

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 5 czerwca 2012 r. trzy spółki: (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P., (...) S.A. z siedzibą w K. (poprzednio (...) S.A. z siedzibą w K. – k. 1759) oraz (...) e (...) S.A. z siedzibą w P. w Portugalii wniosły o:

1) zmianę stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy pt. „Projekt i budowa autostrady (...) S.-K. na odcinku od km 431 + 500 do km 449 + 100” zawartej dnia 28 września 2009 r. przez powodów ze Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad, której przedmiotem było wykonanie robót, a która to umowa została następnie zmieniona przez aneks nr (...) z dnia 5 sierpnia 2010 r., aneks nr (...) z dnia 6 września 2011 r. oraz aneks nr (...) z dnia 16 kwietnia 2012 r., poprzez podwyższenie wysokości świadczenia z tytułu wynagrodzenia za wykonanie robót w ramach w/w umowy o kwotę (...)zł brutto ((...) zł netto),

2) zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów kosztów procesu.

W uzasadnieniu pozwu powodowie podali, że w dniu 31 marca 2009 r. pozwany opublikował ogłoszenie wszczynające postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „Projekt i budowa autostrady (...) S. – K. na odcinku od km 431+500 do km 449+100”. Wskazali jednocześnie, że każdy z powodów jest przedsiębiorcą budowlanym, działającym m.in. na rynku robót drogowych w zakresie dużych krajowych i europejskich projektów budownictwa drogowego. Powodowie podnieśli, że wspólnie zawiązali konsorcjum celem ubiegania się o ogłoszone przez pozwanego zamówienie publiczne. W dniu 14 sierpnia 2009 r. powodowie złożyli ofertę wykonania robót zawierającą wykaz cen poszczególnych elementów rozliczeniowych robót. Powodowie podali, że oferta była opracowana na podstawie szeregu założeń ekonomicznych, stanowiących podstawę do zaproponowanych w ofercie warunków biznesowych oraz do sporządzenia zawartego w niej kosztorysu ofertowego. Zgodnie z warunkami postępowania prowadzonego przez pozwanego, powodowie przeprowadzili swe kalkulacje według stanu na tzw. datę odniesienia, czyli datę o 7 dni wcześniejszą od daty wyznaczonej na przedłożenie oferty (pkt 1.1.3.1 warunków kontraktu). Przy wyliczaniu ceny ofertowej założone zostało uzyskanie „zysku i finansowania” na poziomie 1% tj. uzyskanie z realizacji kontraktu zysku w kwocie ok. 5 mln zł. Powodowie podali, że w dniu 28 września 2009 r. doszło do zawarcia kontraktu pomiędzy powodami a pozwanym. Oferta powodów została wybrana ze względu na najkorzystniejszą cenę, jednak cena zaproponowana przez kolejnego oferenta była wyższa jedynie o 1,5% i wynosiła (...) zł. Powodowie zaznaczyli, że różnica między dwoma najkorzystniejszymi dla zamawiającego ofertami wynosiła, więc tylko 7 milionów złotych.

Powodowie wskazali, że od dnia 5 października 2009 r. prowadzą budowę i realizują kontrakt.

Powodowie zaznaczyli, że zgodnie z § 3 ust. 1 kontraktu wszelkie prace projektowe i budowlane powinny zostać zakończone w terminie 32 miesięcy od daty rozpoczęcia określonej w powiadomieniu inżyniera, tj. do dnia 5 czerwca 2012 roku. Mimo zgłoszenia przez powodów w dniu 28 maja 2012 r. gotowości oddania obiektu do dnia 5 czerwca 2012 r. pozwany nie dokonał odbioru, w związku z czym nie doszło do zakończenia realizacji umowy. Powodowie podali również, że do dnia wniesienia pozwu pozwany nie wystawił powodom końcowego świadectwa przejścia (subklauzula 10.1), ani nie wystawił ostatecznego świadectwa płatności (subklauzula 14.13), jak również - co najważniejsze zdaniem powodów - nie zapłacił powodom za wykonane przez nich prace, w związku z czym w dniu wnoszenia niniejszego pozwu nie zostały jeszcze wykonane główne świadczenia pozwanego z tytułu umowy o roboty budowlane (dokonanie odbioru obiektu i zapłata wynagrodzenia - art. 647 k.c. in fine), a stosunek zobowiązaniowy trwa w kształcie przewidzianym przez umowę.

Powodowie oświadczyli, że w trakcie wykonywania umowy doszło do nadzwyczajnej zmiany stosunków powodującej, że spełnienie świadczenia wzajemnego zamawiającego - zapłaty wynagrodzenia - w wysokości wprost przewidzianej w treści kontraktu groziłoby wykonawcy poniesieniem rażącej straty. Jak podała strona powodowa, w trakcie okresu realizacji umowy nastąpił niespotykany wcześniej wzrost cen niezbędnych i najbardziej podstawowych surowców używanych przy realizacji robót: paliwa (wzrost ceny o ok. 40%) oraz asfaltu (wzrost ceny o ok. 77 %).

Strona powodowa podniosła, że ze względu na wyżej wskazany nadzwyczajny wzrost cen podstawowych surowców używanych przy budowie dróg powodowie ponieśli stratę w wysokości ponad 20 mln zł brutto, nie osiągając w żadnym stopniu zysku z kontraktu (który to zysk był planowany na kwotę ok. 5 mln zł). Zdaniem strony powodowej powyższe przemawia za rażącym charakterem straty grożącej powodom, gdyby świadczenia stron miały zostać spełnione w pierwotnej, niezmodyfikowanej i niedostosowanej do zmienionych warunków wysokości.

Powodowie podali jednocześnie, że ze względu na inne zdarzenia, które wystąpiły w trakcie procesu budowlanego, ponieśli oni również inne zwiększone koszty realizacji kontraktu w kwocie ok. 137 mln złotych, zaznaczając zarazem, iż roszczenia z tym związane stanowią przedmiot odrębnego sporu pomiędzy stronami.

Strona powodowa podała, że począwszy od drugiej połowy roku 2010 nastąpił gwałtowny i bezprecedensowy wzrost cen paliw, sięgający poziomów niemożliwych do przewidzenia w czasie, kiedy powodowie składali ofertę oraz zawierali kontrakt. Zdaniem powodów poziom wzrostu w/w cen przekroczył poziomy, których w 2009 r. mógłby się spodziewać podmiot profesjonalnie działający w branży budowlanej.

W dalszej części uzasadnienia strona powodowa wskazała, że w czasie tworzenia oferty (w sierpniu 2009 r.) cena rynkowa 1 m³ oleju napędowego wynosiła 3,20 zł. W czasie realizacji kontraktu cena paliwa uległa znaczącemu zwiększeniu dochodząc do kwoty 4,55 zł za 1 l oleju napędowego w maju 2012 roku. Tym samym w analizowanym okresie wykonywania kontraktu nastąpił wzrost ceny paliwa o ponad 40%. Natomiast w ponad dwuipółletnim okresie poprzedzającym złożenie oferty (2007-2009), który to okres był brany pod uwagę w kalkulacjach ekonomicznych powodów, cena oleju napędowego podlegała jedynie niewielkim zmianom pozostając przez większość czasu na średnim poziomie 2,90 - 3,20 zł.

Powodowie podali, że wzrost kosztu paliwa przełożył się na zwiększenie kosztu usług podwykonawców oraz dostawców wszelkiego rodzaju surowców, od współdziałania z którymi uzależnione było wykonanie przez powodów robót. Straty z tym związane powodowie szacują na kolejne kilka milionów złotych, których jednak nie obejmują niniejszym powództwem.

Powodowie zaznaczyli, że przedmiotem niniejszego pozwu jest ta część straty powodów, która wynika z bezpośrednio ponoszonych przez nich kosztów zakupu paliwa po nadzwyczaj zwiększonej - w stosunku do chwili składania oferty - cenie.

Zdaniem powodów tempo i dynamika podwyżek cen paliwa w latach 2010-2012 była nie do przewidzenia z perspektywy racjonalnej analizy w roku 2009. W ponad 2-letnim okresie poprzedzającym złożenie oferty i wykonywanie prac na podstawie kontraktu, który to okres był brany pod uwagę przez powodów przy konstruowaniu oferty, cena oleju napędowego podlegała jedynie niewielkim wahaniom i taki zakres zmian został uwzględniony przy składaniu oferty przez powodów. Powodowie nie byli w stanie przewidzieć nagłego i niewystępującego wcześniej znaczącego wzrostu cen paliwa.

Ponadto powodowie zwrócili uwagę na nadzwyczajne przyczyny wzrostu cen paliw. Wskazali, że w końcu roku 2010 r. nastąpiły rozruchy i zamieszki w krajach Afryki Północnej przeciwko panującym tam rządów niedemokratycznym. Jednym z krajów, który został dotknięty zamieszkami - które zresztą przerodziły się w długotrwałą wojnę domową - była Libia - 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. Powszechnie zatem wiąże się zwyżkę cen paliw w 2010 r. z zamieszkami i wojną domową w krajach Afryki Północnej. Zdaniem powodów destabilizacja polityczna w tym regionie nie zakończyła się i nadal wywiera wpływ na cenę paliw w Polsce. Ponadto powodowie podali, że poziom cen paliw w Polsce jest kształtowany przez zmienne kursy wymiany walut z krajami będącymi eksporterami ropy naftowej.

Strona powodowa wskazała zarazem, że cena asfaltu, będącego produktem ropopochodnym, rośnie wraz ze wzrostem cen ropy naftowej. Dlatego zdaniem powodów opisany - nieprzewidywalny i spowodowany zamieszkami oraz wojną

domową, tj. zdarzeniami o cechach siły wyższej - wzrost cen ropy naftowej znalazł podobne odzwierciedlenie w cenach asfaltu.

Powodowie podali, że zakupywali asfalt za pośrednictwem innych powiązanych spółek, tj. (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. - głównie w (...) sp. z o.o. (wcześniej Rafineria (...) S.A.). Zdaniem powodów zmiany cen asfaltu w (...) są zatem reprezentatywne dla wykazania zmiany tej okoliczności w zakresie istotnym dla wykonywania i opłacalności kontraktu dla powodów. Podobnie jak w (...) ceny paliw kształtowały się w tym samym czasie u wszystkich innych sprzedawców paliw w Polsce. Powodowie podnieśli, że z danych publikowanych przez (...) dotyczących stosowanych w poszczególnych miesiącach - począwszy od 2007 r. - cenników różnych gatunków asfaltów wynika, że całkowita stopa wzrostu cen asfaltu (gatunków używanych przy wykonywaniu robót) w ciągu 3 lat od dnia złożenia oferty osiągnęła poziom 77 %. Takie tempo i dynamika podwyżek cen asfaltu była, zdaniem powodów, nie do przewidzenia z perspektywy racjonalnej analizy w 2009 roku. We wcześniejszych latach ceny asfaltu co prawda stopniowo wzrastały, aczkolwiek w zdecydowanie mniejszym stopniu niż po roku 2009. Zdaniem powodów, w perspektywie niniejszej sprawy, istotne jest, że najbardziej znaczący wzrost cen asfaltu w Polsce nastąpił właśnie w okresie realizacji umowy łączącej strony niniejszego postępowania (druga połowa 2011 r.), tj. gdy powodowie przystępowali do prac związanych z wykorzystaniem tego surowca. Na etapie składania oferty w 2009 r. powodowie nie byli w stanie przewidzieć tego rodzaju ukształtowania się ceny tego surowca w czasie realizacji prac.

Powodowie zaznaczyli, że jeżeli nie uległoby zmianie warunki kontraktu w sposób przedstawiony w żądaniu pozwu to powodowie wykonując go poniosą rażącą stratę. W tym zakresie powodowie wskazali, że przewidywany łączny koszt budowy to ok. 664 mln zł (netto), a przewidywany przychód to (...) zł (netto) - zatem grożąca powodom strata wynosi ok. 137 mln zł (netto). Powodowie podali, że strata ta oprócz opisanych nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych okoliczności wynika w pozostałej części także ze zdarzeń, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający, a które to zdarzenia przyczyniły się do wzrostu kosztu wykonania robót. Jednocześnie powodowie zaznaczyli, iż kwestie te zostały podniesione przez powodów w formie roszczeń kontraktowych i są przedmiotem odrębnego sporu pomiędzy stronami. Powodowie podali, że ewentualne ustalenie odpowiedzialności pozwanego za wzrost tych pozostałych kosztów wykonania prac ma charakter niezależny od przedmiotu niniejszego procesu.

Zdaniem powodów znacząca wysokość straty grożącej powodom zarówno w liczbach bezwzględnych, jak i w porównaniu do wynagrodzenia kontraktowego uzasadnia twierdzenie, że jest to strata rażąca. Powodowie wskazali, że ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sposób żądany w pozwie zmniejszyłoby wymiar straty powodów i byłoby krokiem w kierunku odzyskania zachwianej wskutek nadzwyczajnych okoliczności równowagi kontraktowej interesów stron, aczkolwiek nadal nie doprowadziłoby do uzyskania przez powodów zysku z wykonywania kontraktu.

Powodowie oświadczyli, że niniejszym pozwem zmierzają do ukształtowania stosunku zobowiązaniowego z pozwanym w sposób mający zbliżyć strony do pierwotnej równowagi interesów stron, zakładanej w procesie kontraktowania poprzez zmniejszenie wymiaru straty powodów z wykonywania kontraktu.

