

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 listopada 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Józef Wąsik (spr.)
Sędziowie:	SSA Teresa Rak SSO del. Robert Jurga
Protokolant:	st.sekr.sądowy Katarzyna Wilczura

po rozpoznaniu w dniu 22 października 2013 r. w Krakowie na rozprawie sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki Akcyjnej w K. i Biura (...)Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. przeciwko Gminie Miejskiej K. o podwyższenie wynagrodzenia na skutek apelacji powodów i strony pozwanej od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Gospodarczego w Krakowie z dnia 26 lutego 2013 r. sygn. akt IX GC 208/09

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1,2,3 w ten sposób, że:

a) w punkcie 1 kwotę 1 200 000 zł zastępuje kwotą 4 363 561 zł (cztery miliony trzysta sześćdziesiąt trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt jeden złotych);

b) w punkcie 2 kwotę 6 476 051,70 zł zastępuje kwotą 3 312 490,70 zł (trzy miliony trzysta dwanaście tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt złotych siedemdziesiąt groszy);

c) w punkcie 3 kwotę 220 000 zł zastępuje kwotą 206 444zł (dwieście sześć tysięcy czterysta czterdzieści cztery złote);

II. oddala apelacje powodów i strony pozwanej w pozostałym zakresie;

III. zasądza od strony pozwanej na rzecz powodów łącznie kwotę 31 956 zł (trzydzieści jeden tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt sześć złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

UZASADNIENIE

Powodowie: Przedsiębiorstwo Budowlane (...) S.A. w K. oraz Biuro (...) Spółka z o.o. w K. - działający jako konsorcjum budowlane - wniosły pozew przeciwko Gminie K. – jako inwestorowi - o podwyższenie wynagrodzenia o 7.676.051,70 zł za zaprojektowanie i wybudowanie osiedla, a to z powodu wzrostu kosztów grożącego im rażącą stratą.

W odpowiedzi na pozew pozwana gmina wniosła o oddalenie powództwa, zarzucając przede wszystkim, że powodowie nie wykazali przesłanek podwyższenia wynagrodzenia tj. zmiany stosunków, niemożności przewidzenia zmiany i zagrożenia rażącą stratą, a nadto, że strony zawarły umowę w wyniku udzielenia zamówienia publicznego i dlatego jedyną podstawą jej zmiany może być art. 144 Pr.zam.publ.

Wyrokiem z 16 listopada 2007r. sąd I instancji oddalił powództwo, gdyż wzrost kosztów w budownictwie po podpisaniu umowy nie miał nadzwyczajnego charakteru, a Sąd Apelacyjny w Krakowie wyrokiem z 5 lutego 2008r. oddalił apelację powodów. Na skutek skargi kasacyjnej powodów Sąd Najwyższy wyrokiem z 20 listopada 2008r. [k.289] uchylił wyrok z 5 lutego 2008r., ponieważ gwałtowny wzrost kosztów budownictwie po 10-letnim okresie stabilizacji może mieć charakter nadzwyczajny, a sąd odwoławczy bezpodstawnie uznał, że wnioskowany przez powodów dowód z biegłego jest nieistotny.

Ponownie rozpoznając apelację sąd odwoławczy uchylił wyrok z 16 listopada 2007r. i polecił rozpoznanie żądania podwyższenia wynagrodzenia w oparciu o art. 632 § 2 K.c., a w szczególności ustalenie, czy:

1. ceny będące podstawą kalkulacji oferty powodów po zawarciu umowy uległy zmianom nieprzewidywanym przez strony,
2. czy powodowie prawidłowo skalkulowali ofertę, tj. czy uniknęliby straty w razie niewystąpienia zmiany cen, i w jakim zakresie strata powodów jest skutkiem zmiany cen.

Na posiedzeniu 26 lutego 2013r. [k.600] powodowie zmienili powództwo w ten sposób, że obok żądania podwyższenia wynagrodzenia wnieśli o zasądzenie sumy podwyższenia, a także o zwrot sumy 14.000 zł zapłaconej pozwanej tytułem kosztów postępowania przyznanych w uchylonych wyrokach z 16 listopada 2007r. i 5 lutego 2008r.

Sąd Okręgowy w Krakowie wyrokiem z dnia 26 lutego 2013r orzekł, że:

1. podwyższa wynagrodzenie powodów za zaprojektowanie i wykonanie obiektu określonego w § 1.1 umowy z 19 września 2005r. o 1.200.000 zł i zasądza tę sumę od pozwanej łącznie na rzecz powodów;
2. oddala żądanie podwyższenia wynagrodzenia o 6.476.051,70 zł;
3. zasądza od pozwanej łącznie na rzecz powodów koszty postępowania 220.000 zł;
4. nakazuje ściągnąć od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Krakowie koszty sądowe 13.499 zł.

Za podstawę faktyczną rozstrzygnięcia Sąd przyjął, następujący stan faktyczny:

W dniu 19 września 2005r. strony zawarły umowę [k.42] o zaprojektowanie i wykonanie osiedla składającego się z 10 budynków o łącznej powierzchni użytkowej mieszkań 12.459,70 m² za wynagrodzeniem 24.904.445,65 zł, w tym 1.008.098,20 zł za prace projektowe i uzyskanie zezwoleń administracyjnych i 23.896.347,45 zł za wykonanie osiedla brutto, w tym Vat 1.563.312,45 zł.

W toku budowy w lipcu 2007 roku powodowie wytoczyli powództwo o podwyższenie wynagrodzenia o 7.676.051,70 zł z powodu wzrostu cen w budownictwie.

Protokołem z 9 września 2008r. pozwany odebrał osiedle, a następnie zapłacił ostatnią część umówionego wynagrodzenia.

Koszt wybudowania osiedla wg typowych dla Woj. (...) cen materiałów i usług w budownictwie z III kw. 2005 roku wynosił 23.088.930 zł brutto, a wg cen z III kw. 2008 roku wynosił 34.199.434 zł (wzrost o 48%) przy stopie zysku 15% typowej dla przedsiębiorstw budowlanych (bez zysku jest to suma 32.623.469 zł brutto). Powodowie twierdzą, że (...) S.A. poniósł następujące koszty (netto):

1. 25.314.897 zł na wynagrodzenia i ceny zapłacone podwykonawcom i dostawcom,

2. 4.250.157 zł na wynagrodzenia pracowników ze składkami,

razem 29.565.054 zł, tj. 36.069.366 zł brutto.

