

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 września 2019 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący sędzia Tomasz Gal

Protokolant Adrianna Kalisz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2019 roku w Warszawie

sprawy z powództwa (...) S.A. z siedzibą w (...) S.A. w M.

przeciwko Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad

o ukształtowanie stosunku prawnego i o zapłatę

orzeka:

- 1) zmienia umowę nr (...) zawartą w dniu 31 sierpnia 2010 r. pomiędzy Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad działającym jako zamawiający a (...) S.A. w W. oraz (...) S.A. w M. (poprzednio (...) S.A. w M.) dotyczącą robót polegających na „Rozbudowie drogi krajowej nr (...) do parametrów drogi ekspresowej na odcinku granica województwa (...) / (...) - R.", zmienionej aneksem nr 1 obowiązującym od 1 stycznia 2011 r. poprzez podwyższenie wynagrodzenia umownego (zaakceptowanej kwoty kontraktowej) należnego (...) S.A. w W. od pozwanego na podstawie § 4 punkt 1 umowy, zmienionego na mocy § 1 aneksu nr (...) obowiązującego od 1 stycznia 2011 roku, o kwotę 2.835.676,06 zł (dwóch milionów ośmiuset trzydziestu pięciu tysięcy sześciuset siedemdziesięciu sześciu złotych i sześciu groszy) netto, czyli o kwotę 3.487.881,55 zł (trzech milionów czterystu osiemdziesięciu siedmiu tysięcy ośmiuset osiemdziesięciu jeden złotych i pięćdziesięciu pięciu groszy) brutto,
- 2) zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) S.A. w W. kwotę 3.487.881,55 zł (trzech milionów czterystu osiemdziesięciu siedmiu tysięcy ośmiuset osiemdziesięciu jeden złotych i pięćdziesięciu pięciu groszy) z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia uprawomocnienia się rozstrzygnięcia zawartego w punkcie 1 niniejszego wyroku do dnia zapłaty,
- 3) dodatkowo zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) S.A. w W. kwotę 72.715,54 zł (siedemdziesięciu dwóch tysięcy siedemset piętnastu złotych i pięćdziesięciu czterech groszy) z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 8 października 2013 r. do dnia zapłaty,
- 4) zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) S.A. w M. kwotę 211,49 zł (dwustu jedenastu złotych i czterdziestu dziewięciu groszy) z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 8 października 2013 r. do dnia zapłaty,
- 5) oddala powództwo w pozostałym zakresie,
- 6) ustala, że (...) S.A. w W. wygrała niniejszy spór w 79,45 %, natomiast (...) S.A. w M. przegrała niniejszy spór w istocie w całości, pozostawiając szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w Warszawie.

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 17 lipca 2013 r. (wniesionym tego samego dnia) dwie spółki: (...) S.A. z siedzibą w W. oraz (...) S.A. z siedzibą w M. (aktualnie (...) S.A. w M. – k. 6618) wystąpiły z powództwem przeciwko **Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad** o ukształtowanie stosunku prawnego i o zapłatę, a mianowicie wniosły o:

1) **zmianę** umowy nr (...) zawartej w dniu 31 sierpnia 2010r. pomiędzy pozwanym tj. Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad działającym jako zamawiający a powodami ( (... ) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. oraz (...) S.A. z siedzibą w M.) dotyczącej robót polegających na „Rozbudowie drogi krajowej nr (...) do parametrów drogi ekspresowej na odcinku granica województwa (...)/ (...) - R." ( (...)), zmienionej Anekssem nr 1 obowiązującym od 1 stycznia 2011 r.,

**poprzez:**

**oznaczenie wysokości świadczenia** („Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej”) należnego powodom od pozwanego na podstawie § 4 punkt 1 Umowy, zmienionego na mocy § 1 Aneksu nr 1 obowiązującego od 1 stycznia 2011 roku na kwotę 160 086 696,65 zł (słownie: sto sześćdziesiąt milionów osiemdziesiąt sześć tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt sześć i 65/100 złotych) netto, tj. 196 906 636,88 zł (słownie: sto dziewięćdziesiąt sześć milionów dziewięćset sześć tysięcy sześćset trzydzieści sześć i 88/100 złotych) brutto, poprzez podwyższenie dotychczasowego świadczenia z kwoty 156 443 589,88 zł (słownie: stu pięćdziesięciu sześciu milionów czterystu czterdziestu trzech tysięcy pięciuset osiemdziesięciu dziewięciu i 88/100 złotych) netto, tj. 192 425 615,55 zł (słownie: stu dziewięćdziesięciu dwóch milionów czterystu dwudziestu pięciu tysięcy sześciuset piętnastu i 55/100 złotych) brutto o kwotę 3 643 106,77 zł (słownie: trzech milionów sześciuset czterdziestu trzech tysięcy stu sześciu i 77/100 złotych) netto, tj. 4 481 021,33 zł (słownie: czterech milionów czterystu osiemdziesięciu jeden tysięcy dwudziestu jeden i 33/100 złotych) brutto;

**albo poprzez:**

**podwyższenie wynagrodzenia z umowy** („Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej”) należnego powodom od pozwanego na podstawie § 4 punkt 1 Umowy, zmienionego na mocy § 1 Aneksu nr 1 obowiązującego od 1 stycznia 2011 roku z kwoty 156 443 589,88 zł (słownie: stu pięćdziesięciu sześciu milionów czterystu czterdziestu trzech tysięcy pięciuset osiemdziesięciu dziewięciu i 88/100 złotych) netto, tj. 192 425 615,55 zł (słownie: stu dziewięćdziesięciu dwóch milionów czterystu dwudziestu pięciu tysięcy sześciuset piętnastu i 55/100 złotych) brutto o kwotę 3 643 106,77 zł (słownie: trzech milionów sześciuset czterdziestu trzech tysięcy stu sześciu i 77/100 złotych) netto, tj. 4 481 021,33 zł (słownie: czterech milionów czterystu osiemdziesięciu jeden tysięcy dwudziestu jeden i 33/100 złotych) brutto do kwoty 160 086 696,65 zł (słownie: sto sześćdziesiąt milionów osiemdziesiąt sześć tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt sześć i 65/100 złotych) netto, tj. 196 906 636,88 zł (słownie: sto dziewięćdziesiąt sześć milionów dziewięćset sześć tysięcy sześćset trzydzieści sześć i 88/100 złotych) brutto;

2) **zasądzenie** od pozwanego na rzecz powodów **kwoty 4 481 021, 33 zł** (słownie: czterech milionów czterystu osiemdziesięciu jeden tysięcy dwudziestu jeden i 33/100 złotych), stanowiącej kwotę, o którą zgodnie z żądaniem określonym w pkt 1 powyżej powinno zostać powiększone świadczenie powodów określone w Umowie oraz Aneksie nr 1, wraz z odsetkami ustawowymi od dnia doręczenia niniejszego powództwa pozwanemu do dnia zapłaty.

3) zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu powodowie podali, że każdy z powodów jest doświadczonym przedsiębiorcą budowlanym wykonującym od wielu lat roboty budowlane. W celu uczestniczenia w procedurze zamówienia publicznego, które

zostało wszczęte wraz z opublikowaniem w dniu 30 maja 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr (...) ogłoszenia o zamówieniu w sprawie „Rozbudowy 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 (...)), powodowie zawarli w dniu 26 kwietnia 2010 r. umowę konsorcjum.

W dniu 10 czerwca 2010r. powodowie złożyli ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia, proponując jego wykonanie za cenę brutto wynoszącą 190 861 208, 73 zł. Powodowie podali, że oferta była opracowana na podstawie szeregu założeń co do warunków jakie będą miały miejsce podczas wykonywania zobowiązania. Zgodnie z warunkami postępowania prowadzonego przez pozwanego, kalkulacje powodów zostały przeprowadzone według stanu na tzw. dzień odniesienia, tj. datę o 28 dni wcześniejszą od najpóźniejszej daty na przedłożenie dokumentów ofertowych (13 maja 2010r. pkt 1.1.3.1 Ogólnych Warunków Kontraktu).

Powodowie podali, że w dniu 31 sierpnia 2010r. pozwany tj. Skarb Państwa- Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad działając jako zamawiający zawarł z powodami umowę nr (...) dotyczącą robót polegających na „Rozbudowie drogi krajowej nr (...) do parametrów drogi ekspresowej na odcinku granica województwa (...)/ (...) - R.”. Umowa ta została zmieniona Aneksm nr 1 obowiązującym od dnia 1 stycznia 2011r., w którym to strony podwyższyły wysokość wynagrodzenia powodów ze względu na jednoprocentowy wzrost stawki podatku VAT z 22% do 23%. Ostatecznie ustalone przez strony wynagrodzenie brutto powodów wyniosło: (...) zł.

Powodowie wskazali, że nadzwyczaj starannie i szczegółowo skalkulowali swoje ryzyko związane ze wzrostem cen paliw. Przede wszystkim dokonali analizy zmienności cen oleju napędowego w okresie od połowy maja 2009r. do 13 maja 2010r., w oparciu o dane historyczne cen paliw, w szczególności na podstawie informacji publikowanych przez (...) S.A., jako, że jest to podmiot posiadający największy udział w sprzedaży paliw na rynku polskim oraz kontrolujący najwięcej punktów sprzedaży paliw. Ponadto właśnie od tego podmiotu zarówno powodowie, jak i ich podwykonawcy nabywają najwięcej paliwa na potrzeby realizacji prac. Na tej podstawie powodowie ustalili cenę maksymalną jaka wystąpiła w badanym okresie (3482 zł/m<sup>3</sup> w dniu 7 maja 2010 r.). Następnie ustalona została średnia cena, która w powyższym okresie wynosiła 2.984 zł/m<sup>3</sup>. W oparciu o stosunek ceny maksymalnej do ceny średniej Powodowie obliczyli procentowy wzrost ceny paliwa wynoszący w badanym okresie 16,69%. Do kalkulacji ryzyka powiększono cenę obowiązującą w Dacie Odniesienia (3427 zł/m<sup>3</sup>) o 16,69% i uzyskano w ten sposób granicę najwyższej możliwej do przewidzenia ceny oleju napędowego (3999 zł/m<sup>3</sup> -cena z Daty Odniesienia powiększona o 16,69%). Zdaniem powodów nie mieli oni zatem żadnych podstaw, by zakładać jeszcze wyższy wzrost cen.

Powodowie wskazali, że począwszy od drugiej połowy 2010 r. rozpoczął się gwałtowny wzrost cen paliw na niespotykaną dotąd skalę. W trakcie wykonywania Umowy ceny paliw przekroczyły poziom, który w chwili składania oferty i zawierania Umowy przez powodów mógłby przewidzieć starannie działający profesjonalista. Wzrost ten przekroczył także poziom cen zakładany przez powodów w ofercie. W Dacie Odniesienia hurtowa cena 1 m oleju napędowego (netto) oferowana przez (...) S.A. wynosiła (...) zł. Tymczasem już 6 września 2011 r. cena metra sześciennego oleju napędowego przekroczyła maksymalny poziom, który przewidywali powodowie i wyniosła 4000 zł. Następnie cena dalej pięła się w górę. W dniu 13 września 2011 r. przekroczyła 4100 zł i w trakcie 2011 r. nie spadła poniżej tej kwoty. W połowie listopada 2011 r. cena oleju przekraczała już 4400 zł a w połowie stycznia 2012 r. cena przekraczała już nawet 4600 zł za metr sześcienny. W okresie od września 2011r. do stycznia 2012r. średnia cena oleju napędowego wynosiła 4327 zł/m<sup>3</sup> czyli o 8,2% więcej niż maksymalny poziom brany pod uwagę przez powodów i aż o 26% więcej niż cena obowiązująca w Dacie Odniesienia. W okresie luty- marzec 2012r. średnia cena oleju napędowego wynosiła 4482 zł (o 12,1% więcej niż najwyższy przewidywany w ofercie poziom i aż o ponad 30, 7 % więcej niż cena z Daty Odniesienia). Tak wysoki poziom cen utrzymywał się aż do października 2012r., kiedy to średnia cena wynosiła 4494 zł (o 12,4 % więcej niż poziom maksymalny z kalkulacji i o ponad 31% więcej niż cena w Dacie Odniesienia). W

opinii powodów taka dynamika i poziom podwyżek nie były możliwe do przewidzenia przez profesjonalistę z branży budowniczej.

Ponadto powodowie zwrócili uwagę, że nie tylko samo tempo i poziom zmian cen paliw miały charakter nadzwyczajny, niemożliwy do przewidzenia, ale taki sam charakter miały także przyczyny tego wzrostu. Wskazali, że w końcu roku 2010 r. nastąpiły rozruchy i zamieszki w krajach A. przeciwko panującym tam rządów niedemokratycznym. Jednym z krajów, który został dotknięty zamieszkami - które zresztą przerodziły się w długotrwałą wojnę domową - była L. - znaczący eksporter ropy naftowej. Ponadto zaznaczyli, że ceny ropy naftowej, a zatem i paliw są bardzo wrażliwe na ocenę sytuacji politycznej w regionie zbliżonym geograficznie i kulturowo do głównego obszaru produkcji ropy naftowej, tj. Bliskiego Wschodu. Zdaniem powodów destabilizacja polityczna w tym regionie nie zakończyła się i nadal wywiera wpływ na cenę paliw w P..

Powodowie podnieśli także, że od 1 stycznia 2011r. nastąpił wzrost obciążeń publicznoprawnych paliw płynnych. Wówczas wzrosła opłata paliwowa o 5 zł 85 gr za m<sup>(3)</sup> oleju napędowego tj. z poziomu 233, 99 zł/m<sup>(3)</sup> do poziomu 239, 84 zł/m<sup>(3)</sup>. Kolejny wzrost obciążeń publicznoprawnych nastąpił 1 stycznia 2012r. Od tego dnia wzrosła nie tylko opłata paliwowa, ale i akcyza. Opłata paliwowa wzrosła o 10,08 zł za m<sup>(3)</sup> oleju napędowego tj. z poziomu 239, 84 zł/m<sup>(3)</sup> do poziomu 249, 92 zł/m<sup>(3)</sup>, akcyza zaś wzrosła o 148 zł za m<sup>(3)</sup> oleju napędowego tj. z poziomu 1048 zł/m<sup>(3)</sup> do poziomu 1196 zł/m<sup>(3)</sup>. W opinii powodów były to kolejne, niezależne od stron czynniki zwiększające ceny paliw w P.. Ponieważ w przypadku podwyżki VAT doszło do aneksowania umowy i podwyższenia ceny kontraktowej, zdaniem powodów analogiczne podwyższenie ceny kontraktowej powinno także nastąpić w związku ze wzrostem wskazanych danin publicznoprawnych, co wynika z Umowy tj. subklauzuli 13.7 Warunków Kontraktu. W opinii powodów, w związku z tym, że wzrost akcyzy czy też opłaty paliwowej nie był możliwy do przewidzenia, są oni także uprawnieni do żądania podwyższenia wynagrodzenia na podstawie ogólnie obowiązujący przepisów tj. art. 357<sup>(1)</sup> k.c., jak i 632 § 2 k.c. Podstawą zaś do wyliczenia przez powodów poniesionych kosztów związanych ze wzrostem opłaty paliwowej oraz akcyzy były kalkulacje zgłoszone Inżynierowi Kontraktu w Roszczeniu nr (...) w dniu 8 marca 2013r. Z przedstawionych wyliczeń zaś wynika, że w kwocie zgłoszenia ww. roszczenia wzrost akcyzy stanowi 219 538, 15 zł (25,78%), a wzrost opłaty paliwowej 27 347, 46 zł (3, 21%).

Powodowie podnieśli, iż z uwagi na fakt, iż asfalt jest produktem ropopochodnym, wzrost cen ropy miał bezpośrednie przełożenie na bezprecedensowy wzrost cen asfaltu. Na etapie składania oferty powodowie dokonali bardzo starannej i szczegółowej analizy zmienności cen asfaltów w okresie poprzedzającym przetarg tj. od 1 marca 2009r. do dnia 13 maja 2010r. Ceny asfaltów kształtowały się w tym okresie następująco: asfalt 35/50- 1505 zł za tonę; asfalt 50/70- 1495 zł za tonę; asfalt modyfikowany 25/55-60 i asfalt modyfikowany 45/80-55- 1825 zł za tonę. Na podstawie analizy wahań cen powodowie przyjęli założenie, że wzrost ceny asfaltów nie przekroczy maksymalnego poziomu 15-16%. W czasie wykonywania umowy wzrost cen asfaltu przekroczył 50%. W październiku 2012r. średnia ważona cena wynosiła odpowiednio: asfalt 35/50- 2264 zł za tonę (wzrost o 50,4%); asfalt 50/70- 2251 zł za tonę (wzrost o 50,5%); asfalt modyfikowany 25/55-60- 2700 zł za tonę (wzrost o prawie 48%) i asfalt modyfikowany 45/80-55- 2740 zł za tonę (wzrost o 50, 1%).

Powodowie zaznaczyli, że wielokrotnie informowali pozwanego o nadzwyczajnym wzroście cen paliw i asfaltów i zgłaszali żądanie odpowiedniego podwyższenia ich wynagrodzenia. Pozwany nie ustosunkował się w sposób wyczerpujący do stanowiska powodów, odmawiając jednak zwiększenia kwoty wynagrodzenia.

Powodowie podali również, że wykonywanie umowy napotkało od samego początku na liczne przeciwności wynikające głównie z braku wymaganego współdziałania ze strony pozwanego oraz z innych okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi pozwany. Skutkowało to brakiem możliwości zakończenia prac w terminie wskazanym w umowie tj. do dnia 15.10.2012r. oraz powodowało konieczność ponoszenia przez powodów dodatkowych, bardzo wysokich kosztów. W dniu 20 maja 2013r. Inżynier Kontraktu działając na podstawie subklauzuli 3.5 Warunków Kontraktu określił wydłużenie czasu na ukończenie do 30 lipca 2013r. W opinii powodów powyższe oznacza, że nie

są oni w opóźnieniu w spełnieniu swojego świadczenia i nadal wykonują roboty objęte umową ponosząc z tego tytułu bardzo poważne koszty.

Powodowie podkreślili, że kwota dochodzona przez nich w pozwie dotyczy jedynie tych kosztów, które są związane ze wzrostem cen paliw i asfaltów przekraczającym odpowiednio 16,69% (w przypadku paliw) i 15-16% (w przypadku asfaltów).

Powodowie ustalili wpływ wzrostu cen oleju napędowego na koszty wykonywania umowy poprzez wykazanie o ile zwiększa się koszt wykonywania prac wymagających największego zużycia paliwa tj. robót prowadzonych przy użyciu urządzeń napędzanych silnikami spalinowymi. W pierwszej kolejności, jak podali powodowie, wyliczyli oni wartość przekroczenia najwyższej ceny objętej ryzykiem kontraktowym w poszczególnych okresach rozliczeniowych, w których ceny rynkowe metra sześciennego oleju napędowego przekroczyły założony w Ofercie maksymalny poziom cen i równocześnie prowadzone były przez powodów prace budowlane objęte Umową. W tym celu powodowie odjęli od średniej ceny hurtowej metra sześciennego oleju napędowego z danego okresu maksymalną cenę możliwą do przewidzenia przez powodów w momencie składania Oferty (tj. 3999 zł/m<sup>3</sup>). Następnie, jak podali, obliczyli ilość paliwa potrzebnego do wykonania prac przeprowadzonych w danym okresie rozliczeniowym. W tym celu na podstawie Katalogów Nakładów Rzeczowych oraz norm zużycia paliwa przez poszczególne maszyny i pojazdy, obliczyli ilość paliwa potrzebnego do wykonania jednostki obmiarowej danego asortymentu robót drogowych wymagających użycia urządzeń napędzanych silnikami spalinowymi (np. ilość paliwa potrzebną do ułożenia 1 m<sup>2</sup> masy bitumicznej lub do zdjęcia 1 m<sup>2</sup> warstwy ziemi - humusu, itp.). Uzyskana w ten sposób wartość została pomnożona przez ilość wykonanych przez powodów robót budowlanych, która została potwierdzona w poszczególnych, zaakceptowanych przez Inżyniera Przejściowych Świadczeniach Płatności. Iloraz obliczonej w powyższy sposób ilości paliwa zużytego do wykonania robót w poszczególnych okresach rozliczeniowych oraz kwoty o jaką w danym okresie średnia cena paliwa przekraczała cenę maksymalną, przewidywaną przy składaniu Oferty, określa wysokość wzrostu kosztów wykonywania kontraktów w tym okresie wynikającego ze wzrostu cen paliwa. Suma uzyskanych w podany powyżej sposób kosztów z poszczególnych okresów rozliczeniowych stanowi łączną kwotę wzrostu kosztów wykonania umowy spowodowanego przez samą tylko nadzwyczajną zmianę cen paliw.

Zgodnie z powyższymi wyliczeniami powodowie wskazali, że przy realizacji w okresie od 1 września 2011r. do dnia 15 października 2012r. zużyli łącznie 2 118 823, 58 litrów paliwa co oznacza poniesienie dodatkowych kosztów w kwocie 1 064 682, 51 zł netto. W związku z obowiązkiem zapłaty przez powodów podatku VAT wynagrodzenie powodów z tytułu nadzwyczajnego wzrostu cen paliw powinno wynosić 1 309 559, 49 zł brutto. Powodowie podnieśli, iż dochodzona w niniejszym pozwie kwota pokryje tylko część strat jakich doznali, gdyż nie uwzględnili oni kosztów paliwa zużytego do transportu na teren budowy materiałów pomocniczych, pracy drobnego sprzętu oraz służbowych samochodów osobowych kadry technicznej.

Powodowie wyjaśnili również, że wysokość dodatkowych kosztów wykonywania umowy wynikająca z nadzwyczajnej zmiany cen asfaltu została ustalona poprzez obliczenie: kwoty, o którą cena tony asfaltu w danym okresie rozliczeniowym przekroczyła maksymalny poziom cen możliwy do przewidzenia w momencie składania oferty oraz ilości ton asfaltu wykorzystanego w danym okresie rozliczeniowym na podstawie ilości zużytej mieszanki i udziału asfaltu w mieszance. Jak wskazali powodowie, iloczyn powyższych pozycji stanowi kwotę wzrostu kosztów wykonywania umowy w danym okresie rozliczeniowym pozostających w związku z nadzwyczajną zmianą cen asfaltów. Z kolei suma tak uzyskanych wartości za poszczególne okresy rozliczeniowe stanowi łączny wzrost kosztów wykonania zobowiązania przez powodów wynikający ze zmiany cen asfaltu.