Powodowie wskazali, że aby osiągnąć ten cel, żądają zmiany stosunku zobowiązaniowego wynikającego z kontraktu poprzez zwiększenie wynagrodzenia o sumę równą kwocie, o którą wzrosły koszty wykonywania przez powodów świadczeń z kontraktu, a która wynika pozostaje w związku przyczynowym z przypadków nadzwyczajnej zmiany okoliczności.

Powodowie powołali się na konsekwencje następujących zdarzeń, ich zdaniem nadzwyczajnych i nieprzewidzianych w chwili składania przez powodów oferty:

a) wzrostu cen paliw, który zdaniem powodów powiększył koszty wykonywania kontraktu o co najmniej (...)zł (netto);

oraz

b) wzrostu cen asfaltu, który zdaniem powodów powiększył koszty wykonywania kontraktu o co najmniej (...) zł (netto);

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) wynosi (...) 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 (...) złotych brutto.

Strona powodowa wskazała na przepis art. 357¹ k.c. jako na podstawę prawną żądania pozwu, podnosząc jednocześnie, że zastosowanie per analogiam legis do umów o roboty budowlane przepisów o zmianie wynagrodzenia w umowie o dzieło była i pozostaje przedmiotem różnych poglądów oraz rozbieżnych rozstrzygnięć judykatury, pomimo tego w opinii powodów, sięganie do analogiae legis w niniejszym postępowaniu nie ma uzasadnienia. W tym zakresie strona powodowa wskazała, że przedmiotowy kontrakt ma charakter umowy o roboty budowlane, w której strony zastosowały tzw. obmiarowy model wynagrodzenia. W tym modelu, wynagrodzenie ustalane jest na podstawie faktycznie wykonanych ilości robót, lecz cena jednostkowa za wykonanie danego typu prac została określona w sposób ryczałtowy. Zatem, jak podkreśliła strona powodowa, nie jest to system wynagradzania ani kosztorysowy, ani ryczałtowy i 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.

Z ostrożności, powodowie wskazali, iż nawet zastosowanie per analogiam art. 632 § 2 k.c., ze względu na to, iż wynagrodzenie jednostkowe za poszczególne roboty zostało ustalone w formie ryczałtu, doprowadziłoby do tożsamyh rezultatów w niniejszej sprawie co analiza na gruncie przepisu art. 357 (1) kc. Zdaniem powodów także zgodnie z przepisem art. 632 § 2 k.c., możliwe jest żądanie zmiany treści umowy, jeżeli skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienia rażącą stratą. W chwili składania oferty nie można było przewidzieć ani rażącego wzrostu cen paliw i asfaltów, ani innych okoliczności, na które powodowie się powołują w pozwie.

W związku z powyższym strona powodowa uznała żądanie pozwu za w pełni uzasadnione i wniosła o rozstrzygnięcie zgodnie z żądaniem pozwu (pозew k. 2 i n., t. I).

W odpowiedzi na pozew z dnia 4 września 2012 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 nie uznaje żądania pozwu i uważa go za całkowicie bezzasadne. Pozwany zakwestionował istnienie podstaw prawnych tego żądania oraz zaprzeczył wszystkim okolicznościom faktycznym przywoływanym przez powodów dla wykazania przesłanek zastosowania art. 357¹ k.c. lub art. 632 § 2 k.c. Ponadto pozwany zakwestionował wysokość roszczenia określonego przez powodów i podniósł, że dokumenty załączone do pozwu nie pozwalają na ustalenie wysokości tego roszczenia.

Pozwany wskazał, że w niniejszej sprawie nie jest dopuszczalne zastosowanie dyspozycji art. 357¹ 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 podał, że na etapie procedury przetargowej kwestie te nie budziły wątpliwości strony powodowej. Pozwany zaznaczył, że subklauzula 13.8. warunków ogólnych kontraktu, jeśli jest stosowana na gruncie danego kontraktu, dotyczy wszelkich zmian kosztów, powstałych z jakiegokolwiek przyczyny. Pozwany oświadczył, że poprzez wyłączenie obowiązywania przedmiotowej subklauzuli strony wykluczyły możliwość zmiany wynagrodzenia umownego, a więc wyłączyły w tym zakresie stosowanie art. 357¹ k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. W ten sposób, zdaniem pozwanego, strony zwiększyły ryzyko wykonawcy związane z ewentualnością wzrostu cen.

Pozwany zaznaczył, iż norma zawarta w przepisie art. 357¹ 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. Dopuszczalna jest także zmiana reguł wyrażonych w art. 357¹ k.c., a także zastąpienie tego przepisu stworzoną samodzielnie przez strony regulacją następstw zmiany stosunków tzw. klauzulą adaptacyjną.

Strona pozwana wskazała, że strony podpisując umowę w brzmieniu ustalonym w warunkach szczególnych kontraktu musiały liczyć się z ryzykiem zmian cen usług i materiałów wykorzystywanych w budownictwie, wzięły to pod uwagę i zgodziły się, że jakakolwiek zmiana powyższych czynników nie wpłynie na wysokość wynagrodzenia umownego.

Pozwany podzielił stanowisko wyrażone przez stronę powodową w pozwie, że w sprawie niniejszej brak jest podstaw do zastosowania per analogiam art. 629 k.c. i art. 632 § 2 k.c.

Pozwany podał, że przedmiot umowy był sukcesywnie wykonywany przez wykonawcę i rozliczany przez zamawiającego, bez wpływu na prawa i obowiązki stron związane z wykonaniem robót poprawkowych oraz stwierdzaniem i usuwaniem wad. 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.). Pozwany wskazał, że nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem powodów, jakoby płatności rozliczane w przejściowych świadectwach płatności były płatnościami „tymczasowymi” i fakt ich dokonania nie miał znaczenia dla możliwości zwiększenia wynagrodzenia umownego, skoro zgodnie z kontraktem były to płatności rozliczające każdy miesiąc robót i stanowiące podstawy do wystawiania faktur VAT. Kontrakt nie przewidywał płatności zaliczkowych (klauzula 14.2. warunków ogólnych została wykreślona w warunkach szczególnych). Pozwany wskazał, że wbrew twierdzeniom powoda 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. 357¹ k.c. W związku z powyższym rozważania odnoszące się do dalszych przesłanek stosowania art. 357¹ k.c. powinny ograniczać się jedynie do części wynagrodzenia należnego stronie powodowej, a nie wypłaconego do dnia 5 czerwca 2012 roku. Ponadto pozwany podniósł, że część robót została przez zamawiającego odebrana już w dniu 27 kwietnia 2012 r. na wniosek wykonawcy. Zostało to potwierdzone w świadectwach przejęcia części robót wystawionych przez zamawiającego w dniu 21 czerwca 2012 r., na podstawie subklauzuli 10.2. Wszystkie pozostałe roboty zostały przejęte przez zamawiającego z dniem 5 czerwca 2012 r. Pozwany wskazał, że obiekty odebrane w dniu 27 kwietnia 2012 r. były też od tego dnia użytkowane na podstawie decyzji wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego wydanych dla zamawiającego. Dotyczyło to 10 wiaduktów drogowych wraz z ciągami drogowymi i 3 mostami. Wynagrodzenie zapłacone wykonawcy przed dniem

wniesienia pozwu za wykonanie tych obiektów (roboty rozliczone, odebrane i przejęte do użytkowania) nie powinno zatem, zdaniem pozwanego, podlegać modyfikacji poprzez zastosowanie dyspozycji art. 357¹ k.c.

Pozwany podniósł także, że zastosowaniem regulacji art. 357¹ k.c. nie są objęte okoliczności wchodzące w zakres zwykłego ryzyka kontraktowego, czy „zwyczajnych” głębokich przeobrażeń gospodarczych. Ocena takiego charakteru zaistniałej po zawarciu umowy zmiany stosunków, jak również ocena przewidywalności skutków tej zmiany musi być dokonana z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej przez podmiot powołujący się na tę zmianę i wyższego miernika staranności wymaganej od niego, jako uczestnika obrotu gospodarczego (art. 355 § 2 k.c.), co zdaniem pozwanego powinno być brane pod uwagę przy rozpoznawaniu okoliczności niniejszej sprawy. Zdaniem pozwanego w przedmiotowym stanie faktycznym nie zaistniała nadzwyczajna zmiany okoliczności, której następstw nie można było przewidzieć. Przede wszystkim zmiana cen towarów i usług w budownictwie o kilkadziesiąt procent w ciągu kilku lat nie jest zmianą nadzwyczajną i nieprzewidywalną.

W opinii pozwanego powodowie błędnie podnoszą w pozwie, iż wzrost cen oleju napędowego, a tym samym paliwa i asfaltu, w okresie od sierpnia 2009 r. do maja 2012 r., spowodowany był nadzwyczajnymi okolicznościami, tj. wojną domową w Afryce Północnej, jak również, że takiego wzrostu cen nie można było w żadnym razie przewidzieć i „wkalkulować go” w cenę ofertową. Uzasadnienie tego stanowiska powodów, oparte na stwierdzeniu, iż w ponad dwuipółletnim okresie poprzedzającym złożenie oferty przez firmy budowlane (tj. w okresie poprzedzającym dokonanie kalkulacji i zaproponowanie w ofercie ceny wykonania robót), tj. w latach 2007 - 2009, cena oleju napędowego podlegała jedynie niewielkim zmianom, pozostając przez większość czasu na średnim poziomie 2,90 - 3,20 zł, również nie jest zgodne z prawdą. Przede wszystkim pozwany wskazał, iż powyższego stanowiska strony powodowej nie potwierdzają dane dotyczące cen ropy naftowej i produktów ropopochodnych z okresu dwóch lat poprzedzających złożenie przez wykonawcę oferty. Przeciwnie, dane te wskazują, że poziom cen tego surowca w latach 2007-2009 był bardzo niestabilny. W szczególności, zdaniem pozwanego, ceny ropy naftowej od czerwca 2007 r. do lipca 2008 r. niemal podwoiły się, zaś w okresie pomiędzy lipcem a grudniem 2008 r. spadły ponad trzykrotnie (zał. nr 6 do odpowiedzi na pozew, k. 1950 i n., t. X). W maju 2008 r., tj. w okresie branym pod uwagę przez powodów w toku przygotowywania oferty, ceny paliwa (olej napędowy ekodiesel) były najwyższe w w/w okresie referencyjnym i wynosiły średnio ok. 3,7 zł za 1 l, podczas gdy na przełomie 2008 r. i 2009 r. ceny te były już o ponad złotówkę za 1 l surowca niższe (zał. nr 4 do odpowiedzi na pozew, k. 1946, t. X). Pozwany wskazał, że rokiem największej niestabilności notowań ropy naftowej na rynkach światowych był rok 2008, kiedy to cena baryłki surowca osiągnęła maksimum 147 USD, jak i poziom minimalny 40 USD. Zgodnie z danymi Agencji (...) S.A., cena detaliczna 1000 l oleju napędowego w Polsce wzrosła z 3730 zł w dniu 15 sierpnia 2009 r. do poziomu 5022,45 zł w dniu 15 maja 2012 r. (tj. o ok. 34%) (zał. nr 7 do odpowiedzi na pozew, k. 1954, t. X). Zmiany w tym okresie nie były przy tym spowodowane wojnami domowymi oraz zamieszkami na terenie Afryki Północnej, w tym regionie w/w wydarzenia nie miały bowiem w tym okresie miejsca.

Zdaniem pozwanego, w związku z powyższym, całkowicie nieuzasadnione jest prezentowane przez powoda stanowisko, jakoby wzrost cen ropy naftowej i produktów ropopochodnych, jaki nastąpił po złożeniu oferty przez wykonawcę, miał charakter nadzwyczajny i nieprzewidywalny. Pozwany oświadczył, że spółki tworzące konsorcjum będące wykonawcą, jako profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego, powinny kalkulując swoją ofertę uwzględnić fakt niestabilności cen ropy naftowej w okresie kilku lat poprzedzających sporządzenie oferty (wahania wynoszące nawet kilkadziesiąt procent), a w konsekwencji również asfaltu, jako produktu pochodnego.

Pozwany zauważył, 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. Z uwagi na upływ okresu przejściowego, ustawa z dnia 22 grudnia 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej (Dz.U. Nr 291 poz. 1707) zwiększyła stawkę podatku akcyzowego od olejów napędowych o kodzie CN 2710 19 41 oraz wyrobów powstałych ze zmieszania tych olejów z biokomponentami, spełniających wymagania jakościowe określone w odrębnych przepisach - z 1 048,00 zł / 1 000 litrów do 1.196,00 zł / 1 000 litrów. Ponadto, obwieszczeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 16 grudnia 2011 r. (M.P. Nr 115, poz. 1161) stawka opłaty paliwowej od olejów napędowych, wyrobów powstałych ze zmieszania tych olejów z biokomponentami oraz biokomponentów stanowiących samoistne paliwa, wzrosła z 239,84 zł/l 000 litrów do 249,92 zł/l 000 litrów. W konsekwencji wzrost ceny oleju napędowego wynikający z dostosowania prawa polskiego do prawa Unii Europejskiej wyniósł 158,08 zł za 1 000 l, a więc ok. 16 groszy za 1 litr.

