

Sygn. akt XXV C 1758/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 grudnia 2019 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny, w składzie:

Przewodniczący:	SSO Anna Błażejczyk
Protokolant:	protokolant sądowy Aleksandra Bartczak

po rozpoznaniu na rozprawie 7 listopada 2019 r. w W.

sprawy z powództwa (...) S.A. w M.

przeciwko Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad

o ukształtowanie i zapłatę

1. Zasądza od Skarbu Państwa- Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) SA w M. 22 370zł. (dwadzieścia dwa tysiące trzysta siedemdziesiąt złotych) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 6 listopada 2019r do dnia zapłaty,
2. oddala powództwo w pozostałym zakresie,
3. zasądza od (...) S.A. w M. na rzecz Skarbu Państwa – Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej 7200 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) za zastępstwo procesowe.
4. nakazuje pobrać od (...) SA w M. na rzecz Skarbu Państwa- Sądu Okręgowego w Warszawie 1242,48zł (tysiąc dwieście czterdzieści dwa złote czterdzieści osiem groszy) tytułem uzupełnienia nieuiszczonych kosztów sądowych.

Sygn. akt **XXV C 1758/12**

UZASADNIENIE

Powód (...) S.A. w M. wystąpił ostatecznie przeciwko Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad z następującymi roszczeniami:

1. o oznaczenie wysokości świadczenia, poprzez podwyższenie o 93 861 466,92 zł i oznaczenie, że:
 - a. zgodnie z pkt. 4.1 umowy zaakceptowana kwota kontaktowa brutto wynosi 1 352 966 800,06 zł oraz
 - b. zgodnie z pkt 4.2 umowy maksymalna kwota zobowiązania brutto wynosi 1 541 832 600,03 zł.
2. o zapłatę 93 861 466,92 zł wraz z odsetkami ustawowymi od daty wydania wyroku do dnia zapłaty.

Wywodził, że w toku wykonywania umowy nastąpiła nadzwyczajna zmiana stosunków polegająca na wzroście kosztów takich surowców jak: stal, asfalt, olej napędowy. Jego roszczenie zostało pierwotnie oparte na art. 357¹ k.c. oraz klauzuli 13.7 Warunków kontraktu (co do kwoty należnej według powoda w związku z podwyższeniem stawki akcyzy

na olej napędowy). Strona powodowa podniosła, że formułując ofertę powód przyjął, na 16 lutego 2009 r., że ceny materiałów nie przekroczą w toku wykonywania Umowy:

a. 2 811,00 zł za m³ oleju napędowego (w tym wzrost kosztów transportu z zakładanego 0,22 zł netto za tonokilometr do 2,35 zł netto za tonokilometr – w oparciu o ofertę Elektrowni (...) S.A.). Powód wyliczył, iż poniósł w związku z tym dodatkowe koszty w łącznej wysokości 64 831 514,95 zł brutto w tym:

- 3 615 089,84 zł za paliwo bezpośrednio nabyte przez powoda;
- 7 375 803,01 zł za podwyższenia kosztów usług transportowych;
- 47 431 595,96 zł za dodatkowe koszty (surowiec, paliwo) związane z wydłużeniem umowy.

Powód wskazywał, że koszty te obliczył w oparciu o ilości faktycznie wykonanych robót wynikających z treści Przejściowego Świadczenia Płatności (dalej PŚP). Powód ustalił jaka ilość paliwa została użyta w danym czasie a następnie jaki był koszt zakupu danej ilości w danym okresie. Wynik zestawiał z kosztem tej samej ilości paliwa w sytuacji, w której nie nastąpiłby nadzwyczajny wzrost cen.

b. 1 650,00 zł za tonę stali – dodatkowy koszt – 9 705 059,85 zł brutto – obliczony jako różnica kwot należnych od powoda na rzecz dostawców stali oraz kwoty jaką powód byłby zobowiązany zapłacić, o ile nie nastąpiłby nadzwyczajny wzrost cen stali i cena ta pozostawała na poziomie założonym przez powoda na etapie składania oferty;

c. 1 525,00 zł za Mg (tonę) asfaltu drogowego 35/50,

d. 1 850,00 zł za Mg (tonę) asfaltu modyfikowanego 25/55-60 (30B) – dodatkowy koszt – 19 324 892,12 zł – obliczona jako różnica kwot należnych od powoda dostawcom asfaltów oraz kwoty jaką powód byłby zobowiązany zapłacić, o ile nie nastąpiłby nadzwyczajny wzrost cen asfaltu i cena ta pozostawała na poziomie założonym przez powoda na etapie składania oferty.

Powód wskazywał, że na etapie składania oferty zakładał osiągnięcie zysku po realizacji umowy na poziomie (...) wynagrodzenia netto, nie więcej niż (...) zł (nie wliczając do wartości wynagrodzenia netto przewidywanych w ofercie kosztów wymagań ogólnych w wysokości (...) zł). Jako alternatywną podstawę odpowiedzialności pozwanego, strona powodowa (co do kwoty 47 431 595,96 zł brutto) powoływała się na art. 471 k.c. (względnie 486 k.c.) w zw. z art. 647 k.c. – w zakresie poniesienia wyższych kosztów aniżeli zakładane po upływie pierwotnego czasu potrzebnego na wykonanie Umowy. Kolejną ewentualną podstawą wywodzonych roszczeń zdaniem powoda jest art. 632 § 2 k.c.

Powód dowodził, że roboty dodatkowe a także zamienne były rozliczane po cenach wynikających z umowy a nie cenach rynkowych, uwzględniających zmianę cen w toku realizacji prac. Strona powodowa wskazywała, że na spornym kontrakcie została pozbawiona nie tylko kalkulowanego zysku na poziomie (...) zł netto, ale poniosła stratę w wysokości (...) zł (pозew. – k. 2-93; pismo procesowe z 29 kwietnia 2013 r. rozszerzające powództwo – k. 3706-3799 t. 19; pismo procesowe z 16 września 2013 r. modyfikujące powództwo – k. 17427-17492 t. 88; pismo procesowe z 20 stycznia 2014 r. – k. 19074-19097 t. 96).

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wnosil o oddalenie powództwa w całości. Pozwany wskazywał, że strony wyłączyły z umowy możliwość stosowania klauzuli waloryzacyjnej (Subklauzula 13.8). W zakresie roszczeń wynikających ze zmiany opodatkowania, pozwany podniósł, powołując się na Warunki 20.1 oraz 13.7, że roszczenie jest przedwczesne, może zostać przedstawione po dokonaniu analizy zużycia paliwa w skali całego kontraktu. Ponadto zmiana stawki akcyzy była do przewidzenia zważywszy na powszechnie znany okres przejściowy wynikający z wytycznych UE, które Polskę obowiązywały od momentu akcesji do UE. Co do pozostałych roszczeń pozwany wywodził, że powód nie składał roszczeń przejściowych ani roszczenia ostatecznego, nie zachował terminu wynikającego z Subklauzuli 20.1 Warunków Kontraktu. Strona pozwana dowodziła także, iż w ramach spornego stosunku prawnego, wyłączono możliwość stosowania art. 357⁽¹⁾ k.c. ze względu na Subklauzulę 13.8, treść art. 144

ust. 1 (ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej p.z.p.) oraz wykonanie Umowy przed wniesieniem powództwa. Wykonawca powiadomił o zakończeniu całości robót 19 września 2012 r., wniosek o wydanie Świadectwa Przejęcia został złożony 19 października 2012 r. W związku z wykonaniem zobowiązania powód nie może żądać zmiany stosunku prawnego. Pozwany zarzucał także powodowi, że w toku realizacji Umowy zlecono powodowi wykonanie robót dodatkowych za wynagrodzeniem kosztorysowym po przeprowadzeniu negocjacji. Ze złożonych faktur nie wynika jakiego zakresu robót dotyczą (podstawowych czy dodatkowych). Pozwany zaprzeczał również aby nastąpił nadzwyczajny, niedający się przewidzieć wzrost cen, powodujący że powód poniósł rażącą stratę. Strona pozwana dowodziła także, iż w czasie realizacji Umowy spadły ceny innych materiałów oraz robocizny o stracie można mówić gdy całość kosztów przewyższy kwotę należnego wynagrodzenia. Pozwany podniósł także zarzut przedawnienia, co do części roszczeń objętych żądaniem powoda. Strona pozwana wywodziła nadto, że opóźnienia w realizacji kontraktu wynikały z winy powoda. Brak jest możliwości zastosowania art. 632 § 2 k.c. gdyż wynagrodzenie powoda zostało ustalone jako kosztorysowe a nie ryczałtowe. Ponadto powód nie wykazał przesłanek zastosowania art. 632 § 2 k.c. Dochodzenie roszczeń których dotyczy postępowanie (w tym opieranych na art. 471 k.c.) jest niedopuszczalne ze względu na zawarcie przez strony Aneksu nr (...) (za przedłużony okres) normującego kwestię wynagrodzenia za roboty wykonane po dacie pierwotnego wykonania zobowiązania (odpowiedź na pozew – k. 2390-2415 t. 12-13; pismo procesowe z 12 czerwca 2013 r. – k. 17284-17319 t. 87; pismo procesowe z 13 grudnia 2013 r. – k. 18686-18716 t. 94; pismo procesowe z 7 kwietnia 2014 r. – k. 19142-19172 t. 96).

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

• Ogólna charakterystyka Umowy:

16 czerwca 2009 r. Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, jako Zamawiający, i (...) SA w M., jako Wykonawca, zawarli w trybie zamówienia publicznego umowę, na podstawie której Zamawiający powierzył a Wykonawca zobowiązał się do wykonania robót pn. „Budowa autostrady (...) P. (bez węzła) – M. (bez węzła), km 490+427 - km 510+530”, zwaną dalej „Umową” lub „Kontraktem”.

Integralną część Kontraktu stanowiły: Akt Umowy, wniosek Wykonawcy o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami, Szczególne Warunki Kontraktu (SWK), „Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” – tłumaczenie wydania FIDIC 1999 (OWK), Instrukcja dla Wykonawców – Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Dokumentacja projektowa, Oferta Wykonawcy z dnia 16 lutego 2009 r. wraz z załącznikami.

Zaakceptowana Kwota Kontraktowa wynosiła, zgodnie z ofertą Wykonawcy, 1.032.053.551,75 zł netto plus 22% podatek VAT, co łącznie stanowiło brutto 1.259.105.333,14 zł, a maksymalna wartość zobowiązania wynosiła 115% kwoty brutto, co stanowiło 1.447.971.133,11 zł (dowód: Oferta Powoda z dnia 16 lutego 2009 r. – k. 171-178; kosztorys ofertowy wraz z tabelami elementów scalonych – k. 208-522, 537-538, 542-547 t. 2-3; pismo pozwanego z 4 marca 2009 r. wybór oferty powoda – k. 548-549 t. 3; k Wniosek powoda o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w trybie postępowania ograniczonego na budowę Autostrady (...) z 23 lipca 2008 r. – k. 550-569 t. 3; Umowa z dnia 16 czerwca 2009 roku wraz ze Szczególnymi Warunkami Kontraktu – k. 570-588 t. 3; tekst jednolity "Warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego" tłumaczenie wydania FIDIC 1999 z uwzględnieniem zmian wprowadzonych Szczególnymi Warunkami Kontraktu – k. 589-651 t. 3-4; Instrukcja dla Wykonawców - Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z 23 lipca 2008 r. – k. 652-698 t. 4).

Kontrakt był kontraktem obmiarowym, co oznaczało, że Wykonawca otrzymać powinien zapłatę za ilości robót faktycznie wykonanych, niezależnie od ilości robót z poszczególnych pozycji przedmiarowych. Obmiary i wycena robót następowały zgodnie z klauzulą 12 [Obmiary i wycena] Warunków Kontraktu (tj. Ogólnych Warunków Kontraktu ze zmianami wprowadzonymi Szczególnymi Warunkami Kontraktu) (d: klauzula 12 – tekst jednolity OWK ze zmianami wprowadzonymi SWK – k. 628-630 t. 3; zeznania I. M. – k. 19051-19054 t. 96).