Powodowie wskazali, że zużycie asfaltu zostało przez nich ustalone na podstawie rzeczywistego zużycia mieszanek mineralno - asfaltowych wykorzystywanych przy robotach drogowych wykonywanych na podstawie umowy. Ilość wykorzystanych mieszanek wynika z wykazu robót opisanych w Przejściowych Świadczeniach Płatności, które zostały sprawdzone i zatwierdzone przez Inżyniera Kontraktu. Zdaniem powodów łączna kwota o jaką uległy zwiększeniu

koszty wykonywania umowy na skutek nadzwyczajnego wzrostu cen asfaltów wynosi 2 578 424, 26 zł (netto), co daje kwotę 3 171 461, 84 zł (brutto).

Strona powodowa wskazała, że w rozważanej sprawie spełnione zostały przesłanki umożliwiające zarówno powołanie się na art. 357<sup>1</sup> k.c., jak też art. 632 § 2 k.c., podając, że pozostawia do uznania Sądu decyzję co do tego, na podstawie którego z wymienionych przepisów rozstrzygnąć żądanie pozwu.

Powodowie podnieśli, iż o spełnieniu w przedmiotowej sprawie przesłanek z art. 357<sup>1</sup> k.c. świadczy fakt, że przy realizacji umowy przez powodów wystąpiła nadzwyczajna zmiana stosunków w postaci gwałtownego, niespodziewanego wzrostu cen paliw i asfaltu, która spowodowała wystąpienie groźby rażącej straty jaka może pojawić się po stronie wykonawcy. Powodowie nie przewidzieli wpływu nadzwyczajnej zmiany stosunków na wykonanie zobowiązania, pomimo, iż podjęli wszelkie możliwe działania, aby w sposób profesjonalny przygotować ofertę uwzględniającą wszelkie możliwe do przewidzenia zmiany okoliczności. Pomiędzy zaś zaistniałą zmianą okoliczności a groźącą stratą występuje adekwatny związek przyczynowy.

Zdaniem powodów również wszystkie przesłanki określone w art. 632 § 2 k.c. zostały spełnione. Doszło bowiem do zmiany stosunków, która spowodowała groźbę wystąpienia rażącej straty po stronie wykonawcy. Omawianej zaś zmiany stosunków nie dało się przewidzieć, a pomiędzy zmianą stosunków, a zagrożeniem rażącej straty występuje adekwatny związek przyczynowy. W opinii strony powodowej w rozważanej sprawie mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym.

Powodowie podnieśli także, iż fakt, że umowa zawarta pomiędzy stronami jest umową w sprawie zamówienia publicznego, podlegającą reżimowi przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych nie stoi na przeszkodzie dochodzeniu zmiany tej umowy w trybie art. 357<sup>1</sup> k.c. i art. 632 § 2 k.c. Stanowisko takie jest powszechnie przyjmowane zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie.

W opinii powodów umowa zawarta między stronami nie zawiera żadnej regulacji, która stanowiłaby klauzulę adaptacyjną na wypadek nadzwyczajnej zmiany stosunków, albo też wyłączałaby stosowanie art. 357<sup>1</sup> k.c. i art. 632 § 2 k.c. Strony wyłączyły stosowanie jedynie subklauzuli o charakterze adaptacyjnym (13.8) i nie uregulowały tej kwestii w jakikolwiek inny sposób. Zdaniem strony powodowej powoduje to, że zgodnie z pkt 7 Umowy Właściwej, do roszczeń stron znajdują zastosowania przepisy kodeksu cywilnego dotyczące nadzwyczajnej zmiany stosunków.

Powodowie podkreślili również, że powództwo w niniejszej sprawie zostało przez nich złożone w terminie, tzn. w sytuacji, w której stosunek prawny który ma być zmodyfikowany przez sąd, jeszcze istnieje, a zgodnie z orzecznictwem żądaniu podwyższenia ceny kontraktowej w całości nie stoi na przeszkodzie fakt dokonania częściowego odbioru prac przez pozwanego i wypłata powodowi części wynagrodzenia

W związku z powyższym strona powodowa uznała żądanie pozwu za w pełni uzasadnione i wniosła o rozstrzygnięcie zgodnie z żądaniem pozwu (pозew k. 3-106, t. I).

W odpowiedzi na pozew z dnia 6 listopada 2013 r. pozwany **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** wniósł o:

- 1) oddalenie powództwa w całości;
- 2) zasądzenie od powodów na rzecz pozwanego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, kosztów procesu wedle norm przepisanych, jednakże w zakresie kosztów zastępstwa procesowego zasądzenie ich według norm przepisanych na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, stosownie do treści art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa.

Pozwany wskazał, że w jego opinii powództwo jest niezasadne. Podniósł, że w niniejszej sprawie nie jest dopuszczalne zastosowanie dyspozycji art. 357<sup>1</sup> k.c. lub art. 632 § 2 k.c. Pozwany podał, że w łączącym strony stosunku

prawnym możliwość zmiany wynagrodzenia umownego na skutek zmiany cen paliw i asfaltu została wyłączona w warunkach szczególnych kontraktu poprzez wykreślenie z warunków ogólnych kontraktu subklauzuli 13.8. Zdaniem pozwanego wyłączając obowiązywanie subklauzuli 13.8 warunków ogólnych kontraktu strony wyraźnie i jednoznacznie zrezygnowały z możliwości dokonywania zmian wynagrodzenia umownego z powodu zmian kosztów. Pozwany podał, że wyłączenie to dotyczy zarówno roszczenia zamawiającego o zmniejszenie wynagrodzenia umownego z powodu spadku cen usług i materiałów, jak i roszczenia przeciwnego wykonawcy.

Pozwany zaznaczył, iż norma zawarta w przepisie art. 357<sup>1</sup> k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. ma charakter dyspozytywny i może być wyłączona w konkretnym stosunku obligacyjnym zarówno wprost, jak i w sposób dorozumiany (G. Bieniek, Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia, Zobowiązania, tom I, wydanie 6, Wydawnictwa Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2005, str. 42), co miało miejsce w tym przypadku.

Pozwany podniósł również, iż zamawiający nie miał możliwości wnikliwego zbadania ceny oferty, w szczególności w zakresie cen paliw i asfaltów, dlatego w celu ochrony interesu publicznego, w szczególności finansów publicznych oraz zagwarantowania uczciwej konkurencji i równego traktowania oferentów zastrzegł, że wykonawca odpowiada za poprawność i wystarczalność swoich kalkulacji, a wyliczona przez niego cena nie będzie podlegać korektom wynikającym ze zmian kosztów. Z oferty, jak również z kosztorysu ofertowego nie wynika także, jakie kalkulacje odnośnie cen paliw i asfaltu zostały przyjęte przez powodów przy kalkulowaniu oferty, pomimo, iż ta oferta miała najniższą cenę.

Co przy tym równie istotne - wszelkie ryzyka związane z obliczeniem ceny oferty oraz brakiem możliwości jej korekty w razie wzrostu kosztów w czasie wykonywania zamówienia obciążały każdego z oferentów w takim samym stopniu.

Strona pozwana zauważyła dodatkowo, iż w myśl art. 632 § 2 k.c., sąd może podwyższyć wynagrodzenie ryczałtowe, jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą. W niniejszej sprawie nie ma jednak wynagrodzenia ryczałtowego (kontrakt jest kontraktem obmiarowym) i dlatego norma art. 632 § 2 k.c. w ogóle nie może być stosowana.

Reasumując, pozwany wskazał, że w zapisach dokumentów kontraktowych zostało precyzyjnie postanowione (i wyjaśnione dodatkowo w trybie art. 38 ust. 2 Pzp), że wynagrodzenie nie będzie podlegać zmianie, zwłaszcza w przypadku zmian cen i usług (wyłączenie waloryzacji). Obecne roszczenie powoda dotyczące właśnie waloryzacji, czy to opartej na przepisie art. 357<sup>1</sup> k.c., czy art. 632 § 2 k.c. jest w sposób oczywisty sprzeczne z treścią stosunku prawnego łączącego strony.

Pozwany podniósł także, że niezależnie od powyższego, trudno zgodzić się z twierdzeniem powodów, jakoby fakt wykonania znaczącej części robót (w tym przypadku roboty były podzielone na cztery etapy), a następnie odbioru i rozliczenia tych robót przez pozwanego, miałyby nie mieć wpływu na zasadność żądań objętych przedmiotowym pozwem. W ocenie Skarbu Państwa, zarówno na gruncie art. 357<sup>1</sup> k.c., jak i art. 632 § 2 k.c. modyfikacja stosunku umownego przez Sąd jest dopuszczalna w zakresie, w którym umowa nie została jeszcze wykonana.

Pozwany zauważył, że kwoty należne wykonawcy za wykonanie robót w każdym miesiącu rozliczane były poprzez wystawienie przez inżyniera kontraktu przejściowych świadectw płatności (subklauzula 14.3. i 14.6). Na podstawie przejściowych świadectw płatności wykonawca wystawiał zamawiającemu faktury VAT. Brak zapłaty za faktury VAT wystawione na podstawie przejściowych świadectw płatności skutkowało obowiązkiem zapłaty wykonawcy odsetek (subklauzula 14.8.). Kontrakt nie przewidywał płatności zaliczkowych (klauzula 14.2. warunków ogólnych została wykreślona w warunkach szczególnych). Pozwany wskazał, że płatności rozliczane w każdym przejściowym świadectwie płatności były niewątpliwie rozliczeniem wykonania poszczególnych okresów realizacji umowy i jeśli zostały dokonane to ta część zobowiązań stron została już wykonana. Kwestia możliwości zmiany tych rozliczeń w przypadku wykrycia w nich błędów lub omyłek, a także późniejszego wystawiania dokumentów kontraktowych potwierdzających zwolnienie stron z ich obowiązków, zdaniem pozwanego, nie ma w tym zakresie znaczenia. W konsekwencji, zdaniem pozwanego ta część wynagrodzenia, która została powodowi wypłacona przed dniem

wniesienia pozwu za roboty wykonane do tego dnia nie może podlegać modyfikacji poprzez zastosowanie dyspozycji art. 357<sup>1</sup> k.c.

Strona pozwana podniosła także, że do dnia 17 lipca 2013r. powodom wypłacono za wykonane roboty kwotę 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.

Zdaniem pozwanego w przedmiotowym stanie faktycznym nie zaistniała również nadzwyczajna zmiana okoliczności, której następstw nie można było przewidzieć. Przede wszystkim zmiana cen towarów i usług w budownictwie o kilkadziesiąt procent w ciągu nawet kilku miesięcy nie jest zmianą nadzwyczajną i nieprzewidywalną.

Pozwany zwrócił uwagę, że nawet dane dotyczące cen paliw i asfaltów przedstawione przez powodów wskazują, że poziom cen w latach poprzedzających złożenie przez nich oferty był bardzo niestabilny. W przypadku asfaltów - z danych zawartych na str. 6 opracowania Ewolucja cen asfaltów w P. (...) stanowiącego załącznik nr 85 do pozwu można np. wywieść, że cena asfaltu drogowego 35/50 produkowanego przez (...) w okresie około pół roku (od 4 marca 2009 r. do 30 września 2009 r.) wzrosła z 1070 zł do 1490 zł, co oznacza wzrost o prawie 40%. W przypadku paliw - z danych dotyczących cen paliw wynika np., że pomiędzy 19 stycznia 2008 r. a 29 maja 2008 r. cena wzrosła z 2905 zł do 3691 zł, co daje wzrost o ponad 27 % w okresie zaledwie 4 miesięcy. Z kolei od dnia 31 grudnia 2008 r. do dnia 29 kwietnia 2010 r. - cena wzrosła z 2443 zł do 3418, co oznacza wzrost o 40 % w okresie roku i czterech miesięcy. Przede wszystkim pozwany wskazuje, iż powyższego stanowiska strony powodowej nie potwierdzają dane dotyczące cen ropy naftowej i produktów ropopochodnych z okresu trzech lat poprzedzających złożenie przez Wykonawcę oferty. Przeciwnie, dane te wskazują, w opinii pozwanego, że poziom cen tego surowca w latach 2007-2010 był bardzo niestabilny.

W szczególności, zdaniem pozwanego, ceny ropy naftowej od czerwca 2007r. do lipca 2008 r. niemal podwoiły się, zaś w okresie pomiędzy lipcem a grudniem 2008r. spadły ponad trzykrotnie. W maju 2008 r. ceny paliwa (olej napędowy ekodiesel) były najwyższe w ww. okresie referencyjnym i wynosiły średnio ok. 3,7 zł za m<sup>3</sup>, podczas gdy na przełomie 2008 r. i 2009 r. ceny te były już o ponad złotówkę za m<sup>3</sup> surowca niższe. Rokiem największej niestabilności notowań ropy naftowej na rynkach światowych był rok 2008. Wobec powyższego, wątpliwości budzi teza, jakoby wystarczające i niwelujące wszelkie ryzyko było sporządzenie analizy na rynku paliw i asfaltów za okres roku poprzedzający złożenie przez Powodów oferty i kalkulacja ceny na tej podstawie.

Pozwany zauważył, tak jak i powodowie, iż w istotnej części wzrost cen oleju napędowego związany był ze zmianą stawki akcyzy i opłaty paliwowej, wynikającą z obowiązku implementacji prawa Unii Europejskiej. Zgodnie z dyrektywą 2004/74/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r., zmieniającą dyrektywę 2003/96/WE w zakresie możliwości stosowania przez określone państwa członkowskie czasowych zwolnień lub obniżek poziomu opodatkowania na produkty energetyczne i energię elektryczną Polska uzyskała następujący okres przejściowy na dostosowanie poziomu opodatkowania do minimalnego poziomu wynikającego z regulacji unijnych: „Rzeczpospolita Polska może stosować okres przejściowy do dnia 1 stycznia 2010 r. w celu dostosowania jej obecnego poziomu opodatkowania oleju gazowego wykorzystywanego, jako materiał pędny, do nowego minimalnego poziomu wynoszącego 302 EUR za 1 000 l, a do dnia 1 stycznia 2012 r. do poziomu 330 EUR. Jednakże od dnia 1 maja 2004 r. poziom opodatkowania oleju gazowego nie może być niższy niż 245 EUR za 1 000 l, a od dnia 1 stycznia 2008r. nie może być niższy niż 274 EUR za 1 000 l”. Wyznaczone w dyrektywie stawki minimalne są wiążące dla państw członkowskich Unii Europejskiej.

Pozwany wskazał, że wykonawca, jako profesjonalny podmiot działający w branży budowlanej, powinien znać regulacje prawne, w tym prawo Unii Europejskiej, dotyczące opodatkowania surowców używanych przy budowie dróg oraz uwzględniać te regulacje przy kalkulacji kosztów. Postanowienia dyrektywy zaczęły obowiązywać w dniu 1 maja 2004 r., a więc na długo przed sporządzeniem przez wykonawcę oferty.

W ocenie pozwanego w przedmiotowym stanie faktycznym strona powodowa nie wykazała również groźby rażącej straty. Pozwany zauważył, że nie ma szczegółowej wiedzy na temat działania powodowych Spółek i ponoszonych przez nie kosztów. Z tego powodu pozwany kwestionuje sam fakt poniesienia, jak i wysokość straty powodów związku z



realizacją Umowy. W szczególności nie jest znany pozwanemu zaplanowany przez powodów zysk z przedmiotowego Kontraktu (powodowie nie podali takich danych). Istotne jest natomiast, iż umówione wynagrodzenie zawiera nie tylko zwrot poniesionych przez powodów nakładów, ale także zysk na określonym z góry poziomie. W tym kontekście należy wskazać, iż nawet gdyby przyjąć, iż znacząco wzrosły koszty paliw i asfaltów, nie oznacza to automatycznie, że w związku realizacją Umowy powstała po stronie powodów strata.

Strona pozwana zauważyła, że strata z tytułu wzrostu cen paliw i asfaltów nie może zostać uznana za rażącą w porównaniu do wysokości przewidzianego w Umowie wynagrodzenia, tj. kwoty 156 443 589,88 zł netto (Kwota Kontraktowa, zmiana aneksem nr 1 do Umowy obowiązującym od dnia 01.01.2011 r. - załącznik nr 12 do pozwu). Deklarowana strata związana z paliwami i asfaltami wynosi 3 643 106,77 netto, co stanowi około 2% wynagrodzenia. Przyjąć należy, iż poniesienie straty na poziomie 2% wartości inwestycji (wartości nakładów na wykonanie umowy) z pewnością mieści się w granicach typowego ryzyka gospodarczego.

Biorąc pod uwagę, że powodowie w pozwie twierdzą, że wzrost cen paliw i asfaltów przekładał się na zwiększenie należności powodów względem podwykonawców, należy zwrócić uwagę na okoliczność, że również z załączonych do pozwu umów z podwykonawcami wynika, iż powodowie nie zawsze ponosili koszty wzrostu cen oleju napędowego.

W związku z powyższym Skarb Państwa nie znając szczegółowo relacji powodów z podwykonawcami oraz wszystkich kosztów ponoszonych przez powodów, z ostrożności kwestionuje przedstawione przez stronę powodową twierdzenia związane z ponoszonymi przez powodów kosztami, w tym z wynagrodzeniami podwykonawców.

Pozwany podniósł także, że powodowie obliczają potencjalną stratę, jaką mogą ponieść z tytułu realizacji jednej, wskazanej powyżej umowy, bez odniesienia do rozmiarów prowadzonej działalności gospodarczej (i to w odniesieniu do każdego z konsorcjantów).

Pozwany zwrócił nadto uwagę, iż powodowie żądają modyfikacji umowy poprzez podwyższenie umówionej w niej kwoty wynagrodzenia o całość kwoty, stanowiącej rzekomą stratę powodów. Żaden przepis obowiązującego prawa nie gwarantuje stronie umowy uzyskania planowanego zysku z Kontraktu.

Zdaniem strony pozwanej niezwykle istotny jest również fakt, iż z dokumentacji przetargowej dla przedmiotowego zadania wynika, że zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zadania kwotę 288.413.153,20 zł brutto. Tymczasem, powodowe spółki złożyły ofertę opiewającą na kwotę 190.861.208,73 zł. Już tylko z zestawienia powyższych kwot można przyjąć, iż oferta złożona przez powodowe spółki mogła być niedoszacowana. Powodowie, będący profesjonalnymi uczestnikami obrotu gospodarczego, oferując realizację zadania za cenę stanowiącą zaledwie 66,17 % szacunków zamawiającego przyjęli więc na siebie ryzyko wykonania takiej Umowy. Wskazać również należy, iż w postępowaniu przetargowym wpłynęło 12 ofert. Nie licząc powodów najniższa zaoferowana cena wynosiła 197.991.844,52 zł (różnica pomiędzy kwotą zaoferowaną przez powodów, a następną najniższą ofertą jest więc większa niż kwota żądana przez powodów w niniejszym procesie).

W konkluzji odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwo w całości, gdyż w jego ocenie stanowi ono próbę przerzucenia na pozwanego ryzyka prowadzonej przez stronę powodową działalności gospodarczej. Pozwany wskazał na konieczność rozważenia interesu obydwu stron, a więc także interesu pozwanego. Zdaniem pozwanego nie jest zrozumiałym, dlaczego to on miałby w całości ponosić koszty i ryzyko związane ze wzrostem cen produktów: ropy i asfaltu. Pozwany wskazał jednocześnie, że umowa zawarta pomiędzy stronami jest umową w sprawie zamówienia publicznego, stąd też podlega reżimowi przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych. Pozwany, będąc jednostką sektora finansów publicznych, jest zobligowany do stosowania w/w ustawy, jak również ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych. Tymczasem jedną z fundamentalnych zasad obowiązujących w zamówieniach publicznych jest zakaz zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, określony w przepisie art. 144 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Pozwany wskazał, zatem iż możliwość zmiany umowy, której dotyczy niniejsze postępowanie, w zakresie podwyższenia ustalonego w niej wynagrodzenia,

jest niedopuszczalna również wobec braku spełnienia przesłanek z art. 144 ustawy prawo zamówień publicznych (odpowiedź na pozew k. 5742-5761 i n., t. XXIX).

**Powodowie** podtrzymali stanowisko w replice z dnia 17 grudnia 2013 r. (replika k. 6180-6197, t. XXXI), wskazując w uzupełnieniu stanowiska, iż wykreślenie z Warunków Ogólnych Kontraktu subklauzuli 13.8 nie może być samo przez się uznane za wyłączenie stosowania dyspozycji art. 357<sup>1</sup> k.c. lub art. 632 § 2 k.c. Subklauzula 13.8 dotyczyła bowiem zupełnie innych kwestii niż wyżej powołane przepisy k.c. Wprowadzała ona bowiem automatyczną zmianę wysokości wynagrodzenia w przypadku jakiegokolwiek zmiany kosztów potrzebnych do wykonania zamówienia. Tym samym omawiany zapis miał dużo szersze zastosowanie niż przewidziana w kodeksie cywilnym sądowa ingerencja w stosunek zobowiązaniowy w sytuacji wystąpienia nadzwyczajnej zmiany okoliczności. Jej usunięcie, zdaniem strony powodowej, należy zatem traktować, nie jako odrzucenie samej możliwości adaptacji umowy do zmienionych stosunków, lecz jako wyłączenie możliwości adaptacji umowy ponad zasady ogólne przewidziane w kodeksie cywilnym, to znaczy w przypadkach, gdy zmiana stosunków nie jest nadzwyczajna. Innymi słowy, strony wykreślając subklauzulę 13.8 zgodziły się tylko na to, że konkretnie ta przewidziana w tej subklauzuli tj. łatwiejsza niż opisana w kodeksie cywilnym- bo automatyczna- zmiana wysokości wynagrodzenia nie będzie przez nie stosowana. W opinii powodów skutkiem nie uregulowania przez strony w umowie kwestii objętych zakresem stosowania przepisów dyspozytywnych jest właśnie stosowanie tych przepisów, to brak wykreślenia subklauzuli 13.8 uniemożliwiłoby zastosowanie powyższych przepisów bo wtedy sądowa ingerencja nie byłaby już potrzebna. Tak więc strony uchylając stosowanie ww. subklauzuli doprowadziły do tego, iż w jej miejsce zastosowanie winny znaleźć przepisy prawa powszechnie obowiązującego.

Powodowie zauważyli, że dla możliwości zastosowania w niniejszej sprawie art. 357<sup>1</sup> k.c. lub 632 § 2 k.c. nie ma znaczenia to czy pozwany miał możliwość zweryfikowania oferty oraz czy ryzyko skalkulowania oferty spoczywało na wykonawcy. Okoliczności te nie są istotne dla rozstrzygnięcia sporu, gdyż w niniejszej sprawie chodzi o nadzwyczajną zmianę stosunków, której nie dało się przewidzieć.

