na wybiórczej analizie materiału dowodowego w postaci złożonych dokumentów, przy jednoczesnym oddaleniu wszystkich innych wniosków dowodowych stron. W związku z tym trzeba wskazać, wobec zgłoszenia przez powodów żądania podwyższenia wynagrodzenia za wykonanie zamówienia publicznego, opartego na tych dwóch artykułach, że ingerencja sądu w umowny stosunek obligacyjny ma podstawie art. 357¹ k.c. może mieć miejsce wtedy, gdy wystąpią kumulatywnie następujące przesłanki, do wykazania których zobowiązany jest podmiot, który domaga się ingerencji sądu w stosunek zobowiązaniowy:

- 1) źródłem powstania zobowiązania jest umowa,
- 2) nastąpiła zmiana stosunków o charakterze nadzwyczajnym,
- 3) zmiana ta musi nieść za sobą nadmierną trudność w spełnieniu świadczenia lub musi grozić jednej ze stron rażącą stratą,
- 4) między dwoma ostatnimi przesłankami zachodzi związek przyczynowy,

5) strony nie przewidziały przy zawieraniu umowy wpływu zmiany stosunków na wykonanie zobowiązania.

Natomiast przesłankami żądania wykonawcy opartego na art. 632 § 2 k.c. (klauzuli tzw. nadzwyczajnej zmiany stosunków) są:

- 1) źródłem powstania zobowiązania jest umowa o dzieło/roboty budowlane,
- 2) wystąpienie rzeczywistej, istotnej zmiany stosunków (między zawarciem a wykonaniem umowy),
- 3) brak możliwości przewidzenia rzeczywistej, istotnej zmiany stosunków,
- 4) zagrożenie powstania rażącej straty przyjmującego zamówienie w wypadku wykonania dzieła w zmienionych warunkach przy utrzymaniu ryczałtu,
- 5) związek przyczynowy między zmianą stosunków a zagrożeniem rażącej straty dla przyjmującego zamówienie (zob. S. Buczkowski w: S. Grzybowski (red.), System prawa cywilnego, t. III, cz. 2: Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Wrocław 1976, s. 436).

Widać wyraźnie, że przesłanki zastosowania art. 357¹ k.c. są szersze niż przesłanki przewidziane w art. 632 § 2 k.c. Dodatkowo Sąd Najwyższy podkreślił, że nie można w pełni utożsamiać przesłanki „nadzwyczajnej zmiany stosunków” z art. 357¹ k.c. i „zmiany stosunków” z art. 632 § 2 k.c., aczkolwiek taką opinię wyraża się niekiedy w literaturze. Za samym zrównaniem tych pojęć nie może przemawiać założenie, że w obu tych sytuacjach chodzi o pojawienie się po zawarciu umowy zdarzeń, które nie są objęte typowym ryzykiem kontraktowym wyznaczonym przez określony rodzaj umowy (np. umowy o roboty budowlane). Chociaż obie kategorie nie muszą nawiązywać do zdarzeń o charakterze katastroficznym, to zdarzenie w postaci „nadzwyczajnej zmiany stosunków” powinno zawierać w sobie więcej elementów niezwykłości niż „zmiana stosunków” w rozumieniu art. 632 § 2 k.c., skoro ustawodawca jednak różnicuje terminologię i jednocześnie inne są funkcje ogólnej (wyrażonej w art. 357¹ k.c.) i szczególnej (ujętej w art. 632 § 2 k.c.) klauzuli rebus sic stantibus. W pierwszej sytuacji chodzi o zmianę treści stosunku obligacyjnego także przy uwzględnieniu elementu słuszności (rozważenie interesów stron i zasad współżycia społecznego), w drugiej podstawowe znaczenie ma czynnik natury ekonomicznej, tj. zachowanie względnej, odpowiedniej równowagi pomiędzy świadczeniem niepieniężnym wykonawcy robót budowlanych i poziomem należnego mu wynagrodzenia ryczałtowego, tj. relacja „rozmiaru lub kosztów prac” i określonego w umowie „ryczałtu” (wyrok SN z dnia 29.10.2015 r., I CSK 901/14, Legalis nr 1360056). Innymi słowy, w przeciwieństwie do art. 357¹ k.c., mającego zastosowanie jedynie w razie wykazania nadzwyczajnej zmiany stosunków, przepis art. 632 § 2 k.c. zezwala na modyfikację umowy przez podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego już w wypadku, gdy wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, jej wykonanie groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca stratą.

Na marginesie można wskazać, że w literaturze wyrażono pogląd, z którym nie sposób się zgodzić, że nie należy przywiązywać wagi do semantycznej różnicy między terminami „zmiana stosunków” w art. 632 § 2 k.c. oraz „nadzwyczajna zmiana stosunków” w art. 357¹ k.c., a oba powinny być traktowane jako synonimy – jako nadzwyczajna zmiana okoliczności faktycznych lub sytuacji prawnej niezależna od stron, wykraczająca poza typowe (przewidywalne) ryzyko kontraktowe. Zatem art. 632 § 2 k.c. zezwala na modyfikację przez podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego już w wypadku, gdy wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć.