W myśl klauzuli 4.11 [Wystarczalność Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej] będzie się uważało, że Wykonawca: a/ uznał Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową za poprawnie określoną i wystarczającą, oraz b/ oparł Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową na danych, interpretacjach, koniecznych informacjach, inspekcjach, badaniach i upewnieniu się, co do wszystkich odnośnych spraw, o których mowa w Subklauzuli 4.10 [Dane o Placu Budowy]. Jeżeli w Kontrakcie nie podano inaczej, to Zaakceptowana Kwota Kontraktowa pokrywa wszystkie zobowiązania Wykonawcy według kontraktu (włączając te, na które przewidziano Kwoty Warunkowe, jeśli takie są), i wszystko co konieczne dla właściwej realizacji i ukończenia robót oraz usunięcia wszelkich wad (d: klauzula 4.11 – tekst jednolity OWK ze zmianami wprowadzonymi SWK – k. 606 t. 4).

Ceny jednostkowe i stawki określone przez Wykonawcę w ofercie nie podlegały zmienianiu w toku realizacji przedmiotu zamówienia i nie podlegały waloryzacji (d: pkt 9.8 SIWZ TOM I - k. 662 t. 4).

W trakcie realizacji Kontraktu ceny jednostkowe określone w kosztorysie ofertowym Wykonawcy nie podlegały waloryzacji (d: pkt 4.4 Aktu Umowy – k. 571 t. 3).

Strony wyłączyły w Kontrakcie klauzulę 13.8 [Korekty wynikające ze zmian kosztu]. O niestosowaniu przedmiotowej klauzuli umownej w planowanej inwestycji, powód zdawał sobie sprawę już na etapie postępowania przetargowego (dowód: klauzula 13.8 – tekst jednolity OWK ze zmianami wprowadzonymi SWK – k. 632 t. 4; pkt 9.8 SIWZ TOM I - k. 662 t. 4; pismo GDDKiA z dnia 07.01.2009 r., nr (...) – k. 2421-2424 t. 13 – zapytania ofertowe; protest powoda w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 07.11.2008 r. – k. 2425-2432 t. 13; pismo GDDKiA z dnia 18.11.2008 r., nr (...) – k. 2433-2435 t. 13 – rozstrzygnięcie protestu powoda).

Powód zobowiązał się pierwotnie w Ofercie oraz w Umowie do **wykonania zamówienia** w terminie 23 miesięcy od Daty Rozpoczęcia robót tj. do **8 listopada 2011 r.** (przekazanie placu budowy nastąpiło 24 czerwca 2009 r.) – do czasu realizacji nie wliczano okresu pomiędzy 15 grudnia – 15 marca (okoliczność bezsporna; d: pkt 5 Umowy – k. 571 t. 3; Oferta Powoda z 16 lutego 2009 r. – k. 171; pismo Inżyniera Kontraktu z 1 lipca 2009 roku – k. 15719 t. 79 – data przekazania placu budowy; harmonogram robót z 21 lipca 2009 roku wraz z aktualizacją z września 2009 roku oraz harmonogramem płatności – k. 17104-17157 t. 86; aktualizacja harmonogramu robót z 9 lutego 2010 r. – k. 17189-17199 t. 86).

Strony zawarły cztery aneksy do Umowy, w których m.in. przedłużono Czas na Ukończenie do **28 września 2012 r.**; wyłączono przerwę zimową; uzgodniono, że koszty należne Wykonawcy z tytułu przedłużenia czasu na Ukończenie oraz koszty prowadzenia przez Wykonawcę Robót w okresie zimowym, a także koszty intensyfikacji robót, łącznie nie przekroczą kwoty dodatkowej płatności należnej Wykonawcy zgodnie z Warunkami Kontraktu w wysokości 16 012 007,15 zł netto; postanowiono, że w przypadku zmiany przez władzę ustawodawczą wysokości stawki podatku od towarów i usług (VAT) do Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto zostanie doliczony podatek VAT zgodnie z obowiązującą stawką.

Na mocy **Aneksu nr (...)** z 28 listopada 2011 roku (pkt. 9 i 10. – k. 708 t. 4) Wykonawca zrzekł się wszystkich złożonych dotychczas roszczeń o przedłużenie Czasu na Ukończenie oraz wszystkich ewentualnych roszczeń o przedłużenie Czasu na Ukończenie wynikających ze złożonych dotychczas przez Wykonawcę na podstawie Subklauzuli 20.1 Warunków Kontraktu powiadomień o roszczeniu; Wykonawca oświadczył, że koszty wskazane w Załącznikach do Aneksu nr (...) (przedłużenie Czasu Ukończenia; intensyfikacja robót w okresie zimowym) wyczerpują wszystkie roszczenia Wykonawcy o dodatkową płatność związaną z przedłużeniem Czasu na Ukończenie stanowiącym przedmiot Aneksu nr (...), prowadzeniem Robót w okresie od 15 grudnia 2011 r. do 15 marca 2012 r., intensyfikacją działań Wykonawcy celem zapewnienia wykonania robót, a także wszelkie roszczenia Wykonawcy związane z wykonaniem innych zobowiązań objętych Aneksem nr (...).

Zawarcie Aneksu nr (...) wynikało z roszczenia Wykonawcy z 18 kwietnia 2011 r., w którym, ze względu na niedostępność placu budowy w zakresie obiektów (...) oraz (...), powód wystąpił do Zamawiającego o przedłużenie realizacji Kontraktu o 294 dni, tj. do 28 września 2012 r. (dowód: Aneks nr (...) z 15 października 2009 r. do Umowy

– k. 699-700 t. 4; Aneks nr (...) z 28 czerwca 2010 r. do Umowy – k. 701-703 t. 4; Aneks nr (...) z 28 listopada 2011 r. do Umowy wraz z załącznikami – k. 704-712 t. 4; Aneks nr (...) z 4 października 2012 r. do Umowy – k. 713-715 t. 4).

W momencie składania roszczenia z 18 kwietnia 2011 r. wartość zatwierdzonych PŚP wynosiła 437 143 417,56 zł, co stanowiło 79,7% wartości zawartej w zaktualizowanym harmonogramie płatności w układzie miesięcznym (548 616 459 zł. W momencie zawierania Aneksu nr (...) opóźnienie w realizacji robót względem harmonogramu według PŚP nr 28 wynosiła 781 030 651,91 zł, co stanowiło 75,8% wartości robót zaplanowanych do realizacji według zaktualizowanego harmonogramu. Zgodnie z harmonogramem całość robót bitumicznych miała zostać wykonana w 2011 roku. Powód nabywał asfalty niezbędne do realizacji w okresie marzec – listopad 2012 r. w zakresie 32,6% całości zakupów w ujęciu ilościowym oraz 37,3% w ujęciu wartościowym (1 030 899 503 zł) (dowód: harmonogram robót z 21 lipca 2009 roku wraz z aktualizacją z września 2009 roku oraz harmonogramem płatności – k. 17104-17157 t. 86; aktualizacja harmonogramu robót z 9 lutego 2010 roku – k. 17200 t. 86; PŚP nr 1-41 wraz z potwierdzeniami przelewów – k. 2523-3018 t. 13-16; powiadomienie o roszczeniu z 18 kwietnia 2011 r. – k. 15720-15734 t. 79; str. 43 pisemnej opinii (...) z 21 listopada 2015 r. – k. 19314v t. 97).

• **Podstawy kalkulacji ofertowej powoda:**

Przy kalkulacji ceny kontraktowej, powód uwzględnił zysk z kontraktu na poziomie (...) wartości netto tejże ceny tj. w wysokości(...) **zł** (okoliczność przyznana przez powoda; dowód: Oferta Powoda z 16 lutego 2009 r. – k. 171-178; kosztorys ofertowy wraz z tabelami elementów scalonych – k. 208-522, 537-538, 542-547 t. 2-3; odpis oświadczenia z 17 grudnia 2012 r. – k. 716 t. 4; zbiorcze zestawienie kosztów – k. 3546-3551 t. 18; częściowo zeznania J. G. – k. 18672-18675 t. 94).

Powód przygotowując ofertę założył, iż ceny paliw, asfaltu i stali zbrojeniowej nie zmienią się na przestrzeni 23 miesięcy wykonywania umowy. Wskazywana przez powoda cena oleju napędowego jest faktycznie ceną hurtową oferowaną przez (...) w dniu złożenia oferty. Prognozowana cena stali jest średnią ceną stali zbrojeniowej według indeksu PIDS z dnia złożenia oferty. Podane przez powoda ceny asfaltów 35/50 i 25/55-60 były identyczne jak w cenniku (...) obowiązującego od 9 października 2008 r. (kolejny cennik opublikowano 16 marca 2009 r., a zatem po złożeniu przez powoda oferty).

Powód nie podał cen emulsji asfaltowych, jakie zamierzał kupować oraz asfaltu 70/100 stanowiących główny składnik cenotwórczy tych emulsji. W przypadku kalkulowanej ceny usług transportowych powód oparł się na ofercie jednego podmiotu, złożonej po 4 miesiącach od daty sformułowania oferty przetargowej. W tym zakresie roszczenie powoda nie opiera się na różnicy pomiędzy stanem faktycznym a przewidywaniami powoda, lecz na samym fakcie wzrostu ceny emulsji asfaltowych i usług transportowych w trakcie trwania Umowy z dostawcami/podwykonawcami (dowód: str. 46 pisemnej opinii (...) z 21 listopada 2015 r. – k. 19316 t. 97; str. 2 pisemnej opinii uzupełniająca (...) z marca 2016 r. – k. 19539v).

Według **kosztorysu inwestorskiego**, łączny koszt wykonania przedmiotu zamówienia został oszacowany na kwotę 1 424 500 627,28 zł. Podmiot dokonujący kalkulacji kosztów na potrzeby kosztorysu inwestorskiego brał pod rozwagę ceny materiałów budowlanych z publikatora S. lub średnie ceny z innych kontraktów. W przedmiotowym kosztorysie nie były uwzględniane wzrosty cen podczas realizacji kontraktu, nie uwzględniano zysku (dowód: zbiorcze zestawienie kosztów kosztorysu inwestorskiego – k. 3552-3553 t. 18; zeznania S. D. – k. 19044 t. 96; zeznania T. Ż. – k. 19120-19122 t. 96).

W przetargu brało udział siedmiu uczestników. Najwyższa oferta opiewała na kwotę 2 305 803 013,17 zł. Druga najniższa oferta została skalkulowana na kwotę 1 422 902 695,88 zł (dowód: zbiorcze zestawienie ofert – k. 3555 t. 18).

• **Istotne postanowienia umowne:**

Zgodnie z klauzulą 14.3 [Cena kontraktowa i płatność – występowanie

o Przejściowe Świadczenia Płatności], po zakończeniu każdego miesiąca Wykonawca przedłoży Inżynierowi, w sześciu egzemplarzach i w postaci zatwierdzonej przez Inżyniera, Rozliczenie wykazujące szczegółowo kwoty, do których otrzymania Wykonawca uważa się za uprawnionego wraz z dokumentami uzasadniającymi, zawierającymi także raport o postępie pracy podczas tego miesiąca, zgodnie z Subklauzulą 4.21 [Raporty o postępie pracy] (d: klauzula 14.3 - tekst jednolity OWK ze zmianami wprowadzonymi SWK – k. 633 t. 3).

Stosownie do klauzuli 4.1 [Ogólne zobowiązania Wykonawcy] Wykonawca zaprojektuje (w granicach określonych w Kontrakcie), zrealizuje i ukończy Roboty zgodnie z Kontraktem oraz poleceniami Inżyniera i usunie wszelkie wady w Robotach. Wykonawca przygotuje i dostarczy Inżynierowi dokumentację powykonawczą w 4 egzemplarzach nie później niż 14 dni przed przejściem robót zgodnie z Warunkiem 10.1 [Przejęcie Robót i Odcinków]. Wykonawca naniesie na Rysunkach dostarczonych przez Inżyniera wszelkie zmiany w robotach wprowadzone zgodnie z Warunkami Kontraktu (d: klauzula 4.1 – tekst jednolity OWK ze zmianami wprowadzonymi SWK – k. 601-602 t. IV).