Powodowie podnieśli, że możliwość stosowania art. 357<sup>1</sup> lub 632 § 2 k.c. nie powoduje - wbrew temu co pisze pozwany - iż istnieje ryzyko celowego zaniżania ofert w celu późniejszego (po wygraniu przetargu) żądania podwyższenia wynagrodzenia. W niniejszej sprawie chodzi bowiem jedynie o podwyższenie wynagrodzenia w sytuacji ściśle określonej i to takiej, której nie da się przewidzieć, a która polegać będzie na nadzwyczajnej zmianie okoliczności. Nie istnieje więc ryzyko, że oferent zaproponuje zaniżoną cenę licząc na to, że następnie powoła się na art. 357 lub 632 § 2 k.c. Nie można bowiem ani zakładać ani przewidywać zdarzenia nieprzewidywalnego. Zaistnienie nadzwyczajnej zmiany okoliczności jest też na tyle rzadkie i trudne do wykazania, iż żaden z zamawiających nie może na nie liczyć przy konstruowaniu oferty.

W opinii powodów, nie ma również racji pozwany, gdy twierdzi, że roszczenie powodów jest niedopuszczalne z uwagi na brzmienie art. 144 ust. 1 i 2 p.z.p. Zauważyli bowiem, iż art. 144 ust. 1 p.z.p. dotyczy zmiany umowy dokonanej za pomocą czynności prawnej stron. Adresatami normy z tego przepisu jest zamawiający i wykonawca, co jest zgodne z orzecznictwem Sądu Najwyższego. Oznacza to, że art. 144 ust. 1 p.z.p. w ogóle nie dotyczy zmiany umowy dokonanej orzeczeniem sądu. Nie sąd jest bowiem adresatem tej normy.

Zupełnie niezrozumiałe dla powodów jest powoływanie się przez pozwanego na subklauzulę 17.6, która reguluje kwestię odpowiedzialności za stratę pożytku, zysku i jakiegokolwiek pośredniej lub następczej szkody, dotyczy więc odpowiedzialności odszkodowawczej. Tymczasem powodowie nie żądają w niniejszej sprawie odszkodowania ani tym bardziej nie twierdzą, że pozwany ponosi odpowiedzialność za nadzwyczajną zmianę okoliczności.

Powodowie podnieśli również, że pozwany za pomocą błędnej wykładni orzeczeń Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2007 r., (III CSK 111/07) oraz z dnia 16 maja 2007 r., (III CSK 452/06) stara się podważyć utrwalony w orzecznictwie pogląd, iż wyłączenie zastosowania art. 357<sup>1</sup> k.c. może nastąpić jedynie wówczas, gdy przed wytoczeniem powództwa zobowiązanie zostało w całości wykonane (por. np. wyroki SN z 6 grudnia 2006 r., IV CSK 290/06,

opubl. LEX nr 203285; z 21 kwietnia 2005 r., III CK 645/04, opubl. LEX nr 369251; wyrok SA w Białymstoku z 8 listopada 2007 r., I ACa 461/07, opubl. LEX nr 369251). Z powyższych orzeczeń wynika, iż tak długo jak chociaż część zobowiązań stron nie została wykonana istnieje możliwość modyfikacji tego zobowiązania w oparciu o regulacje art. 357<sup>1</sup> k.c. Powyższe stanowisko zostało szczególnie dobitnie wyrażone w wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 8 listopada 2007 r. (I ACa 461/07), w którym wyraźnie wskazano, iż fakt wytoczenia powództwa po wykonaniu znacznej części robót budowlanych i otrzymaniu za wykonane roboty wynagrodzenia nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu art. 357<sup>1</sup>k.c. do całej umowy. Skoro zatem pozwany przyznaje, iż przed wniesieniem powództwa zobowiązania stron nie zostały jeszcze wykonane bo ani roboty nie zostały w całości zakończone ani nie została zapłacona całość wynagrodzenia, to w świetle powyższego orzecznictwa nie ma przeszkód do zastosowania normy art. 357<sup>1</sup> k.c. lub art. 632 § 2 k.c. i uwzględnienia powództwa.

Całkowicie błędny, w opinii powodów jest również pogląd pozwanego jakoby uwzględnienie powództwa było niemożliwe z uwagi na fakt podzielenia realizacji zamówienia na etapy i dokonania częściowego odbioru prac przez pozwanego i wypłaty powodowi części wynagrodzenia. To, że strony dokonały podziału płatności wynagrodzenia oraz podziału prac na etapy (odcinki), w żadnym wypadku nie sprawia, że jedno świadczenie jakim jest wykonanie obiektu budowlanego zmienia się nagle w kilka odrębnych świadczeń. Tym samym w przypadku umowy o roboty budowlane wykonanie i odbiór etapu (odcinka) prac nie powoduje wygaśnięcia zobowiązania w tej części. Należy bowiem podkreślić, iż w przypadku tej umowy świadczenie każdej ze stron jest jedno.

Powodowie wskazali także, iż przyjęcie poglądu pozwanego, wedle którego nie jest dopuszczalna ingerencja sądu w stosunek zobowiązaniowy na podstawie klauzuli rebus sic stantibus, w sytuacji, gdy zobowiązanie zostało wykonane zgodnie z jego pierwotną treścią przed datą orzekania, chociaż stosowne powództwo zostało wytoczone jeszcze przed wykonaniem umowy, jest sprzeczne z celem art. 357<sup>1</sup> k.c. i prowadzi do niemożliwych do zaakceptowania konsekwencji. Przede wszystkim możliwość żądania modyfikacji umowy w oparciu o ten przepis zostałaby znacząco ograniczona. W takim wypadku efektywne skorzystanie z uprawnienia przewidzianego w art. 357<sup>1</sup> k.c. byłoby bowiem uzależnione od czynników niezależnych od uprawnionego, takich jak długość i przebieg postępowania sądowego, zachowanie strony pozwanej i innych uczestników postępowania a także samego sądu. Biorąc zaś pod uwagę co do zasady skomplikowany charakter spraw opartych na klauzuli rebus sic stantibus oraz średni czas trwania postępowania sądowego, można stwierdzić, iż w zdecydowanej większości przypadków zastosowanie art. 357<sup>1</sup> k.c. stałoby się niemożliwe. Taki skutek zaś pozostaje w oczywistej sprzeczności z celem regulacji zawartej w omawianym przepisie. Ponadto przyjęcie stanowiska pozwanego prowadziłyby do niepożądanych skutków społeczno-gospodarczych- wykonawcy opóźniali by bowiem wykonywanie swoich zobowiązań do czasu rozstrzygnięcia sporu przed sądem.

Powodowie w całości podtrzymali swoją argumentację świadczącą o tym, iż w rozważanej sprawie wystąpiła nadzwyczajna zmiana stosunków, której następstw nie można było przewidzieć. Okoliczność niestabilności cen paliw już w okresie od 2007 do 2009r., przedstawiona przez pozwanego, nie ma według powodów znaczenia, gdyż można według nich twierdzić, że skoro doszło w jakimś okresie do nadzwyczajnego wzrostu danych surowców, to przedsiębiorcy winni zakładać, że w czasie realizacji kontraktu dojdzie do kolejnego nadzwyczajnego wzrostu.

Powodowie podtrzymali też swoje twierdzenia, że wzrost akcyzy i opłaty paliwowej nie był możliwy do przewidzenia. Wysokość tych danin jest każdego roku ustalana przez prawodawcę i wykonawcy robót publicznych, nawet przy dochowaniu najwyższej staranności, nie mogą przewidzieć, jakie stawki będą obowiązywały w przyszłości, to dlatego są wprowadzane postanowienia do umów, przenoszące ciężar ponoszenia skutków tego typu zmian prawa na zamawiającego.

Powodowie zakwestionowali również definicję straty przedstawioną przez pozwanego. W ich opinii pojęcie „strata” w prawie cywilnym zostało opisane w art. 361 § 2 k.c. „Strata wyraża się w rzeczywistej zmianie stanu majątkowego poszkodowanego i polega albo na zmniejszeniu się jego aktywów, albo na zwiększeniu się pasywów” (Z. Banaszczyk [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 1, Warszawa 2013, s. 1000). Tak rozumiana strata nie musi

jeszcze powodować ujemnego wyniku finansowego. Stratą będzie bowiem także jedynie zmniejszenie planowanego zysku. W ten sposób pojęcie straty rozumiane jest na tle art. 357<sup>1</sup> k.c. Jak zauważa R. Morek ([w:] K. Osajda (red.) Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2, Warszawa 2013, s. 100), „Przesłanka groźby rażącej straty może dotyczyć zarówno dłużnika, jak i wierzyciela. W pierwszym przypadku może chodzić przede wszystkim o znaczący wzrost kosztów potrzebnych do spełnienia świadczenia; w drugim zaś - w przypadku świadczeń wzajemnych - o poważną zmianę stosunku ich wartości”. Wbrew zatem twierdzeniu pozwanego o zaistnieniu straty nie decyduje to, czy w efekcie nadzwyczajnej zmiany stosunków doszło do uzyskania przez powodów ujemnego wyniku finansowego, a jedynie to, że doszło do zwiększenia kosztów spełnienia świadczenia. Sprowadzając argumentację pozwanego ad absurdum trzeba by było stwierdzić, iż jeżeli strona spełniając świadczenie w wyniku nadzwyczajnej zmieniły stosunków jedynie pogłębiła swój ujemny wynik finansowy, to nie stanowi to rażącej straty w rozumieniu art. 357 i 632 § 2 k.c. Pogląd taki należy, zdaniem powodów zdecydowanie odrzucić.

Z powyższych przyczyn, w opinii strony powodowej, nie ma znaczenia relacja straty do wartości Umowy czy wyniku finansowego stron. Strata jest rażąca, gdy w sposób znaczny przewyższa to, co dało się przewidzieć. Ponadto, należy zauważyć, iż myli się pozwany gdy podnosi, że wobec ogólnego ujemnego wyniku finansowego (...) S.A., strata poniesiona w niniejszej sprawie nie jest rażąca. Pogląd taki byłby być może prawidłowy, gdyby chodziło o stosunek 3,7 mln zł straty do 122 mln zysku. Tymczasem w przypadku ujemnego wyniku finansowego, każde pogorszenie tego wyniku jest istotne i wpływa na kondycję przedsiębiorcy. Właśnie z uwagi na wykazany przez (...) ujemny wynik finansowy, (...) straty w niniejszej sprawie, jest stratą rażąca, gdyż w istotny sposób pogarsza sytuację finansową tej spółki.

**Pozwany** podtrzymał stanowisko w sprawie w duplice z dnia 24 stycznia 2014r. (duplika k. 6205-6219, t. XXXII).

W dniu 4 grudnia 2014r. w sprawie o sygn. akt XXV C 1007/13 Sąd Okręgowy w Warszawie wydał wyrok, w którym oddalił powództwo w całości i obciążył powodów kosztami procesu (wyrok k. 6351, t. XXXII).

Od wydanego wyroku **strona powodowa wniosła apelację**, wnosząc w niej o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie zgodnie z żądaniem pozwu bądź też o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi okręgowemu w Warszawie oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego (apelacja powodów k. 6381- 6437 t. XXXII-XXXIII).

Na skutek apelacji powodów, wyrokiem wydanym w dniu 28 czerwca 2016r. w sprawie o sygn. akt VI ACa 268/15 **Sąd Apelacyjny w Warszawie** uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach procesu za instancją odwoławczą (wyrok Sądu Apelacyjnego k. 6476, t. XXXIII).

Sąd Apelacyjny uzasadnił rozstrzygnięcie tym, iż Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy, gdyż nie poczynił żadnych ustaleń i rozważań nie tylko odnośnie do zaistnienia przesłanek zastosowania art. 357<sup>1</sup> § 1 k.c. i art. 632 § 2 k.c., ale także odnośnie do podstawowych okoliczności, które przemawiałyby za zastosowaniem któregoś z tych przepisów. Sąd Apelacyjny uznał również oddalenie przez Sąd I instancji wniosków dowodowych za sprzeczne z art. 217 § 3 k.p.c. i art. 227 k.p.c.

Sąd Apelacyjny wskazał, iż przy ponownym rozpoznaniu Sąd I instancji przeprowadzi prawidłowo całe postępowanie dowodowe w celu ustalenia wszystkich okoliczności. 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 2 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.

Odnosnie kwestii dotyczącej wpływu zmiany stawek akcyzy oraz opłaty paliwowej wynikającej ze zmiany przepisów prawa na stratę wskazaną przez powodów Sąd II instancji uznał, że powodowie jako profesjonalisci w swojej branży powinni być zorientowani w regulacjach prawnych dotyczących ich dziedziny. W tym zakresie Sąd odwoławczy podzielił pogląd Sądu I instancji, że zmiana stawek akcyzy oraz opłaty paliwowej nie stanowiła nadzwyczajnej zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, nie była ona bowiem zaskakująca, ponieważ konieczność wprowadzenia tych zmian wynikała z uprzednio uchwalonego prawa Unii Europejskiej i wpływu okresu przejściowego wynikającego z powołanej wcześniej dyrektywy 2004/74/WE. **Jednocześnie Sąd odwoławczy wskazał, że powodowie roszczenie oparte na twierdzeniu o zmianie stawek akcyzy oraz opłaty paliwowej wynikającej ze zmiany przepisów prawa wywodzili także na podstawie subklauzuli 13.7 ogólnych warunków kontraktu. Sąd ten uznał, iż Sąd I instancji zaniechał zbadania tego roszczenia opartego na tej podstawie prawnej.**

Według Sądu Apelacyjnego 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. 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. Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że rolą sądu jest zastosowanie właściwego przepisu prawa (podstawy prawnej) do podanych przez stronę okoliczności (podstawy faktycznej) (uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego k. 6485-6515, t. XXXIII).

**Po uchyleniu wyroku i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania strony co do zasady podtrzymały stanowiska w dalszych pismach procesowych oraz na rozprawie w dniu 9 września 2019 roku.**

Przy czym **powodowie w piśmie z dnia 26 czerwca 2017 r. zmodyfikowali żądanie o zapłatę** w ten sposób, iż podtrzymali pierwotne żądanie w tym zakresie zgłoszone w pozwie w pkt 2 i zarazem w jego ramach zgłosili dwa żądania ewentualne, pierwsze: o zasądzenie kwoty 4.481.021,33 zł w całości na rzecz (...) S.A. w W. i drugie: o zasądzenie kwoty 4.468.026,37 zł na rzecz (...) S.A. w W. oraz o zasądzenie kwoty 12.994,96 zł na rzecz (...) S.A. w M.. Żądanie ewentualne zapłaty kwoty 4.481.021,33 zł w całości na rzecz (...) S.A. w W. uzasadnili treścią subklauzuli 14.7 o.w.k.. Natomiast żądanie ewentualne zapłaty kwoty 4.468.026,37 zł na rzecz (...) S.A. w W. oraz o zasądzenie kwoty 12.994,96 zł na rzecz (...) S.A. w M. uzasadnili treścią porozumienia z dnia 17 maja 2017 r. zawartego przez powodów w przedmiocie podziału roszczenia stanowiącego przedmiot niniejszego sporu w proporcjach 99,71 % na rzecz (...) S.A. i 0,29 % na rzecz (...) S.A. (k. 6657 i nast.).

**W oparciu o przedstawiony w sprawie materiał dowodowy Sąd dokonał następujących ustaleń faktycznych:**

W dniu 30 maja 2009 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr (...) ogłoszenie o zamówieniu w sprawie „Rozbudowy 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 (...)) (ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane z dnia 31 marca 2009 r., załącznik nr 5 - k. 195 i n. t. I).

Dwie spółki: (...) S.A. z siedzibą w (...) S.A. z siedzibą w miejscowości A. (region M., H.) zawiązały w dniu 26 kwietnia 2010r. konsorcjum celem ubiegania się o ogłoszone przez GDDKiA zamówienie publiczne (umowa konsorcjum z 26 kwietnia 2010 r. - załącznik nr 13 - k. 479 i n.).

Powodowe spółki są przedsiębiorcami budowlanymi, angażującymi się m.in. w duże, krajowe i europejskie przedsięwzięcia z dziedziny budownictwa drogowego (bezsporne).

(...) S.A. z siedzibą w W. osiągnęła następujące przychody ogółem: (...) zł w 2010 r. ((...) z 2011 r. nr (...)), (...) zł w 2011 r. ((...) z 2012 r. nr (...)) i (...) zł w 2012 r. ( (...) oraz następujący zysk netto: (...) zł w 2010 r. ((...) z 2011 r. nr (...)), zaś w 2011 r. stratę w wysokości (...) zł w 2011 r. ((...) z 2012 r. nr (...) poz. (...)) oraz stratę w wysokości (...)zł w 2012 r. ( (...) - (k. 7765 - 7854).

(...) S.A. z siedzibą w M. osiągnęła następujące przychody ogółem (...) euro w 2010 r. ((...), (...) (...) euro w 2011 r. ((...), (...) i (...) euro w 2012 r. (I. de R. 2012, (...) oraz następujący zysk: (...) euro w 2010 r. ((...) (...) (...) euro w 2011 r. ((...), (...) i (...) euro w 2012 r. ((...), (...) - (k. 7765 - 7854).

W dniu 10 czerwca 2010 r. konsorcjum dwóch wyżej wymienionych spółek złożyło ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, proponując jego wykonanie za cenę brutto 190 861 208, 73 zł (oferta powodów z 10 czerwca 2010 r. z załącznikami, k. 229 i n., t. II).

Konsorcjanci przeprowadzili swe kalkulacje według stanu na tzw. datę odniesienia, czyli datę o 28 dni wcześniejszą od najpóźniejszej daty na przedłożenie dokumentów ofertowych- 13 maja 2010r. (pkt 1.1.3.1 warunków kontraktu, k. 229 i n., t. II).

Do zawarcia kontraktu pomiędzy stronami doszło w dniu 31 sierpnia 2010 r. (akt umowy, k. 304 i n., t. II).

Zaakceptowana kwota kontraktu brutto wynosiła 190 861 179, 65 zł. (słownie: sto dziewięćdziesiąt milionów osiemset sześćdziesiąt jeden tysięcy sto siedemdziesiąt dziewięć złotych, 65/100 groszy) (akt umowy, k. 304 i n., t. II).

Konsorcjum wygrało przetarg ze względu na zaoferowanie najniższej ceny na wykonanie ogłoszonych robót. Cena zaproponowana przez kolejnego oferenta wynosiła 197 991 844, 52 zł. Różnica między dwoma najkorzystniejszymi dla zamawiającego ofertami wynosiła 7 130 635, 79 zł (zbiorcze zestawienie ofert k. 6034 i n. t. XXXI).

Zawarty między stronami kontrakt odwoływał się do wzorca umownego (...)warunków kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę”, wydanie angielsko-polskie 2000 (...), stanowiące tłumaczenie wydania FIDIC 1999.

Zgodnie z zasadami zawartymi we wzorze umownym FIDIC na kontrakt zawarty pomiędzy powodami a pozwanym składają się dokumenty wymienione w pkt 2 umowy właściwej, to jest:

(a) Umowa właściwa,

(b) Szczególne Warunki Kontraktu,

(c) „Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego”.  
(...) Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999, określane dalej ogólnymi warunkami kontraktu,

(d) Instrukcja dla Wykonawców - Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

(e) Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych,

(f) Dokumentacja Projektowa,

(g) Oferta Wykonawcy z załącznikami oraz

(h) Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (umowa k. 304, t. II).

W umowie strony postanowiły w pkt 4.1, że zaakceptowana kwota kontraktowa, zgodnie z ofertą wykonawcy, wynosi 156 443 589,88 zł plus 22% podatek VAT, co łącznie stanowi 190 861 179,65 zł. W pkt 4.2 maksymalną wartość zobowiązania ustalono na 115% ww. kwoty brutto, co stanowi 219 490 356,60 zł. W przypadku, gdyby wynagrodzenie wykonawcy obliczane zgodnie z kontraktem, miało przekroczyć kwotę określoną w pkt 4.2, strony mogą dokonać zmiany tej kwoty drogą aneksu do umowy (pkt 4.3. umowy). Wykonawca zobowiązał się wobec zamawiającego do zakończenia przedmiotu umowy w terminie 18 miesięcy od daty rozpoczęcia robót, z tymże do czasu realizacji nie wlicza się okresu między 15 grudnia a 15 marca. Zadanie będzie realizowane etapowo: etap I- 12 miesięcy, etap II- 18 miesięcy, etap III- 15 miesięcy i etap IV- 12 miesięcy. Wszelkie zmiany i uzupełnienia treści kontraktu mogą być wprowadzone wyłącznie w formie aneksu podpisanego przez zamawiającego i wykonawcę, pod rygorem nieważności (pkt 6 umowy) (umowa k. 304 i n. t. II).

Strony w szczególnych warunkach kontraktu zmodyfikowały warunki ogólne FIDIC poprzez wyłączenie m.in. klauzuli 13.8. Usunięto całą treść subklauzuli 13.8 jako nie mającą zastosowania w niniejszych warunkach kontraktowych (warunki szczególne kontraktu, k. 326, t. II).

Subklauzula 13.8 ogólnych warunków kontraktu [Korekty wynikające ze zmiany kosztu] stwierdzała, że W niniejszej Subklauzuli „tabela danych korekcyjnych” oznacza wypełnioną tabelę danych korekcyjnych, włączoną do Załącznika do Oferty. Jeśli nie ma tam włączonej żadnej takiej tabeli danych korekcyjnych, to niniejsza Subklauzula nie ma zastosowania. Jeśli niniejsza Subklauzula ma zastosowanie, to kwoty płatne Wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków kosztu 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 jakiegokolwiek 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 (...) ( subklauzula 13.8, k. 358, t. II).

W myśl subklauzuli 20.1 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 będzie 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. Jeżeli zaś wykonawca nie da powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego okresu 14 dni, 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; w przeciwnym razie będą miały zastosowanie poniższe postanowienia niniejszej subklauzuli. Wykonawca przedłoży także wszelkie inne powiadomienia wymagane kontraktem oraz szczegółowe informacje uzasadniające roszczenie, a wszystko to w odniesieniu do takiego wydarzenia lub okoliczności.

W ciągu 42 dni po tym, kiedy wykonawca dowiedział się (lub powinien był dowiedzieć się) o wydarzeniu lub okoliczności, która dała powód do roszczenia, wykonawca prześle inżynierowi pełne szczegółowe roszczenie, które

będzie także zawierało pełne szczegółowe informacje uzasadniające podstawę wysunięcia takiego roszczenia oraz żądanego przedłużenia czasu i/lub dodatkowej płatności; jeżeli wydarzenie lub okoliczność, powodująca to roszczenie, ma skutek ciągły, to:

(a) to pełne szczegółowe roszczenie będzie uważane za przejściowe,

(b) wykonawca będzie w miesięcznych przedziałach czasowych przysyłał dalsze roszczenia przejściowe podające skumulowane opóźnienie i/lub kwotę roszczenia, oraz takie dalsze dodatkowe szczegółowe informacje, jakich inżynier może rozsądnie wymagać; oraz

(c) wykonawca prześle ostateczne roszczenie w ciągu 28 dni od ustania skutków wynikających z takiego wydarzenia lub okoliczności, lub w ciągu takiego innego okresu, jaki może być zaproponowany przez wykonawcę i zatwierdzony przez inżyniera.