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 związku z powyższym, pozwany podniósł, że kwota podana przez powoda, jako strata, jest znacząco zawyżona. Zdaniem pozwanego nawet, jeżeli powodowie ponieśli stratę na kontrakcie z powodu wzrostu cen surowców, to jest ona istotnie niższa niż kwota wskazana w pozwie. Pozwany zakwestionował zatem również kwotę żądania w takim zakresie, w jakim odpowiada ona poziomowi wzrostu cen paliwa i asfaltu w latach 2009 - 2012, spowodowanemu inflacją oraz wzrostem stawek podatkowych.

Pozwany podniósł, iż stopniowy (w żadnym razie nie nagły) wzrost cen paliw i asfaltu w latach 2009 - 2012 nie mógł być zjawiskiem, które mogło być pominięte przez doświadczonego i profesjonalnego wykonawcę. Zdaniem pozwanego wykonawca powinien był zabezpieczyć się na wypadek ewentualnej zmiany cen w okresie realizacji kontraktu oraz powinien był uwzględnić ryzyko z tym związane w kalkulacji wynagrodzenia, aby zminimalizować niebezpieczeństwo poniesienia strat przy realizacji kontraktu, np. poprzez zawarcie kontraktów terminowych, zapewniając sobie dostawę surowców po stabilnej cenie w dłuższym okresie czasu, tj. kontraktów z cenami tzw. fixed.

W ocenie pozwanego w przedmiotowym stanie faktycznym strona powodowa nie wykazała groźby rażącej straty. Pozwany wskazał, że „rażąca strata” oznacza stratę ponadprzeciętną nieobjętą typowym ryzykiem gospodarczym, a nawet porównanie kwoty wskazanej w żądaniu pozwu do wartości kontraktu, nie pozwala na uznanie, że strata powodów miała charakter rażący, wykraczający poza normalne ryzyko gospodarcze.

Pozwany wskazał również, że zysk z realizacji kontraktu został według twierdzeń pozwu skalkulowany przez wykonawcę w ofercie na niezwykle niskim poziomie 1%. Zdaniem pozwanego taki poziom zysku jest niewiarygodnie niski, a dodatkowo miałby być on dzielony na 3 podmioty tworzące konsorcjum. Pozwany wskazał, że założenie takiego zysku wydaje się sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego, a kalkulowanie przez powoda zysku na niezwykle niskim poziomie mogłoby być, w ocenie pozwanego, traktowane niemal jako działanie na własną szkodę, w celu wyeliminowania konkurentów (pozostałych oferentów), co niewątpliwie nie może być okolicznością która obciąża pozwanego.

Niezależnie od powyższego pozwany zauważył, iż przedstawione przy pozwie zestawienie kosztorysowe z dnia 13 sierpnia 2009 r. (zał. nr 6 do odpowiedzi na pozew, k. 1950 i n., t. X) jest bardzo ogólne, i nie przesądza tego, czy wykonawca przyjął zysk na poziomie 1%. Obok bowiem pozycji „profit + financing” w części IV zestawienia, zawiera ono pozycję „general items” (część I pkt 1 zestawienia, kosztorys k. 70, t. I) w kwocie (...) zł. Tym samym pozwany zakwestionował twierdzenie powodów o założeniu zysku z kontraktu na poziomie 1%.

W dalszej kolejności pozwany podniósł, iż dopiero rzetelne zestawienie rachunku zysków i strat dla umowy z dnia 28 września 2009 r. oraz rachunku zysków i strat całej działalności prowadzonej przez wszystkich członków konsorcjum w okresie 2009 – 2012 r. pozwoliłoby na rzetelną analizę, czy faktycznie występuje strata, jak również, czy strata ta mieści się w ryzyku wiążącym się z prowadzeniem działalności przez członków konsorcjum. Ponadto, ocena powyższych zysków i strat może dać odmienne wyniki dla każdego z trzech konsorcjantów. Dlatego też, zdaniem pozwanego, o ostatecznym wyniku finansowym tej inwestycji członków konsorcjum będzie można mówić dopiero po jej całkowitym zakończeniu i rozliczeniu, które może nastąpić w innych warunkach ekonomicznych na rynku usług budowlanych. Pozwany podniósł tym samym okoliczność, iż strona powodowa mylnie oblicza potencjalną stratę, jaką może ponieść z tytułu realizacji jednej, wskazanej powyżej umowy, bez odniesienia do rozmiarów prowadzonej działalności gospodarczej. Pozwany wskazał również również, iż powodowie obliczają potencjalną stratę, jaką może ponieść z tytułu realizacji umowy, biorąc pod uwagę jedynie planowane i rzeczywiste wydatki związane z zakupem paliwa i asfaltu, z pominięciem rozliczenia pozostałych pozycji kosztorysowych.

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

Z ostrożności procesowej pozwany zakwestionował również tę część żądania, która stanowi różnicę między kwotą żądania a kwotą stanowiącą odpowiednik 1% wartości umowy, tj. kwoty planowanego zysku z umowy.

Pozwany wskazał także, iż w toku realizacji kontraktu wykonawca opóźniał się z realizacją szerokiego asortymentu robót w stosunku do aktualnego harmonogramu robót. Na dzień 1 marca 2012 r. opóźnienie realizacji niektórych robót, przy których zawsze używany był olej napędowy i w wielu przypadkach asfalt, wynosiło nawet ponad 200 dni. Pozwany podał, że prace te powinny być przez wykonawcę zakończone latem i jesienią 2011 r., albo jeszcze wcześniej, a były wykonywane jeszcze na wiosnę 2012 roku. Zdaniem pozwanego gdyby wykonawca realizował roboty w terminach wynikających z harmonogramu, co było kontraktowym obowiązkiem wykonawcy, to ponosiłby koszty zakupu paliw i asfaltu obowiązujące na wiosnę i lato 2011 r., albo wcześniej, a nie w okresie późniejszym. W związku ze wskazaną okolicznością pozwany oświadczył, że konsekwencje opóźnienia wykonawcy nie mogą i nie powinny obciążać zamawiającego. Pozwany podkreślił znaczenie zaistnienia opóźnień dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Pozwany podał bowiem, że opóźnienia wygenerowane przez stronę powodową dotyczą robót, które wiążą się bezpośrednio bądź pośrednio z zakupem paliwa i/lub asfaltu. Strona powodowa nie wykazała, aby opóźnione wykonanie poszczególnych prac nie wpłynęło na zakup paliwa i/lub asfaltu po wyższej cenie niż cena, po której paliwo i asfalt zakupione zostałyby w celu realizowania prac w terminach zgodnych z przyjętym harmonogramem.

W konkluzji odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwo w całości, gdyż w jego ocenie stanowi ono próbę przerwania na pozwanego ryzyka prowadzonej przez stronę powodową działalności gospodarczej. Pozwany wskazał na konieczność rozważenia interesu obydwu stron, a więc także interes 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. 1907 i n., t. X).

Powodowie podtrzymali stanowisko w replice z dnia 16 listopada 2012 r. (replika k. 2088 i n., t. XI), wskazując w uzupełnieniu stanowiska, iż pozwany osiągnął ogromne korzyści finansowe z umów na roboty drogowe zawartych w 2009 r., co zdaniem pozwanego jest faktem powszechnie znanym. Publicznie podane zostało, że GDDKiA

zaoszczędziła ponad 4 mld zł w czasie rozstrzyganych w 2009 r. przetargów w stosunku do szacowanej wcześniej wartości zleczanych do wykonania prac. Powodowie wskazali, że T. R. - zastępca Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad komentując powyższy fakt oficjalnie przyznał, że wynikało to m.in. z niskich cen materiałów budowlanych w chwili przeprowadzania przetargów (obniżka o ok. 20%) oraz z umożliwienia przez GDDKiA udziału w przetargach podmiotom nieposiadającym doświadczenia w wykonawstwie tego rodzaju zadań.

Powodowie podnieśli, że ukształtowane przez pozwanego warunki przetargu wymuszały bardzo daleko idącą konkurencję cenową pomiędzy poszczególnymi oferentami. Skutkowało to proponowaniem także przez doświadczonych, renomowanych wykonawców takich jak powodowie możliwie niewysokich cen, przewidujących jedynie niewielki zysk dla wykonawcy oraz zakładających jedynie umiarkowane (wynikające z inflacji oraz dotychczasowych tendencji) zmiany cen surowców. Powodowie oświadczyli, że oczywistym jest, iż podanie wyższych cen ze względu na hipotetyczne założenie znaczącego wzrostu cen surowców (np. o 20%, 40%, 60%, 80%, 100% czy 200%) miałyby tylko jeden oczywisty skutek tj. przetarg zostałby rozstrzygnięty na korzyść innego podmiotu. W tym kontekście powodowie przypomnieli, że w przedmiotowym przetargu oferty kolejnych oferentów różniły się zaledwie o 1-2%.

Szczególnego podkreślenia zdaniem powodów wymagał fakt, że powodowie mimo niesprzyjających warunków zrealizowali w całości kontrakt i dokonali tego w pierwotnie wyznaczonym terminie. Powodowie podali, że wywiązali się ze wszystkich swoich zobowiązań, a czy takie zachowanie zostanie uznane za zasługujące na ochronę prawną, pozostaje kwestią otwartą.

Zdaniem powodów brak umieszczenia w umowie postanowień przewidujących adaptację wysokości świadczeń stron w zależności od zmiany warunków zewnętrznych jest właśnie argumentem przemawiającym za potrzebą odwołania się do ustawowych narzędzi modyfikacji stosunku umownego (art. 357¹ k.c. lub art. 632 § 2 k.c.).

Powodowie wskazali, że w stosowanym powszechnie na świecie wzorcu umownym FIDIC możliwość zmiany wynagrodzenia w zależności od zmiany kosztów wykonania prac jest przewidziana przez subklauzulę 13.8. Powodowie oświadczyli, że oczywistym jest, iż tego rodzaju postanowienie umowne - w przypadku jego użycia w danej umowie - wyprzedzałoby stosowanie przepisów ustawowych dotyczących modyfikacji świadczeń. Zdaniem powodów zastosowanie przez zamawiającego zmienionego wzorca, tj. wykreślenie przez niego subklauzuli 13.8 na etapie przygotowywania treści umowy nie wyłącza, a wręcz przeciwnie - uzasadnia konieczność dokonania sądowej modyfikacji kontraktu na zasadzie rebus sic stantibus. Zdaniem bowiem powodów, wyłączenia dopuszczalności dochodzenia roszczeń na drodze sądowej w drodze czynności prawnej nie sposób domniemywać. W opinii powodów treść kontraktu nie daje jakichkolwiek podstaw do odmiennej interpretacji.

Powodowie wskazali, że pozwany przygotowując umowę nie zastąpił subklauzuli 13.8 postanowieniem np. o treści: „Wyłączone zostają wszelkie korekty ceny ze względu na zmiany stosunków w trakcie realizacji kontraktu, w tym także zmiany o charakterze nadzwyczajnym”, tylko wykreślił tę subklauzulę, nie zastępując jej jakąkolwiek (pozytywną lub negatywną) treścią.

Zdaniem strony powodowej nie sposób racjonalnie przyjąć, że podpisując kontrakt strony generalnie wyłączyły możliwość korekty ceny - w jakimkolwiek trybie, nawet na drodze sądowej i także w razie wystąpienia nadzwyczajnych okoliczności. Powodowie podtrzymali, że w niniejszej sprawie wystąpiły wszystkie przesłanki uzasadniające skorzystanie z klauzuli rebus sic stantibus.

Powodowie podtrzymali stanowisko wskazujące, że niniejsze powództwo zostało przez nich wytoczone przed całkowitym wykonaniem i rozliczeniem umowy, a przez to w sposób umożliwiający sądowi skorzystanie z możliwości modyfikacji wzajemnych świadczeń stron na podstawie art. 357¹ k.c. lub art. 632 § 2 k.c.

Strona powodowa wskazała na wzajemny charakter zawartego kontraktu, którego przedmiotem zobowiązania wykonawcy było zaprojektowanie i oddanie całości obiektu budowlanego (drogi wraz z obiektami towarzyszącymi).

Wskazując na odpowiednie w tym zakresie orzecznictwo powodowie podali, że strona umowy może wystąpić do sądu z żądaniem opartym na klauzuli rebus sic stantibus jedynie dopóty, dopóki umowa nie została w całości wykonana. Oznacza to w przypadku umów wzajemnych stan, w którym strony nie spełniły jeszcze w całości swoich ekwiwalentnych świadczeń. Zdaniem powodów taki stan ma miejsce w niniejszej sprawie.

Strona powodowa odnosząc się do przedłożonych przez pozwanego zestawień cen przedmiotowych surowców, wskazała przede wszystkim, że nie jest miarodajne odwoływanie się do danych dotyczących giełdowych cen ropy naftowej. Powodowie podali, że niniejsze powództwo dotyczy nadzwyczajnej zmiany stosunków polegającej na znaczącej zmianie cen oleju napędowego oraz asfaltu i choć cena tych produktów jest powiązana z ogólnogospodarskimi cenami ropy naftowej, to jednak poziomu i wahań cen tych surowców nie można utożsamiać. W szczególności, zdaniem strony powodowej, powoływany przez pozwanego stosunek ceny baryłki ropy naftowej do kursu dolara amerykańskiego (charakteryzujący się dużą zmiennością) nie może służyć uzasadnieniu tego, aby kalkulując cenę ofertową w Polsce przedsiębiorcy budowlani zakładali rozbieżność cen wynoszącą po kilkadziesiąt lub więcej procent.