W myśl klauzuli 13.7 [**Korekty wynikające ze zmiany stanu prawnego**] Cena Kontraktowa będzie skorygowana, aby uwzględnić każdy wzrost lub obniżkę Kosztu, wynikającego z jakiegokolwiek zmiany w Prawach Kraju (włącznie z wprowadzeniem nowych przepisów Praw i uchynieniem lub modyfikacją istniejących przepisów Praw) lub z prawnej lub oficjalnej rządowej interpretacji takich Praw, dokonanej po Dacie Odniesienia, a mającej wpływ na wykonanie przez Wykonawcę jego zobowiązań według Kontraktu.

Jeżeli Wykonawca dozna (lub oceni, że następnie dozna) opóźnienia i/lub poniesie (lub oceni, że następnie poniesie) dodatkowy Koszt wynikły z tych zmian w Prawach lub w takich interpretacjach, dokonanych po Dacie Odniesienia, to Wykonawca da powiadomienie Inżynierowi i będzie uprawniony, z uwzględnieniem Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy], do m.in. płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej. Po otrzymaniu tego powiadomienia, Inżynier będzie postępował zgodnie z Subklauzulą 3.5 [Określenia], aby uzgodnić lub określić te sprawy (d: klauzula 13.7 – tekst jednolity OWK ze zmianami wprowadzonymi SWK – k. 601-602 t. 4).

W myśl klauzuli 3.5 [Określenia] Kiedykolwiek niniejsze Warunki postanowią, że Inżynier będzie postępował zgodnie z niniejszą Subklauzulą 3.5, aby uzgodnić lub określić jakąkolwiek sprawę, to Inżynier przeprowadzi konsultacje z każdą ze Stron, próbując osiągnąć uzgodnienie stanowisk. Jeśli uzgodnienie nie zostanie osiągnięte, to Inżynier dokona rzetelnego określenia zgodnie z Kontraktem, biorąc pod uwagę wszystkie odnośne okoliczności (d: klauzula 3.5 - tekst jednolity OWK ze zmianami wprowadzonymi SWK – k. 601 t. 4).

Procedura zgłaszania przez Wykonawcę roszczeń do Zamawiającego z tytułu przedłużenia Czasu na Ukończenie lub dodatkowych płatności została opisana w klauzuli 20 (d: klauzula 20 – tekst jednolity OWK ze zmianami wprowadzonymi SWK – k. 601-602 t. IV).

Czas na Ukończenie oznacza czas na ukończenie Robót lub Odcinka (w zależności od przypadku) według Subklauzuli 8.2 [Czas na Ukończenie], tak jak został podany w Załączniku do Oferty (z jakimkolwiek przedłużeniem według Subklauzuli 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie] obliczony od Daty Rozpoczęcia.

Wykonawca ukończy całość Robót i każdy Odcinek (jeśli jest) w ciągu Czasu na Ukończenie dla robót lub Odcinka (w zależności od przypadku), włączając w to:

- a) przejście z powodzeniem przez Próby Końcowe, oraz
- b) ukończenie całej pracy, która jest podana w Kontrakcie, jako wymagana, aby Roboty lub Odcinek były uważane za ukończone dla celów przejścia według Subklauzuli 10.1 [Przejęcie Robót i Odcinków];
- c) Sporządzenie i dostarczenie do Inżyniera dokumentacji powykonawczej zgodnie z wymaganiami warunku 4.1 (d: klauzula 8.2 - tekst jednolity OWK ze zmianami wprowadzonymi SWK – k. 618 t. 4).

Według klauzuli 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie] Wykonawca będzie uprawniony, z uwzględnieniem Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] do przedłużenia Czasu na Ukończenie, jeśli i w takim zakresie, w jakim

ukończenie dla celów Subklauzuli 10.1 [Przejęcie Robót i Odcinków] jest, lub przewiduje się, że będzie, opóźnione z któregośkolwiek z powodów wskazanych w literach [a]-[c], [e] klauzuli 8.4 (d: klauzula 8.4 – tekst jednolity OWK ze zmianami wprowadzonymi SWK – k. 619-620 t. 4).

Oprócz sytuacji podanej w Subklauzuli 9.4 [Niepowodzenie Prób Końcowych], **Roboty będą przyjęte przez Zamawiającego**, kiedy:

I. (Roboty zostaną ukończone zgodnie z Kontraktem, włącznie ze spawami opisanymi w Subklauzuli 8.2 [Czas na Ukończeniu] i z wyjątkiem tego, co zostało dozwolone w podpunkcie (a) poniżej oraz

II. Świadectwo Przejęcia dla Robót zostanie wystawione lub będzie się uważało, że zostało wystawione.

Wykonawca będzie mógł wystąpić o **Świadectwo Przejęcia** za pomocą powiadomienia Inżyniera nie wcześniej niż 14 dni przed tym, kiedy Roboty będą w opinii Wykonawcy ukończone i gotowe do przejęcia. Jeżeli roboty podzielone są na Odcinki, to Wykonawca będzie mógł podobnie wystąpić o Świadectwo Przejęcia dla każdego Odcinka.

Inżynier, w ciągu 28 dni po otrzymaniu wniosku Wykonawcy wystawi Wykonawcy Świadectwo Przejęcia, podając datę, z którą Roboty zostały ukończone zgodnie z Kontraktem, pomijając wady oraz drobne zaległe prace spełniające łącznie warunki: a/ nie mające wpływu na użycie robót lub O. do przeznaczonego im celu (użycie do czasu ukończenia tych prac i usunięcia tych wad lub podczas dokonywania tych czynności); b/ nie mające wpływu na możliwość uzyskania pozwolenia na użytkowanie (jeżeli jest wymagane); c/ których wykonanie w ciągu Czasu na Ukończenie nie było możliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy (d: klauzula 10.1 – tekst jednolity OWK ze zmianami wprowadzonymi SWK – k. 623-624 t. 4).

Stosownie do klauzuli 10.2 [Przejęcie części Robót] Zamawiający nie będzie użytkował żadnej części Robót (inaczej niż jako użytkowanie tymczasowe, które jest albo uwzględnione w Kontrakcie, albo uzgodnione przez obie Strony), jeżeli i dopóki Inżynier nie wystawi Świadectwa Przejęcia dla tej części. Jeżeli jednak Zamawiający użytkuje jakąkolwiek część Robót przed wystawieniem Świadectwa Przejęcia, to: a/ część, która jest użytkowana, będzie uważana za przejętą z datą, z którą zaczęła być użytkowana; b/ od tej daty, Wykonawca przestanie być odpowiedzialny za opiekę nad taką częścią i odpowiedzialność przejdzie wtedy na Zamawiającego, oraz c/ Inżynier, jeśli Wykonawca sobie życzy, wystawi Świadectwo Przejęcia dla tej części (d: klauzula 10.2 – tekst jednolity OWK ze zmianami wprowadzonymi SWK – k. 624 t. 4).

Wykonanie zobowiązań Wykonawcy nie będzie uważane za ukończone do czasu aż Inżynier wystawi Wykonawcy **Świadectwo Wykonania**, podając datę ukończenia zobowiązań Wykonawcy według Kontraktu. Inżynier wystawi Świadectwo Wykonania w ciągu 28 dni od najpóźniejszej z dat upływu Okresów Zgłaszania Wad, lub później jak tylko Wykonawca dostarczy wszystkie Dokumenty oraz ukończy wszystkie Roboty i dokona ich prób, włącznie z usunięciem wad. Będzie się uważało, że tylko Świadectwo Wykonania stanowi akceptację Robót (d: klauzula 11.9 - tekst jednolity OWK ze zmianami wprowadzonymi SWK – k. 633 t. 4).

W ciągu 42 dni po otrzymaniu Świadectwa Przejęcia dla Robót, Wykonawca przedłoży Inżynierowi sześć egzemplarzy rozliczenia końcowego wraz z dokumentami stanowiącymi jego podstawę, zgodnie z Subklauzulą 14.3 [Występowanie o Przejściowe Świadectwo Płatności], przedstawiając: a/ wartość całej pracy wykonanej zgodnie z Kontraktem, aż do daty podanej w Świadectwie przejęcia dla Robót; b/ wszelkie dalsze sumy, które Wykonawca uważa za sobie należne, oraz c/ oszacowanie wszelkich innych kwot, które Wykonawca uważa, że staną mu się należne według Kontraktu. Szacunkowe kwoty będą w tym Rozliczeniu końcowym wykazane oddzielnie (d: klauzula 14.10 - tekst jednolity OWK ze zmianami wprowadzonymi SWK – k. 635 t. 4).

Wraz z **Rozliczeniem Ostatecznym** [14.11 – k. 636], Wykonawca przedłoży pisemne zwolnienie z zobowiązań potwierdzające, że suma ogólna Rozliczenia Ostatecznego odpowiada pełnemu i ostatecznemu uregulowaniu wszystkich należności pieniężnych dla Wykonawcy według Kontraktu, lub w związku z nim. To zwolnienie z zobowiązań może podawać, że wchodzi w momencie otrzymania przez Wykonawcę Zabezpieczenia Wykonania i

zaległego salda tej sumy ogólnej, w którym to wypadku zwolnienie z zobowiązań obowiązuje z taką datą (d: klauzule 14.11, 14.12 - tekst jednolity OWK ze zmianami wprowadzonymi SWK – k. 636 t. 4).

• **Świadectwa Przejęcia:**

Pismem z 12 grudnia 2011 r. Wykonawca wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o wydanie Świadectwa Przejęcia dla robót określonych w Aneksie nr (...), niezbędnych dla uzyskania przez Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie trasy głównej Autostrady (...) w km od 502+059,47 do km 510+530 (dowód: pismo z 13 grudnia 2011 r. – k. 2462 t. 13).

10 stycznia 2012 r. Zamawiający wystawił Świadectwo Przejęcia nr 1 dla części Robót Stałych opisanych szczegółowo w treści tegoż dokumentu kontraktowego. Integralną częścią Świadectwa Przejęcia było zestawienie drobnych robót nieukończonych i usterek nie mających wpływu na użytkowanie. Roboty będące przedmiotem Świadectwa Przejęcia uznane zostały za przejęte na podstawie Warunku (klauzuli) 10.2 z 15 grudnia 2011 r. (dowód: Świadectwo Przejęcia nr 1 dla części Robót Stałych dla odcinka od km 502+059,47 do km 510+530 bez M. W. i W. z dnia 10 stycznia 2012 r. – k. 2440-2461 t. 13).

Pismem z 25 maja 2012 r. Wykonawca wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o odbiór kolejnego etapu robót (dowód: pismo z 25 maja 2012 r. – k. 2500-2501 t. 13).

28 czerwca 2012 r. Zamawiający wystawił Świadectwo Przejęcia nr 2 dla części Robót Stałych opisanych szczegółowo w treści tegoż dokumentu kontraktowego. Integralną częścią Świadectwa Przejęcia nr 2 było zestawienie drobnych robót nieukończonych i usterek nie mających wpływu na użytkowanie. Roboty będące przedmiotem Świadectwa Przejęcia uznane zostały za przejęte z 25 maja 2012 r. (dowód: Świadectwo Przejęcia nr 2 dla części Robót Stałych dla odcinka od km 490+427 do km 502+059,47 bez węzła B. z 26 czerwca 2012 r. – k. 2463-2499 t. 13).

Wykonawca pismem z 28 września 2012 r. na podstawie klauzuli 8.2 powiadomił Zamawiającego o wykonaniu zasadniczego zakresu robót niezbędnych do zakończenia Umowy. 19 października 2012 r. Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wydanie Świadectwa Przejęcia (dowód: pismo z 28 września 2012 r. – k. 2521 t. 13; pismo z 19 października 2012 r. – k. 2522 t. 13).

26 października 2012 r. Zamawiający wystawił Świadectwo Przejęcia nr 3 dla części Robót Stałych opisanych szczegółowo w treści tegoż dokumentu kontraktowego. Integralną częścią Świadectwa Przejęcia nr 3 było zestawienie drobnych robót nieukończonych i usterek nie mających wpływu na użytkowanie. Roboty będące przedmiotem Świadectwa Przejęcia uznane zostały za przejęte na podstawie Warunku (klauzuli) 10.2 z 28 września 2012 r. (dowód: 1) Świadectwo Przejęcia nr 3 dla części Robót Stałych dla pozostałego asortymentu robót z 26 października 2012 r. – k. 2503-2520 t. 13).