W ciągu 42 dni od otrzymania roszczenia inżynier odpowie zatwierdzeniem lub odrzuceniem wraz ze szczegółowymi komentarzami; może on także zażyczyć sobie dalszych szczegółowych informacji, ale pomimo to ustosunkuje się do podstaw tego roszczenia w takim czasie.

Każde świadectwo płatności będzie zawierało takie kwoty za jakiegokolwiek roszczenie, jakie zostały rozsądnie udowodnione jako należne według odnośnego postanowienia kontraktu; jeżeli i dopóki dostarczone szczegółowe informacje nie są wystarczające do udowodnienia całego roszczenia, wykonawca będzie uprawniony tylko do płatności za taką część tego roszczenia, jaką jest on w stanie udowodnić. Inżynier będzie postępował zgodnie z subklauzulą 3.5, aby uzgodnić lub określić: (i) przedłużenie (jeśli jest) czasu na ukończenie (przed lub po jego upływie) zgodnie z subklauzulą 8.4 (przedłużenie czasu na ukończenie) i/lub

(ii) dodatkową płatność (jeśli jest), do której wykonawca jest uprawniony według kontraktu (subklauzula 20.1 zd. 15 i lit. i-ii),

Niezależnie od innych postanowień niniejszych warunków, roszczenie o przedłużenie czasu na ukończenie lub roszczenie dotyczące zmiany zakresu wymaganej minimalnej ilości wykonania, muszą być przesłane inżynierowi (w pełnej i szczegółowej formie) wcześniej niż 30 dni przed upływem terminów określonych odpowiednio zgodnie z subklauzulami 8.2 (czas na ukończenie), 8.4 (przedłużenie czasu na ukończenie) i 8.13 (wymagana minimalna ilość wykonania), z wyjątkiem sytuacji, gdy okoliczności uzasadniające zdaniem wykonawcy jego prawo do przedłużenia czasu na ukończenie, wystąpią w ciągu tego 30-dniowego okresu; w tym drugim wypadku nieprzekraczalnym terminem złożenia roszczenia są terminy określone zgodnie z subklauzulami 8.2, 8.4 i 8.13.

W przypadku złożenia roszczenia niezgodnego z zapisami tego akapitu, wykonawcy nie przysługuje prawo do przedłużenia czasu na ukończenie lub zmiany wymaganej ilości wykonania.

Wymagania niniejszej subklauzuli są dodatkowe w stosunku do postanowień jakiegokolwiek innej subklauzuli, która może mieć zastosowanie do danego roszczenia; jeżeli wykonawca nie zastosuje się do niniejszej lub innej subklauzuli w odniesieniu do jakiegokolwiek roszczenia, to jakiegokolwiek przedłużenie czasu i/lub dodatkowa płatność, uwzględnij zakres (jeśli jest), w jakim to niezastosowanie się uniemożliwiło lub przyniosło szkodę właściwemu zbadaniu roszczenia, chyba że roszczenie to jest wyłączone według drugiego akapitu niniejszej subklauzuli (subklauzula 20.1 zd. 19-20 zmodyfikowanych ogólnych warunków kontraktu - k. 368-369 i 397-398, tom II).

Zgodnie z zawartym kontraktem, ostateczne rozliczenie wynagrodzenia należnego wykonawcy następowało na podstawie ostatecznego świadectwa płatności (subklauzula 14.13, k. 362, t. II), które wystawiane jest po przejściu całości robót przez zamawiającego i wystawieniu świadectwa przejęcia (subklauzula 10.1, k. 354, t. II).

Zgodnie z odpowiednimi postanowieniami w trakcie trwania kontraktu zamawiający płacił powodom za poszczególne prace na podstawie przejściowych świadectw płatności („PŚP”). Płatności te miały charakter tymczasowy, w konsekwencji nie stanowiły zatwierdzenia lub końcowego przyjęcia robót, a kwoty uznane w PŚP mogły zostać



zmodyfikowane albo w jednym z kolejnych PŚP, albo w ostatecznym świadectwie płatności. Zgodnie z subklauzulą 14.6 warunków kontraktu PŚP nie są traktowane, jako wyraz akceptacji, zatwierdzenia, zgody lub zadowolenia inżyniera, a tenże będzie mógł w jakimkolwiek świadectwie płatności, dokonać jakiegokolwiek poprawki lub modyfikacji, która powinna była właściwie być dokonana w jakimkolwiek uprzednim świadectwie płatności ( subklauzula 14.6, k. 360, t. II).

Umowa zawarta 31 sierpnia 2010 r. przez strony była przedmiotem aneksów. W Aneksie nr 1 z dnia 31 sierpnia 2010r. obowiązującym od 1 stycznia 2011r., strony zwiększyły kwotę kontraktową brutto o wzrost podatku VAT (łącznie do kwoty 192 425 615,55 zł brutto, tj. 156.443.589,88 zł netto) oraz potwierdziły, że powódki otrzymają wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy do 31 grudnia 2010 r. w wysokości 5 796 983,69 zł plus 22% VAT w kwocie 1 275 336,41 zł, co łącznie stanowi kwotę 7 072 320,10 zł; zaś za wykonanie przedmiotu umowy od 01 stycznia 2011 r. w kwocie 150 646 606,19 zł plus 23% VAT w kwocie 34 648 719,42 zł, co łącznie stanowi kwotę 185 295 325,61 zł (aneks nr 1- k. 477 i n., t. III)

W Aneksie nr 2 zawartym w dniu 16 września 2013 r. strony przedłużyły termin wykonania robót do dnia 23 sierpnia 2013 r., a roszczenia z tym związane pozostawiły nierozstrzygnięte. Zastrzegły, że do czasu realizacji robót nie wlicza się okresu między 15 grudnia a 15 marca (aneks nr 2 - k. 6284-6287v, t. XXXII).

Zgodnie z klauzulami 10.1 i 10.2, a także w oparciu o wniosek wykonawcy złożony w dniu 15 października 2012 r., w dniu 12 grudnia 2012r. wydane zostało świadectwo przejęcia robót etapu I, w którym inżynier kontraktu potwierdził, iż roboty na etapie I- budowa wiaduktu w ciągu (...) wraz z przebudową ul. (...) zostały wykonane w okresie 18 miesięcy: rozpoczęte w dniu 14 października 2010 r., a zakończone w dniu 20 października 2012 r. (nie wliczając dwóch okresów zimowych). Z przedmiotowego świadectwa przejęcia robót etapu I - zgodnie z wystawionymi przejściowymi świadectwami płatności od nr 1 do 23 oraz złożonym rozliczeniem dla etapu I -wynika, że wartość wykonanych w tym etapie robót wyniosła około 4 850 000 zł. (Świadectwo przejęcia robót etapu I- k. 5831, t. XXX).

W oparciu o wniosek wykonawcy z 22 sierpnia 2013 r., w dniu 1 października 2013r. wydane zostało świadectwo przejęcia robót etapu II, w którym inżynier kontraktu potwierdził, iż roboty na etapie II, dotyczące kontraktu rozbudowa drogi krajowej nr (...) do parametrów drogi ekspresowej na odcinku granica województwa (...)/ (...) R., zostały rozpoczęte w dniu 15 października 2010 r., a zakończone w dniu 23 sierpnia 2013 r. Z przedmiotowego świadectwa przejęcia robót etapu II - zgodnie z wystawionymi przejściowymi świadectwami płatności od nr 1 do 31 – wynika, że wartość wykonanych robót etapu II wyniosła około 48 706 973 zł, a dla całego kontraktu - około 150 298 745 zł. (Świadectwo przejęcia robót etapu II- k. 5834-5835, t. XXX).

W dniu 10 kwietnia 2013 r. wystawione zostało świadectwo przejęcia robót etapu III, w którym zostało potwierdzone, że roboty na etapie III, budowa węzła drogowego w R. w ciągu drogi krajowej nr (...) od km 418+400 do km 420+100, wykonane zostały w okresie 26 miesięcy, a zakończone w dniu 19 grudnia 2012 r. Zgodnie ze złożonymi rozliczeniami etapu III, zawartymi w wystawionych przejściowych świadectwach płatności od nr 1 do 27, wartość wykonanego etapu robót wyniosła około 56 096 640 zł. (Świadectwo przejęcia robót etapu III- k. 5839, t. XXX).

Świadectwo przejęcia robót dla etapu IV wystawione zostało w dniu 21 listopada 2012 r. W świadectwie potwierdzone zostało, iż roboty na etapie IV - budowa węzła drogowego w A. w ciągu drogi krajowej nr (...) w km 409+588 - zostały wykonane w okresie 20 miesięcy, tj. do dnia 15 października 2012 r. Zgodnie z wystawionymi przejściowymi świadectwami płatności od nr 1 do 22 oraz złożonym rozliczeniem dla etapu IV, wartość wykonanego etapu robót wyniosła około 15 687 366 zł. (Świadectwo przejęcia robót etapu IV- k. 5843, t. XXX).

Wykonanie finansowe w asortymencie robót na kontrakcie Rozbudowa drogi krajowej nr (...) do parametrów drogi ekspresowej na odcinku granicy województwa (...) i (...) do m. R. w 2010 r. wyniosło 7 072 320,10 zł, wykonanie finansowe w 2011 r. wyniosło 75 478 997,64 zł, wykonanie finansowe w 2012 r. wyniosło 71 491 045,95 zł, a w 2013 r., tj. do dnia 17.07.2013 r. - 20 797 749,25 zł, czyli łącznie 174 840 112,94 zł brutto (co stanowi rozliczenie umowy w ponad 90%). (Przejściowe świadectwo płatności nr 30 - k. 5846, t. XXX; tabela Wykonanie finansowe w asortymencie robót

na kontrakcie „Rozbudowa drogi krajowej nr (...) do parametrów drogi ekspresowej na odcinku granicy województwa (...) i (...) do m. R." k. 5848, tom XXX; potwierdzenia realizacji wniosków o wypłatę – k. 5856, t. XXX).

(...) Wojewódzki Inspektor Nadzoru Budowlanego wydał decyzje na użytkowanie części zamierzenia inwestycyjnego (decyzje (...) Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego na użytkowanie części zamierzenia inwestycyjnego: decyzja nr (...), decyzja nr (...), decyzja nr (...), decyzja nr (...), decyzja nr (...), decyzja nr (...), decyzja nr (...), decyzja nr (...), decyzja nr (...), decyzja nr (...) - k. 5979-6002, t. XXX-XXXI).

W związku ze wzrostem cen na światowym rynku paliw płynnych, zaistniałym po dacie odniesienia, powodowie zgodnie ze subklauzulą 20.1 kontraktu zgłaszali Inżynierowi kontraktu Roszczenie przejściowe nr 7 w dniach: 20 kwietnia 2011r., w którym nie podali szczegółowej kwoty roszczenia ze względu na ciągle wzrost cen paliw i niemożność ostatecznego wyliczenia kosztu; 12 marca 2012r. za okres 1 wrzesień 2011r. - 31 styczeń 2012r. na kwotę 273 938, 99 zł; 10 kwietnia 2012r. za okres 1 wrzesień 2011r. - 31 styczeń 2012r. na kwotę 273 938, 99 zł; 8 maja 2012r. za okres 1 wrzesień 2011r.- 31 marzec 2012r. na kwotę 336 828, 02 zł; 6 czerwca 2012r. za okres 1 wrzesień 2011r.- 31 marzec 2012r. na kwotę 336 828, 02 zł; 6 lipca 2012r. za okres 1 wrzesień 2011r.- 31 marzec 2012r. na kwotę 336 828, 02 zł; 6 sierpnia 2012r. za okres 1 wrzesień 2011r.- 31 marzec 2012r. na kwotę 336 828, 02 zł; 27 sierpnia 2012r. za okres 1 wrzesień 2011r.- 30 czerwiec 2012r. na kwotę 591 738, 10 zł; 28 września 2012r. za okres 1 wrzesień 2011r.- 30 czerwiec 2012r. na kwotę 591 738, 10 zł; 26 października 2012r. za okres 1 wrzesień 2011r.- 30 czerwiec 2012r. na kwotę 591 738, 10 zł; 26 listopada 2012r. za okres 1 wrzesień 2011r.- 30 czerwiec 2012r. na kwotę 591 738, 10 zł; 12 grudnia 2012r. za okres 1 wrzesień 2011r.- 30 wrzesień 2012r. na kwotę 795 129, 06 zł; 11 stycznia 2013r. za okres 1 wrzesień 2011r.- 30 wrzesień 2012r. na kwotę 795 129, 06 zł; 11 lutego 2013r. za okres 1 wrzesień 2011r.- 30 wrzesień 2012r. na kwotę 795 129, 06 zł. (Roszczenie przejściowe nr 7- k. 483 i n., 485 i n., 571 i n., 573 i n., t. III; k. 633 i n., 635 i n., 637 i n., 641 i n., 715 i n., 717 i n., 719 i n., 721 i n. t. IV; k. 807 i n., k. 809 i n. t. V).

W dniu 8 marca 2013r. powodowie zgodnie z subklauzulą 20.1 zgłosili Inżynierowi kontraktu Roszczenie ostateczne nr 7 w związku z nieprzewidywalnym wzrostem cen na światowym rynku paliw płynnych na kwotę 1 064 682, 51 zł + VAT (Roszczenie ostateczne nr 7- k. 811 i n. t. V).

Powyższe roszczenie powodów nie zostało przez inżyniera kontraktu rozstrzygnięte, powodowie w przewidzianym w subklauzuli 20.1 42- dniowym terminie nie otrzymali odpowiedzi na swoje roszczenie (pismo powodów z dnia 7 maja 2013r.- k. 5540 i n. t. XXVIII).

Pismem z dnia 12 stycznia 2012r. powodowie w trybie subklauzuli 20.1 kontraktu poinformowali inżyniera kontraktu, że w związku ze znacznym wzrostem cen asfaltów na rynku, uważają się za uprawnionych do otrzymania dodatkowej płatności (Powiadomienie o roszczeniu- k. 941 i n., t. V).

W związku z powyższą podwyżką cen asfaltu powodowie zgłaszali Inżynierowi kontraktu Roszczenie przejściowe nr 28 w dniach: 26 stycznia 2012r. za okres do 14 grudnia 2011r. na kwotę 207 839, 47 zł.; 27 lutego 2012r. za okres do 31 stycznia 2012r. na kwotę 597 324, 87 zł; 27 marca 2012r. za okres do 29 lutego 2012r. na kwotę 640 070, 49 zł; 24 kwietnia 2012r. za okres do 29 lutego 2012r. na kwotę 640 070, 49 zł; 22 maja 2012r. za okres do 31 marca 2012r. na kwotę 640 070, 49 zł; 18 czerwca 2012r. za okres do 30 kwietnia 2012r. na kwotę 640 070, 49 zł; 18 lipca 2012r. za okres do 31 maja 2012r. na kwotę 1 087 592, 84 zł netto; 17 sierpnia 2012r. za okres do 30 czerwca 2012r. na kwotę 1 659 688, 20 zł netto; 18 września 2012r. za okres do 30 czerwca 2012r. na kwotę 1 659 688, 20 zł netto; 17 października 2012r. za okres do 31 lipca 2012r. na kwotę 1 804 999, 46 zł netto; 24 października 2012r. za okres do 31 sierpnia 2012r. na kwotę 2 119 735, 93 zł netto; 23 listopada 2012r. za okres do 30 września 2012r. na kwotę 2 359 271, 00 zł netto (Roszczenie przejściowe nr 28- k. 944 i n., k. 996 i n. t. V; k. 1028 i n., 1045 i n., 1047 i n., 1050 i n., 1053 i n., 1071 i n., 1088 i n., 1090 i n., 1163 i n., 1180 i n., 1197 t. VI).

W dniu 21 grudnia 2012r. powodowie zgodnie z subklauzulą 20.1 zgłosili Inżynierowi kontraktu Roszczenie ostateczne nr 28 w związku z niemożliwym do przewidzenia znacznym wzrostem cen asfaltów na rynku za okres od początku kontraktu do 31 października 2012r. na kwotę 2 578 424, 26 zł netto (Roszczenie ostateczne nr 28- k. 1197 i n. t. VI-VII).

Powyższe roszczenie powodów nie zostało przez inżyniera kontraktu rozstrzygnięte, powodowie w przewidzianym w subklauzuli 20.1 42- dniowym terminie nie otrzymali odpowiedzi na swoje roszczenie (pismo powodów z dnia 7 maja 2013r.- k. 5542 i n. t. XXVIII).

W okresie od września 2011 r. do października 2012 r. konsorcjum w składzie (...) S.A. w (...) S.A. w M. zużyło 612 206,82 litrów paliwa w związku z realizacją umowy nr (...) z 31 sierpnia 2010 r., w tym w okresie od września 2011 r. do grudnia 2011 r. konsorcjum zużyło 173 532,63 litrów, zaś w okresie od stycznia 2012 r. do października 2012 r. zużyło 438 674,19 litrów (opinia instytutu (...)w W. (...) – k. 6798-6804, opinia uzupełniająca instytutu – k. 7711).

W dacie zawarcia umowy opłata paliwowa wynosiła 233,99 zł za 1000 l olejów napędowych (art. 37m ust. 1 pkt 2 ustawy z 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym w brzmieniu z dnia 1 stycznia 2010 r. ustalonym ustawą z dnia 20 listopada 2009 r. o zmianie ustawy o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym oraz ustawy o obrocie instrumentami finansowymi – Dz. U. z 2009 r. nr 223, poz. 1776), zaś stawka akcyzy za paliwo wynosiła 1 048 zł za 1000 l olejów napędowych (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym w brzmieniu z 1 stycznia 2010 r. - Dz.U. z 2009 r. Nr 3 poz. 11).

W trakcie trwania umowy doszło do zmiany opłaty paliwowej do kwoty 239,84 zł od 1 stycznia 2011 r. (obwieszczenie Ministra Infrastruktury z dnia 10 grudnia 2010 r. w sprawie wysokości stawki opłaty paliwowej na rok 2011, M.P. 2010 Nr 97 poz. 1133), a następnie do kwoty 249,92 zł od 1 stycznia 2012 r. (obwieszczenie Ministra Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie wysokości stawki opłaty paliwowej na rok 2012, M.P. 2011 Nr 115 poz. 1161).

Zmieniono również stawkę akcyzy na paliwo do kwoty 1 196 zł za 1000 l olejów napędowych od 1 stycznia 2012 r. (art. 37m ust. 1 pkt 2 ustawy z 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym w brzmieniu z dnia 1 stycznia 2012 r. ustalonym ustawą z dnia 22 grudnia 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej - Dz.U. z 2011 r. Nr 291 poz. 1707).

Wykonawca na przedmiotowym kontakcie nie zakładał osiągnięcia zysku (zeznania świadka T. S. (1) – k. 6580).

W dniu 23 sierpnia 2013 r. doszło do zakończenia robót na przedmiotowym kontrakcie ( zeznania świadka L. B. – k. 6596).

Przy realizacji przedmiotowego kontraktu strona powodowa nie dopuściła się opóźnienia, przedłużenie czasu na ukończenie kontraktu zostało spowodowane okolicznościami obiektywnymi, niezależnymi od stron (okoliczność bezsporna, przyznana przez stronę pozwaną – k. 6578).

Wzrost cen paliw od momentu złożenia oferty dotyczącej spornego kontraktu przez powodów, czyli od dnia 10 czerwca 2010 r. wyniósł odpowiednio 18,3 % po roku, 41,2 % po dwóch latach i 46,7 % po trzech latach, co stanowiło dynamikę, która wcześniej w takim kształcie nie miała miejsca (opinia (...)w W. – k. 6768 v.). Głównymi przyczynami dużych, skokowych wzrostów cen paliw w P. w okresie po złożeniu oferty przez powodów były:

- 1) wojna w L.,
- 2) szybki wzrost kursu dolara amerykańskiego,
- 3) zmiana stawki akcyzy na olej napędowy od 1 stycznia 2012 r.

Dwie pierwsze ze wskazanych przyczyn wzrostów należy uznać za niemożliwe do przewidzenia, a trzecia przyczyna była możliwa do przewidzenia (opinia (...) w W. – k. 6770).

Wzrost cen asfaltu od momentu złożenia oferty dotyczącej spornego kontraktu przez powodów, czyli od dnia 10 czerwca 2010 r. wyniósł odpowiednio 14,9 % po roku, 51,3 % po dwóch latach. W połowie 2012 r. wzrost cen uległ zatrzymaniu, a następnie ceny zaczęły spadać (opinia (...) w W. – k. 6771 – 6771 v.).

Głównymi przyczynami dużych wzrostów cen asfaltów w P. w okresie po złożeniu oferty przez powodów były:

- 1) szybki wzrost kursu dolara amerykańskiego,
- 2) wysoka dynamika wzrostu cen ropy naftowej.

(opinia (...) w W. – k. 6774).

Skala wzrostu cen paliw w latach 2010 – 2012 miała charakter niemożliwy do zaprognozowania, w tym zakresie powodowie rzetelnie ocenili ryzyko. Natomiast skala wzrostu cen asfaltów w latach 2010 – 2012 miała charakter częściowo możliwy do zaprognozowania, ale i w tym zakresie powodowie dobrze ocenili ryzyko wzrostu cen asfaltów (opinia (...) w W. – k. 6774, opinia uzupełniająca instytutu – k. 7712).

Rzeczywiście poniesione przez powodów koszty w związku z zakupem paliw i asfaltów, które nie zostałyby poniesione, gdyby nie nastąpił wzrost cen paliw i asfaltów ponad normalne (zwykłe) ryzyko gospodarcze wynoszą:

- 1) 265.499,18 zł netto co do paliw,
- 2) 2.578.424,26 zł netto co do asfaltów.

Wyżej wskazane kwoty przedstawiają różnice pomiędzy kosztem paliw i asfaltów, przy cenach jakie powodowie powinni przyjąć w prognozach, a kosztami faktycznie poniesionymi przez powodów z tego tytułu. Są to wartości kosztów realizacji kontraktu, jakie wystąpiłyby przy należyтым oszacowaniu cen paliw i asfaltów i oddaje faktyczną skalę nadzwyczajnego wzrostu cen paliw i asfaltów w okresie realizacji kontraktu, której to skali nie można było przewidzieć. Jednocześnie w/w kwoty przedstawiają wielkość straty, która grozi powodom przy wykonywaniu przedmiotowego kontraktu z tytułu wzrostu cen paliwa i asfaltów, którego nie można było przewidzieć, wzrostu przekraczającego wzrost jakiego powinni byli się spodziewać (i spodziewali się) powodowie (częściowo opinia (...) w W. – k. 6774, w całości opinia uzupełniająca instytutu – k. 7710 - 7712).