W niniejszej sprawie podstawowe znaczenie miało ustalenie następujących przesłanek: nadzwyczajność zmiany stosunków (cen paliwa i asfaltu), brak możliwości jej przewidzenia i rażąca strata grożąca powodowi (strona powodowa nie powoływała się na nadmierną trudność w spełnieniu świadczenia), gdyż bezspornie chodziło o stosunek umowny, a przy pozytywnej odpowiedzi na zaistnienie wskazanych przesłanek, nie mogłaby budzić wątpliwości przesłanka związku przyczynowego. Po ustaleniu tych przesłanek, w wypadku stosowania art. 357¹ k.c., niezbędne byłoby

ustalenie, czy za waloryzacją (ewentualnie rozwiązaniem umowy, jak stanowi ten przepis, a czego powodowie nie domagali się) przemawiają interesy stron i zasady współzycia społecznego.

Wywody Sądu I instancji w odniesieniu do tych trzech przesłanek sprowadzały się do następujących stwierdzeń:

1) już w momencie zawierania umowy z pozwanym, a nawet składania oferty, powodowie powinni sobie zdawać sprawę z tego, że znaczne wahania cen paliw i asfaltu nie tylko są możliwe, ale wręcz już nastąpiły, o czym świadczyły załączniki nr 60 i 61 do pozwu, gdyż w okresie przed złożeniem oferty można było zaobserwować wzrost cen asfaltu drogowego na poziomie około 25% w okresie marzec – czerwiec 2009 r., a około 40% w okresie marzec – wrzesień 2009 r. i wzrost cen paliw na przestrzeni lat 2009-2010 na poziomie około 40%,

2) nie zachodziła rażąca strata, skoro powodowie domagają się zmiany treści umowy i zapłaty kwoty 4.481.021,33 zł, która stanowi około 2% wartości przedsięwzięcia, a powodowe spółki są jednymi z największych przedsiębiorstw budowlanych działających na terenie kraju i poza jego granicami.

W odniesieniu do przesłanki nadzwyczajnej zmiany stosunków i przewidywalności przy zawieraniu umowy wpływu tej na wykonanie zobowiązania, to pod pojęciem „nadzwyczajna zmiana stosunków” rozumieć należy taki stan rzeczy, który zdarza się rzadko, a jednocześnie jest niezwykle, niebywały, wyjątkowy, normalnie niespotykany. Nadzwyczajna zmiana stosunków może mieć tło przyrodnicze, jak i społeczne. Jako przykłady zdarzeń powodujących nadzwyczajną zmianę stosunków można wskazać na nieurodzaj, epidemie, operacje wojenne, strajki generalne, różnego rodzaju klęski żywiołowe, nadzwyczajną, szczególnie głęboką zmianę sytuacji gospodarczej, gwałtowną zmianę poziomu cen na określonym rynku, długotrwały paraliż środków transportu lub łączności, zmianę ustroju politycznego i społeczno-gospodarczego państwa itd. Pamiętać jednak należy, że w przypadku zastosowania art. 632 § 2 k.c. ta zmiana nie musi być nadzwyczajna.

W pierwszej kolejności trzeba wskazać, że Sąd I instancji w ogóle nie odniósł się do twierdzeń powodów, że uwzględnili oni zmienność cen paliw w okresie maj 2009 r. – maj 2010 r., w wyniku czego podwyższyli cenę 1 m³ z daty odniesienia o 16,69% jako procentowy wzrost ceny paliwa (oleju napędowego) w tym okresie, stąd ustalili cenę na poziomie 3.999 zł/m³ (k. 29-30), czyli 4,00 zł/l. Podobnie uwzględnili zmienność cen asfaltu w okresie marzec 2009 r. – maj 2010 r. i podwyższyli cenę 1 t tego materiału z daty odniesienia o 15-16% w zależności od rodzaju asfaltu jako procentowy wzrost ceny asfaltu w tym okresie, stąd otrzymali kwoty: 1.746 zł/t asfaltu 35/50, 1.734 zł/t asfaltu 50/70 oraz 2.099 zł/t asfaltu 25/55-60 i 45/80-55 (k. 37-38). W tym przedmiocie pozwany nie zgłosił tak naprawdę konkretnych zarzutów, chociaż zakwestionował, aby powodowie uwzględnili w jakimś stopniu ryzyko (k. 6211). Tymczasem w powołanym wcześniej wyroku z dnia 29.10.2015 r. Sąd Najwyższy słusznie przyjął, że wzrost cen materiałów w toku wykonywania umowy zawartej dwa lata wcześniej o 16% ponad poziom inflacji oraz okres (tempo) tego wzrostu może świadczyć – obiektywnie rzecz biorąc – o wystąpieniu istotnej zmiany stosunków w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. Tym bardziej gwałtowny wzrost cen materiałów i usług budowlanych po blisko 10-letnim okresie ich stabilizacji, może być uznany za zaistnienie sytuacji nadzwyczajnej i nieprzewidywalnej w chwili zawierania umowy (zob. wyroki SN: z dnia 20.11.2008 r., III CSK 184/08, niepubl. i z dnia 12.04.2013 r., IV CSK 568/12, OSNC-ZD 2014, z. 1, poz. 18).