Powodowie odnosząc się do powołanego przez pozwanego argumentu o wzroście ceny oleju napędowego ze względu na zmianę stawki akcyzy i opłaty paliwowej wywołanej implementacją dyrektywy 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 (Dz.U. L 157 z 30.4.2004), wskazali przede wszystkim, że powołana przez pozwanego okoliczność ma marginalny, pomijalny wpływ na niniejsze powództwo. Powodowie podali, że wskazany przez pozwanego wzrost ceny paliwa w 2012 r. z przyczyn obiektywnych (wzrost akcyzy i opłaty paliwowej) o ok. 16 gr/litr, przy wzięciu pod uwagę, że powodowie dokonali w 2012 r. zakupu 313.957,53 litrów na potrzeby przedmiotowego kontraktu, daje de facto sumę 61.786,84 zł, o którą to kwotę, przy uwzględnieniu w pełni powyższej podwyżki jako leżącej wyłącznie po stronie powodów, powodowie winni zmniejszyć swoje roszczenia. Dlatego zdaniem powodów nawet uwzględnienie w pełni argumentacji pozwanego w tym zakresie oznacza jedynie zmniejszenie wartości przedmiotu sporu z kwoty 24.327.891 zł do kwoty 24.266.104 zł, tj. zmniejszenie wartości roszczenia o(...)

Strona powodowa odnosząc się do argumentu strony pozwanej o braku przezorności i niezabezpieczeniu się przed ryzykiem wzrostu cen poprzez zawarcie odpowiednich kontraktów z cenami fixed podała, że żaden dostawca surowców ropopochodnych (zarówno asfaltu, jak i oleju napędowego) nie godził się i nie godzi się na zawarcie kontraktu z ustaloną z góry ceną, gdyż jest ona niezależna od bezpośrednio kontraktujących stron, a jednocześnie nie ma fizycznej możliwości zmagazynowania tej ilości asfaltu (gotowej masy bitumicznej) lub oleju napędowego na potrzeby kontraktu o takiej skali. Tym samym, jak argumentowali powodowie, nie istnieje możliwość zabezpieczenia się przed omawianym ryzykiem, jak to wskazał w odpowiedzi na pozew pozwany.

Powodowie podtrzymali również swoje twierdzenia, co do rażącej straty, na który to charakter wskazuje w szczególności porównanie wysokości poniesionych strat (ok. 24 mln zł) z zakładanym do osiągnięcia zyskiem (ok. 6 mln zł). Powodowie podali, że kwestionowanie przez pozwanego zysku powodów na poziomie 1% na etapie składania oferty (zestawienie kosztorysowe z dnia 13 sierpnia 2009 r., k. 70, t. I) wynika z jego nieznanomości realiów prowadzenia działalności gospodarczej. Powodowie podali, że przy kontraktach budowlanych o tego rodzaju skali, gdzie 1% zysku oznacza dodatkowy wpływ środków w istotnej wysokości ponad 6 mln zł nie jest niczym nadzwyczajnym, a już na pewno nie może świadczyć o działaniu na własną szkodę. Powodowie wskazali, że na realność i wyważenie założeń co do oczekiwanego przez powodów zysku wskazuje również powoływany wcześniej fakt bardzo małej różnicy w zaproponowanej przez powodów cenie w stosunku do ceny kolejnego oferenta (różnica w wysokości 1,52%). Powodowie podkreślili, że ubieganie się o zawarcie umowy na realizację budowy drogi odbywa się w drodze przetargu publicznego, co wymusza tego rodzaju kalkulację ceny i jej wszystkich składników (w tym także zysku), aby z jednej strony wykonanie kontraktu było opłacalne, z drugiej jednak strony aby możliwe było uzyskanie zamówienia w sytuacji, gdy jedynym kryterium jest zaoferowana cena. W związku z powyższym powodowie podtrzymali swoje stanowisko, że przyjęte przez nich założenie o osiągnięciu zysku w wysokości 1% wartości kontraktu było uzasadnione i jest to typowe, świadczące o staranności przedsiębiorcy, działanie przy kontraktach o tego rodzaju wielkości.

Powodowie wyjaśnili jednocześnie, odnosząc się do zarzutów pozwanego, że koszty ogólne (pozycja „general items”), które w przypadku zawartego kontraktu zostały wycenione na kwotę (...) zł nie stanowią zysku wykonawcy, tylko dotyczą poszczególnych prac, nie będących zarazem głównymi pracami drogowymi. Podali przy tym, że w obrębie tej pozycji w niniejszym kontrakcie wchodziły: koszt wdrożenia i utrzymania tymczasowej organizacji ruchu (poz. 3 „wykazu płatności” - 4.480.000 zł), koszt przygotowania i ustawienia tablic informacyjnych (poz. 20 „wykazu płatności” - 50.000 zł), koszt zawarcia umów na czasowe korzystanie z nieruchomości i koszt czasowego zajęcia działek (poz. 26 „wykazu płatności” - 250.000 zł), koszt rozpoznania saperskiego (poz. 27 „wykazu płatności” - 305.800 zł), koszt nadzoru archeologicznego (poz. 28 „wykazu płatności” - 83.400 zł), koszt prac związanych z ochroną środowiska (poz. 30 „wykazu płatności” - 70.000 zł), koszt innych robót zgodnie z 1.2.2.2. (...) (poz. 31 „wykazu płatności” - 2.200.000 zł).

Powodowie, odnosząc się do zarzutów strony pozwanej o złą kalkulację strat poczynionej przez powodów, gdyż ci nie wykazali, iż nie mieli oszczędności np. w wydatkach płacowych czy innych pozycjach, wskazali iż już przy pozwie złożyli szczegółowe wyliczenie planowanych i zrealizowanych wyników kontraktu, wraz ze szczegółowymi arkuszami kalkulacyjnymi oraz wyciągami z kont, z których wynika, że nie tylko wykonawca nie uzyskał żadnych innych oszczędności, które bilansowałyby dochodzona niniejszym pozwem stratę, ale przeciwnie - wykonawca poniósł na realizacji kontraktu ogólną stratę w kwocie (...) zł.

Powodowie zaprzeczyli twierdzeniom pozwanego, jakoby współprzyczynili się do powstania szkody (w postaci zwiększonych kosztów nabycia oleju napędowego i asfaltu) poprzez fakt wykonania określonych robót w innych (późniejszych) terminach niż przewidzianych w pierwotnym. Powodowie wskazali, że twierdzenia pozwanego, jakoby wykonawca wykonał jakiegokolwiek prace objęte kontraktem nieterminowo są gołosłowne i nie odpowiadają prawdzie. Powodowie podali, że harmonogram służy zarządzaniu kontraktem, jest on tworzony przez wykonawcę i podlega aktualizacjom w miarę postępu prac. Powodowie wskazali, że reprezentujący zamawiającego inżynier zatwierdził zmiany do pierwotnego harmonogramu zaproponowane przez wykonawcę. Ponadto powodowie podali, że jedyne wiążące dla wykonawcy terminy wykonania prac, jakie przewidywał kontrakt to data na ukończenie oraz tzw. kamienie milowe. Powodowie wskazali, że dochowali tych terminów. Powodowie podkreślili fakt, że całość kontraktu została przez powodów wykonana w początkowo wyznaczonym terminie, tj. ciągu 32 miesięcy od dnia rozpoczęcia - do dnia 5 czerwca 2012 r., co zostało oficjalnie potwierdzone w świadectwie przejęcia robót z dnia 21 czerwca 2012 r. (zał. nr 1-3 do odpowiedzi na pozew, k. 1922-1944, t. X). Powodowie podali również, że zrealizowali oni także w pełni tzw. kamienie milowe, tj. wyznaczone kontraktem ilości robót do wykonania w określonych terminach w trakcie procesu budowlanego.

Powodowie wskazali także, iż nie ma racji pozwany twierdząc, że zmiana stosunku umownego w trybie klauzuli rebus sic stantibus jest niedopuszczalna z tego względu, iż umowa została zawarta przez jednostkę sektora finansów publicznych w trybie ustawy prawo zamówień publicznych. Zdaniem powodów zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego oraz sądów apelacyjnych, jak też poglądów doktryny, nie istnieją jakiegokolwiek przeszkody, aby w pewnych okolicznościach dokonać zmiany umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia zamówienia publicznego. Zdaniem powodów powyższe znajduje także potwierdzenie w samej treści umowy, gdzie wyraźnie przewidziano możliwość jej zmiany, w tym także poprzez zwiększenie zaakceptowanej kwoty kontraktowej.

Pozwany podtrzymał stanowisko w sprawie w duplice z dnia 4 stycznia 2013 r. (duplika k. 2312 i n., t. XII), wskazując dodatkowo, że zgłoszone w pozwie roszczenie nie przysługuje stronie powodowej także z uwagi na brak wyczerpania procedury kontraktowej w postaci niedochowania przez powodów kontraktowej procedury zgłaszania roszczeń.

W tym zakresie pozwany wskazał, że przed złożeniem pozwu w niniejszej sprawie wykonawca powinien dochodzić roszczeń od zamawiającego w trybie i terminach określonych w subklauzuli 20.1 warunków kontraktu. Pozwany podał dalej, że w myśl zastrzeżonej tam procedury, jeżeli wykonawca uważa się za uprawnionego do jakiegokolwiek dodatkowej płatności, według jakiegokolwiek klauzuli warunków kontraktu lub z innego tytułu w związku z kontraktem, to powinien dać inżynierowi powiadomienie opisujące przyczyny jego roszczenia w ciągu 14 dni, jak się o nich dowiedział lub powinien był się dowiedzieć. Pozwany wskazał, że jeżeli wykonawca nie da powiadomienia w tym

terminie, nie będzie uprawniony do dodatkowej płatności, a zamawiający będzie zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z takim roszczeniem. Pozwany podkreślił, że dopiero po wyczerpaniu trybu opisanego w subklauzuli 20.1 warunków kontraktu wykonawca jest uprawniony na podstawie subklauzuli 20.2, do żądania rozstrzygnięcia przez sąd powszechny o roszczeniu, do którego uważa się za uprawnionego.

Konkludując pozwany podał, że powodowie nie wykazali w pozwie, że dochowali procedury określonej w subklauzuli 20.1 warunków kontraktu. Oznacza to, zdaniem pozwanego, że jest on wolny od odpowiedzialności w związku z przedmiotowym roszczeniem.

W piśmie procesowym z dnia 19 marca 2013 r. (pismo procesowe k. 2497 i n., t. XIII) **powodowie** podtrzymali stanowisko w sprawie. Ustosunkowując się do zarzutu braku wyczerpania procedury kontraktowej w postaci niedochowania przez powodów kontraktowej procedury zgłaszania roszczeń, powodowie podnieśli iż wymóg zachowania procedury dochodzenia roszczeń z subklauzuli 20.1., będącej charakterystyczną cechą kontraktów typu FIDIC, dotyczy jedynie roszczeń kontraktowych, znajdujących uzasadnienie w postanowieniach poszczególnych klauzul. Nie odnosi się on natomiast do sytuacji, gdy jedna ze stron domaga się zmiany samej umowy przez Sąd, mocą konstytucyjnego orzeczenia i jako podstawę prawną swych żądań wskazuje pozakontraktowe przepisy ustawowe (art. 357 k.c. i art. 632 § 2 k.c). Nadto powodowie wskazali, że subklauzula 20.1 dotyczy jedynie dwóch specyficznych roszczeń „FIDIC-owych”, tj. roszczenia o przedłużenie czasu na ukończenie oraz roszczenia o dodatkową płatność. Żądanie zmiany treści wzajemnych zobowiązań stron umowy (wysokości świadczenia pieniężnego należnego od zamawiającego) nie należy do żadnej z ww. kategorii roszczeń. Powodowie wskazali po raz kolejny, że w niniejszej sprawie nie dochodzą „dodatkowej płatności”, tylko zmiany wysokości pierwotnie ustalonego wynagrodzenia ze względu na nadzwyczajną zmianę stosunków.

Strony podtrzymały stanowiska na rozprawie w dniu 9 lutego 2015 roku.

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

W dniu 31 marca 2009 r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, opublikowała ogłoszenie wszczynające postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „Projekt i budowa autostrady (...) S. – K. na odcinku od km 431+500 do km 449+100” (ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane z dnia 31 marca 2009 r., k. 39 i n., t. I).

Trzy spółki: (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., (...) S.A. z siedzibą w K. (poprzednio (...) S.A. z siedzibą w K.) oraz (...) e (...) S.A. z siedzibą w P. w Portugalii zawiązały konsorcjum celem ubiegania się o ogłoszone przez (...) zamówienie publiczne.

Koncern S. S. istnieje na rynku budowlanym już ponad 170 lat i prowadzi swoją działalność niemal na całym świecie. S. S. jest jedną z największych firm budowlanych Europy, liderem na rynku niemieckim i austriackim oraz w Europie Środkowo-Wschodniej. Dynamiczny rozwój firmy dotyczy także rynku polskiego. Grupa (...), działa w Polsce od 1985 r. Od tego roku drogą zakupów i przejęć stworzyła holding, w skład którego wchodzi spółki zajmujące się budownictwem drogowym, kubaturowym, kolejowym, wytwarzaniem mas bitumicznych, wydobywaniem kruszyw i tłuczni a także administracją obiektami. W różnorodnych rankingach największych firm budowlanych w Europie S. plasuje się w ścisłej czołówce (w 2012 r. S. zajmował pozycję nr 9 w: Rankingu 50 największych firm budowlanych, zob. raport Deloitte pt. „(...)”).