Ponadto powód poniósł koszty ogólne budowy w wysokości około 4.479.108 zł, tj. koszty nieponiesione przez kierownictwo budowy, lecz wydane przez powoda na tę budowę, w tym 1.008.098,20 zł na projekt wykonany przez drugiego powoda i uzyskanie pozwolenia na budowę. Pozostałymi kosztami ogólnymi były płace pracowników niezatrudnionych wyłącznie na budowie.

Koszty poniesione przez (...) S.A. w latach 2005- 2008 przy prowadzeniu działalności w zakresie produkcji budowlano-montażowej wyniosły 410.593.504 zł (suma kolumn 4 i 8 w wierszu 1 na k. 342 i 343). Budżet pozwanej gminy na pozyskiwanie lokali mieszkalnych w tym samym okresie wyniósł 66.990.595 zł [k.322].

Koszt wybudowania osiedla w III kw. 2005 i 2008 roku sąd ustalił w oparciu o opinię biegłego [zał. do akt]. Pismem z 21 grudnia 2012r. pozwany zarzucił biegłemu nadmierne uproszczenia. Jednakże, jak to wskazał Sąd w wyjaśnieniu podstawy prawnej rozstrzygnięcia, przy podwyższaniu wynagrodzenia na podstawie art. 632 § 2 K.c. nie jest istotne obliczenie wysokości wynagrodzenia wg stawek rynkowych co do złotych, co i tak nie jest możliwe.

Pozwany zarzucił, że biegły nie wykonał w naturze pomiaru ilości robót. Jednakże pozwany odebrał osiedle i nie zarzucił wykonania go niezgodnie z projektem. Strony zgodnie przyznały jedno odstępstwo od projektu. Powód zamiast stropów wylewanych z mieszanki betonowej użył stropów prefabrykowanych - droższych od betonowych, lecz wymagających mniej robocizny. Ostateczna różnica kosztów nie przekracza 10% [wyjaśnienie biegłego na posiedzeniu 8 stycznia 2013r. k.586]. Ponadto istotna jest przede wszystkim skala wzrostu cen, a pozwany nie zarzucił, aby ceny stropów prefabrykowanych rosły istotnie wolniej od innych cen w budownictwie, a ponadto udział stropów w cenie osiedla był tak duży, że znacząco wpływał na skalę wzrostu kosztów wykonania całego osiedla.

W pozostałym zakresie ustalony stan faktyczny był niesporny. W szczególności pozwany nie zakwestionował oświadczenia powoda zawartego w piśmie z 17 lipca 2009r. [k.335] o wysokości przychodów i kosztów, a powód nie kwestionował pisma pozwanego z 28 lipca 2009r. [k.322] o wysokości budżetu na pozyskiwanie lokali.

Sporne było, czy powód rzeczywiście poniósł podnoszone przez siebie wydatki (pozwany zarzucił, że przedłożone przez powoda faktury dokumentują zakup materiałów i usług częściowo zużytych przez powoda na innych budowach). Jednakże rozstrzygnięcie zostało oparte na hipotetycznym koszcie budowy obliczonym przez biegłego wg cen rynkowych (ceny materiałów i robocizny wskazane w biuletynach S. dla Woj. (...) oraz ilości materiałów, robocizny i pracy sprzętu wskazane w KNR), a nie na wydatkach podnoszonych przez powoda. Ponadto biegły ocenił twierdzenia powoda o poniesionych wydatkach jako wiarygodne biorąc pod uwagę wielkość osiedla.

Powodowie jako podstawę prawną zmiany przez sąd umownego wynagrodzenia powołali art. 632 § 2 K.c., a w apelacji także art. 357¹ K.c. Rozpoznając skargę kasacyjną SN, a następnie SA w Krakowie w wyroku z 20 listopada 2008r., uznały, że stosuje się art. 632 § 2 K.c.

Sąd Okręgowy zważył, że: obydwie klauzule rebus sic stantibus przewidują niemal identyczne przesłanki swojego zastosowania. W obydwu przepisach konieczna jest groźba rażącej straty wykonawcy wskutek zmiany stosunków, której „nie można było przewidzieć” (art. 632 § 2 K.c.) lub „czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy” (art. 357¹ K.c.). Ponadto ten ostatni przepis wymaga, aby zmiana stosunków była nadzwyczajna. Jednakże tylko taka nadzwyczajna zmiana stosunków może być zmianą, której nie można było przewidzieć.

Przy rozpatrywaniu stosunku art.357¹ do art. 632 § 2 K.c. należy brać pod uwagę także zasadę lex posterior derogat legi priori. Zazwyczaj ustępuje ona zasadzie lex specialis derogat legi generali, lecz niekiedy całościowy kontekst obydwu przepisów o zachodzących na siebie hipotezach wskazuje na brak podstaw do opierania wykładni wyłącznie na formalnym pozostawieniu przez ustawodawcę w mocy przepisu starszego o hipotezie objętej zakresem przepisu nowego. Nic nie wskazuje na zamiar ustawodawcy uregulowania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego za dzieło lub roboty budowlane wg zasad odrębnych od innych przypadków zmiany przez sąd umówionej wysokości świadczenia określonych w art. 357¹ K.c. Jak wyżej wskazano zakres stosowania (hipoteza) art. 632 § 2 K.c. jest w całości objęty hipotezą art. 357¹ K.c. Pozostawienie art. 632 § 2 K.c. w mocy mimo wprowadzenia do K.c. ogólniejszego art. 357¹ K.c. nie świadczy o zamiarze odrębnego uregulowania umów o dzieło z wynagrodzeniem ryczałtowym. Dyspozycja art. 357¹ K.c. jest znacznie bardziej szczegółowa od dyspozycji art. 632 § 2 K.c. Art. 357¹ K.c. nakazuje przy oznaczaniu wysokości świadczenia rozważenie interesów stron zgodnie z zasadami współzycia społecznego.

Zdaniem Sądu I Instancji, wykluczone jest, aby przy podwyższaniu wynagrodzenia na podstawie art. 632 § 2 K.c. (zarówno przed wprowadzeniem do K.c. art. 357¹ jak i po) sąd nie rozważał interesów obydwu stron i aby czynił to z pominięciem zasad współzycia społecznego. Art. 632 § 2 K.c. przewiduje wyłącznie podwyższenie wynagrodzenia lub rozwiązanie umowy. Art. 357¹ K.c. poza ingerencją w wysokość świadczenia dopuszcza także zmianę sposobu jego spełnienia (np. w przypadku świadczeń pieniężnych może to być odroczenie płatności z oprocentowaniem ustalonym przez sąd). Elastyczne sformułowanie art. 357¹ K.c. umożliwia uwzględnienie specyfiki każdej umowy. Wg Sądu Okręgowego wprowadzenie art. 357¹ K.c. nie zmieniło treści klauzuli rebus sic stantibus obowiązującej od dawna w odniesieniu do umów o dzieło z wynagrodzeniem ryczałtowym (poza dopuszczeniem obniżenia wynagrodzenia na żądanie zamawiającego). Nowelizacja z 1990r. rozszerzyła tylko tę klauzulę na wszystkie umowy i zmieniła jej sformułowanie w sposób umożliwiający jej stosowanie do umów innych niż o dzieło.