Sąd I instancji uznał na podstawie wahań cenowych w pewnym okresie czasu, że powodowie mogli przewidzieć, że ceny paliw i asfaltów będą rosły. I tak też przyjęli powodowie, o czym świadczyło przedstawione wyliczenie, które mogło podlegać weryfikacji w wyniku przeprowadzenia zgłoszonych przez powodów wniosków dowodowych, skoro strona pozwana zaprzeczyła tym wyliczeniom. Przy przyjęciu za prawdziwe twierdzeń powodów należałoby uznać, że zachowali oni należyta staranność. Jednak wymagana była od nich staranność w stopniu podwyższonym w rozumieniu art. 355 § 2 k.c., a więc konieczne było ustalenie, czy przy jej zachowaniu i należytych dbaniu o swoje interesy mogli i powinni przewidzieć wzrost cen paliw i asfaltu, który miał miejsce w kolejnych okresach wykonywania umowy. Do tego nie było wystarczające posłużenie się wskazanymi zestawieniami cen, szczególnie w sytuacji, gdy powodowie zgłosili szereg wniosków dowodowych. Przykładowo, Sąd I instancji w ogóle nie odniósł się do analizy Zespołu Doradców (...) dla ustalenia znaczenia wzrostu cen ON i asfaltu dla rentowności wykonawcy w tej inwestycji (k. 4470-4510), opinii dla Ogólnopolskiej Izby (...) „Ewolucja cen asfaltów w Polsce oraz wrażliwość firm budownictwa drogowo-mostowego na

ceny materiałów” (k. 5229-5244) i raportu o sytuacji w drogownictwie w 2012 r. (k. 5512-5539). Z dokumentów tych jednoznacznie wynikało, że w latach 2010-2012 na rynku materiałów budowlanych mieliśmy do czynienia z sytuacją, której nie sposób było przewidzieć. Oczywiście te dokumenty nie stanowiły dowodu z opinii biegłego sądowego, a jedynie dokumenty (opinie) prywatne w rozumieniu art. 245 k.c., jednak stanowiły one potwierdzenie stanowiska procesowego jednej ze stron postępowania i jeżeli Sąd I instancji nie dał im wiary zgodnie z zasadą określoną w art. 233 § 1 k.p.c., to powinien to uzasadnić, tym bardziej, że na podstawie analizy innych dokumentów doszedł do przeciwnych wniosków. Jednak w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku brak jest stanowiska w tym przedmiocie, a tym bardziej stosownego wyjaśnienia. To samo odnosi się do wydruków z prasy i internetu o cenach materiałów budowlanych (k. 5246-5290). A już zupełnie niezrozumiałe było stwierdzenie, że „zamieszki i wojny domowe w północnej A. są niemal elementem stałym”. Trudno odnieść się do tego, czy jest to okoliczność powszechnie znana, czy znana sądowi z urzędu. Analiza uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie daje odpowiedzi na to pytanie. Wręcz przeciwnie, faktem powszechnie znanym jest, że do 2011 r. w A. panował względny spokój, zaś problemy w tym regionie zaczęły się wraz z początkiem zamieszek, a następnie wojny domowej w (...). Świadczyły o tym również przedłożone przez powodów doniesienia prasowe. Oczywiście jest, że mogło to mieć wpływ na ceny paliw, skoro (...) była jednym z największych dostawców ropy.

Ustalenie tych wszystkich okoliczności wymagało jednak przeprowadzenia postępowania dowodowego, a nie arbitralnego stwierdzenia, że z uwagi na zmiany cen, które miały miejsce w przeszłości, powodowie powinni byli przewidzieć kolejne wzrosty cen paliwa i asfaltu, i to ponad poziomy odniesienia przyjęte w ofercie, tym bardziej, jeżeli uwzględni się skalę tych podwyżek.

W tym zakresie powodowie zgłosili stosowne wnioski dowodowe, zarówno z dokumentów, jak i osobowe, a końcowo dowód z opinii biegłego sądowego. Świadkowie T. S., K. O., M. B., P. Ż., M. L. zostali zawnioskowani generalnie na okoliczności dotyczące wzrostu cen paliw i asfaltu i możliwości ich przewidzenia, wpływu tych zdarzeń na wykonywanie umowy, strata po stronie powodów i zgłaszanie roszczeń w związku z nadzwyczajną zmianą stosunków (k. 5-6, 6195-6196). Sąd I instancji podał, że albo były to okoliczności bezsporne, albo wynikały z przedłożonych dokumentów, przy czym nie sprecyzował, ani które okoliczności były bezsporne, ani które dokumenty miały świadczyć o okolicznościach istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, skoro do większości z nich się nie ustosunkował. Można tylko domniemywać, że tymi dokumentami były powołane w stanie faktycznym uzasadnienia zestawienia cen paliw i cen asfaltów, gdyż na ich podstawie Sąd ten przyjął, że nie zaszła nadzwyczajna zmiana stosunków, której strony nie mogły przewidzieć. Natomiast wystarczy wskazać jedynie na kwestię uwzględnienia przez powodów potencjalnej wyżki cen w swojej ofercie jako na okoliczność, która została zaprzeczona przez pozwanego. Była to więc okoliczność istotna dla rozstrzygnięcia sprawy, jednocześnie sporna i nie wynikała z żadnego dokumentu, który powołał Sąd I instancji, a co najwyżej z dokumentów, które zostały przez ten Sąd pominięte.