Grupa (...) prowadzi działalność gospodarczą z zakresu budownictwa i zarządzania infrastrukturą w sektorach: inżynierii i budowy, środowiska i usług środowiskowych (gospodarka odpadami, gospodarka wodna, porty, logistyka, energia oraz utrzymanie), projektów transportowych (drogi, mosty, transport miejski) oraz wydobywania. Jej działania mają bardzo zróżnicowany i wielonarodowy charakter. Grupa (...) jest liderem w portugalskim sektorze budowlanym. Spółka jest obecna na 3 kontynentach, w ponad 20 krajach, na 3 różnych obszarach geograficznych – w Europie,

Afryce i Ameryce Łacińskiej. (...) należy do kilkudziesięciu największych firm budowlanych w Europie (w 2012 r. (...) zajmowała pozycję nr 33 w: Rankingu 50 największych firm budowlanych, zob. raport Deloitte pt. „(...)”).

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. osiągnęła następujące przychody ogółem: (...) zł w 2009 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. 8985), (...) zł w 2010 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. 13672), (...) zł w 2011 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. 10768), (...) zł w 2012 r. ((...), KRS poz. 183957) oraz następujący zysk netto: (...)zł w 2009 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. 8985), (...) zł w 2010 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. 13672), (...) zł w 2011 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. 10768) oraz stratę w 2012 r. w kwocie (...) zł ((...), KRS poz. 183957). Łączny zysk netto tej spółki za lata 2009 – 2012 wyniósł kwotę (...) złotych.

(...) S.A. z siedzibą w K. (poprzednio (...) S.A. z siedzibą w K.) osiągnęła następujące przychody ogółem: (...) zł w 2009 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. 7611), (...) zł w 2010 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. 9709), (...) zł w 2011 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. 19457), (...) zł w 2012 r. ((...) 2014, wpis do KRS) oraz następujący zysk netto: (...) zł w 2009 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. 7611), (...)zł w 2010 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. 9709), (...) zł w 2011 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. 19457), (...) zł w 2012 r. ((...) 2014, wpis do KRS). Łączny zysk netto tej spółki za lata 2009 – 2012 wyniósł kwotę (...) złotych.

(...) e (...) S.A. z siedzibą w P. w Portugalii osiągnęła następujące przychody ogółem: (...) euro w 2009 r. („P. em termos de volume de negocios em 2009” (...) S. (...)), (...) euro w 2010 r. („1000 M. E. – D. E.” – (...), (...)euro w 2011 r. („1000 M. E. – D. E.” – (...)), (...) euro w 2012 r. („1000 M. E. – D. E.” – (...)) oraz następujący zysk netto: (...) euro w 2009 r. („C.pt”(...) – L. – de – 717 – milhoes – em - 2009), (...)euro w 2010 r. („1000 M. E. – D. E.” – (...)), (...) euro w 2011 r. („1000 M. E. – D. E.” – (...)), (...) euro w 2012 r. („1000 M. E. – D. E.” – (...)). Łączny zysk netto tej spółki za lata 2009 – 2012 wyniósł kwotę (...) euro.

W dniu 14 sierpnia 2009 r. konsorcjum trzech wyżej wymienionych spółek złożyło ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (oferta powodów z 13 sierpnia 2009 r. z załącznikami, k. 46 i n., t. I).

K. przeprowadzili swe kalkulacje według stanu na tzw. datę odniesienia, czyli datę o 7 dni wcześniejszą od daty wyznaczonej na przedłożenie oferty (pkt 1.1.3.1 warunków kontraktu, k. 239, t. II). Konsorcjum wyliczając cenę ofertową założyło uzyskanie „zysku i finansowania” na poziomie 1 % tj. uzyskanie z realizacji kontraktu zysku w kwocie ok. 5 mln złotych.

Do zawarcia kontraktu pomiędzy stronami doszło w dniu 28 września 2009 r. (akt umowy, k. 71 i n., t. I).

Zaakceptowana kwota kontraktu brutto wynosiła (...)zł brutto (słownie: (...)).

Konsorcjum wygrało przetarg ze względu na zaoferowanie najniższej ceny na wykonanie ogłoszonych robót. Cena zaproponowana przez kolejnego oferenta była wyższa o 1,52% i wynosiła (...)zł. Różnica między dwoma najkorzystniejszymi dla zamawiającego ofertami wynosiła (...) zł (wynik przetargu k. 353, t. II).

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 § 2 umowy właściwej, to jest:

(a) umowa właściwa,

(b) szczególne warunki kontraktu,

- (c) warunki ogólne FIDIC,
- (d) program funkcjonalno użytkowy,
- (e) załącznik do oferty - dane kontraktowe,
- (f) oferta wykonawcy wraz z załącznikami, z wyłączeniem umowy konsorcjum,
- (g) wniosek wykonawcy o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- (h) wyceniony wykaz cen,
- (i) wszelkie inne dokumenty dołączone do kontraktu (umowa k. 72, t. I).

W umowie strony postanowiły m.in. w § 3 pkt 1, że prace projektowe i roboty budowlane zostaną ukończone w ustalonym czasie na ukończenie, w ciągu 32 miesięcy od daty rozpoczęcia, określonej w powiadomieniu o dacie rozpoczęcia. W § 3 pkt 2 strony postanowiły, że w przypadku wystąpienia okoliczności niezależnych od wykonawcy skutkujących niemożnością dotrzymania terminu określonego w pkt. 1, termin ten może ulec przedłużeniu o czas niezbędny do wykonania przedmiotu umowy (umowa k. 72, t. I). W § 4 pkt 1 umowy strony postanowiły, że z uwagi na płatności, jakich zamawiający ma dokonać na rzecz wykonawcy, jak niżej wymieniono, wykonawca niniejszym zobowiązuje się sporządzić dokumenty wykonawcy zdefiniowane w subklauzuli 1.1.6.1 (subklauzula k. 241, t. II), wykonać i ukończyć roboty oraz usunąć wszystkie wady i dotrzymać warunków gwarancji jakości, w pełnej zgodności z postanowieniami umowy, w zamian za co zamawiający zobowiązuje się dokonać płatności określonych w poniższym punkcie 2, według postanowień klauzuli 14 warunków kontraktu.

W § 4 pkt 2 (umowa k. 72-73, t. I) umowy strony postanowiły, że zamawiający zobowiązuje się, że zapłaci wykonawcy cenę kontraktową, na którą składają się:

- wskazana w pkt 2.1. zaakceptowana kwota kontraktowa zgodnie z ofertą wykonawcy poprawioną w rezultacie badania i oceny oferty, wynosząca: netto 527 741 395,53 PLN, (słownie: pięćset dwadzieścia siedem milionów siedemset czterdzieści jeden tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt pięć złotych 53/100) plus 22 % podatek VAT 116 103 107,02 PLN, (słownie sto szesnaście milionów sto trzy tysiące sto siedem złotych 02/100), co łącznie stanowi zaakceptowaną kwotę kontraktową brutto 643 844 502,55 PLN (słownie: sześćset czterdzieści trzy miliony osiemset czterdzieści cztery tysiące pięćset dwa złote 55/100),
- wskazane w pkt 2.2. kwoty warunkowe zgodnie z subklauzulą 13.5 warunków kontraktu (subklauzula k. 276, t. II) w wysokości nie przekraczającej maksymalnej wartości zobowiązania, wynoszącej 15% kwoty brutto podanej w pkt. 2.1., co stanowi 96 576 675,38 PLN, (słownie dziewięćdziesiąt sześć milionów pięćset siedemdziesiąt sześć tysięcy sześćset siedemdziesiąt pięć złotych 38/100).

Dalej w odnośnym paragrafie strony postanowiły, że w przypadku gdyby wynagrodzenie wykonawcy miało przekroczyć sumę kwot określonych w pkt. 2.1. i 2.2., strony mogą dokonać zmiany tej kwoty w drodze aneksu do umowy. We wskazanym paragrafie w pkt. 2.8. strony ustaliły również, że w przypadku zmiany przez władzę ustawodawczą procentowej stawki podatku VAT, kwota brutto wynagrodzenia zostanie aneksem do niniejszej umowy odpowiednio dostosowana (umowa k. 73, t. I).

Strony postanowiły, że zawarty kontrakt ma charakter umowy o roboty budowlane, w której strony zastosowały tzw. obmiarowy model wynagrodzenia, w którym to modelu wynagrodzenie ustalane jest na podstawie faktycznie wykonanych ilości robót, choć cena jednostkowa za wykonanie danego typu prac została określona w sposób ryczałtowy.

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. 94, t. I).

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 jakikolwiek wzrost lub spadek Kosztów, nie jest objęta postanowieniami niniejszej lub innych Klauzul, będzie się uważało, że Zaakceptowana Kwota Kontraktowa zawiera rezerwy na pokrycie innych nieprzewidzianych wzrostów lub spadków kosztów (...) (subklauzula 13.8, k. 277-278, t. II).

Zgodnie z zawartym kontraktem, ostateczne rozliczenie wynagrodzenia należnego wykonawcy następowało na podstawie ostatecznego świadectwa płatności (subklauzula 14.13, k. 284, t. II), które wystawiane jest po przejściu całości robót przez zamawiającego i wystawieniu świadectwa przejścia (subklauzula 10.1, k. 269, t. II).

Zgodnie z odpowiednimi postanowieniami w trakcie trwania kontraktu zamawiający płacił powodom za poszczególne prace wykonane w danym miesiącu na podstawie przejściowych świadectw płatności ((...)) (subklauzula 14.6, k. 282, t. II). Płatności te miały charakter tymczasowy, w konsekwencji nie stanowiły zatwierdzenia lub końcowego przyjęcia robót, a kwoty uznane w (...) mogły zostać zmodyfikowane albo w jednym z kolejnych (...), albo w ostatecznym świadectwie płatności. Zgodnie z subklauzulą 14.6 warunków kontraktu (...) 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. 282, t. II).

Umowa zawarta we wrześniu 2009 r. przez strony była przedmiotem aneksów zawartych dnia 5 sierpnia 2010 r. (aneks nr (...), k. 354, t. II), dnia 6 września 2011 r. (aneks nr (...), k. 355, t. II) oraz dnia 16 kwietnia 2012 r. (aneks nr (...), k. 356, t. II). Aneks nr (...) pomniejszył kwotę kontraktową o sumę 300.000 zł netto ze względu na równoległe zawarcie odrębnej umowy o wykonanie części prac związanych z budową, co pomniejszyło zakres robót z kontraktu, aneks nr (...) modyfikował wskazanie rachunku bankowego wykonawcy, na które miało być przekazywane wynagrodzenie, natomiast aneks nr (...) zmieniał wynagrodzenie powodów w związku z nową stawką podatku VAT, zgodnie z § 4 pkt 2.6. umowy.

W trybie subklauzuli 8.1 (subklauzula 8.1 k. 264, t. II) inżynier T. B. pismem dnia 28 września 2009 r. (pismo k. 359, t. II) powiadomił konsorcjum o dacie rozpoczęcia kontraktu wyznaczając ją na dzień 5 października 2009 r.

Zgodnie postanowieniami umownymi, tj. § 3 pkt 1 umowy właściwej, strony postanowiły, że prace projektowe i roboty budowlane zostaną ukończone w ciągu 32 miesięcy od daty rozpoczęcia określonej w powiadomieniu o dacie rozpoczęcia.

Prace faktycznie trwały i były prowadzone przez konsorcjum wykonawcze od sierpnia 2010 r. do 6 czerwca 2012 r. (zeznania świadka: A. G., k. 2290 i 2292, t. XII).

Powodowie zrealizowali w całości kontrakt i dokonali tego w pierwotnie wyznaczonym terminie (zeznania świadków: T. K. – k. 2482, M. B. – k. 2484, L. S. – k. 2471).

W trakcie realizacji kontraktu doszło do niespodziewanego, nieprzewidywalnego dla przeciętnego przedsiębiorcy, wzrostu cen asfaltu oraz oleju napędowego. Przy tym skokowy wzrost cen odbiegł 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.

Zaobserwowany wzrost cen paliw w okresie 2009-2012 miał charakter bezprecedensowy, biorąc pod uwagę odniesienie do lat 2000-2008. Natomiast wzrost cen asfaltów był ekstremalny, ale nie był on bezprecedensowy w przeszłości, w latach dynamicznego rozwoju gospodarczego zdarzały się również podobne wzrosty (opinia instytutu, verte k. 2707 t. XIV).

Wzrost cen paliw i asfaltów w latach 2009-2012 miał charakter niespodziewany i niemożliwy do zaprognozowania na podstawie danych z lat 2000-2008 przy użyciu standardowych modeli ekonometrycznych (opartych na dotychczasowej dynamice cen paliw i asfaltów, dynamice światowego PKB oraz dynamice cen ropy naftowej). Zaobserwowany niespodziewany wzrost wynikał przede wszystkim z wysokiej dynamiki cen ropy naftowej oraz zjawiska utraty korelacji dynamiki cen ropy naftowej i wzrostu gospodarczego (opinia instytutu, k. 2707, t. XIV). Zdarzenia te zostały spowodowane przemianami społeczno – politycznymi w Afryce Północnej oraz monopolistyczną postawą (...) (zeznania świadków: P. K. – k. 2465, L. S. – k. 2471)

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: ok. 10,5 mln zł netto,

- z tytułu wzrostu cen paliw: ok. 1,325 mln zł netto (pkt. 5 na str. 24 opinii instytutu – k. 2707 v.).