Zdaniem Sądu Okręgowego art. 144.1 p.z.p. nie stanowi podstawy do wydania przez sąd orzeczenia zmieniającego umowę, a jedynie podstawę do stwierdzenia przez sąd ważności lub nieważności zmiany wprowadzonej zgodnie przez strony po rozstrzygnięciu przetargu (wyrok SN z 16 maja 2007r., III.CSK.452/06, Lex 334987). Żaden przepis Prawa zamówień publicznych nie wyłącza stosowania art. 357¹ K.c. Strona objęta obowiązkiem stosowania przetargu publicznego ma prawo w razie ziszczenia się przesłanek zawrzeć umowę o podwyższeniu wynagrodzenia. W razie zawarcia takiej umowy, a następnie sporu o jej ważność, sąd oceniałby ważność podwyższenia właśnie na podstawie art. 144 p.z.p. stosując kryteria wyprowadzone z art. 632 § 2 lub 357¹ K.c. (tak samo powołany wyżej wyrok SN z 16 maja 2007r.).

Wzrost kosztów o 48% od chwili zawarcia umowy do oddania obiektu nie może zostać uznany za możliwy do przewidzenia.

Warunkiem koniecznym zmiany wysokości świadczenia przez sąd mimo sprzeciwu jednej ze stron umowy jest groźba rażącej straty. Racjonalny przedsiębiorca nie może zakładać, że każdy kontrakt zakończy zyskiem. W każdej konkurencyjnej branży nawet przy umowie należycie uwzględniającej interesy obydwu stron zdarza się splot okoliczności, na skutek których jedna ze stron nie osiąga zysku. Tylko w branżach zmonopolizowanych lub w których

chwilowo występuje duża nadwyżka popytu nad podażą wykonawca może pozwolić sobie na żądanie wynagrodzenia gwarantującego mu zysk nawet w razie niekorzystnego zbiegu okoliczności. W branżach konkurencyjnych wykonawca musi akceptować swoją marżę (zakładaną stopę zysku) na tyle niską, że w niektórych przypadkach zmiana okoliczności prowadzi do straty zamiast do nawet niewielkiego zysku. W dłuższej perspektywie swobodna wymiana rynkowa prowadzi do marży, przy której regularnie zdarzają się kontrakty ze stratą, lecz kontrakty zyskowe przeważają wystarczająco, aby zapewnić średnią stopę zysku powyżej stopy zysku osiągniętej na bezpiecznych inwestycjach finansowych (np. lokatach lub obligacjach rządowych).

Stratą rażącą jest strata niezdarzająca się w toku normalnej działalności gospodarczej. Wg. pozwanego stratę powoda na wykonaniu zamówienia należy odnieść do jego obrotów lub zysku w ogóle, gdyż nie jest rażącą stratą niewielka w stosunku od obrotów lub zysków wykonawcy. Jednakże oceniając, czy dana strata jest normalna w danej branży, należy uwzględnić tylko wielkość kontraktu. Swobodna wymiana rynkowa prowadzi do ujednoczenia cen i wynagrodzeń, a tym samym do ujednoczenia marż (chyba że dany przedsiębiorca ma możliwości osiągnięcia niższych kosztów niedostępne konkurentom - np. niedostępna innym technologii). Zatem w dłuższej perspektywie na rynku ustala się marża charakterystyczna dla danego rodzaju kontraktu - zależna tylko od ryzyka związanego z tym rodzajem zamówienia. Skoro marża ustala się na pewnym poziomie wyrażonym ułamkiem umówionego wynagrodzenia, które z kolei co do zasady jest rynkową ceną przedmiotu zamówienia, to rażącą jest strata, której stosunek do wynagrodzenia przewyższa stosunek uważany w danej branży za normalnie zdarzającą się stratę - stosunek tej straty do obrotów lub zysków wykonawcy na innych kontraktach nie jest istotny.

Żadna ze stron nie wskazała, jaka strata (wyrażona jako ułamek wynagrodzenia) jest uważana za normalną w branży obejmującej sporne zamówienie. Pozwany zarzuca, że powód świadomie zaniżył swoją ofertę i od początku zakładał zażądanie podwyższenia wynagrodzenia. Powód złożył ofertę i zawarł umowę o wynagrodzenie 23.896.347,45 zł, a wg opinii osiedle wg cen z chwili zawarcia umowy można było wybudować za 23.088.930 zł osiągając przy tym 15% zysk. Zatem oferta nie był zaniżona i miała jeszcze margines na wzrost kosztów. Strata powoda wynosi wg jego obliczeń $36.069.36623.896.347/23.896.347 = 0,51$ (51%). Natomiast zakładając koszt budowy obliczony przez biegłego wg cen z III kw. 2008 roku 32.623.469 zł (bez 15% zysku) strata powoda wynosi 8.727.122 zł, tj. 37% wynagrodzenia brutto. Strata na poziomie 37% niewątpliwie jest rażąca. Wykonawcy robót tego rodzaju powinni zakładać, że czasami nie osiągną zysku, a nawet może dojść do straty na skutek wykonania kontraktu, lecz strata wielokrotnie przewyższająca normalną marżę (15%) nie jest normalną stratą.

Wg pozwanego, aby ocenić stratę jako rażącą należy ją odnieść do całkowitych obrotów lub zysków wykonawcy. W wyroku z 15 listopada 2006r. (V.CSK.251/06, Lex 278677) Sąd najwyższy uznał, że samą wielkość straty należy zbadać wyłącznie o oparciu o kalkulację konkretnej umowy. Natomiast ocena, czy jest ona rażąca, może zależeć od rozmiarów przedsiębiorstwa. Ta ostatnia teza jest zdaniem Sądu Okręgowego błędna. Istotnie, jak wskazał Sąd Najwyższy, ta sama kwota może nie mieć znaczenia dla dużego przedsiębiorcy i mieć duże znaczenie dla małego. Jednakże okoliczność ta nie jest istotna przy ocenie, czy wykonanie umowy grozi rażącą stratą, lecz jest istotna przy ocenie, jak skutki nadzwyczajnej zmiany stosunków rozłożyć między obydwie strony umowy (zob. niżej).