W dniu 17 maja 2017 r. pomiędzy powodami zostało zawarte porozumienie w przedmiocie podziału wierzytelności stanowiącej przedmiot niniejszego sporu w proporcjach 99,71 % na rzecz (...) S.A. i 0,29 % na rzecz (...) S.A. (k. 6699 - 6700). Łączna wartość dokonanych płatności netto dla strony powodowej dokonana przez pozwanego z tytułu przedmiotowego kontraktu wyniosła kwotę 160.661.706,08 zł (ostateczne świadectwo płatności – k. 7622).

Łączna strata (...) S.A. w W. na przedmiotowym kontrakcie wyniosła kwotę (...) zł (wyciąg z ksiąg rachunkowych (...) S.A. – k. 6971 – 7273, sprawozdanie księgowe – k. 7274 – 7275).

W sprawie o sygn. akt XXV C 844/17 toczącej się przed Sądem Okręgowym w Warszawie powodowie pozwem z dnia 15 maja 2017 r. wystąpili przeciwko pozwanemu z roszczeniem o zapłatę łącznie kwoty 29.063.036,26 zł (w takich proporcjach procentowych na rzecz każdego z powodów jak proporcje określone w żądaniu ewentualnym zgłoszonym w niniejszej sprawie) z tytułu roszczeń odszkodowawczych wynikających z realizacji przedmiotowego kontraktu. Podstawą faktyczną tego roszczenia jest twierdzenie powodów, że na skutek okoliczności niezależnych od powodów i niemożliwych do przewidzenia na etapie zawarcia umowy, a także błędów w dokumentacji projektowej dostarczonej przez pozwanego oraz braku wymaganego współdziałania przy wykonywaniu umowy przez pozwanego, powodowie byli zmuszeni do wykonywania prac budowlanych w znacznie dłuższym okresie czasu ponosząc z tego tytułu dodatkowe koszty. Sprawa ta nie została prawomocnie zakończona (k. 2 - 192 – pozew w sprawie XXV C 844/17).

### ***Sąd dokonał następującej oceny materiału dowodowego przedstawionego w sprawie:***

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił przede wszystkim w oparciu o dokumenty w postaci umów ( umowa konsorcjum, k. 479 i n. t. III; umowa- kontrakt k. 304 i n. t. II), ogłoszeń ( ogłoszenie, k. 195 i n. t. I), ofert ( oferta, k. 229 i n. t. II; zbiorcze zestawienie ofert k. 6034 i n., t. XXXI), warunków kontraktu ( SIWZ, k. 205 i n. t. II; warunki ogólne kontraktu na budowę, k. 331 i n. t. II; warunki szczególne kontraktu, k. 376, tom II), aneksów ( aneks nr 1 k. 477 in., t.

III, aneks nr 2 k. 6284 i n. t. XXXII), świadectw przejścia robót (świadectwa przejścia robót etapu I-IV, k. 5831-5843, t. XXX), roszczenia przejściowe (Roszczenie przejściowe nr 7, k. 483-809 i n., t. III-V; Roszczenie przejściowe nr 28, k. 944-1197 i n., t. V-VI), roszczenia ostateczne (Roszczenie ostateczne nr 7, k. 811 i n. t. V; Roszczenie ostateczne nr 28- k. 1197 i n. t. VI-VII), wyciągu z ksiąg rachunkowych (...) S.A. – k. 6971 – 7273, sprawozdania księgowego – k. 7274 – 7275).

Dokumentacja ta nie była kwestionowana przez żadną ze stron, Sąd również nie znalazł podstaw do kwestionowania jej zgodności z rzeczywistością, dlatego uznał ją za wiarygodne źródło dowodowe.

Sąd uznał za wiarygodne dowody z zeznań następujących świadków: T. S. (2) (k. 6578 – 6580), M. S. (1) (k. 6595 v.), L. B. (k. 6595 v. – (...)), Z. P. (k. 6596 – 6596 v.), M. N. (k. 6606 – 6606), P. Ż. (k. 6606 v. – 6607), M. L. (k. 6642 v.), P. K. (k. 6642 v. – 6643). Ocena ta dotyczy tej części zeznań tych osób, w której świadkowie i reprezentanci stron relacjonowali o faktach. W tym zakresie Sąd uznał, iż osoby te zeznawały w sposób logiczny, szczegółowy, a ich relacje co do zasady pokrywały się tworząc spójny ciąg zdarzeń. Sąd nie znalazł podstaw do odmówienia zeznaniom tych osób przymiotu wiarygodności. Natomiast Sąd pominął w ramach ustaleń faktycznych tę część zeznań tych osób, w której przedstawiali sposób rozumienia treści zawartej przez strony umowy, w szczególności relacje te dotyczyły oceny prawnej w zakresie następstw wyłączenia w szczególnych warunkach kontraktu klauzuli 13.8.

Sąd dał wiarę zeznaniom świadka T. S. (2) także w tym zakresie w jakim świadek ten zeznał, że strona powodowa na przedmiotowym kontrakcie nie zakładała w ogóle osiągnięcia zysku. Sąd uznał te zeznania za zgodne z zasadami ekonomiki przedsiębiorstw oraz z doświadczeniem zawodowym Sądu, z których wynika, że w przypadku podmiotów prowadzących działalność w znacznych rozmiarach zdarzają się sytuacje, że podmiot taki podejmuje się realizacji usługi bez zakładania osiągnięcia zysku, tylko po to, aby utrzymać substancję przedsiębiorstwa. Złożenie oferty z zerową marżą jest ekonomicznie uzasadnione w przypadku, gdy aktualny portfel zamówień na roboty budowlane nie gwarantuje pełnego wykorzystania posiadanych zasobów ludzkich i sprzętowych. Takie rozwiązanie pozwala przedsiębiorstwom budowlanym przetrwać na rynku do czasu pozyskania rentownych zleceń. W ocenie Sądu podstawą faktyczną ustaleń w tym zakresie nie mogą być zeznania świadka M. L., albowiem w zakresie zysku z kontraktów drogowych świadek ten zeznawał jedynie ogólnie o zyskach prognozowanych w branży drogowej, nie posiadał wiedzy o skali zysku zakładanego przez powódki konkretnie co do przedmiotowego kontraktu. Wynikało to z faktu, jak sam zeznał świadek, że nie brał on udziału w konstruowaniu przez powódki oferty dotyczącej przedmiotowego kontraktu. W tym miejscu należy podnieść, że w pracach tych brała udział właśnie świadek T. S. (2) z racji pełnionej funkcji.

W ocenie Sądu opinia instytutu naukowego (...) w W. (k. 6766 i n.) oraz opinia uzupełniająca tego instytutu (k. 7710 i n.) zostały sporządzone w sposób rzeczowy, rzetelny oraz przekonywujący, w oparciu o fachową wiedzę. Pracownicy tego instytutu to kompetentne osoby, posiadające odpowiednie w tym kierunku specjalistyczne wykształcenie i wieloletnie doświadczenie zawodowe. Sporządzili opinie na podstawie złożonej do akt dokumentacji i badań rynkowych. Sąd przyjął wyżej wspomnianą opinię uzupełniającą w całości za bezstronny i wiarygodny dowód w sprawie. Z jej treści wynika, iż przedmiotem analizy sporządzających opinię były wszystkie czynniki, od których zależy prawidłowe ustalenie stanu rzeczy objętego tezą dowodową postanowienia Sądu. Sposób badań zaprezentowany przez biegłych sądowych wskazuje na prawidłowy tok podejmowania przez nich kolejnych czynności analitycznych. Przedmiotowa opinia jest jasna i logiczna. Pierwszą opinię instytutu sporządzoną w niniejszej sprawie Sąd uznał za wiarygodną tylko w tej części w jakiej instytut nie dokonał zmiany jej treści w ramach w/w opinii uzupełniającej. Pracownicy instytutu w przekonujący sposób w opinii uzupełniającej wskazali przyczyny częściowej zmiany wniosków zawartych w opinii pierwotnej.

Tak samo i z tych samych względów Sąd ocenił opinię biegłego sądowego z zakresu rachunkowości i finansów R. D..

Sąd oddalił wniosek strony pozwanej o przesłuchanie w charakterze reprezentanta strony pozwanej T. K. (k. 7855). Należy podnieść, że strona pozwana zgłosiła w tym zakresie wniosek dowodowy nieznaną obowiązującej aktualnie polskiej procedurze cywilnej. Zgodnie bowiem z przepisem art. 299 kpc dowodem jest dowód z przesłuchania stron,

a nie dowód z przesłuchania tylko jednej ze stron procesu. Wprawdzie zgodnie z art. 302 par. 1 kpc przeprowadzenie tego dowodu może zostać ograniczone do jednej strony procesu, ale tylko wówczas gdyby drugiej strony z przyczyn faktycznych lub prawnych nie można byłoby przesłuchać. W niniejszej sprawie strona pozwana tymczasem ani nie zgłosiła wniosku o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron wraz z wnioskiem o ograniczenie przeprowadzenia tego dowodu tylko do strony pozwanej, ani też nie tylko nie wykazała, że z przyczyn natury prawnej lub faktycznej przeprowadzenie tego dowodu w zakresie strony powodowej nie jest możliwe, ale nawet nie przedstawiła takiego twierdzenia. W konsekwencji należało uznać, że przeprowadzenie dowodu w kształcie zgłoszonym przez pozwanego nie było dopuszczalne. Należy także wskazać, że strona pozwana zgłosiła ten wniosek dowody na okoliczność ustalenia zgodnego zamiaru stron co do wyłączenia możliwości waloryzacji świadczeń stron (k. 6706). Tymczasem z natury rzeczy ustalenie zgodnego zamiaru stron wyrażonego w kontrakcie mogło odbyć się jedynie poprzez ewentualne przeprowadzenie dowodu z przesłuchania obu stron. Taki wniosek dowody nie został jednak zgłoszony przez żadną ze stron procesu. Tym bardziej zatem wniosek pozwanego o przeprowadzenie dowodu wyłącznie z przesłuchania reprezentanta pozwanego nie zasługiwał na uwzględnienie. Ponadto wniosek o przesłuchanie tej osoby w zakresie przekraczającym zgodny zamiar stron związany z wykreśleniem z warunków umowy subklauzuli 13.8 był nieuzasadniony, albowiem pozostałe okoliczności faktyczne wskazane przez pozwanego, co do których to okoliczności miałyby zeznawać w/w reprezentant albo miały charakter bezsporny (sposób realizacji inwestycji, wyłączenie w szczególnych warunkach kontraktu subklauzuli 13.8 z o.w.k.), albo należą do kwestii prawnych (interpretacja postanowień kontraktu), podczas gdy rolą osobowego źródła dowodowego jest przedstawienie relacji o faktach (k. 6706).

Sąd pominął wnioski powodów o dopuszczenie dowodów z zeznań świadków K. O., M. B., M. S. (2) wobec cofnięcia tych wniosków dowodowych (k.6576, 6578).

#### **Sąd zważył, co następuje:**

#### ***Powództwo zasługuje na częściowe uwzględnienie.***

W niniejszej sprawie powodowie wystąpili z roszczeniem o ukształtowanie stosunku prawnego wskazując jako podstawę prawną art. 357<sup>1</sup> k.c. lub art. 632 § 2 k.c., domagając się podwyższenia wysokości świadczenia pieniężnego należnego powodom z tytułu umowy o roboty budowlane.

W tym właśnie celu powodowie zażądali zmiany stosunku zobowiązaniowego wynikającego z kontraktu poprzez zwiększenie wynagrodzenia o sumę równą kwocie, o którą wzrosły ich zdaniem koszty wykonywania przez powodów świadczeń z kontraktu, a które pozostają w związku przyczynowym z przypadkiem nadzwyczajnej zmiany okoliczności. Jednocześnie powodowie wnieśli o zasądzenie kwoty pieniężnej wynikającej z w/w zmiany treści stosunku prawnego.

Według powodów te nadzwyczajne i nieprzewidziane zdarzenia w chwili składania przez powodów oferty to:

- a) wzrost cen paliw, który zdaniem powodów powiększył koszty wykonywania kontraktu o 1 064 682, 51 zł (netto);
- b) wzrost cen asfaltu, który zdaniem powodów powiększył koszty wykonywania kontraktu o 2 578 424, 26 zł (netto).

Jednocześnie powodowie roszczenie oparte na twierdzeniu o zmianie stawek akcyzy oraz opłaty paliwowej wynikającej ze zmiany przepisów prawa wywodzili także na podstawie subklauzuli 13.7 ogólnych warunków kontraktu.

Zdaniem powodów łączna suma, o którą zwiększyły się koszty powodów ponoszone przy wykonywaniu kontraktu z powyższych przyczyn (i o którą należy podwyższyć wynagrodzenie powodów celem zmniejszenia ich straty wywołanej nadzwyczajną zmianą okoliczności i zmianą stawek podatkowych) wynosi 3 643 106, 77 zł netto, tj. bez podatku VAT. Jednocześnie powodowie wskazali, że w przypadku podwyższenia wynagrodzenia powodów w niniejszym postępowaniu, będą oni obowiązani zapłacić od niego podatek VAT w wysokości obecnie obowiązującej. Zatem powyższa suma powinna być zasądzona jako kwota brutto, tj. powiększona o podatek VAT wg stawki 23%. W konsekwencji zdaniem powodów kwota podwyższonego wynagrodzenia powinna wynieść 4 481 021, 33 złotych brutto.

W ocenie Sądu powództwo zasługuje na częściowe uwzględnienie na podstawie art. 357 (1) kc co do powódki (...) S.A. w W., a mianowicie w zakresie roszczenia o ukształtowanie stosunku prawnego w części w jakiej powódka ta domagała się podwyższenia wynagrodzenia umownego o kwotę 2.835.676,06 zł netto (3.487.881,55 zł brutto) w zakresie dotyczącym tej powódki oraz w zakresie o zapłatę w części w jakiej powódka ta domagała się zasądzenia kwoty 3.487.881,55 zł, przy czym z odsetkami ustawowymi za opóźnienie dopiero od dnia uprawomocnienia się rozstrzygnięcia w przedmiocie ukształtowania stosunku prawnego zawartego w pkt 1 wyroku.

Zdaniem Sądu powództwo o zapłatę zasługuje także na częściowe uwzględnienie na podstawie subklauzuli 13.7 ogólnych warunków kontraktu co do powódki (...) S.A. w W. w zakresie kwoty 72.715,54 zł, a co do powódki (...) **S.A. w M.** w zakresie kwoty 211,49 złotych.

W pozostałym zakresie powództwo podlega oddaleniu.

Dokonując rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie Sąd miał na uwadze, że zgodnie z przepisem art. 386 par. 6 kpc jest związany oceną prawną i wskazanymi, które zostały przedstawione przez Sąd Apelacyjny w Warszawie, który uchylił uprzedni wyrok Sądu I instancji i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Jednocześnie podnieść należy, że tę ocenę Sąd Okręgowy w całości podziela.

### ***W szczególności Sąd zważył, co następuje:***

Czyniąc na wstępie uwagi natury ogólnej wskazać należy, że co do zasady dłużnik obowiązany jest wykonać zobowiązanie wynikające z umowy zgodnie z jego treścią, bez względu na okoliczności, które zaistniały po powstaniu zobowiązania (zasada pacta sunt servanda). Obowiązek ten obciąża go jednak przy założeniu, że warunki, istniejące w chwili zawarcia umowy, nie uległy istotnej zmianie. Jeśli jest jednak inaczej, jeżeli później zaszły szczególne okoliczności, to możliwa jest i zarazem dopuszczalna zmiana treści zobowiązania albo nawet jego wygaśnięcie bez zaspokojenia wierzyciela (klauzula rebus sic stantibus).

Podobnie jak umowne klauzule adaptacyjne, tak i niektóre rozwiązania ustawowe (tzw. klauzule rebus sic stantibus) ewidentnie służą alokacji ryzyka zmiany okoliczności, która może nastąpić po zawarciu umowy. Stanowiąc odstępstwo od generalnej zasady niezmienności treści zobowiązania (pacta sunt servanda) pozwalają na obciążenie jego skutkami wierzyciela (np. przy waloryzacji świadczenia w stopniu odpowiadającym wskaźnikowi inflacji), dłużnika (np. przy podwyższeniu wynagrodzenia na podstawie art. 357<sup>1</sup> k.c.) lub rozparcelowanie go pomiędzy strony kontraktu (przez zakończenie stosunku prawnego). Zarówno w judykaturze oraz doktrynie prawa cywilnego mianem klauzul rebus sic stantibus określa się ogół rozwiązań normatywnych oraz koncepcji doktrynalnych, które dopuszczają wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania. Obecnie kodeks cywilny w części ogólnej prawa zobowiązań przewiduje dwa przepisy o takiej funkcji (ustawowe klauzule przystosowawcze z art. 357<sup>1</sup> i 358<sup>1</sup> § 3 k.c. odpowiednio określane również mianem dużej i małej klauzuli rebus sic stantibus). Zbliżone uregulowania da się także wskazać wśród przepisów tzw. części szczególowej (zob. art. 629, 632 § 2, art. 700, 907 § 2, art. 913 k.c.).

Dla usystematyzowania dalszych rozważań zostały one ujęte w poniższych blokach zagadnień:

### ***Główna podstawa prawna rozstrzygnięcia (zastosowanie normy z art. 357<sup>1</sup> k.c., brak podstaw do zastosowania normy z art. 632 § 2 k.c.)***

Pierwszą kwestią jaka wymaga analizy w niniejszej sprawie jest ustalenie jaki przepis ustawy jest co do zasady prawidłową podstawą prawną dla roszczenia wywiedzionego przez stronę powodową. Jako potencjalne podstawy prawne strona powodowa wskazała przepis art. 357<sup>1</sup> k.c. lub art. 632 § 2 k.c.

W pierwszym rzędzie należy podnieść, iż kumulatywne stosowanie obu przepisów nie jest możliwe (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 marca 2012 r., I CSK 333/11, LEX nr 1214634).

W doktrynie wskazuje się, że „w sytuacji, gdy strony umowy o roboty budowlane zastosowały w umowie jeden z uregulowanych w przepisach kodeksu cywilnego dotyczących umowy o dzieło systemów wynagradzania, należy wówczas stosować, w drodze analogiae legis, właściwe przepisy dotyczące umowy o dzieło. Natomiast w przypadku zastosowania wynagrodzenia innego rodzaju niż kosztorysowe lub ryczałtowe stosować należy przepis art. 357<sup>(1)</sup> k.c. (zob. W. Białończyk, Glosa do wyroku SN z dnia 6 maja 2004 r., II CK 315/2003, LexisNexis nr 366712, OSP 2005, nr 5, poz. 60). Podobnie Sąd Najwyższy uznał, że, po pierwsze, przepisy o umowie o dzieło można stosować w drodze analogii do umowy o roboty budowlane: „przepis art. 632 § 2 k.c. dotyczy umowy o dzieło, może mieć on jednak (a także art. 629 k.c.) zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane” - pkt 1 tezy wyroku SN z 29 marca 2012 r., I CSK 333/2011, Lexis nr 5157533, a po drugie, uznał jednak, że istnieje „twarda” hierarchia dotycząca stosowania art. 632 i 357<sup>(1)</sup> k.c. „Wzajemny stosunek norm wynikających z uregulowań zawartych w art. 357<sup>(1)</sup> 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. 357<sup>(1)</sup> k.c. Niewątpliwie węższy jest krąg adresatów normy pierwszej, obejmuje wyłącznie wykonawców, natomiast zakres warunków jej zastosowania przedstawia się albo jako węższy (tylko wynagrodzenie), albo jako równoważny (zmiana stosunków) warunkom zastosowania art. 357<sup>(1)</sup> 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. 357<sup>(1)</sup> 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” (pkt 2 tezy wyroku SN z 29 marca 2012 r., I CSK 333/2011, Lexis.pl nr 5157533).

Należy przyjąć, że co najmniej w przypadku gdy umowa o roboty budowlane przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe, mogą być stosowane przez analogię przepisy o umowie o dzieło dotyczące tych wynagrodzeń. W orzecznictwie potwierdzono takie stanowisko wprost odnośnie do wynagrodzenia ryczałtowego (por.: uzasadnienie wyroku SN z 28 czerwca 2000 r., IV CKN 70/2000, LexisNexis nr 347630, OSNC 2001, nr 1, poz. 9; uchwałę SN z 26 września 1969 r., III CZP 8/69, OSNCP 1970, nr 6, poz. 97; wyrok SN z 5 czerwca 1998 r., III CKN 534/97, Lexis nr 405184; wyrok SN z 20 listopada 1998 r., II CKN 913/97, Lexis nr 1622828; wyrok SA w Warszawie z 22 października 2010 r., VI ACa 352/10, SIP nr 653580). Podobnie - w doktrynie: „przepis art. 656 k.c. nie zawiera odesłania do przepisów umowy o dzieło, odnoszących się do wynagrodzenia przyjmującego zamówienie. Pomimo tego uważamy, że można stosować przepisy dotyczące wynagrodzenia zarówno kosztorysowego, jak i ryczałtowego z umowy o dzieło do umowy o roboty budowlane w drodze analogii legis. Nie stoi bowiem temu na przeszkodzie, że umowa o roboty budowlane jest odrębnym typem umowy nazwanej. Nie wyklucza się stosowania per analogia legis do umowy nazwanej przepisów dotyczących innego rodzaju umowy nazwanej” (J.A. Strzępka, Z problematyki prawnej umowy o roboty budowlane, PPH 2002, nr 12, s. 13; J.A. Strzępka, E.A. Zielińska, Glosa do uchwały SN z dnia 11 stycznia 2002 r., III CZP 63/2001, LexisNexis nr 353634, OSP 2002, nr 10, poz. 125).

Mając na uwadze poczynione powyżej rozważania oraz ustalenie faktyczne, iż strony ustaliły w umowie tzw. obmiarowy model wynagrodzenia, w którym wynagrodzenie ustalane było na podstawie faktycznie wykonanych ilości robót, lecz cena jednostkowa za wykonanie danego typu prac została określona w sposób ryczałtowy. Nie jest to zatem system wynagradzania ani kosztorysowy, ani ryczałtowy i w konsekwencji nie ma podstawy do zastosowania przepisów regulujących zmianę wynagrodzenia z umowy o dzieło ani w zakresie analogii do art. 629 k.c., ani do art. 632 § 2 k.c.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż co do zasady właściwą podstawę roszczenia powodów może stanowić jedynie przepis art. 357 (1) k.c. Z tego też względu dalsze rozważania Sądu koncentrowały się wokół tej normy prawnej.