Tymczasem jak była wcześniej mowa, sąd pomija twierdzenia i dowody tylko w sytuacji, gdy są powoływane jedynie dla zwłoki lub okoliczności sporne zostały już dostatecznie wyjaśnione. Powołany art. 217 k.c. należy tłumaczyć łącznie z art. 227, 229 i 230 k.p.c., w myśl których przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie, jeżeli są sporne. W konsekwencji nie wszystkie okoliczności podnoszone przez strony powinny być przedmiotem postępowania dowodowego, a jedynie te, które są sporne między nimi i mają znaczenie dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Jednocześnie, jak wskazano powyżej, brak jest podstaw do oddalenia wniosku dowodowego, jeżeli zmierza on do wykazania okoliczności, która nie została dostatecznie, a tym bardziej w ogóle wyjaśniona. Tymczasem Sąd I instancji oddalił wszystkie wnioski dowodowe, które zmierzały do wykazania okoliczności sprzecznych z poczynionymi, wybiórczymi ustaleniami tego Sądu. Chodzi nie tylko o zeznania świadków, ale również dowód z opinii biegłego (k. 21-22, 23), który dotyczył wzrostów cen paliw i asfaltów, przyczyn takiego stanu rzeczy, możliwość przewidzenia tych wzrostów, kosztów po stronie powodów z tym związanych i straty, jaka zaistniała po ich stronie z tego tytułu. Żadna z tych okoliczności nie została wyjaśniona w toku postępowania przed Sądem I instancji, a przynajmniej znaczna część z nich wymagała wiadomości specjalnych, co uzasadniało dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego (art. 278 § 1 k.c.).

Nie można bowiem pomijać, że faktycznie w pewnych okresach miały miejsca wahnięcia cen paliw i asfaltu, ale na tej podstawie nie sposób wyciągnąć a priori wniosku, bez przeprowadzenia postępowania dowodowego, że powodowie mogli i powinni przewidzieć taki wzrost cen, jaki miał miejsce w toku wykonywania przez nich umowy. Wystarczy wskazać tylko na ceny paliwa (oleju napędowego): w dacie odniesienia – 3,43 zł/l, w dniu 6.09.2011 r. – 4,00 zł, a więc tyle, ile powodowie, według ich twierdzeń przyjęli, a było to już w pewien czas po złożeniu oferty, w dniu 13.09.2011 r. – 4,10 zł/l, w połowie listopada 2011 r. – 4,40 zł, zaś w połowie stycznia 2012 r. – 4,60 zł. Analogiczne wzrosty cen miały miejsce w przypadku asfaltów.

W związku z tym powstaje pytanie, jaki poziom cen powinni byli przyjąć powodowie na podstawie historycznych cen, bo tego Sąd I instancji nie wyjaśnił. Z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku można wysnuć wniosek, że powodowie powinni byli przewidzieć zmiany cen na wszelkim poziomie i nawet wzrost cen paliwa w omawianym okresie do np. 6,00 zł/l powinien ich w całości obciążać. Oczywiście jest, że tego rodzaju wniosek nie znajduje żadnego uzasadnienia, gdyż byłby sprzeczny z naturą waloryzacji. Zatem do sądu należy określenie poziomu cen paliwa i asfaltu, jaki racjonalnie działający przedsiębiorca, zachowujący się zgodnie z wymogami określonymi w art. 355 § 2 k.c., powinien był przewidzieć. Sąd I instancji takiej analizy nie przeprowadził, a jest to możliwe dopiero po przeprowadzeniu postępowania dowodowego.

W odniesieniu do przesłanki rażącej szkody, która – według twierdzeń powodów – miała im grozić, można zgodzić się z Sądem I instancji, że jest to strata ponadprzeciętna, nieobjęta typowym ryzykiem gospodarczym (zob. wyrok SN z dnia 6.12.2006 r., IV CSK 290/06, Lex nr 203285), przy czym nie musi to być strata, która zachwiałaby kondycją finansową wykonawcy bądź groziłaby mu upadłością, a chodzi o stratę transakcyjną (zob. wyroki SN: z dnia 15.11.2006 r., V CSK 251/06, (...) 2006, nr 289, s. F5 i z dnia 9.08.2012 r. V CSK 366/11, Lex nr 1231630). Przesłankę tę ocenia się w ramach danego kontraktu.