Na 18 grudnia 2012 r. przedmiot Umowy został wykonany w 94,75% (dowód: str. 47 pisemnej opinii (...) z 21 listopada 2015 r. – k. 19316v t. 97).

W praktyce kontraktowej, roboty uznaje się za wykonane w momencie wydania Świadectwa Wykonania (dowód: zeznania A. C. – k. 3584-3588 t. 18; zeznania J. R. – k. 3589-3591 t. 18).

Pismem z 18 grudnia 2012 r. powód przedłożył pozwanemu Rozliczenie końcowe (w oparciu o klauzulę 14.10) wraz z przedstawieniem kwot w stosunku do których uważa się za uprawnionego do otrzymania wynagrodzenia (dowód: pismo wraz z załącznikami – k. 15771-15773 t. 79).

Protokół odbioru ostatecznego robót został spisany przez Zamawiającego i Wykonawcę 19 lutego 2014 r. 25 września 2014 r. Inżynier Kontraktu przekazał Wykonawcy Świadectwo Wykonania dla Robót Stałych dla przedmiotowego kontraktu, zgodnie z klauzulą 11.9. 24 października 2014 r. Wykonawca przekazał Zamawiającemu Rozliczenie Ostateczne, zgodnie z klauzulą 14.11 (dowód: kopia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 12 marca 2019 r. wraz z pisemnym uzasadnieniem w sprawie XXV C 904/14 – k. t. 103).

• **Powiadomienia o roszczeniach:**

12 stycznia 2012 r. powód powiadomił pozwanego o roszczeniu Wykonawcy wynikającym ze zmiany stanu prawnego w zakresie podatku akcyzowego (dowód: pismo z 12 stycznia 2012 r. – k. 1522-1526 t. 8).

Pismem z 28 listopada 2012 r., które wpłynęło do Inżyniera Kontraktu dzień później, powód powiadomił Zamawiającego o roszczeniu z tytułu nadzwyczajnego wzrostu cen materiałów i usług (dowód: pismo z 28 listopada 2012 r. – k. 1516-1521 t. 8).

• **Ustalenia wymagające wiedzy specjalnej:**

W momencie oferowania dostępne dane z poprzednich ośmiu lat pozwalały na wnioskowanie, że przeciętny wzrost cen oleju napędowego w perspektywie roku wyniesie około 6%, w perspektywie dwóch lat – 14%, w perspektywie trzech lat – 25% w stosunku do cen z roku 2008. Jako zjawisko ekstremalne należało traktować wzrost przekraczający 13% po roku, 23% po dwóch latach i 38% po trzech latach.

Faktycznie wzrost cen paliw od 2009 roku wyniósł 18% po roku, 41% po dwóch latach i 58% po trzech latach. Stanowiło to dynamikę, która nie miała wcześniej miejsca. W okresie pomiędzy Datą Odniesienia (kalkulowania oferty) a rozpoczęciem prac budowlanych w lipcu 2009 r. cena oleju napędowego wzrosła o 194 zł/m³ (7,4%). Średnia cena oleju napędowego w okresie realizacji Kontraktu wynosiła 3 789,00 zł/m³, co oznacza wzrost w stosunku do ceny z Daty Odniesienia o 1 159,00 zł (44%), a w stosunku do ceny z dnia rozpoczęcia robót o 965,00 zł (34%). Wzrost cen paliwa w latach 2009-2012 miał charakter niemożliwy do przewidzenia na podstawie danych z lat 2000-2008 przy użyciu standardowych modeli ekonometrycznych.

Zgodnie z postanowieniami Dyrektywy 2003/96/WE z 27 października 2003 r., od 1 stycznia 2010 r. opodatkowanie m³ oleju napędowego nie mogło być niższe niż 302 euro, natomiast od 1 stycznia 2012 r. nie mogło być niższe niż 330 euro. Dodatkowo na cenę paliwa wpływała opłata paliwowa, która jest waloryzowana o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych w okresie pierwszych trzech kwartałów roku poprzedniego. Do ustalenia wysokości opodatkowania w walucie krajowej stosuje się urzędowy kurs euro z pierwszego dnia roboczego października w roku poprzedzającym wejście w życie stawki opodatkowania. Na 1 października 2009 r. kurs ten wynosił 4,245 zł zaś na 3 października 2011 r. wynosił 4,3815 zł. Ustawą z 20 listopada 2009 r. o zmianie ustawy o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym oraz ustawy o obrocie instrumentami finansowymi podniesiono stawkę opłaty paliwowej obowiązującej od 1 stycznia 2010 r. do 233,99 zł. Następnie Ustawą z 22 grudnia 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej podniesiono stawkę akcyzy obowiązującą od 1 stycznia 2012 r. do 1 196,00 zł.

Przyczyną wzrostu cen paliw w toku realizacji Kontraktu były: wojna w L., szybki wzrost kursu dolara amerykańskiego, zmiana stawki opłaty paliwowej, zmiana stawki akcyzy. Pierwsze dwa czynniki nie były możliwe do przewidzenia. Trzeci i czwarty czynnik były możliwe do przewidzenia, z tym, że skala ich wpływu na cenę oleju napędowego nie mogła zostać precyzyjnie przewidziana ze względu na powiązanie wielkości opodatkowania ze zmiennym kursem euro.

W momencie oferowania dostępne dane z poprzednich ośmiu lat pozwalały na wnioskowanie, że wzrost cen asfaltów w perspektywie dwóch lat wyniesie 19% a trzech – 31% w stosunku do cen z roku 2008. Jako zjawisko ekstremalne należało traktować wzrosty przekraczające 31% po dwóch latach i 43% po trzech latach. Faktycznie wzrost cen asfaltów od 2009 roku wyniósł odpowiednio 13% po dwóch latach i 38% po trzech latach. Średnia cena asfaltu w okresie realizacji Kontraktu wynosiła 2 517,00 zł, co oznacza wzrost w stosunku do ceny z daty odniesienia o 572,00 zł (29,4%), a w stosunku do ceny z dnia rozpoczęcia nabywania asfaltów o 587,00 zł (30,4%). Czynnikiem powodującym wzrost cen asfaltów był zwiększony popyt w okresie od marca 2011 r. do czerwca 2012 r. Wzrost cen asfaltu w latach 2009-2012 miał charakter niemożliwy do przewidzenia na podstawie danych z lat 2000-2008 przy użyciu standardowych modeli ekonometrycznych.

W przypadku stali w momencie oferowania dostępne dane z poprzednich ośmiu lat nie pozwalały na sformułowanie jednoznacznych wniosków co do wysokości wzrostu cen stali. Średnie ceny prętów zbrojeniowych z lat ubiegłych wskazywały na wzrost cen tego towaru na poziomie 12% w perspektywie roku i 25% w perspektywie dwóch lat. Faktycznie średnia cena stali w 2010 roku była niższa o 13% niż w całym roku 2008, a w roku 2011 była na zbliżonym poziomie. Powód składał ofertę w momencie, w którym ceny stali spadły z poziomu 5 letniego maksimum (z lipca 2008 r.), natomiast początek wzrostu cen przypadł na moment, w którym powód rozpoczął nabywanie stali niezbędnej do realizacji Kontraktu.

Przyczyną wahań się cen stali były wahania popytu oraz zmiany cen surowców w tym duży popyt na rynku (...), poprawa koniunktury na rynku (...), wzrost cen surowców, duży popyt na stal wiosną 2010 r. wywołany przedłużonym okresem wstrzymania inwestycji ze względu na utrzymujące się niskie temperatury. Wzrost cen stali zbrojeniowej nie miał charakteru bezprecedensowego, gdyż ceny tego towaru w przeszłości ulegały częstym i gwałtownym wahanom o znacznie większej skali niż ta, jaka miała miejsce w latach 2010-2012.

Wzrost kosztów zakupu paliwa przez powoda wynikający z bezwzględnego wzrostu stawki akcyzy i opłaty paliwowej **od 1 stycznia 2012 r.** wyniósł **1 200 321,00 zł** (przyjmując za podstawę wyliczenia wynikające z ilości faktycznie wykonanych robót na podstawie PŚP oraz średnie normy zużycia paliwa dla tego typu robót). Zakładając, że powód wziąłby pod uwagę założenia wynikające z Dyrektywy 2003/96/WE z 27 października 2003 r. i do obliczenia na tej podstawie poziomu opodatkowania oleju napędowego przyjął kurs euro z Daty Odniesienia, to wzrost kosztów z tego tytułu wyniósłby 22 370,00 zł.

Powód w związku z realizacją Kontraktu poniósł rzeczywiste koszty nabycia paliwa na poziomie około 222,7 milionów złotych. Rzetelnie oszacowane koszty powinny zawierać się w przedziale od około 191,9 milionów do około 217,8 milionów. Powód założył tymczasem koszty nabycia paliwa na poziomie około 168 milionów.

Różnica pomiędzy prognozami powoda a rzetelnie skalkulowanymi przewidywaniami cen oleju napędowego w okresie lipiec 2009 – listopad 2009 wyniosła 46 944,00 zł netto. Różnica pomiędzy prognozami powoda a rzetelnie skalkulowanymi przewidywaniami cen oleju napędowego w okresie grudzień 2009 r. marzec 2010 r. wyniosła 1 589 130,00 zł netto, co daje kwotę około 397 282,50 zł miesięcznie (1 589 130,00 zł : 4 miesiące) oraz kwotę około 217 830,00 zł netto (54,83 x 397 282,50 zł) za 17 dni grudnia 2009 roku (17 dni x 100 : 31 dni) (dowód: str. 30 opinii podstawowej – k. 19308 t. 97; ad pkt 22 – str. 3 pisemnej opinii uzupełniającej (...) z marca 2016 r. – k. 19540 t. 88).

Dodatkowe koszty, jakie powód poniósł w wyniku wzrostu cen paliw i asfaltów, rozumiane jako różnica pomiędzy cenami nabycia tych towarów a ceną, jaką powód powinien zapłacić według rzetelnie przygotowanej prognozy wynosi:

- a. w przypadku paliw (w tym uwzględnionych w nabywanych usługach transportowych) – 14 425 066,00 zł netto, z czego dodatkowe koszty związane z realizacją kontraktu po 8 grudnia 2011 r. wynoszą 9 357 038,00 zł netto (wyliczenie w oparciu o konstrukcję przedstawioną przez powoda),
- b. w przypadku asfaltów i emulsji asfaltowych – 12 145 605,38 zł netto, z czego dodatkowe koszty związane z realizacją Kontraktu po 8 grudnia 2011 r. wynoszą 3 204 307,88 zł netto (wyliczenie w oparciu o dowody zakupu, faktury złożone do akt postępowania),
- c. Różnica pomiędzy cenami stali a ceną jaką powód powinien zapłacić według rzetelnie przygotowanej prognozy, wynosi 800 088,89 zł na korzyść nabywcy stali (wyliczenie w oparciu o dowody zakupu, faktury złożone do akt postępowania).

(dowód: pisemna opinia (...) z 21 listopada 2015 r. – k. 19291-19443 t. 97-98; pisemna opinia uzupełniająca (...) z marca 2016 r. – k. 19539-19542v; pisemna opinia uzupełniająca (...) z marca 2019 r. – k. 20484-20487 t. 103 **w zw. z** dowód: faktury stal – (...) k. 951-971 t. 5; faktury stal – (...) S.A. – k. 973-994 t. 5; faktury stal – W. – k. 995-1012 t. 5-6; faktury asfalt – T. Polska – k. 1085-1201 t. 6; faktury asfalt E. – k. 1213-1268 t. 7; faktura nr (...) z dnia 128 lutego 2013 roku wystawiona przez (...) S.A. dla (...) S.A. wraz ze zgłoszeniem robót wykonywanych w ramach

zlecenia (...) – k. 17074 t. 86; faktura nr (...) z dnia 21.05.2012 roku wystawiona przez (...) S.A. dla (...) S.A. – k. 17078-79 t. 86; faktury wystawione przez (...) Sp. z o.o. nr (...) z dnia 28 maja 2012 roku i nr (...) z dnia 22 maja 2012 roku – k. 17084-85 t. 86; potwierdzenia przelewów za kupno materiałów – k. 18507-18610 t. 93-94; dalsze faktury za asfalt załączniki nr 48-51 do pisma powoda z 16 września 2013 r. – k. 18618-18637 t. 94; częściowo zeznania A. C. – k. 3584-3588 t. 18; umowy z dostawcami stali – załączniki do pozwu – k. 791-950 t. 4-5; umowy z dostawcami asfaltu wraz z pismami informacyjnymi – k. 10131084 t.6, k. 1202-1206 t. 7).