***Zastosowanie przepisu art. 357<sup>1</sup> k.c. w przypadku, gdy doszło do spełnienia świadczeń stron w trakcie trwania procesu.***



W doktrynie i orzecznictwie prawa cywilnego podkreśla się, że w wyniku zgłoszenia powództwa w istniejącym stosunku zobowiązaniowym pojawia się element uniemożliwiający jego wygaśnięcie, względnie wygaśnięcie tego elementu, mimo wykonania zobowiązania zgodnie z dotychczasową treścią.

W ocenie Sądu z taką sytuacją mamy do czynienia w sprawie niniejszej.

Uprawnienie do żądania modyfikacji stosunku zobowiązaniowego powstaje zawsze w ramach danego stosunku i jest z nim związane w tym znaczeniu, że gdyby stosunek ten nie istniał, to nie mogłoby powstać uprawnienie do jego modyfikacji. Jeżeli prawo dopuszcza możliwość żądania modyfikacji stosunku zobowiązaniowego, a strona dotknięta skutkami zmiany okoliczności korzysta ze swojego uprawnienia poprzez wytoczenie stosownego powództwa i zgłoszenie twierdzenia o zaistnieniu przesłanek określonych w art. 357<sup>1</sup> k.c., to powstaje wówczas nowa sytuacja prawna. W stosunku zobowiązaniowym powstaje swoisty stan przejściowy w postaci początku uprawnienia wierzyciela do żądania spełnienia przez dłużnika świadczenia w sposób odmienny niż określony pierwotną treścią zobowiązania, a więc początku wierzytelności, która powstanie (może powstać), jeżeli sąd rozstrzygnie o modyfikacji zobowiązania. Koniecznym elementem przekształcenia owego początku w definitywne prawo podmiotowe w postaci wierzytelności jest konstytutywne orzeczenie sądu, które nada zobowiązaniu nową treść. Jeżeli więc sąd orzeknie o modyfikacji tego stosunku zobowiązaniowego, to będzie on trwał nadal, ale w zmienionej treści. W przypadku przeciwnym, czyli w przypadku oddalenia powództwa, zobowiązanie wygaśnie z mocą wsteczną, od chwili jego wykonania. Do czasu zapadnięcia rozstrzygnięcia trwa stosunek zobowiązaniowy, który stanowić może podstawę decyzji sądu (tak m.in. W. Popiołek, W sprawie zastosowania klauzuli 'rebus sic stantibus' do zobowiązań 'wykonanych' po wniesieniu pozwu [w:] J. Pisuliński, P. Tereszkiwicz, F. Zoll (red.), Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Bogusławowi Gawlikowi, s. 172-174, Warszawa 2012 r.)

W związku z powyższym Sąd nie podziela, wyrażonego jednorazowo, w orzecznictwie (zob. wyrok SA w Katowicach z dnia 25 listopada 2010, V ACa 409/10, OSP 2012, nr 5, poz. 46, LEX nr 846529) stanowiska, w którym wskazano, że sąd nie może ingerować w stosunek zobowiązaniowy, który skutkiem wykonania nie istnieje między stronami, nawet jeśli wniesienie powództwa o ukształtowanie nastąpiło przed zakończeniem tego stosunku. W orzeczeniu wskazanym powyżej podano, że skoro powództwo z art. 357<sup>1</sup> k.c. zaliczane jest do kategorii powództw o ukształtowanie prawa lub stosunku prawnego, gdyż jego treścią jest dążenie do zmiany lub rozwiązania stosunku prawnego, a dokonana na podstawie tego przepisu modyfikacja stosunku zobowiązaniowego ma charakter konstytutywny – tworzy nowy stan prawny w relacjach obligacyjnych stron – to przepis ten nie może stanowić podstawy ingerencji sądu w treść stosunku zobowiązaniowego w zakresie, w jakim stosunek ten wygasł, tj. został wykonany przez obie strony zobowiązane do wzajemnych świadczeń zgodnie z jego treścią. Fakt wykonania czyni niemożliwym jego modyfikację w trybie konstytutywnym w kierunku zmiany wysokości wykonanego zobowiązania ze skutkiem retroaktywnym.

Zdaniem Sądu rozpoznającego niniejszy spór prawidłowa wykładnia przepisu art. 357<sup>1</sup> k.c. w odniesieniu do omawianego zagadnienia, znajdującego częściowe odzwierciedlenie w niniejszej sprawie, prowadzić musi do przyjęcia innej interpretacji. Skutkiem tego pogląd wyrażony przez Sąd Apelacyjny w Katowicach tutejszy Sąd uznaje za nieuzasadniony, gdyż jest on sprzeczny z celem omawianej instytucji prawnej i prowadzi do naruszenia zasady słuszności. Rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego przede wszystkim nie uwzględnia specyfiki uprawnień wynikających z art. 357<sup>1</sup> k.c., prowadzi do radykalnego zredukowania praktycznej przydatności tego uregulowania. Uzależnienie możliwości zaadaptowania zobowiązania do zmienionych warunków od „pozostawania umowy w toku realizacji”, w sytuacji możliwego wystąpienia przewlekłości postępowania sądowego sprawia, że wykorzystanie możliwości, jakie daje uregulowanie klauzuli rebus sic stantibus staje się niemożliwe. Nawet w przypadku umów długoterminowych, stanowiących podstawę współpracy stron przez wiele lat, każda umowa musiałaby zostać wykonana przed zapadnięciem prawomocnego orzeczenia w sprawie. Możliwość wykorzystania art. 357<sup>1</sup> k.c. i uregulowanych w nim środków prawnych ochrony interesów strony powołującej się na klauzulę rebus sic stantibus zostałaby uzależniona od czynnika najczęściej niezależnego od tej strony (czasu trwania postępowania). Przyjęta przez Sąd Apelacyjny

wykładnia oznacza w praktyce pozbawienie art. 357<sup>1</sup> k.c. jakiegokolwiek realnego znaczenia dla strony dotkniętej skutkami zmiany okoliczności, która po wszczęciu sporu, działając w dobrej wierze, nie chcąc popaść w zwłokę, zarówno spełnia własne świadczenie w zakresie pierwotnie umową przewidzianym, jak i przyjmuje świadczenie drugiej strony w rozmiarze pierwotnie określonym (zob. J. Strzępka, Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 25 listopada 2010r. V ACa 409/10. Glosa krytyczna, OSP 2012/5/46).

W doktrynie słusznie podkreśla się również, że przyjęcie poglądu, wedle którego nie jest dopuszczalna ingerencja sądu w umowny stosunek zobowiązaniowy na podstawie klauzuli w sytuacji wykonania zobowiązania zgodnie z jego pierwotną treścią i wytoczenie powództwa przed datą tego wykonania, prowadzi do trudnych do zaakceptowania konsekwencji. Pogląd ten pozostawałby w oczywistej sprzeczności ze społeczno-gospodarczym celem uregulowania art. 357<sup>1</sup> k.c. Nie jest dopuszczalna taka wykładnia, której skutkiem byłoby pominięcie celu regulacji i wywiedzenie z jej brzmienia skutków niezamierzonych (z tym celem niezgodnych) (zob. W. Popiołek, W sprawie zastosowania klauzuli 'rebus sic stantibus' do zobowiązań 'wykonanych' po wniesieniu pozwu [w:] J. Pisuliński, P. Tereszkiewicz, F. Zoll (red.), Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Bogusławowi Gawlikowi, s. 170, Warszawa 2012 r.).

Odbiór etapów wykonania umowy a dopuszczalność powództwa z art. 357<sup>1</sup> k.c.

Istotną w niniejszej sprawie jest kwestia, czy i jakie znaczenie dla możliwości skutecznego zgłoszenia żądania modyfikacji kontraktu w trybie art. 357<sup>1</sup> k.c. ma ustalony w umowie odbiór świadczenia częściami.

Sąd nie podzielił poglądu strony pozwanej, że wraz z chwilą odbioru określonej części świadczenia, umowa zostaje w tej części wykonana, co wyklucza zastosowanie klauzuli rebus sic stantibus.

Należy zaznaczyć, iż w przypadku przedmiotowej umowy świadczenie każdej ze stron jest określone jako całość. Co prawda następuje podział płatności wynagrodzenia oraz podział prac na etapy, jednak nie powoduje to, co do zasady, takiego skutku, że świadczenie zmienia się w kilka świadczeń częściowych, ani tym bardziej, że każdej części świadczenia jednej strony, odpowiada jakaś część świadczenia drugiej strony.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w ugruntowanym orzecznictwie Sądu Najwyższego (wyrok SN z 26 kwietnia 2007 r., III CSK 366/06, LEX nr 274211; wyrok SN z 23 stycznia 2007 r., III CSK 275/06, LEX 277283; wyrok SN z 4 września 2002 r., I CK 1/02, LEX 75261). Przytoczyć należy także wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 8 listopada 2007 r., I ACa 461/07, LEX nr 339325, w którym wyrażono trafne stanowisko, iż fakt wytoczenia powództwa po wykonaniu znacznej części robót budowlanych i otrzymaniu za wykonane roboty wynagrodzenia nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu art. 357<sup>1</sup> k.c. do całej umowy.

Przedstawiając swój pogląd strona pozwana w nieuzasadniony sposób pomija, iż strony łączył jeden stosunek obligacyjny - umowa o roboty budowlane, a podzielenie go na etapy nie miało wpływu na jego charakter, wynikający z przepisów art. 647 i n. k.c. Możliwość częściowego odbioru robót za zapłatą częściowego wynagrodzenia (art. 654 k.c.) nie pozbawia znaczenia odbioru końcowego (art. 647 k.c.). Okoliczność, że część robót została wykonana i rozliczona nie oznacza, że umowa w tej części wygasła.

### ***Zagadnienie dotyczące subklauzuli 13.8 warunków ogólnych kontraktu.***

Sąd uznaje za chybiony zarzut strony pozwanej oparty na twierdzeniu jakoby strony w zawartej umowie wyłączyły możliwość zastosowania normy prawnej wynikającej z przepisu art. 357<sup>1</sup> k.c., poprzez wykreślenie z warunków ogólnych kontraktu subklauzuli 13.8 wzorca FIDIC.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż strony przy zawieraniu przedmiotowego kontraktu skorzystały z wzorca umownego FIDIC, czyniąc ogólne i szczególne warunki kontraktu FIDIC integralną częścią umowy w ten sposób, iż warunki szczególne kontraktu zmodyfikowały warunki ogólne FIDIC.

Wzorce umowne FIDIC (skrót nazwy pochodzący od Federation Internationale Des I.-C. ) znajdują powszechne zastosowanie w kontraktach międzynarodowych oraz krajowych. Najbardziej znanym i reprezentatywnym przykładem dorobku FIDIC są warunki kontraktowe dla robót inżynieryjno-budowlanych (tzw. (...) FIDIC), które powstały dzięki „umiędzynarodowieniu” odpowiednich wzorów krajowych, głównie (...). Są one stosowane przede wszystkim przy robotach inżynieryjno-budowlanych do zawierania umów w drodze przetargów, (ale także w innym trybie) zarówno międzynarodowych, jak i krajowych.

Według ugruntowanego poglądu doktryny i orzecznictwa przepis art. 357 (1) kc zawierający dużą klauzulę rebus sic stantibus ma charakter przepisu względnie wiążącego - dyspozytywnego (tak np.: R. Strugała, Standardowe klauzule umowne: adaptacyjne, salwatoryjne, merger, interpretacyjne oraz pactum de forma, s. 189, C.H.BECK, Warszawa 2013; A. T. Wiśniewski, [w:] G. Bieniek (red.) Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, t. I, komentarz do art. 356-360 k.c., LexPolonica/el. 2014).

Należy podzielić pogląd, iż do takiego wniosku prowadzi wykładnia gramatyczna i systemowa wskazanego przepisu. Podkreślić, więc należy, że w związku z dyspozytywnym charakterem przepisu 357<sup>1</sup> k.c. strony mogą zarówno wyłączyć, jak i zmodyfikować, rozszerzyć lub zawęzić jego zakres zastosowania. Dopuszczalne jest ponadto zastąpienie go stworzoną samodzielnie przez strony regulacją następstw zmiany stosunków (klauzulą adaptacyjną). Granice swobody stron w tym ostatnim przypadku określać będzie art. 353<sup>1</sup> k.c. Wskazać ponadto należy, że wyłączenie zastosowania art. 357<sup>1</sup> k.c. wynikać może jednak nie tylko z wyraźnego postanowienia, lecz także z treści umowy (np. strony przyjmują na siebie wszelkie rodzaje ryzyk wynikających z zawieranej umowy – zob. wyrok SN z 18 września 2013 r., V CSK 436/12, LEX nr 1402681). Jest to konsekwencją faktu, że klauzula rebus sic stantibus pozostaje w ścisłym związku z rozkładem ryzyka przyjmowanego przez strony stosunku umownego. Zwiększenie stopnia ryzyka przyjętego przez strony musi powodować ograniczenie lub wyłączenie zastosowania klauzuli. Strony mogą więc tego dokonać, przyjmując w umowie stosowne postanowienia.

Wspomniane powyżej ogólne warunki kontraktu (FIDIC) regulują szeroko rozumianą kwestię wpływu wydarzeń na proces wykonywania kontraktu w kilku jednostkach redakcyjnych: w subklauzuli 13.8. (korekty wynikające ze zmian kosztu), subklauzuli 17.4. (skutki zagrożeń stanowiących ryzyko zamawiającego) w zw. z 17.3. (zagrożenia stanowiące ryzyko zamawiającego) i w klauzuli 19 (siła wyższa).

W niniejszej sprawie zasadnicze znaczenie ma wyłączenie mocą postanowień szczególnych warunków kontraktu zastosowania subklauzuli 13.8 ogólnych warunków kontraktu poprzez jej wykreślenie.

Subklauzula 13.8 stanowi klauzulę adaptacyjną. Zdaniem strony pozwanej celem wyłączenia omawianej subklauzuli w przedmiotowym kontrakcie było wyłączenie zastosowania art. 357<sup>1</sup> k.c. Sąd nie podzielił tego poglądu.

W ocenie Sądu subklauzula 13.8 dotyczy zamiany wysokości świadczenia z tytułu poniesionych kosztów w przypadku zwykłej zmiany kosztów na wolnym rynku w ramach przeciętnego normalnego ryzyka kontraktowego, natomiast nie dotyczy zmiany wysokości kosztów w następstwie nadzwyczajnych zdarzeń w rozumieniu art. 357 (1) kc. Tym samym wykreślenie w szczególnych warunkach kontraktu subklauzuli 13.8 zawartej w ogólnych warunkach kontraktu nie oznaczało, iż strony zrezygnowały z ustawowego uprawnienia przewidzianego w art. 357 (1) kc. Zdaniem Sądu wykreślenie w szczególnych warunkach kontraktu subklauzuli 13.8 zawartej w ogólnych warunkach kontraktu oznaczało jedynie, iż strony zrezygnowały z waloryzacji w ramach kontraktu w zakresie zwykłych procesów inflacyjnych.

Subklauzula 13.8 obejmuje swym zakresem zmianę okoliczności, która dotyczy zwykłego ryzyka kontraktowego np. w postaci wzrostu cen na skutek zwykłych procesów inflacyjnych, które to ryzyko strony zdecydowałyby się minimalizować w oparciu o wprowadzony we wskazywanej klauzuli mechanizm. Tak więc dotyczy ona możliwych do przewidzenia przez strony zmian, a jej wykreślenie powoduje jedynie wyłączenie opisanego tam sposobu niwelowania ryzyka zmiany cen, a nie okoliczności objętych hipotezą z art. 357<sup>(1)</sup> k.c. Na takie przeznaczenie w/w klauzuli

wskazują również praktyczne poradniki i przewodniki po kontraktach FIDIC wydawane przez Stowarzyszenie (...) (polska krajowa organizacja członkowska FIDIC). W komentarzu do klauzuli 13.8 wskazuje się między innymi, że: Ta klauzula dostarcza wzoru do korekty wartości kontraktowych dla uwzględnienia wzrostu kosztów wynikłych wskutek inflacji. Wzór wymaga danych, wymienionych w tabeli danych korekcyjnych w załączniku do oferty dla każdej z walut płatności. Dla kontraktu o stałej cenie, gdzie nie ma być uwzględniona korekta cen związana ze wzrostem kosztów, wystarcza pominąć tę tabelę w załączniku do oferty, lepiej jednak wstawić uwagę 'klauzula 13.8 nie ma zastosowania' dla wyjaśnienia zamiarów stron (zob. Przewodnik po wybranych kontraktach FIDIC, s. 156-157, pierwsze wydanie polskie 2009, wyd. DjaF).

Ponadto brak uregulowania w umowie kwestii objętych zakresem stosowania przepisu art. 357 (1) k.c. mającego charakter dyspozytywny oznacza dopuszczenie do stosowania tego przepisów. Sąd podziela w tym miejscu pogląd przedstawiony w doktrynie, że zamiar wyłączenia musi być przez strony wyrażony w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości. W związku z funkcją i charakterem tego przepisu, jego wyłączenia nie powinno się domniemywać. Strony muszą zgodnie postanowić, a odpowiednie postanowienia zawrzeć w treści wiążącej ich umowy, o tym, iż godzą się na wyłączenie zastosowania art. 357<sup>(1)</sup> k.c. w odniesieniu do łączącego ich stosunku zobowiązaniowego. Tymczasem w rozstrzyganej sprawie nie ma to miejsca. Sam fakt wykreślenia szczególnymi warunkami kontraktu subklauzuli 13.8 ogólnych warunków kontraktu, nie jest i nie może być postrzegany, jako równoznaczny z wyłączeniem normy art. 357<sup>(1)</sup> k.c. Zwrócić należy uwagę na treść wykreślonej subklauzuli: W niniejszej Subklauzuli „tabela danych korekcyjnych” oznacza wypełnioną tabelę danych korekcyjnych, włączoną do Załącznika do Oferty. Jeśli nie ma tam włączonej żadnej takiej tabeli danych korekcyjnych, to niniejsza Subklauzula nie ma zastosowania (...). Już tylko ta część treści subklauzuli podważa sens wykładni zaproponowanej przez stronę pozwaną. Otóż wyobrazić sobie można sytuację, w której subklauzula 13.8 zostaje pozostawiona w umowie, lecz na skutek różnych okoliczności nie następuje włączenie do załącznika do oferty tabeli danych korekcyjnych. Oznaczałoby to tym samym wyłączenie zastosowania subklauzuli 13.8 w danej umowie. Kierując się zaś rozumowaniem strony pozwanej powodowałoby to jednocześnie wyłączenie zastosowania, w stosunku do takiego kontraktu, również normy z art. 357<sup>(1)</sup> k.c. Podzielając zaś pogląd wyrażony w orzecznictwie, zakładający szerszy charakter uregulowania w art. 357<sup>(1)</sup> k.c. aniżeli w art. 632 § 2 k.c. oraz częściowego krzyżowania się tych przepisów, można byłoby przyjąć, że strona umowy, która nie dokonuje włączenia do załącznika do oferty tabeli danych korekcyjnych pozbawia się również ochrony przewidzianej w art. 632 § 2 k.c. Takie rozumowanie (ad absurdum), zdaniem Sądu, zdaje się jednoznacznie wskazywać na chybioną argumentację pozwanego przyjmującą wyłączenie zastosowania normy z art. 357<sup>(1)</sup> k.c. do umowy o roboty budowlane, w której tj. w warunkach ogólnych wykreślono subklauzulę 13.8 wzorca FIDIC.

Konkludując należy stwierdzić, iż nie można stawiać znaku równości pomiędzy wprowadzoną przez twórców FIDIC fakultatywnością stosowania subklauzuli 13.8, a ius dispositivum jakim jest art. art. 357<sup>1</sup> k.c. Powyższe oznacza, że przepis art. 357 (1) kc może stanowić podstawę rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, ponieważ jego zastosowanie nie zostało wyłączone przez strony.

### ***Przepis art. 144 ustawy prawo zamówień publicznych a zastosowanie przepisu art. 357 (1) k.c.***

Zdaniem Sądu nie ma żadnych przeszkód do stosowania art. 357<sup>1</sup> k.c. w umowach zawieranych w trybie zamówień publicznych. Przepis artykuł 144 ustawy prawo zamówień publicznych ogranicza swobodę stron w zakresie umownych modyfikacji treści zobowiązania przyjętych w ramach procedur o udzielenie zamówienia publicznego. Nie pozbawia on natomiast sądów możliwości rozstrzygnięcia w przedmiocie powództw opartych na art. 357<sup>1</sup> k.c.

Czyniąc rozważania natury ogólniej zauważyć należy, że konieczność wprowadzenia zmian do umowy o zamówienie publiczne może wynikać z różnych przyczyn, np. technicznych lub gospodarczych. Może to dotyczyć np. klauzul adaptacyjnych. Strony umowy o zamówienie publiczne mogą zastrzec w jej treści klauzule waloryzacyjne zabezpieczające przed nadzwyczajną zmianą stosunków pieniężnych. Dopuszczalne jest też zastosowanie klauzul waloryzacyjnych, waloryzacji sądowej. Jednak podkreślenia wymaga fakt, że strony powinny brać pod uwagę w chwili

zawierania umowy okoliczności mieszczące się w ramach zwykłego ryzyka kontraktowego. Wymaga się bowiem od profesjonalnych uczestników obrotu większej staranności przy zawieraniu umów oraz skrupulatnej oceny ryzyka z tym związanego, jednak tylko w ramach przeciętnej staranności wymaganej od podmiotów profesjonalnie trudniących się wykonywaniem robót konkretnego rodzaju.

Należy jednak zauważyć, że niekiedy dopiero w trakcie wykonywania umowy może powstać konieczność wprowadzenia zmiany niemożliwej do przewidzenia w chwili zawarcia umowy. Przyjąć należy, że restrykcyjna regulacja art. 144 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych nie może prowadzić do konieczności realizacji umowy w niezmienionej treści, mimo że byłoby to niecelowe lub narażałoby to na rażącą stratę podmiot realizujący kontrakt.