Nie sposób jednak zgodzić się ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd I instancji, aby rażącą stratę ocenić jedynie w kontekście stosunku kwoty rażącej straty do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy – w niniejszej sytuacji kwota 4.481.021,33 zł do kwoty 192.425.615,55 zł. Ten stosunek wyniósł 2,33%, co doprowadziło ten Sąd do wniosku, że nie można mówić o rażącej stracie. Dodatkowo Sąd ten wskazał, że „groźba rażącej straty zachodzi wówczas, gdyby nastąpił ogromny wzrost lub spadek wartości świadczenia jednej ze stron, a zwłaszcza jeżeli spełnienie świadczenia przez dłużnika, zgodnie z pierwotną treścią zobowiązania, oznaczałoby naruszenie równowagi między świadczeniami stron, w bardzo znaczącym rozmiarze.” (s. 12 uzasadnienia). Jak można rozumieć, ten „ogromny wzrost lub spadek świadczenia” miałby odnosić się do całości wynagrodzenia należnego powodom. Tymczasem w powołanym wcześniej wyroku z dnia 29.10.2015 r. Sąd Najwyższy słusznie przyjął, że dla ustalania rażącej straty w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. niezbędna jest analiza elementów ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego i zestawienie jej z takimi elementami, jak zysk, dochód i inne elementy pozwalające określić to, czy strata (nie szkoda) istotnie powstała, czy powstała właśnie w związku ze zmianą stosunku, czy z innych przyczyn, czy miała charakter rażący i jak ewentualnie liczbowo można ją wyrazić. Ciężar dowodu wykazania tej przesłanki dopuszczalnej modyfikacji umowy o roboty budowlane spoczywa oczywiście na powodzie (art. 6 k.c.), ale sąd może przy określeniu rozmiaru „rażącej straty” skorzystać z art. 322 k.p.c.

Analogiczne zasady należy przyjąć przy zastosowaniu art. 357¹ § 1 k.c.

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku brak jest jakichkolwiek rozważań dotyczących tych wszystkich parametrów, w szczególności skali zysku i dochodu powoda, ale w ogóle – samej metodologii ustalania rażącej straty (szkody) w rozumieniu powyższych przepisów, poza odniesieniem kwoty objętej pozwem do wysokości wynagrodzenia należnego powodom. Chociaż nie chodzi tu o utratę spodziewanego dochodu, to niewątpliwie dochód (zysk) jest jednym z podstawowych parametrów, który musi być wzięty pod uwagę przy ustaleniu zaistnienia tej przesłanki. Strata oznacza bowiem nadwyżkę kosztów poniesionych przez przyjmującego zamówienie nad wynagrodzeniem uzyskanym przez niego za wykonanie dzieła. Nietrafny jest pogląd, że w pojęciu „rażącej straty” nie mieści się utracony zysk przyjmującego zamówienie oraz że dla wykazania jej zaistnienia wystarczy przedstawienie matematycznego wyliczenia obrazującego relację kosztów dodatkowych, które nie były zakładane w chwili składania oferty czy

zawierania umowy, do umówionego wynagrodzenia. Jest oczywistym, że jeżeli przyjmujący zamówienie ponosi stratę, to tym samym traci także spodziewany zysk. Dla wykazania tego stanu rzeczy niezbędne jest więc przedstawienie relacji umówionego wynagrodzenia do zakładanych wydatków i planowanego zysku (zob. wyrok SN z dnia 3.06.2015 r., V CSK 589/14, Legalis nr 1310278). Użyte w art. 357¹ k.c. określenie „rażąca strata” ma bowiem autonomiczny charakter i nie może być interpretowane w oderwaniu od istoty i celu konkretnego zobowiązania. O rażącej stracie decyduje nie samo porównanie aktualnej wartości świadczeń, ale całokształt skutków wykonania zobowiązania dla majątku strony, przy uwzględnieniu celu zobowiązania i tego, jakich korzyści z jego wykonania strona mogła się spodziewać (zob. wyrok SN z dnia 19.11.2014 r., II CSK 191/14, Lex nr 1628911).