Pacta sunt servanda jest podstawową zasadą prawa cywilnego. Możliwość zmiany wysokości świadczenia wbrew woli zamawiającego jest wyjątkiem od tej zasady. W braku tej możliwości wykonawca ponosiłby wszelkie następstwa niespodziewanych zmian cen na rynku (chyba, że klauzula rebus sic stantibus została zawarta w samej umowie). Dopuszczenie do podwyższenia wynagrodzenia przez sąd nie powinno prowadzić do rezultatu całkowicie odwrotnego, tj. obciążenia w całości zamawiającego skutkami niespodziewanych zmian. Art. 357¹ K.c. wprost nakazuje rozważenie interesów obydwu stron, co jak wyżej wskazano - należy czynić także w razie podwyższania wynagrodzenia na podstawie art. 632 § 2 K.c. Zatem skutki niespodziewanych zmian powinny ponieść obydwie strony i należy rozważyć jedynie udział obydwu stron w stracie spowodowanej nadzwyczajną zmianą stosunków.

Nakazując rozważenie interesów obydwu stron ustawodawca przesądził obciążenie skutkami zmiany stosunków obydwu stron i pozostawił orzecznictwu określenie stopnia udziału w stracie każdej ze stron umowy.

Najwłaściwszym kryterium udziału stron w nadzwyczajnej stracie jest zdaniem Sądu I Instancji wielkość przedsiębiorstwa. Im mniejszy jest stosunek niespodziewanej straty do całkowitych obrotów przedsiębiorcy, tym mniej dotkliwa jest strata. Zatem co do zasady strony umowy powinny uczestniczyć w nadzwyczajnej stracie w takim stosunku, w jakim pozostają ich obroty (przychody), tzn. ułamek wyrażający udział strony umowy w stracie powinien co do zasady być równy stosunkowi obrotów tej strony do sumy obrotów obydwu stron. W powołanym wyżej wyroku z 15 listopada 2006r. SN wskazując, że oceny straty jako rażącej należy dokonywać w odniesieniu do wielkości firmy zwrócił uwagę na istotne znaczenie stosunku wielkości obydwu stron umowy, a najlepszym miernikiem "wielkości" przedsiębiorcy są jego obroty.

Jednakże w niniejszej sprawie tylko wykonawca jest przedsiębiorcą. Inwestor jest gminą. Zastosowanie bez modyfikacji przedstawionej wyżej zasady, iż skutki nadzwyczajnej zmiany stosunków obciążają obydwie strony proporcjonalnie do "wielkości" strony, w przypadku zamawiającego będącego dużym miastem - jak pozwany - zawsze prowadziłaby do obciążenia miasta niemal całością skutków zmiany. Dlatego sąd za miarodajny miernik "wielkości" pozwanego zamawiającego uznał budżet (sumę wydatków) pozwanego na cele objęte zamówieniem wykonanym przez powoda. Ponieważ w przypadku pozwanego sąd uwzględniał wydatki (a nie przychody), także co do powoda sąd uwzględnił wydatki (koszty) w zakresie produkcji budowlano-montażowej. Suma budżetu pozwanego na pozyskiwanie lokali w latach 2005-2008 i kosztów powoda w zakresie produkcji budowlano-montażowej w tym samym okresie wynosi 477.583.099 zł - wydatki powoda stanowią 86% tej sumy, a pozwanego 14%.

Dlatego sąd uznał, że sprawę należy rozstrzygnąć tak, jak w sporze dwóch przedsiębiorców, gdy wykonawca jest $86/14 = 6,14$ razy "większy" od inwestora. Przy takiej dysproporcji wielkości stron umowy wykonawcy przysługuje od inwestora wyrównanie tylko 14% poniesionej straty.

Sąd brał pod uwagę argument, że właścicielem obiektu jest inwestor, który w pewnym sensie jest wzbogacony, gdyż na skutek wzrostu kosztów otrzymał obiekt wart więcej, niż umówione wynagrodzenie (ściślej: pozwany był wzbogacony w chwili odbioru obiektu we wrześniu 2008r., gdyż później ceny spadły). Jednakże w wielu sytuacjach to wykonawca jest wzbogacony na skutek wzrostu cen - jeżeli wykonawca zaopatrzy się w materiały przed wzrostem cen (ew. zawrze odpowiednie kontrakty terminowe), a umowę, w trakcie której zużyje te materiały, zawrze już po wzroście cen, to będzie "wzbogacony" kosztem swoich dostawców. Dlatego dzieląc skutki nadzwyczajnego wzrostu cen między wykonawcę i inwestora należy uwzględniać "wielkość" obydwu firm. Duży wykonawca podejmując się robót na rzecz małego inwestora musi liczyć się z tym, że inwestor w znikomym stopniu zwiększy umówione wynagrodzenie. W niniejszej sprawie powód oceniając wielkość zamówienia dla pozwanego powinien brać pod uwagę jego budżet na pozyskiwanie lokali, a nie cały budżet miasta. W okolicznościach niniejszej sprawy sąd nie dostrzegł faktów przemawiających za odstępstwem od zasady partycypacji w stracie proporcjonalnie do budżetów stron na cele objęte spornym zamówieniem. Także okoliczność, że zamówienie zostało udzielone w wyniku przetargu publicznego przemawia za obciążeniem przede wszystkim wykonawcy skutkami nieprzewidzianego wzrostu cen.

Postanowieniem z 3 lipca 2009r. [k.320] sąd zwrócił stronom uwagę na okoliczność, że skutki nadzwyczajnej zmiany stosunków zawsze obciążają obydwie strony i umożliwił stronom przedstawienie swoich poglądów w tej mierze.

Art. 632 § 2 K.c. nakazuje uwzględnianie tylko straty - bez utraconego zysku. Dlatego należy obliczyć udział stron w stracie obliczonej jako różnica kosztu wybudowania osiedla i otrzymanego wynagrodzenia. Sąd uwzględnił typowy koszt obliczony przez biegłego na sumę 32.623.469 zł brutto, gdyż nie jest możliwe sprawdzenie wydatków poniesionych rzeczywiście przez powoda. Ponadto nawet jeżeli wydatki powoda były wyższe, to pozwanego nie może obciążać zła organizacja pracy w przedsiębiorstwie powoda. Tak obliczona strata powoda wynosi 8.727.122 zł, a przypadająca na pozwaną gminę część tej straty w wysokości 14% wynosi 1.221.797 zł.