Zdaniem Sądu przepis art. 357<sup>1</sup> k.c. może znaleźć zastosowanie przy ocenie dopuszczalności zmiany umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego. Przepis ten bowiem w żadnym razie nie wyklucza możliwości podniesienia roszczeń, które mogą wynikać z art. 357<sup>1</sup> k.c. i z art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c. Podkreślić bowiem należy, że skoro uregulowanie art. 144 ust. 1 cytowanej ustawy wprowadza ograniczenia zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego w odniesieniu do zmian dokonywanych przez zgodne oświadczenie woli stron danego stosunku obligacyjnego, to nie uzasadnia to twierdzenia o niedopuszczalności zmian wprowadzanych w wyniku orzeczenia sądowego. Dyspozycja z art. 144 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych obejmuje jedynie zakaz renegeacji umowy bezpośrednio przez same jej strony. Artykuł 144 ust. 1 wskazanej ustawy nie może więc być interpretowany jako uregulowanie mające na celu wyłączenie możliwości zastosowania do umowy zawartej w trybie zamówień publicznych regulacji dopuszczających zmianę umowy w trybie orzeczenia sądowego (art. 357<sup>1</sup> oraz art. 632 § 2 k.c.). Celem zakazu z art. 144 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych jest wyłącznie ochrona interesu publicznego. Niebezpieczeństwo jego naruszenia nie występuje jednak w sytuacjach objętych art. 357<sup>1</sup> k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. Ich wyłączenie w obrębie zamówień publicznych pozbawione byłoby sensu, skoro rozwiązania w nich zawarte mają powszechne zastosowanie, także zgodnie z art. 139 ustawy prawo zamówień publicznych. Prawo zamówień publicznych nie wyklucza zatem możliwości zmiany umowy, w sytuacji niemożliwej do przewidzenia w chwili jej zawarcia zmiany cen, które skutkują rażącą stratą jednej ze stron. Dopuszczalność zmian należy jednak rozpatrywać indywidualnie z uwzględnieniem wszystkich okoliczności towarzyszących danemu kontraktowi.

***Odnosząc się do kwestii spełnienia przesłanek zastosowania art. 357 (1) kc należy podnieść, co następuje:***

Dokonując rozważań w tym zakresie w pierwszym rzędzie należy odnieść się ogólnie do przesłanek zastosowania przepisu art. 357<sup>1</sup> k.c.

Zgodnie z treścią przepisu art. 357<sup>1</sup> k.c. jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, 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. Rozwiązując umowę, sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym.

W/w przepis stanowi źródło kompetencji sądu do ingerencji w istniejący stosunek prawny. W razie ziszczenia się wskazanych w przepisie przesłanek, po wystąpieniu przez jedną ze stron z odpowiednim żądaniem, sąd może wydać konstytutywny wyrok zmieniający bądź rozwiązujący stosunek prawny. Takie skutki prawne zastosowania klauzuli rebus sic stantibus nie budzą obecnie ani w doktrynie ani też w judykaturze wątpliwości.

Możliwość zastosowania art. 357<sup>1</sup> k.c. zależy zatem od spełnienia się następujących przesłanek:

1) źródłem powstania zobowiązania musi być umowa,

- 2) musi nastąpić zmiana stosunków o charakterze nadzwyczajnym,
- 3) zmiana ta musi nieść za sobą nadmierną trudność w spełnieniu świadczenia lub musi grozić jednej ze stron rażąca stratą,
- 4) między dwiema ostatnimi przesłankami zachodzić musi związek przyczynowy,
- 5) zachodzić musi nieprzewidywalność przesłanki nadmiernej trudności w spełnieniu świadczenia lub groźby rażącej straty lub nieprzewidywalność skutków nadmiernej trudności w spełnieniu świadczenia lub rażącej straty (tak też Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z 25.10.2011 r., VII GC 127/11, LEX nr 1108527, z glosą aprobującą: M. Sieradzkiej, LEX/el. 2012).

Pierwsza z w/w przesłanek została w niniejszej sprawie spełniona co do obu powodów, gdyż źródłem powstania zobowiązania stron jest umowa, której zawarcie nastąpiło w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do drugiej z przesłanek podnieść należy, iż zmiana stosunków oznacza przede wszystkim, iż okoliczności, warunki, położenie czy sytuacja, w której działają strony staje się inna niż w chwili zawarcia umowy. Przez nadzwyczajną zmianę stosunków rozumieć należy zaś taki stan rzeczy, który zdarza się rzadko, a jednocześnie jest niezwykle, niebywały, wyjątkowy, normalnie niespotykany. Wskazać należy, że nadzwyczajna zmiana stosunków oznaczać może wyłącznie zmiany o charakterze powszechnym, tj. zmiany o skali ogólnospołecznej, dotyczące dużych zbiorowości i występujące na znacznym obszarze. Naturalnie chodzi tu o okoliczności towarzyszących zobowiązaniu w czasie między jego powstaniem a wykonaniem. Podkreślić należy, że zmiana stosunków powinna mieć charakter nadzwyczajny (nietypowy), lecz odmiennie niż na gruncie art. 269 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 października 1933 r. kodeks zobowiązań nie musi ona mieć charakteru katastroficznego. Nie jest więc konieczne, by powodowały ją zjawiska, takie jak rozruchy wojenne, epidemie czy klęski żywiołowe. 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 (wyrok SN z dnia 21 września 2011 r., I CSK 727/10, LEX nr 1043967). Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie wskazywał również, że nadzwyczajna zmiana stosunków może wystąpić w warunkach stabilnego rozwoju gospodarczego, nadzwyczajną zmianę stosunków może też tworzyć ciąg zdarzeń w postaci przemian społecznych, gospodarczych i politycznych, które przez swoje oddziaływanie na treść łączącego strony stosunku prawnego zniweczyły pierwotne kalkulacje stron, a które nie były, nawet przy dołożeniu należytej staranności do przewidzenia w chwili zawarcia umowy (zob. wyrok SN z dnia 17 października 2012 r., II CSK 646/11, LEX nr 1243010).

Zdaniem Sądu powyższa przesłanka została spełniona w niniejszej sprawie także co do obu powodów.

Przede wszystkim zmiana cen asfaltu oraz paliw miała charakter nagłego skoku o kilkanaście i kilkadziesiąt procent. Skok taki nie był do przewidzenia nawet przez podmiot profesjonalnie zajmujący się wykonywaniem kontraktów z wykorzystaniem wskazanych produktów. Nie oznacza to oczywiście, że taki skok nie był do przewidzenia w ogóle. Zwrócić jednak należy uwagę, że od profesjonalisty wymagać należy staranności jakiej oczekiwać można w stosunkach danego rodzaju od przeciętnego uczestnika takiego obrotu. Nie można zakładać, że podmiot trudniący się wykonywaniem robót drogowych będzie jednocześnie przyjmował za podstawy swoich kalkulacji kosztowych takie zmiany cen produktów, jakie dla przykładu przyjmują spekulanci czy też podmioty zawodowo trudniący się kupnem i sprzedażą materiałów ropopochodnych na giełdach, osiągając zyski lub generując straty w oparciu o opracowywane krótko lub długookresowe prognozy. Podmiot wykonujący roboty drogowe jest przede wszystkim podmiotem profesjonalnie realizującym wykonawstwo w zakresie robót budowlanych, a nie graczem giełdowym. Nie można w związku z powyższym czynić pod jego adresem zarzutów, o możliwości przewidzenia nagłych skoków cen tylko dlatego, że w historii takie skoki kiedyś już występowały. W gospodarce rynkowej zmienność cen produktów i usług jest naturalna, z tym, że chodzi tutaj o zmienność możliwą do przewidzenia w ramach standardowych

instrumentów posiadanych przez dany podmiot. Jeśli, na co wskazali w sporządzonej w sprawie opinii pracownicy instytutu, trend zmiany cen paliw i asfaltu był trendem wzrostowym, lecz zmiana cen która nastąpiła w momencie przygotowywania oferty przez powodów, była zmianą skokową i niemożliwą do przewidzenia w oparciu o dane z okresu lat poprzedzających złożenie oferty, to nie można w tym wypadku mówić o normalnej – występującej często i powtarzalnie – zmianie cen produktów w gospodarce rynkowej. W takiej sytuacji opieranie się na trendzie z lat poprzednich nie umożliwiało przewidzenia zmiany, która zaszła.

W trakcie realizacji kontraktu doszło do niespodziewanego, nieprzewidywalnego dla przeciętnego przedsiębiorcy, wzrostu cen asfaltu oraz oleju napędowego. Przy tym skokowy wzrost cen odbiegał zdecydowanie od normalnych trendów rynkowych, które będąc w zasadniczej swojej większości trendami wzrostowymi rzędu kilkunastu procent nie antycypowały możliwości zmiany cen wskazanych produktów o kilkadziesiąt procent.

Zgodnie z poczynionymi w sprawie ustaleniami wzrost cen paliw od momentu złożenia oferty dotyczącej spornego kontraktu przez powodów, czyli od dnia 10 czerwca 2010 r. wyniósł odpowiednio 18,3 % po roku, 41,2 % po dwóch latach i 46,7 % po trzech latach, co stanowiło dynamikę, która wcześniej w takim kształcie nie miała miejsca (opinia (...) w W. – k. 6768 v.). Głównymi przyczynami dużych, skokowych wzrostów cen paliw w P. w okresie po złożeniu oferty przez powodów były:

- 1) wojna w L.,
- 2) szybki wzrost kursu dolara amerykańskiego,
- 3) zmiana stawki akcyzy na olej napędowy od 1 stycznia 2012 r.

Dwie pierwsze ze wskazanych przyczyn wzrostów należy uznać za niemożliwe do przewidzenia, a trzecia przyczyna była możliwa do przewidzenia (opinia (...) w W. – k. 6770).

Wzrost cen asfaltu od momentu złożenia oferty dotyczącej spornego kontraktu przez powodów, czyli od dnia 10 czerwca 2010 r. wyniósł odpowiednio 14,9 % po roku, 51,3 % po dwóch latach. W połowie 2012 r. wzrost cen uległ zatrzymaniu, a następnie ceny zaczęły spadać (opinia (...) w W. – k. 6771 – 6771 v.).

Głównymi przyczynami dużych wzrostów cen asfaltów w P. w okresie po złożeniu oferty przez powodów były:

- 1) szybki wzrost kursu dolara amerykańskiego,
- 2) wysoka dynamika wzrostu cen ropy naftowej.

(opinia (...) w W. – k. 6774).

Skala wzrostu cen paliw w latach 2010 – 2012 miała charakter niemożliwy do zaprognozowania, w tym zakresie powodowie rzetelnie ocenili ryzyko. Natomiast skala wzrostu cen asfaltów w latach 2010 – 2012 miała charakter częściowo możliwy do zaprognozowania, ale i w tym zakresie powodowie dobrze ocenili ryzyko wzrostu cen asfaltów (opinia (...) w W. – k. 6774, opinia uzupełniająca instytutu – k. 7712).

Rzeczywiście poniesione przez powodów koszty w związku z zakupem paliw i asfaltów, które nie zostałyby poniesione, gdyby nie nastąpił wzrost cen paliw i asfaltów ponad normalne (zwykłe) ryzyko gospodarcze wynoszą:

- 1) 265.499,18 zł netto co do paliw,
- 2) 2.578.424,26 zł netto co do asfaltów.

Łącznie jest kwota 2.843.923,44 zł netto (3.498.025,83 zł brutto).

Wyżej wskazane kwoty przedstawiają różnice pomiędzy kosztem paliw i asfaltów, przy cenach jakie powodowie powinni przyjąć w prognozach, a kosztami faktycznie poniesionymi przez powodów z tego tytułu. Są to wartości kosztów realizacji kontraktu, jakie wystąpiłyby przy należyтым oszacowaniu cen paliw i asfaltów i oddaje faktyczną skalę nadzwyczajnego wzrostu cen paliw i asfaltów w okresie realizacji kontraktu, której to skali nie można było przewidzieć. Jednocześnie w/w kwoty przedstawiają wielkość straty, która grozi powodom przy wykonywaniu przedmiotowego kontraktu z tytułu wzrostu cen paliwa i asfaltów, którego nie można było przewidzieć, wzrostu przekraczającego wzrost jakiego powinni byli się spodziewać (i spodziewali się) powodowie (częściowo opinia (...) w W. – k. 6774, w całości opinia uzupełniająca instytutu – k. 7710 - 7712).

Odnosząc się do kolejnej z przesłanek wskazać należy, że skutkiem nadzwyczajnej zmiany okoliczności musi być nadmierna trudność w spełnieniu świadczenia lub grożąca jednej ze stron rażąca strata.

W tym miejscu ocena prawna roszczeń powodów traci jednolity charakter, co stanowi następstwo wyników przeprowadzonego w niniejszej sprawie postępowania dowodowego.

Takie stanowisko Sądu wynika z tego, iż ***powódka (...) S.A. w W. w części wykazała i udowodniła, że na skutek realizacji przedmiotowego kontraktu poniosła rażącą stratę w rozumieniu przepisu art. 357 (1) kc., natomiast powódka (...) S.A. w M. nie wykazała i nie udowodniła, aby na skutek realizacji przedmiotowego kontraktu poniosła rażącą stratę w rozumieniu przepisu art. 357 (1) kc. Stosownie do treści art. 6 kc ciężar dowodu w zakresie spełnienia wszystkich przesłanek z art. 357 (1) kc spoczywał na stronie powodowej jako na podmiocie wywodzącym skutki prawne z przedstawionych twierdzeń.***

Nadmierna trudność w spełnieniu świadczenia może powstać z przyczyn technicznych lub gospodarczych. Może mieć ona charakter osobisty lub majątkowy, lecz z reguły dotyczyć będzie przede wszystkim dłużnika. Natomiast niebezpieczeństwo groźby rażącej straty dotyczyć może zarówno dłużnika jak i wierzyciela. Przykładem pierwszego przypadku może być znaczna zwyżka cen zaopatrzeniowych, natomiast znaczny obiektywnie wzrost wartości świadczenia wierzyciela, w porównaniu z wartością świadczenia wzajemnego dłużnika, stanowi przykład rażącej straty wierzyciela.

Wskazać należy, że rażącą stratą nie musi być strata, która zachwiałaby kondycją finansową wykonawcy bądź groziłaby mu upadłością, wystarczy zwyżka rażąca strata transakcyjna (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2006 r. V CSK 251/2006 oraz z dnia 9 sierpnia 2012 r. V CSK 366/2011 - niepubl.). Natomiast groźba rażącej straty zachodzi wówczas, gdy 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. Z rażącą stratą w rozumieniu art. 357<sup>1</sup> k.c. mamy również do czynienia wówczas, gdy dłużnik, gdyby zachował się zgodnie z treścią przyjętego na siebie zobowiązania i spełnił świadczenie określone w umowie, musiałby wydatkować więcej niż przyjmował w chwili jej zawarcia, przez co poniósłby bardzo znaczącą (rażącą jak mówi ustawa) stratę. Inaczej mówiąc groźba rażącej straty zachodzi wówczas, gdy 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. W orzecznictwie wskazuje się również, że „rażąca strata” oznacza stratę ponadprzeciętną, nieobjętą ryzykiem gospodarczym (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 grudnia 2006 r. IV CSK 290/2006 Lex Polonica nr 1079208). Ponadto pojęcie rażącej straty - w rozumieniu art. 357<sup>1</sup> k.c. - nie odnosi się absolutnie do wartości bezwzględnej konkretnej straty. Chodzi tutaj o stosunek wartości takiej straty do wartości samej umowy i innych konkretnych okoliczności jakie wystąpiły przy realizacji danego stosunku umownego (tak m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 3 grudnia 2008 r., V ACa 438/2008, LEX 1120397).

Podnieść należy, że ogólny stan prowadzonego przez wykonawcę przedsiębiorstwa ma znaczenie o tyle, że, ustalając rozmiary poniesionej straty, nie można tego czynić wyłącznie w kategoriach zobiektywizowanych, oderwanych od



rozmiarów prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Jest bowiem rzeczą zrozumiałą, że ta sama kwota straty może nie mieć znaczenia dla dużego przedsiębiorcy, a dla małego zaś być stratą „rażącą”, o jakiej mowa w art. 357<sup>1</sup> k.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2006 r. V CSK 251/6 LEX nr 278677).

Strona powodowa upatruje poniesionej przez siebie rażącej straty w różnicy między planowanymi kosztami zakupu asfaltu i oleju napędowego, a kosztami z tego tytułu rzeczywiście poniesionymi, co wiązało się ze wzrostem cen tych produktów.

Racjonalna ocena jakościowa owej różnicy wymaga jednak odniesienia się nie tylko do samych kosztów zakupu surowców w postaci asfaltu i oleju napędowego, lecz do całokształtu umowy stron, a zwłaszcza do należnego stronie powodowej z tytułu tej umowy wynagrodzenia oraz rozmiarów działalności prowadzonej przez stronę powodową. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wielkość danego podmiotu oceniana przede wszystkim poprzez rozmiar przychodów ma istotne znaczenie dla oceny czy dany podmiot poniósł rażąca stratę w rozumieniu art. 357 (1) kc w toku realizacji umowy (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 15 listopada 2006 r. sygn. V CSK 251/06, oraz Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 05.11.13 r., I ACa 618/13, portal internetowy orzeczeń SA w K.).

Należy podzielić pogląd, iż dla oceny roszczenia strony powodowej istotna jest nie tylko wysokość obrotów osiągniętych w latach realizacji przedmiotowego kontraktu, za które to lata powodowie wystąpili z przedmiotowymi roszczeniami, czyli w latach 2010 – 2012, która obrazuje rozmiar skali prowadzonej przez te strony działalności gospodarczej, ale także wysokość zysków netto za ten okres, która z kolei obrazuje poziom efektywności prowadzonej działalności gospodarczej. W ocenie Sądu dopiero łączne zestawienie straty powodów poniesionej na skutek nadzwyczajnej zmiany cen surowców w postaci asfaltu i oleju napędowego z wysokością przychodów powodów oraz rachunków zysków i strat z całej działalności prowadzonej przez członków konsorcjum w okresie 2010 – 2012 r. pozwala na rzetelną analizę czy faktycznie występująca strata może być uznana za stratę rażąca w rozumieniu art. 357 (1) kc.

Podkreślenia wymaga fakt, że użyte w art. 357<sup>1</sup> k.c. kwalifikowane określenia „nadzwyczajna zmiana”, „nadmierna trudność”, „rażąca strata” nawiązują do wyjątkowego charakteru tego przepisu przełamującego regułę nakazującą dotrzymywanie umów. Określenie „rażąca strata” zawarte w art. 357 (1) kc oznacza stratę ponad przeciętną nieobjętą typowym ryzykiem gospodarczym.

Odnosząc wyżej poczynione rozważania do okoliczności niniejszej sprawy wskazać należy, że zaakceptowaną kontraktową kwotą wynagrodzenia należnego powodom była suma 192.425.615,55 zł brutto.

Tymczasem różnica pomiędzy faktycznym, a możliwym do przewidzenia przez powodowe spółki poziomem kosztów przedmiotowych robót oraz wysokość straty grożącej powodom wynosi: z tytułu wzrostu cen asfaltów: 2.578.424,26 zł netto, z tytułu wzrostu cen paliw: 265.499,18 zł netto (opinia instytutu – k. 7712). Łącznie przedmiotowa strata osiągnęła zatem kwotę 2.843.923,44 zł netto (3.498.025,83 zł brutto). Kwoty strat poniesionych przez powodów wynoszą zatem łącznie 1,81 % wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z zawartej umowy (192.425.615,55 zł) brutto.

W ocenie Sądu ta wartość (1,81 %) sama w sobie nie powinna mieć decydującego znaczenia w sprawie. Sąd Okręgowy miał na uwadze, że sądowa modyfikacja umowy w ramach powołanego przez stronę powodową art. 357 (1) kc powinna prowadzić do odzyskania przez strony równowagi kontraktowej. Zatem nie sposób podzielić stanowiska pozwanego, że przewidziana w tym przepisie „rażąca strata” powinna być oceniana wyłącznie przez pryzmat wartości całego kontraktu. Nie budzi bowiem wątpliwości, że w jej skład wchodzi koszty nabycia materiałów i pracy oraz organizacji umówionych robót. Nie ma też podstaw ku temu, aby zamawiający domagał się od wykonawcy finansowania kontraktu w części obejmującej te koszty. Interes zamawiającego został bowiem zaspokojony w tej sprawie poprzez uzyskanie umówionego obiektu, którego wartość odtworzeniowa jest odpowiednio wyższa od planowanej z uwagi na ostateczną wartość wbudowanych materiałów. Skoro zatem w art. 357 (1) kc mowa jest o zagrożeniu dla jednej ze stron rażąca stratą wynikającą z wykonania umowy, w przypadku kontraktu dotyczącego robót budowlanych powinna być ona rozumiana jako przerzucenie na wykonawcę ciężaru finansowania umowy z własnych środków.

Natomiast co do skali działalności i efektywności powodów jako przedsiębiorców w latach 2010 – 2012 należy zaznaczyć, iż (...) S.A. z siedzibą w W. osiągnęła następujące przychody ogółem: (...) zł w 2010 r. ((...) z 2011 r. nr (...) poz. (...)), (...) zł w 2011 r. ((...) z 2012 r. nr (...) poz. (...)) i (...) zł w 2012 r. ( (...) oraz następujący zysk netto: (...) zł w 2010 r. ((...) z 2011 r. nr (...) poz. (...)), zaś w 2011 r. stratę w wysokości (...) zł w 2011 r. ((...) z 2012 r. nr (...) poz. (...)) oraz stratę w wysokości (...) zł w 2012 r. ( (...)) Łączna strata netto tej spółki za lata 2010 – 2012 wyniosła zatem kwotę (...) złotych.

(...) S.A. z siedzibą w M. osiągnęła następujące przychody ogółem (...) euro w 2010 r. (I. de R. 2010, (...) (...) euro w 2011 r. (I. de R. 2011, (...) i (...) euro w 2012 r. (I. de R. 2012, (...) oraz następujący zysk: (...) euro w 2010 r. (I. de R. 2010 (...) (...) euro w 2011 r. (I. de R. 2011, (...) i (...) euro w 2012 r. (I. de R. 2012, (...)) Łączny zysk netto tej spółki za lata 2010 – 2012 wyniósł zatem kwotę (...) euro, czyli ok. (...) złotych (przeliczenie dokonane przy średnim kursie 4 zł za 1 euro).

Wyżej wskazane dane ekonomiczne dotyczące skali działalności i efektywności powodów jako przedsiębiorców w latach 2010 – 2012 stanowią okoliczność potwierdzającą tezę, iż strata powódki (...) S.A. w W. w zakresie ustalonym w niniejszej sprawie przez Sąd powinna zostać uznana za rażącą stratę w rozumieniu art. 357 (1) kc oraz zarazem tezę, iż strata powódki (...) S.A. w M. w zakresie ustalonym w niniejszej sprawie przez Sąd nie może zostać uznana za rażącą stratę w rozumieniu art. 357 (1) kc.

W ocenie Sądu powyższa argumentacja jest wystarczająca do uwzględnienia powództwa (...) S.A. w W. w kształcie określonym przez Sąd.