Tej kwestii Sąd I instancji w ogóle nie rozważał. Można zgodzić się z poglądem, że utraty dochodu, w szczególności niewielkiego w stosunku do całego wynagrodzenia wykonawcy, nie można utożsamiać z rażąca stratą w rozumieniu powołanych przepisów (zob. wyrok SN z dnia 18.09.1998 r., III CKN 621/97, Lex nr 34510). Nadto pośrednie znaczenie może mieć ogólny stan prowadzonego przez wykonawcę przedsiębiorstwa, gdyż poniesionej straty, nie można określać wyłącznie w kategoriach zobiektywizowanych, oderwanych od rozmiarów prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej, gdyż ta sama kwota straty może nie mieć znaczenia dla dużego przedsiębiorcy, dla małego może zaś być stratą rażąca (zob. wyrok SN z dnia 15.11.2006 r., V CSK 251/06, Lex nr 278677). Jednak brak było jakichkolwiek ustaleń odnośnie do założonego przez powodów zysku z tej inwestycji, jak również nie jest wystarczające stwierdzenie, że „powodowe spółki są jednymi z największych przedsiębiorstw budowlanych działających na terenie kraju i poza jego granicami, a utrata oczekiwanego zysku w wysokości około 2% umówionego wynagrodzenia na jednym z licznych kontraktów prowadzonych przez powodki nie stanowi znacznej, a tym bardziej rażącej straty.” (s. 12 uzasadnienia). Sąd I instancji nie dokonał analizy przedłożonych dokumentów, które miały dokumentować zarówno sytuację finansową powodów, jak i wysokość zakładanego przez nich zysku, w szczególności następujących załączników do pozwu: wyliczenie dodatkowych kosztów i zestawienia robót (zał. 100-102), raporty, opinie, sprawozdanie finansowe (zał. 103), kalkulacja rentowności kontraktu (zał. 104), umowy i faktury za zakup paliwa i asfaltu (zał. 61, 67-82), umowy z podwykonawcami (zał. 63), wyliczenie dodatkowych kosztów z uwzględnieniem norm zużycia paliwa (zał. 28), wyliczenie dodatkowej płatności (zał. 42), katalogi nakładów rzeczowych (zał. 64) i raporty (zał. 85 i 117). Jeżeli Sąd I instancji doszedłby do wniosku, że rażąca strata nie zachodziła, to powinien przedstawić argumenty na tę okoliczność, z uwzględnieniem treści tych dokumentów. Analiza tych dokumentów, szczególnie finansowych wymagała wiadomości specjalnych i Sąd I instancji powinien był skorzystać z dowodu z opinii biegłego sądowego. Pominięcie wskazanych dokumentów uniemożliwiało tak naprawdę ustalenie, czy przesłanka rażącej szkody miała miejsce w niniejszej sprawie, z tym że nie można pominąć podnoszonej przez powodów okoliczności, że faktyczna strata, jaką ponieśli, była znacznie większa, co miały wykazać przedstawione dowody. Skoro strona powodowa, zgodnie z zasadami ciężaru dowodu, zgłosiła w tym przedmiocie stosowne wnioski dowodowe, w tym dokumenty, zeznania świadków, a dodatkowo księgi przedsiębiorstwa (k. 22), jeżeli sąd uznałby, że załączone dokumenty nie były wystarczające dla poczynienia właściwych ustaleń, jak i dowód z opinii biegłego sądowego, to oddalenie tych wniosków było sprzeczne z art. 217 § 3 i art. 227 k.p.c., zaś wybiórcza ocena niektórych tylko dokumentów naruszała zasadę wynikającą z art. 233 § 1 k.p.c.

Nie znajduje podstaw stwierdzenie strony pozwanej z rozprawy apelacyjnej, że rażąca strata zaczyna się „od 20% wynagrodzenia umownego”, czyli gdy strata stanowi przynajmniej 1/5 wynagrodzenia. Taki pogląd nie ma oparcia w przepisach prawa, a przesłanka ta musi być badana in casu.

Powodowie wskazywali również na wpływ zmian stawek akcyzy oraz opłaty paliwowej. Sąd I instancji słusznie wskazał, że konieczność wprowadzenia tych zmian wynikała z prawa Unii Europejskiej i wpływu okresu przejściowego wynikającego z powołanej wcześniej dyrektywy 2004/74/WE. W orzecznictwie wskazuje się, że zmiana stawek podatkowych jest nadzwyczajną zmianą stosunków o powszechnym charakterze, niezależnym od stron i niemieszczącym się w typowym ryzyku kontraktowym i w konkretnych okolicznościach może uzasadniać zmianę warunków umowy – w przeciwnym razie byłoby to niezgodne z zasadami współżycia społecznego. Chodzi jednak o zasadniczą i zaskakującą zmianę stawek podatkowych (zob. wyroki SN: z dnia 22.11.2007 r., III CSK 11/07, „Gazeta Prawna” 2012, nr 205, s. 3 i z dnia 17.01.2008 r., III CSK 202/07, Lex nr 398491).