Powód budował osiedle przez 3 lata i w celu ścisłego obliczenia typowego kosztu budowy biegły musiałby sporządzić 12 kosztorysów wg cen z 12 kwartałów, a następnie przyjąć założenia co do ułamkowych części inwestycji wykonanych w poszczególnych kwartałach. Podwyższenie wynagrodzenia na podstawie art. 632 § 2 K.c. zawsze jest szacunkowe i ma tylko zmniejszyć rażącą stratę wykonawcy. Dlatego nie jest konieczne tak ścisłe obliczanie wzrostu kosztów

i wystarczyło przyjęcie cen z chwili zakończenia budowy. Sąd częściowo uwzględnił okoliczność, że powód ponosił koszty budowy w 3-letnim okresie poczynając od III kw. 2005 roku, gdy poziom cen był niższy o 32%, w ten sposób, że zaokrąglił przysługujące powodowi podwyższenie wynagrodzenia w dół do 1.200.000 zł (cena wynikowa wyższa o 48% w stosunku do ceny wyjściowej oznacza, że cena wyjściowa jest niższa o 32% w stosunku do ceny wynikowej [0,48/1,48=0,32]).

Sąd uwzględnił stratę brutto, gdyż w razie uprawomocnienia się wyroku obowiązkiem powoda będzie wystawienie faktury korygującej zawierającej Vat.

Pozwany kwestionował legitymację czynną Biura (...) Sp. z o.o., gdyż spółka ta nie wykonywała tylko projekt i nie poniosła straty na pracach projektowych. Przewidziana w art. 509 K.c. możliwość zbycia wierzytelności bez zgody dłużnika obejmuje także rozporządzenie polegające na „uwspólnieniu” wierzytelności, tj. uczynieniu współwierzycielem innego podmiotu - za zgodą tego podmiotu, lecz bez zgody dłużnika. Dlatego nie jest istotne, który z wykonawców poniósł stratę - miał on prawo uczynić współwierzycielem drugiego wykonawcę bez zgody zamawiającego.

Ponadto w umowie z pozwanym powodowie wspólnie zostali określani jako wykonawca i przysługuje im wspólne wynagrodzenie. Podział umówionego z pozwanym wynagrodzenia jest wewnętrzną sprawą powodów. Ponieważ powodowie żądali wyłącznie podwyższenia wynagrodzenia określonego w § 3.1 p.2 umowy, tj. za samo wykonanie osiedla (bez projektu), co wykonał wyłącznie (...) S.A., sąd obliczając sumę podwyższenia uwzględniał wyłącznie stratę i wielkość tego powoda. Jednakże suma 1.200.000 zł przysługuje wspólnie powodom i ich sprawą jest podział tej sumy.

W chwili wniesienia pozwu budowa nie była zakończona i suma podwyższenia nie była jeszcze wymagalna. Dlatego powód wniósł tylko wydanie orzeczenia konstytutywnego podwyższającego wynagrodzenie. W toku sprawy całe wynagrodzenie stało się wymagalne i powód mógł żądać zasądzenia sumy podwyższenia razem z żądaniem podwyższenia wynagrodzenia. Na podstawie mającego zastosowanie w niniejszej sprawie uchylonego art. 479 (4) K.p.c. zmiana okoliczności sprawy w toku procesu czyniła dopuszczalnym zmianę żądania tego rodzaju, co powodowie uczynili ustnie w mowie końcowej [k.600].

Biegły obliczył, że od zawarcia umowy do jej zakończenia wzrost cen spowodował wzrost kosztów budowy o 48%. W celu uniknięcia czasochłonnej opinii post. 3 lipca 2009r. [k.320] sąd proponował oparcie rozstrzygnięcia na ogłaszającym przez GUS wskaźniku w postaci ceny 1 m² powierzchni użytkowej w budownictwie mieszkaniowym. Dostrzegając, że zmiany tego wskaźnika tylko w przybliżeniu odzwierciedlają zmiany kosztów budowy spornego osiedla, powodowie w celu uniknięcia opinii pismem z 17 lipca 2009r. [k.335] wyrazili zgodę na uznanie tego wskaźnika za przybliżoną miarę wzrostu kosztów. Natomiast pozwany pismem z 28 lipca 2009r. [k.322] uznał wskaźnik za niemiarodajny. Jednakże wg wskaźnika GUS [k.379] cena 1 m² w M. wzrosła od 2.271 zł w III kw. 2005r. od 3.130 zł w III kw. 2008r., tj. o 38% (wg opinii o 48%). Zatem pozwany bezpodstawnie odmawiał wskaźnikowi GUS waloru adekwatności i spowodował niekonieczną opinię. Ponadto koszty opinii znacznie wzrosły na skutek objęcia nią także zarzutu pozwanego, iż powód zawyżył koszty budowy osiedla, co także okazało się zarzutem bezpodstawnym. Dlatego na podstawie art. 103 K.p.c. koszty opinii w całości obciążają pozwanego. Przegranie przez powodów sprawy w 85% wynika z przyjęcia przez sąd zasady podziału skutków wzrostu cen między obydwie strony, lecz postępowanie dowodowe w całości potwierdziło tezy powodów. Biorąc powyższe pod uwagę na podstawie art. 83.2 u.k.s.c. sąd obciążył pozwanego kosztami opinii niepokrytymi z zaliczek stron.

Pozwany ocenił swoje koszty zastępstwa na 39.600 zł [k.596] i sąd podzielił tę ocenę nakładu pracy w sprawie. Sąd ocenił, że nakład pracy związany z udziałem w postępowaniu dowodowym, które potwierdziło tezy powodów, odpowiada dwukrotnej stawce minimalnej 14.400 zł i ta suma przysługuje powodom od pozwanego. Pozostałe koszty zastępstwa w wysokości 25.200 zł należy rozliczyć zgodnie z wynikiem sprawy. Pozwany wygrał w 85%. Po skompensowaniu z 15% należnymi powodom pozwanemu przysługuje 70% z 25.200 zł. Powodom przysługuje zwrot opłat od pozwu, apelacji i skargi kasacyjnej obliczonych od sumy zasądzonej sumy 1.200.000 zł, tj. 180.000 zł (3 x 60.000 zł), a ponadto zwrot zaliczki na biegłego 23.000 zł. Wykonując prawomocne wyroki SO w Krakowie z 16

listopada 2007r. [k.129] i SA w Krakowie z 5 lutego 2008r. [k.192] powodowie zapłacili pozwanemu przyznane w tych wyrokach koszty 19.800 zł. W mowie końcowej powodowie wniesli o zwrot kosztów uiszczonych za obydwie instancje [w protokole pisemnym k.600 protokolant ujął tylko sumę 14.400 zł za I instancję] i na podstawie art. 39815 § 1 w zw. z art. 415 K.p.c. żądanie to jest uzasadnione. Ostatecznie zdaniem Sądu Okręgowego, powodom na podstawie art. 98 i 100 K.p.c. jako wierzycielom do niepodzielnej ręki przysługuje $14.400 + 180.000 + 23.000 + 19.800 - 17.640 = 219.560$ zł, po zaokrągleniu 220.000 zł.