Wynik finansowy powoda na przedmiotowym Kontrakcie był ujemny

– -17 875 377,04 zł netto. Uwzględniając zakładany zysk na poziomie (...) zł, należy przyjąć, że powód uzyskał na Kontrakcie wynik niższy od zakładanego o 64 335 179,34 zł. Bilans ten wskazuje, że mimo wyższych od zakładanych kosztów nabycia stali, asfaltu i paliw, powód w innych asortymentach uzyskał oszczędności, którymi zrekompensował dodatkowe koszty związane z nadzwyczajnym wzrostem cen paliw i asfaltów (dowód: wyciągi z systemu kosztowego powoda – k. 20225-20470 t. 102-103; kopia nieprawomocnego wyroku z 12 marca 2019 r., XXV C 904/14 – k. 20516-20544v t. 103; pisemna opinia uzupełniająca SGH z marca 2019 r. – k. 20484-20487 t. 103).

• **Umowy o roboty dodatkowe, Polecenia Zmiany:**

Zamawiający zlecił Wykonawcy na podstawie odrębnych umów roboty dodatkowe nie objęte pierwotną Umową:

1. W przedmiocie odpompowania wody z terenu zalewowego w rejonie istniejącej przepompowni P1 za którą powód otrzymał wynagrodzenie w kwocie 2 564 542,01 zł (dowód: umowa z 29 lipca 2010 r. wraz z załącznikami, rachunkami, PŚP i dowodem przelewu wynagrodzenia – k. 3140-3449 t. 16).
2. W przedmiocie przebudowy układu torowego stacji B. wraz z budową torów objazdowych, tymczasowych za którą powód otrzymał wynagrodzenie w kwocie 1 845 059,53 zł, 2 423 059,69 zł, 628 989,52 zł, 4 201 776,81 zł, 1 823 954,84 zł, 825 222,39 zł, 1 449 747,30 zł, 141 382,35 zł, 648 000,10 zł, 212 368,61 zł, 82 402,87 zł, 831 892,42 zł, 47 958,19 zł, 36 000,00 zł, 8 280,00 zł (dowód: umowa z 7 marca 2011 r. wraz z załącznikami, rachunkami, PŚP, i dowodem przelewu wynagrodzenia – k. 3150-3246 t. 16-17).
3. W przedmiocie odwodnienia i wzmocnienia podłoża pod konstrukcją nawierzchni Autostrady (...) na styku kontraktów II i III za którą powód otrzymał wynagrodzenie 11 684,06 zł, 203 406,51 zł, 50 800,28 zł (dowód: umowa z 30 maja 2011 r. wraz z załącznikami, rachunkami, PŚP i dowodem przelewu wynagrodzenia – k. 3247-3262 t. 17).
4. W przedmiocie wzmocnienia podłoża gruntowego z zastosowaniem pali (...) pod nawierzchnią Autostrady (...) w km 495+850 – 497+200 za którą powód otrzymał wynagrodzenie 904 620,82 zł, 208 062,79 zł, 3 622 140,25 zł, 126 348,58 zł, 2 199 587,25 zł, 549 341,63 zł, 864 744,16 zł, 49 672,59 zł, 215 967,78 zł, 68 667,70 zł, 15 793,57 zł, 274 948,41 zł (dowód: umowa z 30 maja 2011 r. wraz z załącznikami, rachunkami, PŚP i dowodem przelewu wynagrodzenia – k. 3263-3294 t. 17).
5. W przedmiocie wykonania docelowej przebudowy układu torowego w rejonie stacji B. wraz z kompletną infrastrukturą kolejową w ramach budowy autostrady (...) za którą powód otrzymał wynagrodzenie 4 362 389,87 zł (dowód: umowa z 28 marca 2012 r. wraz z załącznikami, rachunkami, PŚP i dowodem przelewu wynagrodzenia – k. 3295-3333 t. 17).
6. W przedmiocie przebudowy istniejącego wodociągu w miejscu kolizji z Autostradą (...) za którą powód otrzymał wynagrodzenie 233 700,00 zł (dowód: umowa z 5 sierpnia 2011 r. wraz z załącznikami, rachunkami, PŚP i dowodem przelewu wynagrodzenia – k. 3334-3349 t. 17).

W toku realizacji przedmiotowego Kontraktu, Inżynier wydał 50 Poleczeń Zmian w zakresie zasadniczych robót objętych Umową, dla których stosowano kontraktowe ceny jednostkowe zgodnie z klauzulą 12.3 dla danych asortymentów robót. Rozliczenie tychże Poleczeń Zmian następowało według rzeczywistego obmiaru według cen jednostkowych wynikających z Umowy. Roszczenie powoda nie obejmuje dodatkowych kosztów związanych z wykonaniem robót

dotychczasowych, zamiennych i uzupełniających (w zakresie paliwa). Roboty określone w protokołach konieczności nie obejmowały robót nawierzchniowych, wymagających użycia asfaltów. Roszczenie powoda nie obejmuje także kosztów nabycia stali w ramach zleconych robót dodatkowych (dowód: protokoły konieczności oraz Polecenia Zmian – k. 19610-20188 t. 99-101; pisemna opinia uzupełniająca (...) z marca 2019 r. – k. 20484-20487 t. 103; częściowo zeznania M. S. – k. 3580v-3581v t. 18).

• **Koszty kupna paliwa oraz transportu:**

Powód część robót objętych Kontraktem wykonywał samodzielnie nabywając olej napędowy bezpośrednio od (...) Sp. j. m.in. przy robotach mostowych (dowód: umowa dostawy paliwa nr (...) pomiędzy (...) S.A. oraz (...) spółka jawna z 12 kwietnia 2010 roku – k. 1269-1280 t. 7; aneks nr (...) z 13 września 2010 roku do umowy dostawy paliwa nr (...) pomiędzy (...) S.A. oraz (...) spółka jawna – k. 1281-1282 t. 7; aneks nr (...) z 14 grudnia 2010 roku do umowy dostawy paliwa nr (...) pomiędzy (...) S.A. oraz (...) spółka jawna – k. 1283-1284 t. 7; aneks nr (...) z 7 kwietnia 2011 roku do umowy dostawy paliwa nr (...) pomiędzy (...) S.A. oraz (...) spółka jawna – k.1285-1286 t. 7; aneks nr (...) z 20 czerwca 2011 roku do umowy dostawy paliwa nr (...) pomiędzy (...) S.A. oraz (...) spółka jawna – k. 1287-1288 t. 7; aneks nr (...) z 22 września 2011 roku do umowy dostawy paliwa nr (...) pomiędzy (...) S.A. oraz (...) spółka jawna – k. 1289-1290 t. 7; aneks nr (...) z 28 listopada 2011 roku do umowy dostawy paliwa nr (...) pomiędzy (...) S.A. oraz (...) spółka jawna – k. 1291-1292 t. 7; aneks nr (...) z 21 lutego 2012 roku do umowy dostawy paliwa nr (...) pomiędzy (...) S.A. oraz (...) spółka jawna – k. 1293-1294; faktury za paliwo (...) Sp. j. – k. 1295 t. 7 – k.1479 t. 8; częściowo zeznania P. P. – k. 18654-18656 t. 94).

Wykonawca posiadał także zawarte umowy na dowóz surowca na plac budowy, usługi transportowe z takimi podmiotami jak: (...) Sp. z o.o.; (...) Sp. j.; (...) F. C.; PHU (...); PPHU (...) Sp. z o.o.; (...); (...) T. Z. Sp. j. (dowód: ramowa umowa o świadczenie usług z 16 września 2010 roku zawarta pomiędzy Powodem a (...) Sp. z o.o. – k. 1921-1937 t. 10; ramowa umowa o świadczenie usług z 25 lutego 2011 roku zawarta pomiędzy Powodem a (...) spółka jawna – k. 1938-1952 t. 10; ramowa umowa o świadczenie usług z 1 kwietnia 2011 roku zawarta pomiędzy Powodem a Firmą Usługowo-Handlową (...) – k. 1953-1967 t. 10; ramowa umowa o świadczenie usług z 9 lipca 2010 roku zawarta pomiędzy Powodem a PPHU (...) Sp. z o.o. k. 1968-1982 t. X; ramowa umowa o świadczenie usług z 15 października 2010 roku zawarta pomiędzy Powodem a P.H.U. (...) – k. 1983-2000 t. 10; ramowa umowa o świadczenie usług z 4 maja 2011 roku zawarta pomiędzy Powodem a (...) Sp. z o.o. – k. 2007-2029 t. 11; ramowa umowa o świadczenie usług z 8 marca 2012 roku zawarta pomiędzy Powodem a (...) Spółka Jawna – k. 2030-2053 t. 11; Aneks nr I zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 8 marca 2012 roku zawartej pomiędzy (...) Spółka Jawna a Powodem 22 czerwca 2012 roku – k. 2051-2053 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 16 września 2010 roku zawartej pomiędzy Powodem a (...) Sp. z o.o. 1 kwietnia 2011 roku – k. 2054-2055 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 16 września 2010 roku zawartej pomiędzy Powodem a (...) Sp. z o.o. 1 lipca 2011 roku – k. 2056-2057 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 1 kwietnia 2011 roku zawartej pomiędzy Powodem a Firmą Usługowo-Handlową (...) 1 lipca 2011 roku – k. 2058-2059 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 1 kwietnia 2011 roku zawartej pomiędzy Powodem a Firmą Usługowo-Handlową (...) 1 października 2011 roku – k. 2060-2066 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 25 lutego 2011 roku zawartej pomiędzy Powodem a (...) spółka jawna 1 kwietnia 2011 roku – k. 2067-2068 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 25 lutego 2011 roku zawartej pomiędzy Powodem a (...) spółka jawna 1 września 2011 roku – k. 2069-2070 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 25 lutego 2011 roku zawartej pomiędzy Powodem a (...) spółka jawna 5 marca 2012 roku – k. 2071-2072 t. 11; Aneks nr I zawartego do ramowej umowy o świadczenie usług z 9 lipca 2010 roku zawartej pomiędzy Powodem a PPHU (...) Sp. z o.o. 1 kwietnia 2011 roku – k. 2073-2074 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 9 lipca 2010 roku zawartej pomiędzy Powodem a PPHU (...) Sp. z o.o. 1 września 2011 roku – k. 2075-2076 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 9 lipca 2010 roku zawartej pomiędzy Powodem a PPHU (...) Sp. z o.o. 12 marca 2012 roku – k. 2077-2078 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 15 października 2010 roku zawartej pomiędzy Powodem a P.H.U. (...) 1 kwietnia 2011 roku – k. 2079-2080 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 15 października 2010 roku

zawartej pomiędzy Powodem a P.H.U. (...) 2 maja 2011 roku – k. 2081-2082 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 15 października 2010 roku zawartej pomiędzy Powodem a P.H.U. (...) lipca 2011 roku – k. 2083-2084 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 15 października 2010 roku zawartej pomiędzy Powodem a P.H.U. (...) 1 września 2011 roku – k. 2085-2086 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 15 października 2010 roku zawartej pomiędzy Powodem a P.H.U. (...) 1 października 2011 roku – k. 2087-2088 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 15 października 2010 roku zawartej pomiędzy Powodem a P.H.U. (...) 10 kwietnia 2012 roku – k. 2089-2090 t. 11; Aneks nr (...) zawartego do ramowej umowy o świadczenie usług z 15 października 2010 roku zawartej pomiędzy Powodem a P.H.U. (...) 10 kwietnia 2012 roku – k. 2091-2092 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 4 maja 2011 roku zawartej pomiędzy Powodem a (...) Sp. z o.o. 1 czerwca 2011 roku – k. 2093-2094; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 4 maja 2011 roku zawartej pomiędzy Powodem a (...) Sp. z o.o. 1 lipca 2011 roku – k. 2095-2096 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 4 maja 2011 roku zawartej pomiędzy Powodem a (...) Sp. z o.o. 1 września 2011 roku – k. 2097-2098 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 4 maja 2011 roku zawartej pomiędzy Powodem a (...) Sp. z o.o. 1 października 2011 roku – k. 2099-2100 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 4 maja 2011 roku zawartej pomiędzy Powodem a (...) Sp. z o.o. 1 listopada 2011 roku – k. 2101-2102 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 4 maja 2011 roku zawartej pomiędzy Powodem a (...) Sp. z o.o. 2 stycznia 2012 roku – k. 2103-2104 t. 11; Aneks nr (...) zawarty do ramowej umowy o świadczenie usług z 4 maja 2011 roku zawartej pomiędzy Powodem a (...) Sp. z o.o. 23 stycznia 2012 roku – k. 2105-2106 t. 11; faktury VAT za usługi transportowe – 2108-2384 t. 11-12).