Odzwierciedlenie wzrostu cen paliw można zobrazować wykresem ilustrującym zmienność hurtowych cen oleju napędowego. Zaznaczone na wykresie linie trendu wskazują na odmienną dynamikę zmiany cen paliwa w okresie realizacji kontraktu – zmiana kolorów na wykresie następuje w momencie, w którym przygotowywana była oferta powodów (rysunek 1: hurtowe ceny netto 1 metra sześciennego oleju napędowego w Polsce w latach 2000-2012 w ujęciu kwartalnym, opinia instytutu, k. 2897, t. XIV).

Jakkolwiek ceny asfaltu były mniej wrażliwe od cen paliw, a ich zmiany miały mniej dynamiczny charakter niż w przypadku paliw, to jednak wyraźne jest podniesienie linii trendu od 2011 r. tj. od momentu, w którym powód rozpoczął zakupy tego produktu (na wykresie szary odcinek). W początkowej fazie inwestycji wykonywane były prace nie wymagające tego surowca i wówczas jego cena była stabilna (pomarańczowy odcinek na wykresie). Zmiana kolorów następuje w momencie, w którym przygotowywana była oferta powodów oraz w momencie rozpoczęcia zakupu asfaltu przez powodów (rysunek 4: dynamika zmian cen asfaltu M. 30B w ujęciu nominalnym [zł/t] opinia instytutu, k. 2897, t. XIV).

Ceny asfaltów w ponad dwu i pół letnim okresie wykonywania kontraktu znacząco się zwiększyły, przy czym zarówno ceny asfaltów zwykłych, jak i modyfikowanych ewoluowały w bardzo podobny sposób. W latach 2009, 2010 i 2011 występowały obniżki cen w pierwszym kwartale roku, co jednak dla firm drogowych nie miało większego znaczenia, jako że ze względu na warunki atmosferyczne prace drogowe nie są zazwyczaj w okresie zimowym prowadzone. Do największego wzrostu doszło w roku 2011 – od stycznia do stycznia było to +42% (dodatkowo, na początku marca 2012 cena wzrosła o kolejne +5%). Porównując zaś poziomy cen średniorocznych z trzech kwartałów, w których toczą się prace drogowe, otrzymujemy wzrosty 2011/2010 na poziomie blisko +29%, a dla 2010 / 2009 na poziomie +15%.

Zmiana ceny przekłada się również inaczej na kontrakty o różnej długości – im dłuższy kontrakt, to owe wzrosty cen asfaltu podczas jego realizacji były większe. Wynik taki jest konsekwencją generalnie rosnącej tendencji cen asfaltu w Polsce we wskazywanym okresie realizacji kontraktu. Nie jest to jednak zależność uniwersalna – jeśli ewolucja cen asfaltu byłaby inna, to zależność ta również kształtowałaby się inaczej. Podczas realizacji kontraktów krótkich najczęściej występujący wzrost cen asfaltów zawarty był w zakresie 10-15%, dla kontraktów średniej długości w zakresie 20-25%, a dla kontraktów długich było to 40-45%.

W Polsce jest dwóch głównych producentów asfaltu: (...), posiadający łącznie około 80% udziału w rynku. Uzupełnieniem oferty producentów jest import, na którym są również tylko dwie liczące się firmy: N. oraz T.. Udział (...) w polskim rynku wynosi w przybliżeniu 45%, natomiast (...) 35%. Pozostałe około 20% stanowił import. Obaj główni producenci asfaltów są spółkami-córkami publicznych firm posiadających własne rafinerie ropy naftowej. Natomiast obaj importerzy są polskimi spółkami koncernów międzynarodowych zajmujących się produkcją i handlem paliwami i produktami ropopochodnymi (w tym asfaltami). Oprócz wymienionych głównych producentów i importerów istnieje grupa niewielkich firm zajmujących się przetwarzaniem asfaltów zwykłych na modyfikowane oraz na emulsje. Udział tych „producentów” jest jednak niewielki.

Zarówno (...), jak i (...) mają w swoich ofertach całą gamę asfaltów drogowych zwykłych, od twardych do miękkich. Ponadto każda z firm ma nieznacznie różniące się ceny w zależności od punktu odbioru asfaltu – w przypadku (...) mogą to być zakłady w G., J. lub C., zaś w przypadku (...), rafinerie w P. lub w T.. Wskazać można na następujące zmiany ceny dwóch najszerzej wykorzystywanych asfaltów – asfaltu 35/50 oraz asfaltu 50/70 u wskazanych producentów (raport ewolucji cen asfaltów w Polsce oraz wrażliwość firm budownictwa drogowo-mostowego na ceny materiałów, k. 1141, t. VI):

Tabela 2.1. Ceny wybranych asfaltów drogowych w (...)		Tabela 2.2. Ceny wybranych asfaltów drogowych w (...)*						
aaasfaltów	asfaltów	asfaltów	asfaltów					
drogowych	drogowych	drogowych	drogowych					
w (...)*	w (...)*	w (...)*	w (...)*					
lp	Data od której obowiązuje cena	35/50 z ł / M g	50/70 z ł / M g		lp	Data od której obowiązuje cena	35/50 z ł / M g	50/70 z ł / M g
0	8-10-2008	1 360	1 360		0	23-09-2008	1 575	1 565
1	12-01-2009	1 110	1 110		1	1-03-2009	1 375	1 365
2	4-03-2009	1 070	1 070		2	8-05-2009	1 425	1 415
3	19-03-2009	1 090	1 090		3	27-05-2009	1 525	1 515
4	11-05-2009	1 140	1 140		4	26-06-2009	1 635	1 625

5	26-05-2009	1 230	1 230		5	17-08-2009	1 705	1 695
6	13-06-2009	1 350	1 350		6	29-09-2009	1 805	1 795
7	19-08-2009	1 400	1 400		7	1-03-2010	1 430	1 420
8	30-09-2009	1 490	1 490		8	7-05-2010	1 505	1 495
9	18-01-2010	1 350	1 350		9	15-06-2010	1 590	1 580
10	8-04-2010	1 430	1 430		10	9-08-2010	1 650	1 640
11	1-05-2010	1 520	1 520		11	1-10-2010	1 650	1 640
12	20-06-2010	1 590	1 590		12	1-12-2010	1 580	1 570
13	1-08-2010	1 650	1 650		13	1-01-2011	1 580	1 570
14	3-09-2010	1 550	1 550		14	1-03-2011	1 620	1 610
15	15-03-2011	1 670	1 670		15	1-04-2011	1 750	1 740
16	6-04-2011	1 770	1 770		16	29-04-2011	1 870	1 860
17	1-05-2011	1 880	1 880		17	5-07-2011	1 870	1 860
18	1-07-2011	1 880	1 880		18	5-08-2011	1 970	1 960
19	2-08-2011	1 970	1 970		19	22-08-2011	1 970	1 960
20	1-10-2011	2 070	2 070		20	3-10-2011	2 050	2 040
21	8-10-2011	2 200	2 200		21	12-10-2011	2 170	2 160
22	4-03-2012	2 310	2 310		22	1-01-2012	2 170	2 160
					23	1-03-2012	2 290	2 280

*ceny przy miejscu dostawy P.		*ceny przy miejscu dostawy G.	
-------------------------------	--	-------------------------------	--

Wśród asfaltów modyfikowanych dominuje wykorzystanie dwóch ich rodzajów: asfaltu 30B (oferowanego przez (...) jako O. 25/55-60 30B, a przez (...) jako M. 25/55-60, zaś dawniej jako M. 30B) oraz asfaltu 80B (oferowanego przez (...) jako O. 45/80-55 80B, a przez (...) jako M. 45/80-55, zaś dawniej jako M. 80B). W tabelach wskazane są ceny obu wspomnianych typów asfaltów – w Tabeli 2.5 ceny (...), zaś w Tabeli 2.6 ceny (...) (raport ewolucji cen asfaltów w Polsce oraz wrażliwość firm budownictwa drogowo-mostowego na ceny materiałów, k. 1144, t. VI):

Tabela 2.5. Ceny wybranych asfaltów modyfikowanych w (...) * *ceny przy miejscu dostawy P.		Tabela 2.6. Ceny wybranych asfaltów modyfikowanych w (...) * Asfalt* *ceny przy miejscu dostawy G.					
Lp.	Data od której obowiązuje cena	ASFALT MODYFIKOWANY	Lp.	Data od której obowiązuje cena	ASFALT MODYFIKOWANY		
30B zł/Mg	80B zł/Mg		30B zł/Mg	80B zł/Mg			
0	8-10-2008	1 630	1 630	0	23-09-2008	1 945	1 935
1	12-01-2009	1 380	1 380	1	1-03-2009	1 745	1 735
2	4-03-2009	1 370	1 370	2	8-05-2009	1 775	1 765
3	19-03-2009	1 420	1 420	3	27-05-2009	1 885	1 875
4	11-05-2009	1 420	1 440	4	26-06-2009	1 995	1 985

5	26-05-2009	1 510	1 550	5	17-08-2009	2 065	2 055
6	13-06-2009	1 630	1 670	6	29-09-2009	2 185	2 175
7	19-08-2009	1 700	1 740	7	1-03-2010	1 750	1 750
8	30-09-2009	1 790	1 830	8	7-05-2010	1 825	1 825
9	18-01-2010	1 650	1 690	9	15-06-2010	1 910	1 910
10	8-04-2010	1 730	1 770	10	9-08-2010	1 970	1 970
11	1-05-2010	1 820	1 860	11	1-10-2010	1 970	1 970
12	20-06-2010	1 890	1 930	12	1-12-2010	1 900	1 900
13	1-08-2010	1 950	1 990	13	1-01-2011	1 900	1 900
14	3-09-2010	1 850	1 890	14	1-03-2011	1 930	1 930
15	15-03-2011	1 950	2 010	15	1-04-2011	2 060	2 060
16	6-04-2011	2 050	2 110	16	29-04-2011	2 190	2 190
17	1-05-2011	2 160	2 220	17	5-07-2011	2 260	2 260
18	1-07-2011	2 220	2 280	18	5-08-2011	2 360	2 360
19	2-08-2011	2 310	2 370	19	22-08-2011	2 360	2 360
20	1-10-2011	2 430	2 490	20	3-10-2011	2 455	2 455
21	8-10-2011	2 560	2 620	21	12-10-2011	2 595	2 595
22	4-03-2012	2 670	2 730	22	1-01-2012	2 595	2 595
				23	1-03-2012	2 715	2 715

O wadze kosztów materiałów (w tym asfaltów) dla firm branży decyduje struktura kosztów operacyjnych firm, w której średni udział kosztów materiałów wynosi około 40%.

Sąd dokonał następującej oceny materiału dowodowego przedstawionego w sprawie:

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił przede wszystkim w oparciu o dokumenty w postaci umów (umowa, k. 71 i n. t. I), ogłoszeń (ogłoszenie, k. 39 i n. t. I), ofert (oferta, k. 46 i n. t. I), warunków kontraktu (SIWZ, k. 77 i n. t. I; warunki ogólne kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem, k. 225 i n. t. II), wyników (wyniki przetargu, k. 353, t. I), aneksów (aneksy nr (...) - k. 354-358, t. II). 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: A. G., K. W., P. K., L. S., S. B., T. K., J. S., M. K. (1), R. P., oraz reprezentantów stron W. T. (strona powodowa) i M. K. (2) (strona pozwana). 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.

W ocenie Sądu opinia instytutu naukowego Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie (k. 2693 i n., t. XIV) została sporządzona 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 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 z dnia 6 września 2013 r. zmienionego postanowieniem z dnia 4 grudnia 2013 r. (k. 2651, 2675). Sposób badań zaprezentowany przez biegłych sądowych wskazuje na prawidłowy tok podejmowania przez nich kolejnych czynności analitycznych. Przedmiotowa opinia jest jasna i logiczna. Dodatkowo należy podkreślić, iż pracownicy instytutu na rozprawie w sposób wyczerpujący i przekonujący wyjaśnili wszelkie kwestie dotyczące wniosków zawartych w opinii pisemnej (k. 2950).

W kontekście w/w opinii i jej oceny nie mógł zostać uznany za wiarygodny dowód w postaci kopii pisma Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 12.12.2014 r. w zakresie w jakim zawiera on informację na temat skali wzrostu cen asfaltów (k. 2945 – 2948). Informacja ta nie pochodzi bowiem od podmiotu posiadającego wiedzę specjalistyczną i ma charakter ogólnikowy.

Sąd oddalił wnioski stron o dopuszczenie dowodu z opinii instytutu ponad zakres określony postanowieniem Sądu z dnia 6 września 2013 r., w tym wniosek strony pozwanej o uzupełnienie tego postanowienia, uznając iż sformułowana w tym postanowieniu teza dowodowa jest wystarczająca do ustalenia okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (k. 2950).

Sąd oddalił wniosek o przesłuchanie świadka R. P. w zakresie przekraczającym zamiar strony pozwanej związany z wykreśleniem z warunków umowy subklauzuli 13.8 uznając, iż pozostałe okoliczności faktyczne wskazane przez pozwanego, co do których to okoliczności miały zeznawać ten świadek (znaczenie tej klauzuli i skutki jej wykreślenia) należą do kwestii prawnych, podczas gdy rolą świadka jest przedstawienie relacji o faktach (k. 2646)

Sąd zważył, co następuje:

Powództwo nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

W niniejszej sprawie powodowie wystąpili z roszczeniem o ukształtowanie stosunku prawnego na podstawie art. 357 (1) kc, domagając się podwyższenia wysokości świadczenia pieniężnego należnego powodom z tytułu umowy o roboty budowlane. Zdaniem powodów powyższa ingerencja Sądu w stosunek zobowiązaniowy jest konieczna, aby przywrócić pierwotną równowagę interesów stron, zakładaną w procesie kontraktowania poprzez zmniejszenie wymiaru straty powodów z wykonywania kontraktu.