Zgodzić się należało ze stwierdzeniem, że powodowie jako profesjonalisci w swojej branży powinni być zorientowani w regulacjach prawnych dotyczących ich dziedziny. Jednak powodowie powoływali się w tym zakresie na subklauzulę 13.7 „Korekty wynikające ze zmiany stanu prawnego o treści: „Cena kontraktowa będzie skorygowana, aby uwzględnić każdy wzrost lub obniżkę koszty wynikającą z jakiejś zmiany w prawach w kraju (włącznie z wprowadzeniem nowych przepisów praw i uchyleniem lub modyfikacją istniejących przepisów praw) lub z prawnej lub oficjalnej rządowej interpretacji takich praw, dokonanej po dacie odniesienia, a mającej wpływ na wykonanie przez wykonawcę jego zobowiązań według kontraktu.”. Powodowie podnosili, że nie chodziło o przesłankę nieprzewidywalności wprowadzenia przepisów podwyższających wysokość akcyzy i opłaty paliwowej, ale o to, iż ta subklauzula nakazuje zmodyfikowanie wysokości umówionego wynagrodzenia w przypadku zaistnienia po dacie odniesienia zmiany prawa mającej wpływ na wysokość kosztów, i to niezależnie od jej przewidywalności. Sąd I instancji tej kwestii w ogóle nie rozważył. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku brak było jakiegokolwiek odniesienia do tej subklauzuli, w szczególności, czy miała ona w ogóle zastosowanie w niniejszej sprawie, a jeżeli tak, to czy zmiana stawek akcyzy i opłaty paliwowej miały przełożenie na wzrost kosztów wykonywania umowy przez powodów i w jakim zakresie (w jakiej wysokości) – z subklauzuli znalazło się bowiem zastrzeżenie, że miała ona mieć zastosowanie tylko w sytuacji, gdy zmiana prawa miała wpływ na wykonanie kontraktu przez powodów. Trzeba zauważyć, że w przeciwieństwie do subklauzuli 13.8, która została wprost wyłączona, w umowie nie zawarto analogicznego zastrzeżenia odnośnie do subklauzuli 13.7. W tym przedmiocie Sąd I instancji nie poczynił żadnych ustaleń, nie przeprowadził żadnych dowodów, a świadkowie powoda zostali zgłoszeni również na okoliczność ustalenia oświadczeń woli stron w rozumieniu art. 65 § 2 k.c. w odniesieniu do dokumentów złożonych do akt sprawy (k. 6195-6196), a więc niewątpliwie także w odniesieniu do ogólnych warunków kontraktu. Tę kwestię należy rozważyć również w kontekście odpowiedzi pozwanego na pytania potencjalnych oferentów, że do umowy nie wprowadza się klauzul waloryzacyjnych, jednak – jak wskazano – nie dokonano wprost wyłączenia subklauzuli 13.7, podczas gdy w odniesieniu do kolejnej subklauzuli miało to miejsce.

Reasumując, z uwagi na wszystkie powyższe okoliczności, w niniejszej sprawie mieliśmy do czynienia z nierozpoznanem istoty sprawy, gdyż Sąd I instancji nie poczynił żadnych ustaleń i rozważań nie tylko odnośnie do zaistnienia przesłanek zastosowania art. 357¹ § 1 i art. 632 § 2 k.c., ale nawet odnośnie do podstawowych okoliczności, które przemawiałyby za zastosowaniem któregoś z tych przepisów. Oddalenie ww. wniosków dowodowych było sprzeczne z art. 217 § 3 i art. 227 k.p.c., zaś ocena materiału dowodowego, oparta na wybranych dokumentach, z pominięciem (bez żadnego uzasadnienia) niemal wszystkich niezbędnych do ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, przeczyła zasadzie wynikającej z art. 233 § 1 k.p.c.

Do uchylenia wyroku i przekazania sprawy na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. może dojść wtedy, gdy istnieją procesowe przeciwwskazania do wydania wyroku reformatoryjnego, co należy rozpatrywać w aspekcie okoliczności danej sprawy (zob. np. wyrok SN z dnia 9.01.2014 r., V CSK 84/13, Lex nr 1446461), albowiem zasadą jest wydanie wyroku reformatoryjnego. Podstawami wskazanymi w tym przepisie są nierozpoznanie istoty sprawy lub konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości. Do nierozpoznania istoty sprawy dochodzi m.in. wówczas, gdy rozstrzygnięcie sądu I instancji nie odnosi się do tego, co było przedmiotem sprawy, gdy zaniechał on zbadania materialnej podstawy żądania, albo merytorycznych zarzutów strony, bezpodstawnie przyjmując, że istnieje przesłanka materialno-prawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie. Dochodzi więc do niego również w sytuacji, gdy sąd I instancji nie rozpozna (pominie) merytoryczne zarzuty stron, które wpływają na treść żądania pozwu (zob. np. wyrok SN z dnia 24.09.1998 r., II CKN 897/97, Lex 34232). Nierozpoznanie istoty sprawy rodzi konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, w przeciwnym razie strony byłyby pozbawione jednej merytorycznej instancji (zob. T. Ereciński w: T. Ereciński (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. 2, Warszawa 2007, s. 147). Właśnie z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w niniejszej sprawie, jako że Sąd I instancji w ogóle nie zbadał materialnych podstaw dochodzonego roszczenia.