Wzrost cen spornych asortymentów był obserwowany przez cały okres budowy. Skutkowało to negocjacjami z niektórymi podwykonawcami, którzy wymuszali na powodzie zmianę dotychczasowych stawek. Część dostawców miała stawki uzależnione od wskaźników (...) S.A. (dowód: częściowo zeznania T. K. (1) – k. 18652-18654 t. 94; częściowo zeznania M. B. – k. 18660-18663 t. 94; częściowo zeznania D. D. – k. 18663-18666 t. 94).

Powyższy stan faktyczny sąd ustalił na podstawie powołanych w treści uzasadnienia: dokumentów, uzupełniająco w oparciu o zeznania przesłuchanych w sprawie świadków. Oceny istnienia nadzwyczajnego wzrostu cen paliwa, asfaltów i stali oraz wysokości kwotowej tej zwwyżki sąd dokonał na podstawie opinii biegłych.

Dowody z dokumentów niepowołane w treści uzasadnienia, sąd pominął jako nieprzydatne dla ustalenia stanu faktycznego. Te dokumenty m.in. umowy i rachunki za pozostałe materiały budowlane (przeważająca część załączników do pisma procesowego powoda z 29 kwietnia 2013 r. tomy 21-87; wydruki cen materiałów złożone przez strony; wydruki publikacji prasowych i opracowań) była niezbędna dla biegłych z uwagi na treść pytania sądu.. Sąd uznał nadto, iż wobec treści Aneksu nr (...) wydłużającego globalnie Czas na Ukończenie do dnia 28 września 2012 r. oraz treść Świadectw Przejęcia (III) z których wynika, że roboty zostały ukończone w umówionym terminie (przedłużonym Aneksem nr (...)), brak jest podstaw do prowadzenia postępowania dowodowego w kierunku wpływu ewentualnego opóźnienia powoda na wysokość roszczeń dochodzonych w niniejszym postępowaniu (załączniki do pisma procesowego pozwanego z 12 czerwca 2013 r. – k. 17320-17395 t. 87; załączniki do pisma pozwanego z 13 grudnia 2013 r. – k. 18752-19041 t. 94-96; większość załączników do pisma powoda z 16 września 2013 r. t. 88 m.in. zał. nr 3-32, 52; 33-43; 45-47). Sąd uznał, że skoro Umowa została wykonana w terminie kontraktowym, pozwany reprezentowany na budowie przez profesjonalny podmiot, posiadając stały wgląd w zakres wykonanego przez powoda świadczenia, zgodził się na całościowe Przedłużenie Czasu w ramach uzgodnionej przez strony procedury kontraktowej, to brak jest podstaw do badania ponownie przedmiotowej kwestii w ramach sporu sądowego, nawet jeżeli przedłużenie z perspektywy czasu wydaje się obecnie za uzasadnione wyłącznie w stosunku do dwóch obiektów inżynierskich (wiaduktów kolejowych). Strony w ramach Aneksu nr (...) poczyniły szereg negocjacji, uzgodnień oraz innych ustępstw, nie ograniczając przy tym wydłużenia Czasu na Ukończenie do 28 września 2012 r. jedynie do dwóch wiaduktów. Umowa w brzmieniu nadanym jej treścią Aneksu nr (...) wiąże strony i Sąd nie znajduje podstaw do prowadzenia postępowania dowodowego wbrew treści uzgodnień kontraktowych stron, nawet jeżeli mogłoby one wpłynąć częściowo na wysokość roszczeń powoda w niniejszym postępowaniu. Powód wywiązał się w terminie ze swojej części zobowiązania rozumianego jako posadowienie do 28 września 2012 r. na rzecz pozwanego określonego

obiekty budowlane – drogi o umówionych parametrach, nadającego się do użytku zgodnie z zamierzonym przeznaczeniem. Nie ulega natomiast wątpliwości, że powód w następstwie uzgodnień poczynionych w oparciu o Aneks nr (...) oddał w terminie do dyspozycji pozwanego zasadniczy odcinek budowanej autostrady (Świadcstwo Przejścia nr I), na którym, jak się wydaje, najbardziej zależało Zamawiającemu oraz wywiązał się z innych obowiązków nałożonych w ramach Aneksu nr (...).

Sąd włączył zeznawania świadków do ustaleń faktycznych w zakresie w jakim pokrywają się one, chociażby w części, z materiałem dowodowym w postaci dokumentów. Przy roszczeniach drogowych, z uwagi na podstawy formułowania roszczeń i zarzutów przez strony, zeznania świadków mogą mieć wyłącznie charakter uzupełniający, naświetlający sądowi realia danego kontraktu, wyjaśniające pewne wątpliwości. Zasadniczymi dowodami są dokumenty, wydruki z weryfikowalnych źródeł a także opinie biegłych sądowych. Zdaniem Sądu nie sposób, w zakresie zasadniczych okoliczności faktycznych, kalkulacjach wielomilionowego kontraktu, opierać się na zeznaniach świadków, powiązanych z jedną ze stron. Świadkowie z uwagi na znaczny przedmiot Umowy, nie są w stanie podać szczegółowych informacji w zakresie parametrów poszczególnych pozycji jednostkowych składających się na ofertę, jest to niemożliwe. Ogólny zarys poszczególnych okoliczności, nakreślony przez świadków, o ile nie znajduje potwierdzenia w szczegółowych danych zawartych w dokumentacji przedkontraktowej i kontraktowej, nie może stanowić punktu wyjścia do oceny żądań i zarzutów stron. Z tego też względu w zakresie przyczyn dla których Sąd nie włączył do podstaw rozstrzygnięcia zeznań świadków (w tym zeznań świadka T. K. (2)) w zakresie deklarowanego 5% wzrostu cen przy formułowaniu oferty, Sąd w całej rozciągłości podziela konkluzję biegłych sądowych zawartą w pisemnej opinii uzupełniającej z marca 2016 r. (str. 5 - Ad. pkt 43-44 – k. 19541 t. 98).

Opinia biegłych została sporządzona zgodnie z zakreśloną tezą dowodową, zawiera czytelne uzasadnienie pozwalające na odtworzenie toku rozumowania biegłych. Biegli ustosunkowali się wyczerpująco w opiniach uzupełniających do zastrzeżeń: powoda zawartych w piśmie z 5 lutego 2016 r. (k. 19467-19495 t. 98), stanowiska pozwanego zawartego w piśmie z 10 lutego 2016 r. (k. 19514-19528 t. 98) – w zakresie zarzutów do opinii podstawowej z 21 listopada 2015 r. a także zastrzeżeń powoda zawartych w piśmie z 19 kwietnia 2016 r. (k. 19555-19574 t. 98), zastrzeżeń pozwanego zawartych w piśmie z 19 kwietnia 2016 r. (k. 19590-19593 t. 98) – w zakresie zarzutów do opinii uzupełniającej z marca 2016 r. Strony nie kwestionowały natomiast wniosków przedstawionych przez biegłych w opinii uzupełniającej z marca 2019 r. Prywatne opinie powoda w żadnej mierze nie mogły stanowić podstawy formułowania podstaw faktycznych sprawy. Zdaniem Sądu biegli rzeczowo i logicznie obalili zarzuty kierowane przez strony w stosunku do opinii. Sąd nie znajduje, żadnych uzasadnionych podstaw do kwestionowania opinii pod kątem poprawności wyliczeń w zakresie przyjętych przez biegłych założeń metodologicznych ze względu na podstawy formułowania żądań przez powoda, deficyt informacyjny w zakresie sposobu kalkulowania oferty przez powoda a także dowody źródłowe znajdujące się w aktach sprawy. Nadmienić jednak należy, co zostanie wyłożone szerzej w dalszej części uzasadnienia, że Sąd mimo niekwestionowania wyliczeń biegłych pod kątem poprawności rachunkowej, z uwagi na realizację Umowy za pośrednictwem podwykonawców ma poważne wątpliwości co do sposobu kalkulowania roszczeń przez powoda (na których oparli się biegli) w części roszczenia odnoszącego się do zwiększonego kosztu kupna paliwa oraz podwyższenia wynagrodzenia w związku ze zmianą stawki akcyzy oraz opłaty paliwowej.

Sąd zważył, co następuje:

Powód jako podstawę żądania zwrotu dodatkowych kosztów, poniesionych po 1 stycznia 2012 r., w związku z ustawowym wzrostem opłaty paliwowej oraz akcyzy, wskazywał klauzulę 13.7 w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 647 k.c. W zakresie pozostałych żądań, wynikających z rynkowego wzrostu cen oleju napędowego, asfaltów oraz stali jako podstawę wskazywał art. 357¹ k.c. oraz art. 471 k.c. w zw. z art. 647 k.c. tudzież w zw. z art. 486 k.c. Alternatywną podstawą według powoda jest art. 632 § 2 k.c.

W ocenie Sądu zasadniczą grupę roszczeń wywodzonych przez powoda należało rozpatrywać wyłącznie przez pryzmat dyspozycji art. 357¹ § 1 k.c. Przepisem szczególnym w stosunku do tej normy prawnej jest art. 632 § 2 k.c. stosowany odpowiednio do umów o roboty budowlane. Przepis ten ma zastosowanie w przypadku ustalenia przez strony, w umowie o roboty budowlane, wynagrodzenia ryczałtowego. W sytuacji umowy łączącej strony, strony zastosowały do

rozliczeń wynagrodzenie obmiarowe – obliczane jako iloczyn ilości faktycznie wykonanych robót, wycenionych za pomocą cen jednostkowych zaproponowanych przez wykonawcę w ofercie. Na marginesie należy jedynie zaznaczyć, że nawet przy zastosowaniu art. 632 § 2 k.c. rozstrzygnięcie w stosunku do poszczególnych spornych asortymentów byłoby tożsame.

Z mocy art. 139 p.z.p., art. 357⁽¹⁾ k.c. znajduje pełne zastosowanie do umów w sprawach zamówień publicznych. Przeszkodą w jego zastosowaniu nie jest dyspozycja art. 144 p.z.p. (zob. zachowujący aktualność w tym zakresie m.in. wyrok SN z 4 lutego 2011 r. III CSK 143/10, LEX nr 785535). Wyłączenie umownej możliwości stosowania waloryzacji świadczenia (wyłączenie w warunkach szczególnych Subklauzuli 13.8), nie może skutecznie wyłączyć możliwości stosowania art. 357⁽¹⁾ k.c. Strony układając, w ramach swobody umów, treść stosunku prawnego, nie mogą z góry, bez wyraźnego zastrzeżenia, wyłączyć możliwości stosowania przepisów prawa. Brak jest podstaw do uznania, że usunięcie z wzorca jednej z klauzul umownych oznacza wyeliminowanie a limine wszelkiej waloryzacji, w tym także ustawowej. Zdaniem Sądu chodzi w tym przypadku wyłącznie o brak możliwości stosowania waloryzacji umownej, która jest przewidziana we wzorcu umów o roboty budowlane tzw. warunkach FIDIC.