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.

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 co najmniej (...)zł (netto);
- b) wzrost cen asfaltu, który zdaniem powodów powiększył koszty wykonywania kontraktu o co najmniej (...) zł (netto);

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) wynosi (...) 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 24.327.890,06 złotych brutto.

W ocenie Sądu powództwo nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ powodowie nie dokonali powiadomienia o przedmiotowym roszczeniu w trybie określonym **w subklauzuli 20.1 warunków kontraktu, a ponadto powodowie nie wykazali i nie udowodnili, aby na skutek realizacji przedmiotowego kontraktu ponieśli rażąco stratę w rozumieniu przepisu art. 357 (1) kc.**

Dokonując szczegółowych rozważań 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. 357¹ 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. 357¹ i 358¹ § 3 k.c. odpowiednio określane również mianem dużej i małej klauzuli rebus sic stantibus). Zbliżone uregulowania da się także wskazać wśród przepisów tzw. części szczegółowej (zob. art. 629, 632 § 2, art. 700, 907 § 2, art. 913 k.c.).

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

Zastosowanie normy z art. 357¹ k.c. czy 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 wywiedzonego przez stronę powodową. Jako potencjalne podstawy prawne strona powodowa wskazała przepis art. 357¹ k.c. lub art. 632 § 2 k.c., zaznaczając iż jej zdaniem właściwą podstawę stanowi przepis art. 357 (1) kc.

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. 357¹ 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, L. nr (...), a po drugie, uznał jednak, że istnieje „twarda” hierarchia dotycząca stosowania art. 632 i 357¹ k.c. „Wzajemny stosunek norm wynikających z uregulowań zawartych w art. 357¹ i art. 632 § 2 k.c. wskazuje, że pozostają one w stosunku zawierania się. Zakres zastosowania normy ujętej art. 632 § 2 k.c. jest węższy, zawiera się w zakresie stosowania normy art. 357¹ k.c. Niewątpliwie węższy jest krąg adresatów 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. 357¹ k.c. Co do zmiany stosunków, art. 632 § 2 k.c. dopuszcza zmianę umowy w razie zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć. Odwołanie się przez ustawodawcę do nieprzewidywalności zmiany stosunków wskazuje, że chodzi tu o przypadki wychodzące poza zakres zwykłego ryzyka kontraktowego, a zatem o przypadki analogiczne jak objęte działaniem normy art. 357¹ k.c. Powyższe wskazuje na podrzędny charakter normy wynikającej z art. 632 § 2 k.c., co uzasadnia posłużenie się regułą *lex specialis derogat legi generali*” (pkt 2 tezy wyroku SN z 29 marca 2012 r., I CSK 333/2011, L.pl nr (...)).

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 orzecnictwie potwierdzono takie stanowisko wprost odnośnie do wynagrodzenia ryczałtowego (por.: uzasadnienie wyroku SN z 28 czerwca 2000 r., IV CKN 70/2000, LexisNexis nr (...), 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, L. nr (...); wyrok SN z 20 listopada 1998 r., II CKN 913/97, L. nr (...); wyrok SA w Warszawie z 22 października 2010 r., VI ACa 352/10, (...) nr (...)). 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) kc. W tym zakresie Sąd podzielił stanowisko strony powodowej. Z tego też względu dalsze rozważania Sądu koncentrowały się wokół tej normy prawnej.

Zastosowanie przepisu art. 357¹ 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. 357¹ 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. 357¹ 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. 357¹ 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. Kwestionowany pogląd pomija doniosłą praktycznie okoliczność, iż proces sądowy o ukształtowanie

stosunku prawnego może zakończyć się później niż fakt spełnienia świadczenia. Skutkiem więc aprobaty kwestionowanego poglądu powinna być następująca reakcja wykonawców, otóż powinni oni wnosić powództwa i przerywać roboty. W przeciwnym razie ich żądania objęte pozwem nie mogłyby zostać uwzględnione. Wskazać jednak należy, że interpretacja taka godzi w zasadę pacta sunt servanda, wywołuje skutki niepożądane ze społeczno-gospodarczego punktu widzenia, ponadto opisany sposób postępowania nie prowadziłby do porządanego stanu rzeczy, były co do zasady niekorzystny dla wykonawców. Zgodnie bowiem z obowiązującym stanem prawnym popadliby oni w zwłokę, co wykluczałoby możliwość powołania się na art. 357¹ k.c. Oznaczałoby to de facto całkowite wyeliminowanie klauzuli rebus sic stantibus z obrotu prawnego, mimo formalnego obowiązywania przepisu art. 357¹ k.c.

W związku z powyższymi rozważaniami należy zatem wskazać, przyjmując stanowisko reprezentowane w doktrynie, że wystąpienie z powództwem z art. 357¹ k.c. możliwe jest tylko wtedy, jeśli zobowiązanie łączące strony nadal istnieje, a zatem istnieje jeszcze przedmiot ewentualnej ingerencji sądu. W chwili jednak, w której zostaje złożone powództwo oparte na art. 357¹ k.c., sąd otrzymuje kompetencję do modyfikacji stosunku zobowiązaniowego, co wiąże się z przeświadczeniem wierzyciela, iż powinien on otrzymać świadczenie inne od umówionego. Jednak to dopiero sąd zdecyduje, czy powyższe przekonanie wyrażone w pozwie jest zasadne, czy też nie. Dopóki spór istnieje, dopóty spełnienie świadczenia zgodnie z brzmieniem dotychczasowej umowy nie prowadzi do definitywnego wygaśnięcia zobowiązania. Nie można wszak obarczać strony konsekwencjami długotrwałego postępowania sądowego, która to strona, działając z należytą starannością i w dobrej wierze, w dalszym ciągu wykonywała zobowiązanie, aż do jego spełnienia, choć była przekonana o nieadekwatności wzajemnych świadczeń. Kwestia tego, czy skutek w postaci wygaśnięcia zobowiązania nastąpił, czy też nie, będzie dopiero rezultatem rozstrzygnięcia sądu uwzględniającego lub odmawiającego uwzględnienia powództwa. W pierwszej sytuacji, stosunek zobowiązaniowy będzie trwał nadal, lecz w zmienionej treści, w drugim przypadku, wygaśnie z mocą wsteczną. Rozwiązanie takie, zdaniem sądu, ma ważny wymiar praktyczny, umożliwia korzystanie z uprawnienia z art. 357¹ k.c., a zarazem nie wprowadza stanu niepewności w tej kwestii (zob. A. Brzozowski, Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania. Klauzula 'rebus sic stantibus', s. 137-140, C.H.BECK, Warszawa 2014).

Odbiór etapów wykonania umowy a dopuszczalność powództwa z art. 357¹ k.c.

Istotną w niniejszej sprawie jest kwestia, czy i jakie znaczenie dla możliwości skutecznego zgłoszenia żądania modyfikacji kontraktu w trybie art. 357¹ 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. 357¹ 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. 357¹ 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 Ingenieurs-Conseils) znajdują powszechne zastosowanie w kontraktach międzynarodowych oraz krajowych. Najbardziej znanym i reprezentatywnym przykładem dorobku FIDIC są warunki kontraktowe dla robót inżynieryjno-budowlanych (tzw. Czerwona Księga FIDIC), które powstały dzięki „umiędzynarodowieniu” odpowiednich wzorów krajowych, głównie brytyjskich. 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. Brzozowski, Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania – Klauzula rebus sic stantibus, s. 118, C.H.BECK, Warszawa 2014; 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 357¹ 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. 353¹ k.c. Wskazać ponadto należy, że wyłączenie zastosowania art. 357¹ 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. 357¹ 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 wyłączenia opisanego tam sposobu niwelowania ryzyka zmiany cen, a nie okoliczności objętych hipotezą z art. 357¹ 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) kc mającego charakter dyspozytywny oznacza dopuszczenie do stosowania tego przepisów. Zamiar wyłączenia musiałby być bowiem przez strony wyrażony w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości. Sąd podziela w tym miejscu pogląd przedstawiony w doktrynie (tak m.in. A. Brzozowski, Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania – Klauzula rebus sic stantibus, s. 292, wyd. C.H. BECK, Warszawa 2014). Zamiar wyłączenia przepisu dyspozytywnego, jakim jest art. 357^{((1))}k.c., powinien być przez strony wyrażony w sposób jednoznaczny, 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⁽⁽¹⁾⁾ 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^{((1))} 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^{((1))} k.c. Podzielając zaś pogląd wyrażony w orzecznictwie, zakładający szerszy charakter uregulowania w art. 357^{((1))} 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^{((1))} 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. 357¹ k.c.

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

Zdaniem Sądu nie ma żadnych przeszkód do stosowania art. 357¹ 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. 357¹ 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. 357¹ 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. 357¹ k.c. i z art. 358¹ § 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. 357¹ 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. 357¹ 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.

Pomimo przedstawionej powyżej przez Sąd oceny prawnej w zakresie przepisu art. 357 (1) kc, subklauzuli 13.8 warunków kontraktu i przepisu art. 144 ustawy prawo zamówień publicznych, która to ocena jest zgodna z argumentacją prawną przedstawioną przez stronę powodową, Sąd uznał, iż powództwo nie zasługuje na uwzględnienie.

Takie stanowisko Sądu wynika z tego, iż powodowie nie dokonali powiadomienia o przedmiotowym roszczeniu w trybie określonym w subklauzuli 20.1 warunków kontraktu, a ponadto powodowie nie wykazali i nie udowodnili, aby na skutek realizacji przedmiotowego kontraktu ponieśli rażącą stratę w rozumieniu przepisu art. 357 (1) kc.

Odnosząc się do kwestii subklauzuli 20.1 warunków kontraktu należy podnieść, co następuje:

W ocenie Sądu przepis subklauzuli 20.1 warunków kontraktu ma zastosowanie w niniejszej sprawie. A tym samym podniesiony przez stronę pozwaną zarzut naruszenia przez powodów procedury z tej subklauzuli poprzez niezachowanie kontraktowej procedury powiadomienia o roszczeniu okazał się zarzutem uzasadnionym.

Sąd nie podzielił poglądu strony powodowej, iż wymóg zachowania powyższej procedury dotyczy jedynie takich roszczeń kontraktowych, które znajdują uzasadnienie w postanowieniach poszczególnych klauzul umownych.

Subklauzula 20.1. przewiduje procedurę, której ma przestrzegać wykonawca jeśli uzna się za uprawnionego do przedłużenia czasu na wykonanie kontraktu lub do otrzymania dodatkowej zapłaty. Treść w/w subklauzuli ma następujące brzmienie: 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 jest możliwe, ale nie później niż 28 dni po tym, kiedy wykonawca dowiedział się, lub powinien był dowiedzieć się, o tym wydarzeniu lub okoliczności.

Jeżeli wykonawca nie da powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego okresu 28 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 (...) (k. 298, t. II).

Subklauzula 20.1 ustala procedury, których ma przestrzegać wykonawca w postępowaniu roszczeniowym oraz następstwa ich nieprzebrzegania. Po pierwsze, skoro tylko będzie to wykonalne, ale nie później niż w 28 dni po stwierdzeniu wystąpienia odnośnego wydarzenia lub okoliczności dających podstawę do roszczenia musi o nich powiadomić. Powiadomienie musi opisywać „wydarzenie lub okoliczność, powodującą roszczenie” dla przedłużenia czasu lub dodatkowej zapłaty, do której „wykonawca uważa się za uprawnionego”. Powiadomienia w tym zakresie muszą odpowiadać subklauzuli 1.3 (k. 242, t. II), a więc być zgodne z innymi postanowieniami zawartej przez strony umowy jak i uwzględniać poczynione przez kontrahentów w tym zakresie zmiany w szczególnych warunkach kontraktu (k. 82, t. I).

Ten pierwszy krok otwiera szczegółową procedurę z subklauzuli 20.1, która ma na celu ochronę praw strony na mocy kontraktu. Wykonawca musi zapewnić, aby powiadomienia zostały wydane we właściwym czasie. Drugi akapit stanowi, że niedopełnienie obowiązku powiadomienia zgodnie z pierwszym akapitem pozbawia wykonawcę uprawnień do przedłużenia czasu i kompensaty.