Apelację od tego wyroku wniosły obie strony:

Strona pozwana zaskarżyła wyrok w części w punktach: 1, 3 i 4, zarzucając mu:

1. naruszenie prawa materialnego przez niewłaściwe jego zastosowanie i nieprawidłową wykładnię, w szczególności naruszenie przepisów art. 632 § 2 k.c. poprzez:

- uznanie, iż w latach 2005 - 2008 zaszły na rynku budowlanym „zmiany stosunków, których nie można było przewidzieć”, opierając się przy tym na ustalonym w opinii biegłego wzroście kosztów budowy o 48%, podczas gdy są to koszty jedynie hipotetycznie wyszacowane, nie odnosząc zaś „zmian stosunków” do czynników obiektywnych,

- błędne przyjęcie, iż za podstawę rozstrzygnięcia należy przyjąć twierdzenie, że „Wzrost kosztów o 48% czego od chwili zawarcia umowy do oddania obiektu nie może zostać uznany za możliwy do przewidzenia”,

- wystąpiła po stronie powodów groźba „rażącej straty”, podczas gdy w ocenie pozwanej Gminy przesłanka ta nie została wykazana,

2. naruszenie przepisów prawa procesowego w szczególności art. 233 k.p.c, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, poprzez oparcie wyroku na błędnej i nierzetelnie sporządzonej opinii biegłego.

Na tej podstawie wniosła o zmianę zaskarżonego orzeczenia i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powodów na rzecz pozwanej Gminy K. odpowiednich kosztów zastępstwa procesowego za I i II instancję.

Powodowie zaskarżyli wyrok w części oddalającej powództwo oraz zasądzającej koszty procesu, zarzucając:

1/ błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na jego treść, polegający na bezpodstawnym uznaniu, że treść opinii biegłego określa zysk powodów z umowy z dnia 19 września 2005 roku na poziomie 15%, podczas gdy prawidłowa analiza całokształtu zgromadzonego w niniejszej sprawie materiału dowodowego nie pozwala na takie ustalenia;

2/ naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy polegające na:

- naruszeniu art. 328 §2 k.p.c. poprzez niewyczerpujące wskazanie podstawy faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia, w tym w szczególności niewystarczające wskazanie przyczyn, dla których Sąd nie uwzględnił stanowiska oraz dowodów przedłożonych przez powodów w zakresie sposobu ustalania rozkładu ryzyka pomiędzy strony, jak też brak określenia metod i sposobu dokonanej oceny dowodów zebranych w celu wyboru kryteriów stanowiących podstawę do ustalenia udziału stron w nadzwyczajnej stracie,

- naruszeniu art. 98 i art. 100 k.p.c. - poprzez błędne ustalenie kosztów procesu za I instancję, w tym pominięcie niezbędnych kosztów przejazdów strony i jej pełnomocników do sądu, jak też błędne rozstrzygnięcie o kosztach procesu za postępowania prowadzone przed Sądem Apelacyjnym oraz Sądem Najwyższym;

3) rażąco naruszenie przepisów prawa materialnego:

- art. 357¹ k.c. w związku z art. 632 §2 k.c, poprzez błędną ich wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, wskutek przyjęcia nieprawidłowych kryteriów dla ustalenia „wielkości” podmiotów służącej za podstawę określenia stosunkowego

udziału stron w powstałej stracie oraz zestawienia wskaźników, które nie mogły być porównywane, ponieważ nie stanowią swoich odpowiedników w strukturze finansów stron,

- art. 357¹ k.c. w związku z art. 632 § 2 k.c. i w związku z art. 32 ust. 1 i 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, wobec nieprawidłowego rozważenia przez Sąd I instancji interesów stron i rozstrzygnięcie sprawy w oparciu o dodatkowe kryterium podmiotowe, z rażącym naruszeniem zasady równości stron i bezzasadnym uprzywilejowaniem pozwanej jako jednostki samorządu terytorialnego zarówno w stosunkach cywilnoprawnych, jak i postępowaniu cywilnym, co w konsekwencji narusza konstytucyjną zasadę równości wobec prawa oraz bezstronności sądu w postępowaniu sądowym.

Wskazując na powyższe wnieśli o zmianę wyroku w zaskarżonym zakresie oddalającym powództwo (pkt 2) poprzez podwyższenie wynagrodzenia powodów o kwotę 6.476.051,70 zł oraz zasądzenie tej kwoty od pozwanej na rzecz powodów oraz orzeczenie o kosztach postępowania za wszystkie instancje według norm przepisanych, ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia żądania wskazanego powyżej, wnieśli uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w uchylonym zakresie Sądowi Okręgowemu w Krakowie do ponownego jej rozpoznania wraz z rozstrzygnięciem o kosztach instancji odwoławczej.

Sąd Apelacyjny w Krakowie, po rozpoznaniu apelacji obu stron zważył, co następuje:

Apelacja strony pozwanej jest bezzasadna, natomiast apelacja powodów jest częściowo uzasadniona.

Sąd I Instancji poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, które Sąd Apelacyjny przyjął za swoje oraz trafnie zastosował przepisy prawa procesowego, a także materialnego, poza art. 632 § 2 K.c. w zw. z art. 357¹ K.c. w części dotyczącej proporcji rozkładu ryzyka stron w związku ze zmianą stosunków gospodarczych. W ocenie Sądu Apelacyjnego, obie strony powinny w częściach równych ponosić to ryzyko.

Nie ma racji strona pozwana, zarzucając naruszenie art. 632 §2 k.c. mające polegać na błędnym przyjęciu przez Sąd I instancji istnienia przesłanek zastosowania art. 632 § 2 k.c. Pozwana opiera zarzuty kwestionując opinię biegłego, z którą się nie zgadza. Jednak w toku postępowania w zakresie dotyczącym opinii biegłego pozwana nie podważyła obiektywizmu i rzetelności opinii, bowiem na wszystkie przedstawione przez pozwaną wątpliwości, biegły udzielił logicznych i wyczerpujących odpowiedzi.