Zdaniem Sądu przeszkodą w możliwości zastosowania waloryzacji ustawowej, nie jest również fakt, iż roboty objęte Umową na dzień wniesienia powództwa (18 grudnia 2012 r.) zostały niemal w całości wykonane (94,75%), powództwo zostało wniesione po oznaczonym w Akcie Umowy w brzmieniu nadanym Aneksem nr (...) Czasie na Ukończenie (28 września 2012 r.). Świadcstwa Przejęcia mogą być, w ocenie Sądu, uznane za odpowiednik protokołu odbioru. Powód zobowiązał się do 28 września 2012 r. oddać do dyspozycji Zamawiającego określony w Umowie obiekt budowlany. Oznacza to, iż w powyższym terminie miały zostać zakończone zasadnicze roboty budowlane, a co za tym idzie kończyły się zasadnicze wydatki Wykonawcy. Analiza istotnych postanowień umownych oraz poczynione ustalenia faktyczne, wskazują, że Wykonawca spełnił w zakreślonym w Czasie na Ukończenie terminie umówione świadczenie. Zdaniem Sądu sporny kontrakt należało uznać za zakończony z momentem w którym Zamawiający wszedł w posiadanie wszystkich jego elementów pozwalających mu na oddanie drogi do użytkowania zgodnie z jej przeznaczeniem, co nastąpiło z 28 września 2012 r. (zob. klauzule 8.2 – k. 618 t. 4; 10.1 – k. 623 t. 4; 10.2 – k. 624 t. 4 oraz Świadcstwa Przejęcia I-III – k. 2440 t. 13, 2463 t. 13, 2503 t. 13).

Czym innym jest natomiast ukończenie innych zobowiązań nałożonych na Wykonawcę przez Kontrakt. Wydanie Świadcstwa Wykonania oznacza, że wykonawca wywiązał się ze wszystkich zobowiązań wynikających z umowy, w tym związanych z usunięciem wad stwierdzonych w tzw. okresie zgłaszania wad stanowiącym faktycznie okres gwarancji (zob. wyrok SN z 23 marca 2006 r., II CSK 35/06, LEX nr 182966 oraz wyrok SA w Poznaniu z 29 grudnia 2005 r., I ACa 556/05, LEX nr 186127). Wystawienie przez Inżyniera Świadcstwa Wykonania (klauzula 11.9 – k. 633 t. 4) czy też złożenie przez Wykonawcę Rozliczenia Ostatecznego (klauzula 14.11, 14.12 – k. 636 t. 4) dotyczy świadczeń nie związanych z roszczeniami objętymi normą prawną wynikającą z art. 357¹ k.c. Na treść łączącego strony stosunku prawnegołożyło się nie tylko wykonanie określonego obiektu budowlanego ale także inne obowiązki i uprawnienia (np. naprawy gwarancyjne, zwrot kaucji gwarancyjnej, wygaśnięcie gwarancji bankowych), które nie mogą być jednakże oceniane pod kątem omawianej normy prawnej. Rozróżnienie Czasu na Ukończenie (Świadcstw Przejęcia) od daty ukończenia zobowiązań Wykonawcy według Kontraktu (Świadcstwa Wykonania) następuje aby oddzielić zasadniczy zakres zobowiązania w postaci uzyskania umówionego obiektu budowlanego zdatnego do użytkowania od innych świadczeń z których strony rozliczają się nawet na kilka lat po przejściu obiektu przez Zamawiającego.

Poczynione wyżej rozważania, nie wpływają na możliwość dochodzenia przez powoda spornych roszczeń o zapłatę w oparciu o art. 357¹ k.c. Sąd, w składzie rozpoznającym żądanie powoda, stoi na stanowisku że jeżeli nadzwyczajna zmiana stosunków nastąpiła w toku wykonywania umowy, po ukończeniu większości prac (lub nawet jak w niniejszym przypadku całości robót), wyłączone jest jedynie roszczenie o rozwiązanie umowy. Dopuszczalne jest natomiast żądanie podwyższenia wynagrodzenia w stosunku do już wykonanej części zobowiązania, jeżeli wykonawcy ze względu na nadzwyczajną zmianę stosunków, grozi niepowetowana strata. Ten przepis nie zakreśla żadnego terminu granicznego, a jedynie przesłanki, których spełnienie uzasadnia wniesienie powództwa, uwzględniając różne możliwe

warianty (na poparcie tejże wykładni zob. m.in. wyrok SN z 16 maja 2007 r., III CSK 452/06, LEX nr 334987; wyrok SA w Warszawie z 06 listopada 2017 r., VI ACa 1462/13, LEX nr 2561201 oraz powołane w jego uzasadnieniu orzeczenia).

Możliwość zastosowania tej normy prawnej nie wyłącza także niedochowanie przez powoda (w przypadku drugiego roszczenia z II połowy 2012 r.) procedury kontaktowej wynikającej z klauzuli 20.1. Z treści tej klauzuli (k. 601-602 t. 4) wynika, że ustanawia ona termin prekluzyjny dla możliwości dochodzenia roszczeń, czyli termin, niezachowanie którego skutkuje wygaśnięciem roszczeń Wykonawcy w stosunku do Zamawiającego. Są to skutki dalej idące niż w przypadku przedawnienia, w wyniku którego następuje przekształcenie wymagalnego zobowiązania w tzw. zobowiązane naturalne, które jednak nie wygasa, a więc roszczenie może być skutecznie dochodzone, chyba że dłużnik zgłosi przed sądem stosowny zarzut. Gdyby uznać powyższą klauzulę za ważną, doszłoby de facto do zwolnienia pozwanego z długu, a więc skutku jak w przypadku instytucji przewidzianej w art. 508 k.c., chociaż oczywiście nie sposób tu mówić, aby taki charakter miała ta klauzula. W tym przedmiocie nie sposób abstrahować od tego, że warunki FIDIC wywodzą się z systemu common law. Oczywistym jest, że nie jest możliwe ich zastosowanie wprost, w tym sensie, że należy zbadać, czy te warunki nie stoją w sprzeczności z przepisami krajowymi, w tym przypadkiem polskimi, skoro zostają wprowadzane do umowy w wyniku złożenia przez strony zgodnych oświadczeń woli i w wyniku tego stanowią jej część. Zdaniem Sądu stosowanie w procesie sądowym klauzuli 20.1 prowadziłyby do obejścia art. 119 k.c. Kreowanie umownych terminów zawitych do dochodzenia roszczeń jest wyłączone spod dyspozycji stron. Stronom nie wolno ustanawiać terminów prekluzyjnych do dochodzenia roszczeń ani innych postaci praw podmiotowych przed powołanym do tego organem (szerzej w tym zakresie zob. uzasadnienie wyrok SA w Warszawie z 4 lipca 2016 r., VI ACa 569/15, LEX nr 2109567).

Zdaniem sądu roszczeń wywodzonych z nadzwyczajnego wzrostu cen paliwa, asfaltu oraz stali nie można było rozpatrywać w kontekście art. 471 k.c. w zw. z art. 647 k.c. czy też art. 486 k.c. Szczegółowy sposób rozumowania powoda dowodzącego dlaczego uważa się za uprawnionego do zapłaty w zakresie dodatkowych kosztów powstałych po 8 listopada 2011 r. (pierwotnym Czasie na Ukończenie) uważa się za uprawnionego do zapłaty finalnie kwoty 47 431 595,96 zł (pierwotnie 12 500 000,00 zł) został przedstawiony na str. 54-56 pisma procesowego z 5 sierpnia 2013 r. (k. 17480-17482 t. 88). Strona powodowa przedstawiając wykładnię art. 471 k.c., w ocenie Sądu ignoruje a także pomija, skutki Aneksu nr (...) dla treści stosunku prawnego łączącego strony. Na mocy Aneksu nr (...) (zob. k. 708 t. 4) został przesunięty Czas na Ukończenie o 294 dni, Wykonawca otrzymał dodatkowe wynagrodzenie za wydłużenie Kontraktu (skalkulowane po stawkach Umownych – poza dodatkowymi materiałami pozwalającymi na realizację budowy w warunkach zimowych np. dodatki wiążące do betonu) oraz dodatkowe wynagrodzenie za intensyfikację robót w okresie zimowym. Powód na mocy tego Aneksu, oświadczył, że koszty wskazane w Załącznikach do Aneksu nr (...) wyczerpują wszystkie roszczenia Wykonawcy o dodatkową płatność związaną z przedłużeniem Czasu na Ukończenie oraz intensyfikacją robót wynikających z powiadomienia o roszczeniu z 18 kwietnia 2011 r. w trybie klauzuli nr 20.1.

Nie ulega wątpliwości, że pozwany zapłacił powodowi umówione w Aneksie nr (...) wynagrodzenie. Podstawą dodatkowych roszczeń wynikających z nadzwyczajnej zmiany stosunków nie mógł więc stanowić art. 471 k.c. w zw. z art. 647 k.c. skoro obejmują one koszty poniesione ponad umówioną podstawę kontraktową, nie wynikają z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanego lecz ich podstawa leży w zewnętrznych czynnikach w postaci rynkowego wzrostu cen paliwa, asfaltu oraz stali. Wykładnia przedstawiona przez powoda zmierza w istocie do obejścia art. 357¹ k.c. Skoro Czas na wykonanie Umowy został, na podstawie zgodnych oświadczeń woli stron, przedłużony o 294 dni, Wykonawca otrzymał umówione wynagrodzenie za okres przedłużenia, to powód nie może obecnie formułować w stosunku do pozwanego roszczeń o charakterze odszkodowawczym w oparciu o przepisy materialnoprawne, których zastosowanie uzależnione jest od naruszenia treści umowy. W związku z oświadczeniem powoda (w treści Aneksu nr (...)) o zrzeczeniu się wszelkich roszczeń Wykonawcy „związanych z wykonaniem innych zobowiązań objętych Aneksem nr (...)”, strona powodowa nie może żądać zwrotu od Zamawiającego dodatkowych kosztów poniesionych w związku z nadzwyczajną zmianą stosunków. Zważywszy na kontekst w którym zawarto Aneks nr (...) (rozpoznanie konkretnego roszczenia w trybie klauzuli 20.1), całą treść tego dokumentu oraz reguły wykładni oświadczeń woli (art. 65 § 1 i 2 k.c.) strona powodowa wyraziła zgodę na ustalone w Aneksie nr (...) wynagrodzenie i zrzekła się roszczeń wynikających z Przedłużenia Czasu na Ukończenie Umowy. W czasie zawierania tego aneksu

strona powodowa musiała zdawać sobie sprawę po jakich kwotach będzie nabywać surowce niezbędne w procesie budowlanym, m.in. stal, asfalt, paliwo.

Wracając do zasadniczego przedmiotu postępowania należy wskazać, iż możliwość zastosowania art. 357¹ k.c. zależy 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,

Pierwsza z ww. przesłanek została w niniejszej sprawie została niewątpliwie spełniona, gdyż źródłem powstania zobowiązania stron jest Umowa.

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 21 września 2011 r. I CSK 727/10, LEX nr 1043967). Rażąca strata w rozumieniu art. 357¹ k.c. oznacza stratę ponadprzeciętną, nieobjętą typowym ryzykiem gospodarczym (wyrok SN z 6 grudnia 2006 r. IV CSK 290/06, LEX nr 203285).

O przewidywalności przy zawarciu umowy przez strony nadzwyczajnej zmiany stosunków można mówić wtedy, gdy strony zawierając umowę były świadome okoliczności prowadzącej do nadzwyczajnej zmiany stosunków (zob. uzasadnienie wyroku SN z 9 czerwca 2005 r. III CK 674/04, LEX nr 180851). Przez nadzwyczajną zmianę stosunków rozumieć należy więc stan rzeczy, na który składają się okoliczności nieobjęte typowym ryzykiem umownym, mające obiektywny charakter, a zatem niezależne od stron. Nie może skutecznie powoływać się na art. 357¹ § 1 k.c. strona, która przy dołożeniu należytej staranności (w tym przypadku oczekiwanej od profesjonalisty – art. 355 § 2 k.c.), mogła dowiedzieć się o wysokim prawdopodobieństwie zdarzeń, które w normalnych okolicznościach byłyby uznawane za nadzwyczajne; poprzestanie na literalnej interpretacji tego artykułu prowadziłoby do tolerowania niestaranności.