Mając na uwadze treść powyższej subklauzuli wymaga zaznaczenia, że w niniejszej sprawie strona powodowa dochodzi w istocie podwyższenia wynagrodzenia kontraktowego i w tym właśnie celu wnosi o zmianę treści umowy czyniąc podstawą prawną tego roszczenia przepis rangi ustawowej (art. 357 (1) kc). Nie ulega zatem wątpliwości, iż w rzeczywistości powodowie domagają się dodatkowej płatności i płatność ta pozostaje w bezpośrednim związku z kontraktem. Taki stan rzeczy koresponduje wprost z treścią subklauzuli 20.1 zdanie pierwsze, w której mowa jest o jakiegokolwiek dodatkowej płatności z innego (czyli każdego) tytułu w związku z kontraktem. Powodowie formułują przedmiotowe roszczenie jako żądanie zmiany umowy tylko dlatego, iż taki jest formalny wymóg ustawowy z art. 357 (1) kc. Żądanie zmiany wysokości świadczenia pieniężnego jest bowiem niezbędne do osiągnięcia celu działania powodów, czyli do uzyskania wyższego wynagrodzenia kontraktowego. Na podstawie prawomocnego wyroku kształtującego stosunek prawny powodowie mogliby wystąpić następnie przeciwko pozwanemu z powództwem o zapłatę. To właśnie ta dodatkowa płatność stanowi cel ostateczny instytucji unormowanej w przepisie art. 357 (1)

kc. Dla oceny możliwości zastosowania w niniejszym sporze subklauzuli 20.1 warunków kontraktu istotne jest to, że roszczenie powodów jest wywodzone przez powodów w związku z kontraktem, albowiem takie jest brzmienie normy zawartej w tej subklauzuli. Natomiast bez znaczenia jest okoliczność, iż roszczenie powodów nie jest oparte na podstawie prawnej kontraktowej, tylko na podstawie prawnej rangi ustawowej. Z treści subklauzuli 20.1 w żadnym wypadku nie wynika, aby jej zastosowanie było ograniczone jedynie do roszczeń zgłoszonych na podstawie prawnej umownej. Zdaniem Sądu subklauzula 20.1 dotyczy wszelkich roszczeń wynikających z kontraktu bez względu na to czy podstawą tych roszczeń jest przepis kontraktowy czy też przepis ustawowy.

Konkludując w ocenie Sądu przepis subklauzuli 20.1 warunków kontraktu ma zastosowanie w niniejszej sprawie.

Strona powodowa nie dokonała powiadomienia o przedmiotowym roszczeniu zgodnie z przepisem subklauzuli 20.1. (zeznanie świadków: L. S. – k. 2471, T. K. – k. 2482). Powodowie nie tylko nie wykazali odmiennego stanu rzeczy, ale nawet nie twierdzili, iż takie powiadomienie miało miejsce. Otóż powodowie dokonali zgłoszenia powiadomienia o roszczeniu w przedmiocie zmiany wysokości wynagrodzenia kontraktowego, ale roszczenie to oparli wyłącznie na twierdzeniu o zmianie stawki akcyzy. Wynika to wprost z treści pism strony powodowej z dnia 8.12.11 r. i z dnia 13.01.12 r. skierowanych do inżyniera kontraktu, w których strona powodowa domaga się podwyższenia wynagrodzenia z powodu wzrostu kosztów związanych z przewidywanym wzrostem cen surowców jedynie na skutek zmiany stawek podatkowych przez polskiego prawodawcę (k. 2367, k. 2367 v. – 2368). Tymczasem w sprawie niniejszej powodowie dochodzą roszczenia opartego na twierdzeniu o nadzwyczajnej zmianie cen samych surowców na skutek nieprzewidywalnych zmian cen na wolnym rynku na skutek przemian społeczno – politycznych w Afryce Północnej. Są to zatem dwa różne roszczenia. W rezultacie należało uznać, iż powodowie w ogóle nie dokonali w trybie subklauzuli 20.1 warunków kontraktu powiadomienia o roszczeniu stanowiącym przedmiot niniejszego sporu.

Nawiązując do wcześniejszych rozważań, w tym miejscu jedynie dodatkowo należy podnieść, iż sama strona powodowa miała świadomość obowiązku przestrzegania regulacji zawartej w subklauzuli 20.1 skoro powołała się na ten przepis umowny występując do inżyniera kontraktu z powiadomieniem o roszczeniu o dodatkową płatność z tytułu wzrostu kosztów związanych z przewidywanym wzrostem cen surowców na skutek zmiany stawek podatkowych przez polskiego prawodawcę (k. 2367, k. 2367 v. – 2368).

Należy podkreślić, iż 28 – dniowy termin na złożenie powiadomienia o roszczeniu zawarty w subklauzuli 20.1 warunków kontraktu jest terminem zawitym, którego niezachowanie powoduje, iż wykonawca nie może dochodzić dodatkowej płatności a zamawiający zwolniony jest z całej odpowiedzialności w związku z takim roszczeniem (tak też Sąd Apelacyjny w Warszawie w postanowieniu z dnia 30.05.2011 r., ACz 700/11 i w wyroku z dnia 14.03.2013 r., VI ACa 1151/12).

W konsekwencji uznać należało, iż podniesiony przez stronę pozwaną zarzut naruszenia przez powodów procedury z subklauzuli 20.1 poprzez niezachowanie kontraktowej procedury powiadomienia o roszczeniu okazał się zarzutem uzasadnionym. Powyższe powoduje, iż już z tego tylko względu powództwo nie zasługuje na uwzględnienie.

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

Powodowie wykazali fakt spełnienia przesłanek z art. 357 (1) kc za wyjątkiem jednej z nich, a mianowicie nie wykazali i nie udowodnili, aby na skutek realizacji przedmiotowego kontraktu ponieśli 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.

Dokonując rozważań w tym zakresie w pierwszym rzędzie należy odnieść się ogólnie do przesłanek zastosowania przepisu art. 357¹ k.c.

Zgodnie z treścią przepisu art. 357¹ 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. 357¹ 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 został w niniejszej sprawie spełniona, 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. 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 2000-2008, 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, nieprzewidywanego 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.

Zaobserwowany wzrost cen paliw w okresie 2009-2012 miał charakter bezprecedensowy, biorąc pod uwagę odniesienie do lat 2000-2008. Natomiast wzrost cen asfaltów był ekstremalny, ale nie był on bezprecedensowy w przeszłości, w latach dynamicznego rozwoju gospodarczego zdarzały się również podobne wzrosty (opinia instytutu, verte k. 2707 t. XIV).

Wzrost cen paliw i asfaltów w latach 2009-2012 miał charakter niespodziewany i niemożliwy do zaprognozowania na podstawie danych z lat 2000-2008 przy użyciu standardowych modeli ekonometrycznych (opartych na dotychczasowej dynamice cen paliw i asfaltów, dynamice światowego PKB oraz dynamice cen ropy naftowej). Zaobserwowany niespodziewany wzrost wynikał przede wszystkim z wysokiej dynamiki cen ropy naftowej oraz zjawiska utraty korelacji dynamiki cen ropy naftowej i wzrostu gospodarczego (opinia instytutu, k. 2707, t. XIV).

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: ok. 10,5 mln zł netto,

- z tytułu wzrostu cen paliw: ok. 1,325 mln zł netto (pkt. 5 na str. 24 opinii instytutu – k. 2707 v.).

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.

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 zwykła 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. 357¹ 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. 357¹ 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. 357¹ 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 rażącą 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 Krakowie).

Należy podzielić pogląd, iż dla oceny roszczenia strony powodowej istotna jest nie tylko wysokość obrotów osiągniętych w latach realizacji przedmiotowego kontraktu, czyli w latach 2009 – 2012, która obrazuje rozmiar skali prowadzonej przez tę stronę 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 całego wynagrodzenia kontraktowego ustalonego w umowie z dnia 28 września 2009 r. oraz zestawienie przychodów powodów oraz rachunków zysków i strat z całej działalności prowadzonej przez wszystkich członków konsorcjum w okresie 2009 – 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. 357¹ 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 643 844 502,55 zł (słownie: sześćset czterdzieści trzy miliony osiemset czterdzieści cztery tysiące pięćset dwa złote, 55/100).

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: ok. 10,5 mln zł netto, z tytułu wzrostu cen paliw: ok. 1,325 mln zł netto (pkt. 5 na str. 24 opinii instytutu – k. 2707 v.). Łącznie przedmiotowa strata osiągnęła zatem kwotę 11.825.000 zł netto. W tym miejscu podnieść należy, iż powodowie w istocie nie zakwestionowali opinii instytutu – Katedry Transportu Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie (k. 2897 i n., t. XV).

Kwoty strat poniesionych przez powodów wynoszą zatem odpowiednio z tytułu wzrostu cen asfaltów: 1,98 % wynagrodzenia wykonawcy i z tytułu wzrostu cen paliw: 0,25 % wynagrodzenia wykonawcy.

Zatem łącznie straty wykonawcy z tytułu wzrostu cen paliw i asfaltu wynoszą 2,23% wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z zawartej umowy. Oznacza to, że powoływana przez powódkę strata odpowiada 2,23% ostatecznie umówionego wynagrodzenia dla wykonawcy.

W ocenie Sądu poniesienie straty na poziomie 2,23% wartości inwestycji mieści się w granicach typowego, zwykłego ryzyka gospodarczego. Co więcej, w przypadku powódki strata ta jest faktycznie mniejsza, bowiem umówione wynagrodzenie zawiera nie tylko zwrot poniesionych przez powódkę nakładów, ale też zysk powódki, na poziomie nie niższym niż 1%. Następuje zatem skonsumowanie części wzrostu kosztów przez tę część wynagrodzenia, która stanowić miała zysk. W rezultacie, strata rzeczywiście poniesiona przez stronę powodową odpowiada ok. 1,23% wartości inwestycji, zatem z całą pewnością nie stanowi straty rażącej. W tym miejscu należy podnieść, iż nieosiągnięcie zysku nie stanowi straty w rozumieniu art. 357 (1) kc. Nieosiągnięty zysk może zostać potraktowany jedynie jako utracona spodziewana korzyść. Rozgraniczenie to wiąże się z elementarnym cywilistycznym podziałem ujemnych ekonomicznie następstw danego zdarzenia na stratę rzeczywistą i utracone korzyści.

Dla oceny spełnienia tej przesłanki bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż powodowie wystąpili przeciwko pozwanemu w innym sporze sądowym z powództwem o zapłatę kwoty 137 mln zł z tytułu dodatkowych płatności (ponad kwotę wynagrodzenia kontraktowego) powstałych według powodów w związku z realizacją kontraktu ze względu na inne zdarzenia niż zdarzenia, na których zostało oparte niniejsze powództwo. Po pierwsze, te potencjalne dodatkowe wierzytelności powodów w żadnym wypadku nie mogą zostać potraktowane jako strata w rozumieniu art. 357 (1) kc. Po drugie, powodowie nie wykazali i nie udowodnili niniejszej sprawie, aby ponieśli na przedmiotowym kontrakcie stratę ponad kwotę (...) zł, w szczególności nie wykazali, aby ponieśli stratę na kwotę ponad (...)złoty. Przedstawili jedynie w tym zakresie twierdzenia, które zostały zakwestionowane przez stronę pozwaną.

Natomiast co do skali działalności i efektywności powodów jako przedsiębiorców w latach 2009 – 2012 należy zaznaczyć, iż (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. osiągnęła następujące przychody ogółem: (...) zł w 2009 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. (...)), (...) zł w 2010 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. (...)), (...) zł w 2011 r. (Monitor Polski B nr (...)), (...) zł w 2012 r. ((...), KRS poz. (...)) oraz następujący zysk netto: (...) zł w 2009 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. (...)), (...) zł w 2010 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. (...)), (...) zł w 2011 r. (Monitor Polski B nr (...)) oraz stratę w 2012 r. w kwocie (...)zł ((...), KRS poz. (...)). Łączny zysk netto tej spółki za lata 2009 – 2012 wyniósł kwotę (...) złotych.

(...) S.A. z siedzibą w K. (poprzednio (...) S.A. z siedzibą w K.) osiągnęła następujące przychody ogółem: (...)zł w 2009 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. 7611), (...) zł w 2010 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. (...)), (...)zł w 2011 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. 19457), (...) zł w 2012 r. ((...) 2014, wpis do KRS) oraz następujący zysk netto: (...) zł w 2009 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. (...)), (...) zł w 2010 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. (...)), (...) zł w 2011 r. (Monitor Polski B nr (...) poz. (...)), (...) zł w 2012 r. ((...) (...), wpis do KRS). Łączny zysk netto tej spółki za lata 2009 – 2012 wyniósł kwotę (...)złoty.

(...)

A zatem łączne przychody ogółem trzech w/w konsorcjantów wyniosły : zł w 2009 r., zł w 2010 r., zł w 2011 r., zł w 2012 r., natomiast ich łączne zyski netto wyniosły: zł w 2009 r., zł w 2010 r., zł w 2011 r., zł w 2012 roku.

Tylko dodatkowo należy podnieść, iż sami powodowie w uzasadnieniu pozwu zaznaczyli, że każdy z powodów jest przedsiębiorcą budowlanym, działającym m.in. na rynku robót drogowych w zakresie dużych krajowych i europejskich projektów budownictwa drogowego.

Wyżej wskazane dane ekonomiczne dotyczące skali działalności i efektywności powodów jako przedsiębiorców w latach 2009 – 2012 stanowią dodatkową okoliczność potwierdzającą tezę, iż strata powodów w zakresie ustalonym w niniejszej sprawie przez Sąd nie może zostać uznana za rażącą stratę w rozumieniu art. 357 (1) kc.

Mając na uwadze powyższe rozważania i ustalenia Sąd doszedł do wniosku, że przesłanka groźby rażącej straty nie została spełniona w niniejszej sprawie. Z tego też względu powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

Konsekwencją rozstrzygnięcia w przedmiocie żądania pozwu było rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów procesu.

Oddalenie powództwa skutkowało obciążeniem strony powodowej, jako strony przegrywającej kosztami procesu na podstawie art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 99 k.p.c.

Powołując się na art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 roku o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa Sąd zasądził na rzecz wykonującej zastępstwo procesowe pozwanego Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 7 200 złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego. Kwota ta została wyliczona zgodnie z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.

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