Tylko dodatkowo, dla wyczerpania toku rozważań, w odniesieniu do powódki (...) S.A. w W. należy podnieść, iż nie można również tracić z pola widzenia tej okoliczności, że łączna strata (...) S.A. w W. na przedmiotowym kontrakcie wyniosła kwotę (...) zł (wyciąg z ksiąg rachunkowych (...) S.A. – k. 6971 – 7273, sprawozdanie księgowe – k. 7274 – 7275).

Należy podkreślić, że strona pozwana nie zakwestionowała merytorycznie treści tych dokumentów prywatnych, ani też ich autentyczności, a jedynie zgłosiła zarzuty natury formalnej podnosząc, że wnioski dowodowe w tym zakresie powinny zostać pominięte jako spóźnione oraz że tego rodzaju dokumenty nie mogą stanowić dowodów w rozumieniu kodeksu postępowania cywilnego (k. 7295). W tym aspekcie należy podnieść, iż przeprowadzenie dowodu z dokumentów co do zasady w każdym procesie nie może być potraktowane jako czynność opóźniająca rozpoznanie sprawy, a tym samym w tym zakresie znajdował zastosowania wyjątek określony w art. 207 par. 6 kpc, który uniemożliwiał pominięcie tych dowodów jako spóźnionych. Nie ma racji również strona pozwana twierdząc, że przedmiotem dowodu w procesie cywilnym nie mogą być dokumenty prywatne, albowiem z przepisu art. 245 kpc wprost wynika, że mogą one stanowić przedmiot dowodu. Polegają one ocenie pod kątem wiarygodności na ogólnych zasadach. Ocena ta została przedstawiona w niniejszej sprawie w ramach uprzednio dokonanej oceny dowodów.

W tym kontekście bez znaczenia jest wystąpienie przez powodów w sprawie o sygn. akt XXV C 844/17 toczącej się przed Sądem Okręgowym w Warszawie z pozwem z dnia 15 maja 2017 r. przeciwko pozwanemu z roszczeniem o zapłatę kwoty 29.063.036,26 zł z tytułu roszczeń odszkodowawczych wynikających z realizacji przedmiotowego kontraktu. Podstawą faktyczną tego roszczenia jest twierdzenie powodów, że na skutek okoliczności niezależnych od powodów i niemożliwych do przewidzenia na etapie zawarcia umowy, a także błędów w dokumentacji projektowej dostarczonej przez pozwanego oraz braku wymaganego współdziałania przy wykonywaniu umowy przez pozwanego, powodowie byli zmuszeni do wykonywania prac budowlanych w znacznie dłuższym okresie czasu ponosząc z tego tytułu dodatkowe koszty. Sprawa ta ma sporny charakter, albowiem pozwany wniósł o oddalenie tego powództwa i sprawa ta nie została prawomocnie zakończona. W konsekwencji brak jest podstaw do uznania, że samo wystąpienie z pozwem w sprawie XXV C 844/17 jest okolicznością, która ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu. Zdaniem Sądu materiał zgromadzony w ramach niniejszej sprawy jest wystarczający do jej rozstrzygnięcia.

Sąd uznał, że powódka (...) S.A. w W. nie jest uprawniona do żądania podwyższenia wynagrodzenia na poziomie całej kwoty 3.498.025,83 zł jako ustalonej przez Sąd kwoty straty na kontrakcie i tym samym do żądania zapłaty tej kwoty. Roszczenia powódki mogą zostać uwzględnione jedynie na poziomie kwoty 3.487.881,55 zł stanowiącej 99,71 % z kwoty 3.498.025,83 złotych. Powyższe znajduje uzasadnienie w treści porozumienia z dnia 17 maja 2017 r. zawartego przez powódki jako konsorcjantów w przedmiocie podziału roszczenia stanowiącego przedmiot niniejszego sporu w proporcjach 99,71 % na rzecz (...) S.A. i 0,29 % na rzecz (...) S.A. (k. 6657 i nast.). Oznacza to, że Sąd uwzględnił częściowo roszczenie o ukształtowanie stosunku prawnego i częściowo ewentualne roszczenie o zapłatę w zakresie w jakim zostały zgłoszone przez (...) S.A. w W.. Jednocześnie Sąd nie podzielił poglądu strony powodowej, że (...) S.A. w W. jest uprawniona do domagania się zapłaty całej należnej kwoty samodzielnie na podstawie subklauzuli 14.7 ogólnych warunków kontraktu. Zgodnie z tym przepisem (...) S.A. w W. jako lider konsorcjum został jedynie upoważniony do wystawienia faktury VAT i przyjęcia należności wynikających z realizacji umowy. Drugi człon tego przepisu należy rozumieć jako uprawnienie lidera konsorcjum jedynie do odbioru całego świadczenia. Natomiast, w ocenie Sądu, przepis ten nie może stanowić podstawy do uznania, że uprawnionym wierzycielem pozwanego jest jedynie (...) S.A. w W., albowiem przepis ten w żadnym wypadku nie przenosi prawa do wierzytelności na rzecz lidera konsorcjum.

Mając na uwadze powyższe rozważania i ustalenia Sąd doszedł do wniosku, że przesłanka groźby rażącej straty nie została spełniona w niniejszej sprawie w zakresie dotyczącym powódki (...) S.A. w M.. Odnośnie tej powódki należy dodatkowo podnieść, że nie przedstawiła ona wyliczeń straty poniesionej przez nią na kontrakcie w dalej idącym zakresie niż ustalenia poczynione powyżej przez Sąd. Nie można również tracić z pola widzenia tej okoliczności, że potencjalna wierzytelność tej powódki stanowiłaby jedynie kwotę 10.144,28 zł (0,29 % z kwoty 3.498.025,83 zł), co w zestawieniu z w/w obrotami i zyskiem tej powódki prowadzi do wniosku, że jest to kwota znikoma. Z tego też względu powództwo tej spółki nie zasługiwało na uwzględnienie.

Rozstrzygnięcie o odsetkach ustawowych Sąd oparł w tym zakresie na treści art. 481 § 1 i 2 kc, zgodnie z którym wierzyciel może żądać odsetek gdy dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego. Odnośnie żądania zasądzenia odsetek ustawowych należy podnieść, że strona powodowa w nieuzasadniony sposób domagała się ich zasądzenia już od dnia doręczenia odpisu pozwu stronie pozwanej. Należy podkreślić, że zasądzenie na rzecz powódki (...) S.A. w W. kwoty wskazanej w pkt 2 wyroku stanowi wyłącznie następstwo ukształtowania stosunku prawnego łączącego strony poprzez podwyższenie wynagrodzenia kontraktowego na rzecz tej spółki na podstawie art. 357 (1) kc. Rozstrzygnięcie oparte na tej podstawie prawnej ma charakter prawnokształtujący, a nie deklaracyjny, co oznacza, że rozstrzygnięcie to wywoła skutek prawny dopiero z chwilą jego uprawomocnienia się. W dalszej konsekwencji dopiero z chwilą uprawomocnienia się rozstrzygnięcia zawartego w pkt 1 wyroku wierzytelność oznaczona w pkt 2 wyroku stanie się wymagalna i dopiero od tej daty powstanie stan rzeczy, w którym pozwana może popaść w opóźnienie. Roszczenie powoda o zapłatę odsetek ustawowych w pozostałym zakresie podlega oddaleniu jako pozbawione podstaw.

### ***Roszczenie z tytułu podwyższenia danin publicznoprawnych na skutek zmiany przepisów powszechnie obowiązującego prawa***

Sąd rozpoznający niniejszy spór uznał, że stronie powodowej co do zasady nie przysługuje uprawnienie do zmiany treści umowy w kształcie określonym w pkt 1 żądania pozwu w zakresie w jakim żądanie to zostało oparte na twierdzeniu, że podwyższenie ceny kontraktowej powinno nastąpić także w związku ze wzrostem danin publicznoprawnych od dnia 1 stycznia 2011 r. (opłaty paliwowej i akcyzy). W opinii powodów, w związku z tym, że wzrost akcyzy czy też opłaty paliwowej nie był możliwy do przewidzenia, są oni także uprawnieni do żądania podwyższenia wynagrodzenia na podstawie ogólnie obowiązujący przepisów tj. art. 357<sup>1</sup> k.c., jak i 632 § 2 k.c. Powodowie podnieśli, że w kwocie zgłoszonego roszczenia wzrost akcyzy stanowi 219 538,15 zł (25,78%), a wzrost opłaty paliwowej 27 347, 46 zł (3, 21%).

W tym miejscu należy podnieść, że odnośnie kwestii dotyczącej wpływu zmiany stawek akcyzy oraz opłaty paliwowej wynikającej ze zmiany przepisów prawa na stratę wskazaną przez powodów Sąd II instancji, który uchylił wyrok i

przekazał niniejszą sprawę do ponownego rozpoznania, uznał, że powodowie jako profesjonaliści w swojej branży powinni być zorientowani w regulacjach prawnych dotyczących ich dziedziny. W tym zakresie Sąd odwoławczy podzielił pogląd Sądu I instancji, który wydał uchylony następnie wyrok, że zmiana stawek akcyzy oraz opłaty paliwowej nie stanowiła nadzwyczajnej zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, nie była ona bowiem zaskakująca, ponieważ konieczność wprowadzenia tych zmian wynikała z uprzednio uchwalonego prawa Unii Europejskiej i wpływu okresu przejściowego wynikającego z powołanej wcześniej dyrektywy 2004/74/WE. Zgodnie z przepisem art. 386 par. 6 kpc Sąd Okręgowy rozpoznający ponownie niniejszy spór jest związany tą oceną prawną, co oznacza że żądania powodów w tym zakresie należało uznać za nieuzasadnione.

Dokonując oceny roszczeń powodów w tym zakresie nie można jednak pomijać, że powodowie opierając żądania na twierdzeniu, że podwyższenie ceny kontraktowej powinno nastąpić także w związku ze wzrostem danin publicznoprawnych od dnia 1 stycznia 2011 r. (opłaty paliwowej i akcyzy), wskazywali że są oni uprawnieni do żądania podwyższenia wynagrodzenia nie tylko na podstawie przepisów tj. art. 357<sup>1</sup> k.c., jak i 632 § 2 k.c., ale także na podstawie subklauzuli 13.7 ogólnych warunków kontraktu. W tym miejscu należy podkreślić, że na zaniechanie rozpoznania roszczenia opartego na podstawie subklauzuli 13.7 ogólnych warunków kontraktu zwrócił uwagę także Sąd odwoławczy, który także i w tym zakresie przekazał sprawę do ponownego rozpoznania.

Zdaniem Sądu, zgodnie z przepisem subklauzuli 13.7 ogólnych warunków kontraktu wykonawca ma prawo do domagania się zapłaty dodatkowego świadczenia w związku ze wzrostem kosztów wynikającym ze zmiany w przepisach prawa, dokonanej po dacie odniesienia, a mającej wpływ na wykonanie przez wykonawcę zobowiązań według kontraktu i to niezależnie od możliwości przewidzenia takiej zmiany, a nie do żądania zmiany treści umowy przed sądem powszechnym.

W ocenie Sądu powodowie udowodnili to roszczenie o zapłatę tylko częściowo i zasługuje ono na uwzględnienie co do powódki (...) S.A. w W. w zakresie kwoty 72.715,54 zł, a co do powódki (...) S.A. w M. w zakresie kwoty 211,49 złotych.

Zgodnie z poczynionymi w sprawie ustaleniami faktycznymi w okresie od września 2011 r. do października 2012 r. konsorcjum w składzie (...) S.A. w (...) S.A. w M. zużyło 612 206,82 litrów paliwa w związku z realizacją umowy nr (...) z 31 sierpnia 2010 r., w tym w okresie od września 2011 r. do grudnia 2011 r. konsorcjum zużyło 173 532,63 litrów, zaś w okresie od stycznia 2012 r. do października 2012 r. zużyło 438 674,19 litrów (opinia instytutu Szkoły (...) w W. Katedry (...) k. 6798-6804, opinia uzupełniająca instytutu – k. 7711).

W dacie zawarcia umowy opłata paliwowa wynosiła 233,99 zł za 1000 l olejów napędowych (art. 37m ust. 1 pkt 2 ustawy z 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym w brzmieniu z dnia 1 stycznia 2010 r. ustaloną ustawą z dnia 20 listopada 2009 r. o zmianie ustawy o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym oraz ustawy o obrocie instrumentami finansowymi – Dz. U. z 2009 r. nr 223, poz. 1776), zaś stawka akcyzy za paliwo wynosiła 1 048 zł za 1000 l olejów napędowych (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym w brzmieniu z 1 stycznia 2010 r. - Dz.U. z 2009 r. Nr 3 poz. 11).

W trakcie trwania umowy doszło do zmiany opłaty paliwowej do kwoty 239,84 zł od 1 stycznia 2011 r. (obwieszczenie Ministra Infrastruktury z dnia 10 grudnia 2010 r. w sprawie wysokości stawki opłaty paliwowej na rok 2011, M.P. 2010 Nr 97 poz. 1133), a następnie do kwoty 249,92 zł od 1 stycznia 2012 r. (obwieszczenie Ministra Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie wysokości stawki opłaty paliwowej na rok 2012, M.P. 2011 Nr 115 poz. 1161).

Zmieniono również stawkę akcyzy na paliwo do kwoty 1 196 zł za 1000 l olejów napędowych od 1 stycznia 2012 r. (art. 37m ust. 1 pkt 2 ustawy z 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym w brzmieniu z dnia 1 stycznia 2012 r. ustaloną ustawą z dnia 22 grudnia 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej - Dz.U. z 2011 r. Nr 291 poz. 1707).

W następstwie podwyżki opłaty paliwowej w 2011 r. o 5,85 zł na 1000 l olejów napędowych (w stosunku do 2010 r., kiedy zawarto umowę) kwota wydana przez Konsorcjum na zakup paliwa w okresie wrzesień 2011 – grudzień 2011 była wyższa o 1 015,17 zł (0,0058 zł x 173 532,63 l) od kwoty, którą wydałoby konsorcjum, gdyby nie doszło do podwyżki.

Na skutek podwyżki opłaty paliwowej w 2012 r. o 15,93 zł na 1000 l oleju napędowego (w stosunku do 2010 r.) kwota wydana przez Konsorcjum na zakup paliwa w okresie styczeń 2012 – październik 2012 była wyższa o 6 988,08 zł (0,01593 zł x 438 674,19 l) od kwoty, którą wydałoby Konsorcjum, gdyby nie doszło do podwyżki.

Natomiast w konsekwencji podwyżki stawki akcyzy od 1 stycznia 2012 r. o 148 zł na 1000 l olejów napędowych (w stosunku do 2010 r.) Konsorcjum wydało kwotę o 64 923,78 zł (0,148 zł x 438 674,19 l) wyższą niż wydałoby, gdyby nie wprowadzono podwyżki.

Łącznie na skutek zmian przepisów skutkujących podwyższeniem opłaty paliwowej w 2011 r. i 2012 r. oraz stawki akcyzy na paliwo w 2012 r. konsorcjum wydało na paliwo kwotę o 72 927,03 zł wyższą niż wydałoby, gdyby nie wprowadzono wskazanych podwyżek.

Dokonując oceny tego roszczenia należy podkreślić, że powódki dochodziły roszczenia w kwocie 246 885,61 zł z tytułu zwrotu kosztów związanych ze wzrostem opłaty paliwowej oraz akcyzy na paliwo za okres od września 2011 r. do października 2012 r. (pozew – k. 33-35, załącznik nr 100 – k. 5292).

Zgodnie z subklauzulą 13.7 ogólnych warunków kontraktu, wiążących strony, cena kontraktowa miała zostać skorygowana w celu uwzględnienia każdego wzrostu lub obniżki kosztu, wynikających z jakiegokolwiek zmiany w prawach w kraju (włącznie z wprowadzeniem nowych przepisów praw i uchynieniem 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 (k. 358 v.).

Na gruncie niniejszej sprawy na skutek zmiany w/w przepisów dotyczących wysokości opłaty paliwowej oraz stawki akcyzy na paliwo powódki musiały ponieść zwiększony koszt zakupu paliwa, co miało wpływ na koszt realizacji przedsięwzięcia objętego umową.

Powództwo w tym zakresie podlegało uwzględnieniu do kwoty 72 927,03 zł, albowiem powódki nie udowodniły tego roszczenia w dalej idącym zakresie.

Należało zauważyć, że obliczenia powódek zawarte w załączniku nr 100 (k. 5292) opierały się na normatywnych, a zatem teoretycznych założeniach dotyczących zużycia paliwa w związku z realizacją umowy. Natomiast Sąd oceniając przedmiotowe roszczenie, ustalił rzeczywiste zużycie paliwa, które wynika z opinii głównej oraz uzupełniającej instytutu Szkoły (...) w W. (...) (k. 6799 i 7711) i pozostaje w korelacji z danymi wskazanymi w opinii biegłego z zakresu rachunkowości (k. 7533), ponieważ zwrot kosztów na podstawie subklauzuli 13.7 dotyczy kosztów rzeczywistych, a nie jedynie zakładanych.

Pozwany zakwestionował roszczenie zarówno co do zasady, jak i wysokości. Tym samym ciężar udowodnienia okoliczności zużycia większej ilości paliwa, niż wynika to z opinii biegłych spoczywał na powódkach. Powódki nie wykazały takich okoliczności, nie kwestionowały również opinii instytutu ani biegłego w zakresie ostatecznie ustalonej w nich ilości zużytego paliwa.

Sąd oparł się zatem w tym zakresie na opinii instytutu, ustalając ilość zużytego paliwa w okresie objętym roszczeniem. Sąd uwzględnił przy tym 2 faktury datowane na 3 listopada 2012 r. (faktura nr (...) – k. 2324 i faktura nr (...) – k. 2319), ponieważ z ich treści wynika, że sprzedaż paliwa objętego tymi fakturami nastąpiła w październiku 2012 r., a więc w okresie, którego dotyczy roszczenie. Ilość paliwa wynikająca z opinii instytutu była podstawą do obliczenia wzrostu kosztu paliwa na skutek podwyżek akcyzy i opłaty paliwowej, który wyniósł łącznie 72 927,03 złotych.

Sąd uznał, że to roszczenie może zostać uwzględnione co do powódki (...) S.A. w W. na poziomie kwoty 72.715,54 zł stanowiącej 99,71 % z kwoty 72.927,03 zł, a co do powódki (...) S.A. w M. na poziomie kwoty 211,49 zł stanowiącej 0,29 % z kwoty 72.927,03 zł. Powyższe znajduje uzasadnienie w treści porozumienia z dnia 17 maja 2017 r. zawartego przez powódki jako konsorcjantów w przedmiocie podziału roszczenia stanowiącego przedmiot niniejszego sporu w proporcjach 99,71 % na rzecz (...) S.A. i 0,29 % na rzecz (...) S.A. (k. 6657 i nast.). Jednocześnie Sąd nie podzielił poglądu strony powodowej, że (...) S.A. w W. jest uprawniona do domagania się zapłaty całej należnej kwoty samodzielnie na podstawie subklauzuli 14.7 ogólnych warunków kontraktu. Zgodnie z tym przepisem (...) S.A. w W. jako lider konsorcjum został jedynie upoważniony do wystawienia faktury VAT i przyjęcia należności wynikających z realizacji umowy. Drugi człon tego przepisu należy rozumieć jako uprawnienie lidera konsorcjum jedynie do odbioru całego świadczenia. Natomiast, w ocenie Sądu, przepis ten nie może stanowić podstawy do uznania, że uprawnionym wierzycielem pozwanego jest jedynie (...) S.A. w W., albowiem przepis ten w żadnym wypadku nie przenosi prawa do wierzytelności na rzecz lidera konsorcjum.

Rozstrzygnięcie o odsetkach ustawowych Sąd oparł w tym zakresie na treści art. 481 § 1 i 2 kc, zgodnie z którym wierzyciel może żądać odsetek gdy dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego. Odnośnie żądania zasądzenia odsetek ustawowych należy podnieść, że strona powodowa w uzasadniony sposób domagała się ich zasądzenia od dnia doręczenia odpisu pozwu stronie pozwanej. Doręczenie to miało miejsce w dniu 8 października 2013 r. (k. 5739). Należy podnieść, że strona pozwana pozostawała w opóźnieniu z tego tytułu już od dnia 26 kwietnia 2013 r., albowiem zgodnie z subklauzulą 20.1 płatność ta powinna nastąpić w terminie 42 dni od dnia zgłoszenia tego roszczenia (k. 368 v.). Zgłoszenie roszczenia nastąpiło w dniu 14 marca 2013 r. (data doręczenia pisma z dnia 8 marca 2013 r. – k. 811). Zgodnie z przepisem art. 321 kpc Sąd nie był uprawniony do orzekania ponad żądanie.

Konsekwencją rozstrzygnięcia w przedmiocie żądań pozwu był obowiązek rozstrzygnięcia przez Sąd w przedmiocie kosztów procesu. Sąd rozstrzygnął o kosztach procesu, w tym o kosztach zastępstwa procesowego na podstawie art. 98 § 1 i 3 kpc, art. 100 kpc. Sąd zastosował zasadę stosunkowego rozdzielenia kosztów procesu pomiędzy powódką (...) S.A. w W. a pozwanym, albowiem powódka ta jedynie częściowo wygrała niniejszy spór. Natomiast w relacji pomiędzy powódką (...) S.A. w M. a pozwanym Sąd zastosował zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, który ta powódka przegrała w istocie w całości. Powództwo wytoczone przez (...) S.A. w M. zostało uwzględnione jedynie w zakresie kwoty 211,49 zł, co stanowi jedynie 0,0047 % całego żądania o zapłatę, ponadto roszczenie tej powódki o ukształtowanie stosunku prawnego zostało oddalone w całości. W tym stanie rzeczy należało uznać, że powódka ta przegrała niniejszy spór sądowy w istocie w całości.

Odnośnie rozstrzygnięcia o kosztach procesu Sąd na podstawie art. 108 par. 1 kpc rozstrzygnął jedynie o zasadach poniesienia tych kosztów, pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu. Powódka (...) S.A. w W. wygrała sprawę zarówno w zakresie roszczenia o ukształtowanie stosunku prawnego, jak i roszczenia o zapłatę w 79,45 % (powódka domagała się podwyższenia wynagrodzenia o kwotę 4.481.021,33 zł i zapłaty tejże kwoty (100 %), a uzyskała podwyższenie i zapłatę na poziomie kwoty 3.487.881,55 zł i dodatkowo zapłatę na poziomie 72.715,54 zł (łącznie 79,45 %). Natomiast powódka (...) S.A. w M. w istocie przegrała spór w całości.

Mając na uwadze całokształt poczynionych powyżej rozważań Sąd orzekł jak w sentencji wyroku.