Jednocześnie Sąd I instancji nie przeprowadził tak naprawdę postępowania dowodowego, gdyż oddalił wszystkie wnioski dowodowe osobowe, a w zakresie dokumentów nie odniósł się do wszystkich dowodów, szczególnie tych, o których była mowa powyżej, nie uzasadnił, z jakich przyczyn odmówił im mocy dowodowej, jeżeli faktycznie ich

nie uwzględnił przy merytorycznym rozstrzygnięciu sprawy. W okolicznościach niniejszej sprawy, mając na uwadze przedmiot sporu oraz okoliczności podnoszone przez powoda i zarzuty pozwanego, przeprowadzenie tych dowodów oznacza przeprowadzenie postępowania dowodowego w całości. Sąd I instancji przeprowadził bowiem dowody (wybiórczo dowody z dokumentów), które tak naprawdę nie mogły doprowadzić do rozpoznania istoty sprawy. Jest to o tyle istotne, że przeprowadzenie dowodów, co do których wnioski zostały oddalone lub co do których Sąd I instancji się nie wypowiedział, przez Sąd Apelacyjny sprowadziłoby niniejszy proces do postępowania jednoinstancyjnego, gdyż strony zostałyby pozbawione możliwości kontroli instancyjnej rozstrzygnięcia zapadłego w oparciu o nie. Nie chodzi tu bowiem o uzupełnienie postępowania dowodowego, ale właśnie o jego przeprowadzenie, prowadzące do możliwości podjęcia merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie. W konsekwencji naruszałoby to konstytucyjną zasadę dwuinstancyjności postępowania cywilnego.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd I instancji przeprowadzi prawidłowo całe postępowanie dowodowe w celu ustalenia wszystkich okoliczności, o których była mowa powyżej. W szczególności należy dopuścić dowody z przesłuchania świadków zgłoszone przez powodów i rozważyć, czy nie istnieje konieczność przeprowadzenia analogicznych dowodów zgłoszonych przez pozwanego, z uwagi na tezę dowodową (k. 5744), która chociaż w znacznej mierze odnosi się do bezspornych okoliczności, to chociażby taka okoliczność jak „przebieg prac” może mieć znaczenie dla ustalenia, czy mieliśmy do czynienia z opóźnieniem w wykonywaniu robót, a jeśli tak, to z jakich przyczyn to nastąpiło, gdyż jeżeli doszłoby do tego z przyczyn, za które wyłączną odpowiedzialność ponosiliby powodowie, zastosowanie waloryzacji byłoby wyłączone (zob. wyrok SN z dnia 9.03.1990 r., IV CR 867/89, OSNC 1991, nr 5–6, poz. 76). Ocena tych okoliczności nie powinna oczywiście abstrahować od dokumentów przedłożonych przez strony, w tym korespondencji, w których obie strony powoływały się na różnego rodzaju okoliczności, które mogły mieć znaczenie dla czasu wykonywania robót przez powodów (np. pisma powoda dotyczące przeszkód na budowie k. 5470–5496), jak i aneksu nr (...) do umowy, którym termin wykonania robót został określony do dnia 23.08.2013 r. (k. 6284–6287). Poza tym okoliczności wykonywania umowy, jak i rozliczenia między stronami mają znaczenie dla określenia rodzaju wynagrodzenia należnego powodom (ryczałtowe, kosztorysowe czy inne), co ma wpływ na ustalenie przepisów, które należało zastosować w niniejszej sprawie.

Po przeprowadzeniu dowodów osobowych Sąd I instancji powinien dopuścić dowód z opinii biegłego sądowego/biegłych sądowych, ewentualnie instytutu, jeżeli zajdzie taka konieczność, przy czym należy zwrócić uwagę, że wniosek w tym przedmiocie złożyły obie strony procesu. Na potrzebę przeprowadzenia takiego dowodu nie ma wpływu stanowisko strony pozwanej wyrażone na rozprawie apelacyjnej, że „pewnie biegły potwierdzi kwotę powodów, być może coś zweryfikuje, ale koszt opinii wyniesie kilkadziesiąt tysięcy złotych”. Gdyby pozwany przyznał, że wyliczenie powodów jest prawidłowe, zastosowanie mógłby mieć art. 229 k.c., ale do tej pory konsekwentnie przeczył tej okoliczności. Nie należy przy tym zapominać, że powodowie złożyli ewentualny wniosek o dopuszczenie dowodu ze swoich ksiąg przedsiębiorstwa (k. 22), analiza których z całą pewnością wymagałaby wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 278 § 1 k.p.c. Zatem jeżeli materiał dowodowy zebrany w sprawie Sąd I instancji uzna za niewystarczający dla ustalenia takich okoliczności, jak koszty inwestycji, poziom zakładanego zysku, czy wysokości straty, powinien rozważyć konieczność dopuszczenia dowodów także z tych ksiąg.

Dopiero po przeprowadzeniu tych dowodów, uwzględniając pozostały materiał dowodowy zebrany w sprawie, w tym również ten, do którego do chwili obecnej w ogóle się nie odniesiono, Sąd ten ustali, czy zachodzą w niniejszej sprawie przesłanki do dokonania waloryzacji świadczenia, a jeśli tak, to w oparciu o który z przepisów. Należy pamiętać, że rolą sądu jest zastosowanie właściwego przepisu prawa (podstawy prawnej) do podanych przez stronę okoliczności (podstawy faktycznej).

Ponieważ Sąd Apelacyjny uznał, że zachodziły przesłanki zastosowania art. 386 § 4 k.p.c., zaskarżony wyrok podlegał uchyleniu do ponownego rozpoznania. Jednocześnie o kosztach procesu za drugą instancję orzeczono na podstawie art. 108 § 2 k.p.c.