Nie można podzielić stanowiska strony pozwanej, która uznaje za nieracjonalne oparcie wyroku Sądu na wskaźniku wzrostu kosztów ustalonego przez biegłego na poziomie 48 %. Pozwana nie przeciwstawiła w postępowaniu dowodowym żadnej argumentacji, której biegły nie był w stanie racjonalnie i rzetelnie wyjaśnić, a przy tym swoje wywody opierała wyłącznie o fakty i okoliczności, które obowiązana była zgłosić na wcześniejszym etapie postępowania.

Sąd w swej ocenie wziął pod uwagę zarówno grożącą (wykazaną) powodom stratę, jak też fakt, że zmiana stosunków miała charakter powszechny (ogólnokrajowy), a nie jednostkowy, zasadnie okoliczności te oceniając i porównując obiektywne wskaźniki.

Należy mieć na uwadze, że w art. 632 §2 k.c. ustawodawca przewidział dwa odrębne czynniki, groźbę rażącej straty oraz zmianę stosunków, której nie można było przewidzieć. Wysokość rażącej straty jest z założenia czym innym niż wartość zmiany stosunków, co wyraża się w tym, że nawet wysoka strata strony nie daje podstaw zastosowania przepisu w sytuacji braku wystarczającego poziomu zmiany stosunków i odwrotnie. Zatem nie można utożsamiać tych dwóch czynników. W tej sytuacji, ustalona przez Sąd procentowa wartość zmiany stosunków (48%) oraz wysokość rażącej straty (37%) korespondują z poczynionymi przez powodów założeniami co do przewidywanego wzrostu cen, które stron, przygotowując ofertę, oceniła na 9,397%. Strona była w stanie przewidzieć zmianę na poziomie ok. 10% i taka

też jest różnica pomiędzy poniesioną stratą a wartością zmiany stosunków, o czym szerzej w dalszej części pisma. Zatem nie można porównywać straty jako relacji kosztów budowy wg. cen z 2008 roku do wynagrodzenia umownego.

Nie można też zgodzić się z zarzutem strony pozwanej odnośnie kosztów robocizny. Wszak zarówno ceny materiałów jak i robocizny są regulowane na zasadach wolnego rynku, a nie sterowane przez wykonawców. W sprawie w sposób niewątpliwy wykazano, że ceny robocizny na rynku usług budowlanych wzrastały analogicznie, co ceny materiałów budowlanych.

Podobnie należy ocenić kwestię kosztów ogólnych, wszak zwiększanie wartości pozostałych czynników produkcji ma zawsze przełożenie na wzrost kosztów ogólnych. Jak wynika z opinii biegłego, np. drożące paliwa mają wpływ nie tylko na koszty eksploatacji pojazdu, ale przekładają się także na ceny transportowanych dóbr.

Niewątpliwie powodowie ponieśli rażącą stratę, co wynika z opinii biegłego i przedstawionych dokumentów. Niezasadne jest stanowisko strony pozwanej, co do odrębnego ustalania wzrostu kosztów ponad poziom, jaki był do przewidzenia. Nie zachodzi bowiem żadna nieprawidłowość w opinii biegłego i ustaleniach Sądu. Kwestionowany wskaźnik 1,3% przewidywanego średniego wzrostu cen nie był przez powodów wyliczony dla poszczególnych kwartałów, lecz półroczy. Kwestia wyliczeń matematycznych była już wyjaśniana w toku sprawy. Powodowie już w pozwie wykazali, że w okresie poprzedzającym chwilę złożenia oferty, ceny materiałów i usług na rynku budowlanym wahały się z tendencją spadkową. Zatem wyliczony wskaźnik straty powodów na 37 % odpowiada różnicy 48 % wzrostu cen i przyjętych przez powodów prognoz na poziomie 9,397 %.

Pozwana jako organizator przetargu miała możliwość badania ofert, również pod kątem, ewentualnego rażącego zniżenia cen (art. 89 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Globalny wzrost kosztów w budownictwie o 48% jest czynnikiem obiektywnym, który dotknął wszystkich wykonawców budowlanych.

Sąd Apelacyjny podziela też stanowisko Sądu I Instancji, że w sprawie nie było koniecznym precyzyjne wyliczenie wysokości wynagrodzenia - dla potrzeb ustalania czy spełniona zostaje przesłanka istotności zmiany stosunków z art. 632 §2 K.c. jest to okoliczność wtórna, tj. ustalana dopiero po wykazaniu zaistnienia zmiany stosunków i wystąpienia rażącej straty (bądź jej groźby), w zestawieniu z osiągniętym przez stronę wynikiem na danym obiekcie.

Opinia biegłego wykazała istotność wzrostów cen na rynku i wysokość straty powodów. Niepoparte żadnym dowodem są zarzuty pozwanej dotyczące przyjęcia przez biegłego założeń z projektu budowlanego. Biegły w czasie rozprawy wyjaśnił wszelkie wątpliwości pozwanej, dowodząc ich niezasadności.

Niezasadne jest kwestionowanie przyjęcia przez biegłego nakładów na każdy z budynków. Biegły wyjaśniał w sprawie, że nawet stosowanie zamienników materiałowych powoduje jedynie przesunięcie kosztów z jednej pozycji do innej (z pozycji materiałów do pozycji robocizny lub odwrotnie), a nie ich zniesienie lub zmianę, gdyż konkretne roboty zostały wykonane i ta wartość nie ulega zmianie. Dotyczy to zwłaszcza kwestionowanej przez pozwaną zamiany elementów „lanych” na prefabrykowane. Różnica wyższej ceny zakupu materiału - gotowego prefabrykatu kompensowana jest adekwatnym obniżeniem kosztów jego transportu i zabudowy, tak że w ostatecznym rozrachunku nie ma to znaczenia dla wyniku sprawy. Biegły udokumentował w sposób precyzyjny przebieg procesu powstawania opinii i wywodzenia wniosków oraz odparł zarzuty pozwanej na rozprawie.

Odnośnie uzupełnienia apelacji pozwanej w piśmie z dnia 2 kwietnia 2013 r, wskazać, należy, że niezasadne jest twierdzenie pozwanej, że wynagrodzenie powodów z tytułu umowy objętej pozwem uległo podwyższeniu do kwoty 25.002.071,40 złotych. Wszak wynagrodzenie za wykonanie robót dodatkowych nie jest objęte tym postępowaniem. Stanowisko pozwanej nie jest uzasadnione w świetle wyjaśnień biegłego.

Natomiast należy częściowo zgodzić się z argumentami powodów odnośnie zarzutu naruszenia art. 632 §2 k.c. w zw. art. 357¹ K.c. , poprzez błędną ich wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, wskutek przyjęcia nieprawidłowych kryteriów dla ustalenia „wielkości” podmiotów służącej za podstawę określenia stosunkowego udziału stron w powstałej stracie oraz zestawienia wskaźników, które nie mogły być porównywane, ponieważ nie

stanowią swoich odpowiedników w strukturze finansów stron oraz art. 357¹ k.c. w związku z art. 632 § 2 k.c., wobec nieprawidłowego rozważenia przez Sąd I instancji interesów stron i rozstrzygnięcie sprawy w oparciu o dodatkowe kryterium podmiotowe, z rażącem naruszeniem zasady równości stron i bezzasadnym uprzywilejowaniem pozwanej jako jednostki samorządu terytorialnego.

Sąd pierwszej instancji poczynił prawidłowe ustalenia dotyczące wykazania przez powodów faktu wystąpienia nadzwyczajnej zmiany stosunków (wzrost kosztów realizacji inwestycji o 48%) oraz faktu wystąpienia rażącej straty po stronie powoda. Uznając za wykazane twierdzenie o braku możliwości przewidzenia wystąpienia nadzwyczajnej zmiany stosunków Sąd prawidłowo ustalił, iż powodowie wykazali wszystkie przesłanki określone w art. 632 § 2 oraz art. 357¹ kc.

Sąd Apelacyjny nie podziela zarzutu powodów, co do niezasadnego przyjęcia, że wartości zysku, bowiem Sąd oparł się na wskazaniach biegłego.

Natomiast za nieprzekonujące Sąd Apelacyjny uznał reguły, jakie Sąd Okręgowy wprowadził celem dokonania podziału ryzyka zaistniałej straty pomiędzy stronami postępowania, czym dopuścił się naruszenia art. 357¹ kc w zw. z art. 632 § 2 kc poprzez jego nieprawidłową wykładnię. Opierając się o orzecznictwo Sądu Najwyższego (wyrok z 15 listopada 2006 r. sygn. V CSK 251/06) Sąd uznał, iż zasadnym kryterium udziału stron w stracie jest wielkość przedsiębiorstwa, tj. wielkość obrotów (przychodów). Jednocześnie jednak Sąd stwierdził, iż w przedmiotowej sprawie zasada ta musi ulec modyfikacji, ponieważ w przeciwnym razie porównanie powoda, będącego przedsiębiorstwem do pozwanego - będącego dużym miastem, będzie zawsze prowadzić do wniosku, że miasto powinno być obciążone ryzykiem wystąpienia straty w przeważającej części. Aby takiej sytuacji „uniknąć” Sąd postanowił zestawić wskaźniki w postaci sumy wydatków pozwanej na budownictwo mieszkaniowe w latach 2005 - 2008 do sumy wydatków (kosztów) powoda (...) S.A. poniesionych w zakresie produkcji budowlano - montażowej. W ten sposób Sąd dokonał ustalenia, że przedsiębiorstwo powoda jest podmiotem ok. 6,14 razy „większym” od pozwanego.

Takie rozstrzygnięcie w ocenie Sądu Apelacyjnego narusza zasady określone w art. 357¹ kc, który mówi o obowiązku brania pod uwagę interesów stron oraz zasad współzycia społecznego. Nie uwzględnia też zasad wskazanych w przytoczonym orzeczeniu Sądu Najwyższego z 15 listopada 2006 r. Należy zatem zgodzić się z apelującymi powodami, że Sąd dopuścił się naruszenia zasady równości podmiotów wobec prawa. Nie można bowiem modyfikować ogólnie przyjętej zasady ustalania podziału ryzyka „po połowie”, bez szczególnych przyczyn, gdyż w rezultacie, jedna ze stron byłaby pokrzywdzona, ponieważ zostałaby obciążona ryzykiem niemal w całości.

Porównanie wielkości stron, jako wyłączone kryterium podziału ryzyka ma sens wówczas, gdy obie strony są przedsiębiorcami, a zwłaszcza, działającymi w tej samej branży. Porównywanie wielkości budżetu jednostki samorządu terytorialnego, zwłaszcza dużego miasta z wielkością obrotów przedsiębiorstwa budowlanego jest zawodne.

Mają racje powodowie, że pozwana gmina posiada niewątpliwie większy majątek niż powodowie, ale też zupełnie inne są jej zadania i Gmina ma ograniczoną swobodę w dysponowaniu swoim majątkiem i dochodami. Gminy wręcz nie mogą zajmować się bezpośrednio działalnością gospodarczą i z tego powodu nie można ich uznawać za profesjonalistów w tej dziedzinie. Z drugiej strony dysponują poważnym potencjałem kadrowym, finansowym i organizacyjnym, który mogą w pewnym zakresie przeciwstawić profesjonalizmowi zawodowemu istniejącemu po stronie powodów. Sąd Apelacyjny miał na uwadze, że od powodów należało wymagać więcej profesjonalizmu w zakresie przewidywania skutków podpisania wieloletniej umowy o wykonanie robót budowlanych, co przemawia za większym obciążeniem ryzyka, a z drugiej to, że ostatecznie to Gmina K. zatrzymuje wykonany przedmiot umowy, który na skutek przedstawionego wzrostu cen zyskał na wartości. Wążąc zatem interesy stron i zasady współzycia społecznego, Sąd Apelacyjny uznał, że strony po połowie powinny ponieść skutki zmiany stosunków gospodarczych, uznając, że brak podstaw do większego obciążenia tym ryzykiem jednej ze stron strony.

Mając powyższe na uwadze Sąd uznał, że wniosek o zmianę orzeczenia i podwyższenie wynagrodzenia do kwoty 4.363.561 zł wraz zasądzeniem tej kwoty na rzecz powodów zasługuje na uwzględnienie.

Zatem orzeczono jak w sentencji wyroku na podstawie art. 386 § 1 kpc.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 kpc, dokonując ich stosunkowego rozdziału. Powodowie wygrali sprawę w 57 %, ale ponieśli o wiele większe wydatki (206.682 zł) wobec 20.038 zł strony pozwanej, a w drugiej instancji odpowiednio 60.078 zł i 28.122 zł. Nadto Sąd uwzględnił zapłaconą już przez powodów kwotę 19.800 zł.