Ciężar dowodu wykazania nadzwyczajności i nieprzewidywalności ww. okoliczności jak również pozostałych przesłanek z art. 357¹ k.c. spoczywał na powodzie. Badanie przesłanek nadzwyczajności i nieprzewidywalności przez powoda podnoszonych zjawisk, a właściwie możliwości ich przewidzenia (staranności przy formułowaniu oferty i wykonywaniu kontraktu) winna następować z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez powoda działalności gospodarczej oraz mieszanego trybu, w którym doszło do zawarcia między stronami spornej Umowy.

Właściwa ocena ryzyka kontraktowego wkomponowana była bowiem w istotę przetargu w ramach zamówienia publicznego. Oferent, niedokonując pewnych czynności sprawdzających wynikających ze specyfiki rynku, warunków zewnętrznych towarzyszących realizacji tego rodzaju inwestycji, realnie mógłby bowiem zaniżyć swoją ofertę, czyniąc ją atrakcyjniejszą w porównaniu do konkurencji, wygrać przetarg a następnie domagać się podwyższenia wynagrodzenia ustalonego w zakresie cen jednostkowych w sposób sztywny, powołując się na nadzwyczajną zmianę stosunków, którą należało w kalkulować do ceny oferty, zważywszy na dające się wychwycić czynniki cenotwórcze.

W rezultacie takiego działania, inni oferenci w kalkulując do ceny ofertowej dodatkowe ryzyko wynikające z możliwych do dostrzeżenia uwarunkowań rynkowych, a także zdarzające się w praktyce przeszkody wynikające ze specyfiki procesu budowlanego, nie byłiby na etapie składania ofert, konkurencyjni w stosunku do oferty podmiotu, który zaniechał wymaganych od profesjonalisty aktów staranności, zaniżając swoją ofertę. Pamiętać trzeba, iż zgodnie z pkt 8.6 Tomu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Cena oferty miała obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w

Tomach II-V SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Przedmiarach robót i Tabeli wartości elementów scalonych nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Przedmiarach robót.

Mając na uwadze powyższą wykładnię prawa, sposób formułowania przez powoda roszczeń, w ocenie Sądu zasadniczym punktem wyjścia dla oceny żądań powoda, było dowiedzenie, iż przyjęte w ofercie założenia nie odbiegały od cen rynkowych, uwzględniały trendy występujące w budownictwie, brały pod rozwagę (w granicach ryzyka kontraktowego), możliwość wzrostu cen zasadniczych asortymentów w okresie realizacji Umowy.

Zważywszy na wnioski płynące z opinii biegłych sądowych sąd przyjął, że powód dokonując kalkulacji spornej oferty, w ogóle nie brał pod uwagę możliwości wzrostu cen spornych asortymentów robót. Wszelkie odmienne twierdzenia powoda w tym zakresie uznać należało za gołosłowne (Sąd nie dał w tym zakresie wiary zeznaniom świadków przedstawionych przez powoda). Z tego też względu sąd przyjął, że najwłaściwszym rozwiązaniem pozwalającym na rzetelne rozpoznanie zasadniczej grupy roszczeń wywodzonych przez powoda było ustalenie do jakiego poziomu spornych asortymentów rzetelny przedsiębiorca był w stanie przy zachowaniu należytej staranności, oszacować wartość materiałów i usług. Następnie uzyskany wynik, z pomocą wiedzy specjalnej biegłych sądowych skonfrontować z rzeczywistością poniesionymi kosztami. Wykazanie samego ponadprzeciętnego wzrostu cen, bez odpowiedniego przełożenia go na realia złożonej oferty, a następnie wykonywanego Kontraktu, nie może stanowić a limine o zasadności powództwa. Sąd nie jest bowiem w stanie ocenić przybliżonego zakresu straty kontrahenta, ustalić wysokość świadczenia, mającego przywrócić równowagę kontraktową, gdyż brakuje mu odpowiednich miarodajnych danych.

Sąd uznał, że mimo wykazania nadzwyczajnego wzrostu cen paliwa – co do zasady (poza kwestią akcyzy i opłaty paliwowej ocenianą na innej podstawie prawnej), ta część żądań powoda określona na 64 831 514,95 zł brutto nie została wykazana co do wysokości. Metoda kalkulacji tego roszczenia, zastosowana przez powoda, (zaaprobowana przez biegłych jako poprawna z punktu widzenia metodologicznego) mogłaby zostać uznana za miarodajną, pozwalającą sądowi po rozważeniu wszystkich ujawnionych okoliczności, dokonać przywrócenia równowagi kontraktowej pomiędzy stronami zachwianej na skutek nadzwyczajnego wzrostu cen paliwa w okresie realizacji Kontraktu, wyłącznie w przypadku, gdyby powód realizował Umowę samodzielnie, bez udziału podwykonawców. Wyliczenie ilości paliwa potrzebnego do wykonania danej ilości robót, po cenie możliwej do przewidzenia w momencie składania oferty a następnie zestawienie uzyskanego wyniku finansowego z taką samą ilością paliwa nabywanego jednakże po cenach realnych dla badanego okresu jest zdaniem sądu z punktu widzenia metodologii, logiki oraz wykładni art. 357¹ k.c., prawidłowe co do zasady. Rzecz jednakże w tym, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z czynnikiem zakłócającym poprawność tejże metodologii w postaci podwykonawców, którzy byli rozliczani przez powoda z wykonanych robót, usług według konkretnych stawek. W rezultacie nie można wykluczyć, że część nadzwyczajnych wydatków z tytułu nabywania oleju napędowego została przerzucona przez powoda na podwykonawców. Ogólne twierdzenia powoda wskazującego, że podwykonawcy wymuszali na powodzie zawieranie aneksów do umów podwykonawczych (co miało świadczyć zdaniem powoda o braku przerzucania kosztów na podmioty trzecie) były niewystarczające do obalenia jednego z głównych zarzutów pozwanego. Powód przedstawił wprawdzie umowy z podwykonawcami (w których wyłączone zostały klauzule waloryzacyjne) oraz umowy z podwykonawcami wraz z aneksami, potwierdzone ogólnie przez świadków. Powód nie próbował, chociażby szacunkowo, podanie przybliżonych wartości lub metodologii które mogłaby zostać poddana ocenie z zastosowaniem wiedzy specjalnej biegłych sądowych i rozstrzygnąć kwestię przerzucania kosztów na podwykonawców. W ramach omawianej instytucji sąd ma wprawdzie możliwość posługując się omówionymi na wstępie kryteriami, dokonać oceny zgłaszanych roszczeń w ramach uznania sędziowskiego, co jest przydatne gdy szczegółowe wyliczenie żądania mimo jego obiektywnej zasadności jest niemożliwe lub utrudnione. W tym jednak przypadku zważywszy na bardzo szerokie korzystanie przez Wykonawcę z pomocy podmiotów trzecich, z którymi zostały zawarte konkretne stosunki prawne, po określonych stawkach, owe uznanie sędziowskie w ramach roszczenia związanego z kosztami nabycia paliwa byłoby zbyt daleko idące. Skoro sąd nie miał dostępu do tych danych, nie był w stanie wyważyć interesu obu stron, zastosować

wspomnianych kryteriów oceny, zgodnie z przyjętym ciężarem dowodzenia, powództwo w omawianej części podlegało oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu przedawnienia Termin przedawnienia roszczeń powoda jako związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą wynosi trzy lata (art. 118 k.c.). Mając na uwadze, że nadzwyczajny wzrost cen oleju napędowego był obserwowany w zasadzie już od momentu przystąpienia do realizacji Umowy (lipiec 2009 r.), przyjąć należało, iż przedmiotowe roszczenia powoda były przedawnione w okresie powstałym przed 18 grudnia 2009 r. co do 217 830,00 zł netto (plus VAT w stawce 22% - vide: wyliczenia przedstawione w ustaleniach faktycznych – w części wymagającej wiedzy specjalnej). Wypada w tym miejscu wyjaśnić także, iż była to jedyna część żądań powoda, podlegająca przedawnieniu. Asphalt oraz stal jak wynika ze złożonych rachunków oraz zestawień biegłych sądowych zawartych w pierwszej opinii pisemnej były nabywane przez powoda w latach 2010-2012, a zatem podniesiony przez pozwanego zarzut przedawnienia co do tych materiałów uznać należałoby za nieskuteczny. Do podobnego wniosku sąd doszedł w kontekście roszczenia opartego na klauzuli 13.7 w zw. z art. 471 k.c., które dotyczy kosztów powstałych po 1 stycznia 2012 r.

W świetle wyników postępowania dowodowego powództwo podlegało oddaleniu, w zakresie twierdzeń powoda, co do dodatkowych kosztów nabycia stali (9 705 059,85 zł brutto). Powód nie wykazał aby w tym asortymencie zachodziła nadzwyczajna zmiana stosunków. Biegli ustalili, że gdyby powód przygotował ofertę z należytą starannością to po zostawieniu z faktycznie poniesionymi kosztami okazałoby się, że Wykonawca zaoszczędził 800 088,89 zł netto.

Powód wykazał, że w przypadku asfaltów i emulsji asfaltowych nastąpiła nadzwyczajna zmiana stosunków. Jak wynika z poczynionych w oparciu o opinię biegłych sądowych ustaleń, różnica pomiędzy rzetelnymi kalkulacjami a kosztami które faktycznie poniósł powód na realizację zamówienia publicznego w tym asortymencie wyniosła 12 145 605,38 zł netto (plus VAT w stawce do 31 grudnia 2010 r. – 22% oraz stawce od 1 stycznia 2012 r. – 23%). Zdaniem jednak Sądu, po stronie Wykonawcy nie wystąpiła rażąca strata, gdyż przedmiotową kwotę należało zestawić z zakładanym przez powoda w ofercie zyskiem na poziomie (...) zł wliczonym do ceny kontraktowej, a także poziomem oszczędności w innych asortymentach.

W sytuacji, gdy Zamawiający poniósł ciężar finansowy Kontraktu i w zamian uzyskał zamówiony obiekt, a nie obiekt udoskonalony, zaś powód zrealizował go, wykorzystując środki pozwanego również na finansowanie swojej działalności, jako przedsiębiorcy, nie ma, w ocenie Sądu podstaw do tego, by nałóżyc na pozwanego obowiązek zwrócenia powodowi tej części jego wynagrodzenia, która pokryła nieprzewidywaną przez strony różnicę w cenie asfaltu, a z którą powód wiązał nadzieje na uzyskanie zysku. Zysk jest bowiem nadzwyczajnym rezultatem umowy, który nie zawsze jest osiągalny dla realizującego ją przedsiębiorcy. W sprawie niniejszej zaś obie strony zostały „ugodzone” skutkami nadzwyczajnej zmiany cen asfaltu. Przy czym, wobec tego, że wynikała ona z przyczyn niezależnych od stron, nie sposób uznać pozwanego za jej beneficjenta. W kontekście pojęcia rażącej straty (wykładanego wprawdzie na gruncie art. 632 § 2 k.c., ale aktualnego także w ramach wykładni art. 357¹ k.c.), w orzecznictwie przyjęto, iż za rażąca stratę nie można uważać utraty planowanego zysku”, a także „utrąty dochodu” (zob. wyrok SN z 18 września 1998 r., III CKN 821/97, OSP 1999, nr 1, poz. 9; wyrok SN z 12 kwietnia 2013 r., IV CSK 968/12, OSN-ZD 2014, z. 1, poz. 18).

W kontekście oceny rażącej straty poniesionej przez powoda na spornym Kontrakcie zwrócić należy również uwagę, na wnioski postawione przez biegłych sądowych w pisemnej opinii uzupełniającej z marca 2019 r. Z opinii wynika, że bilans finansowy powoda na Kontrakcie był ujemny wynosząc - 17 875 377,04 zł netto (nie należy w ocenie Sądu doliczać do niego kwoty której powód nie otrzymał w związku z nieterminowym dochodzeniem roszczeń w postępowaniu XXV C 904/14). Biegli zwrócili uwagę, że mimo wyższych od zakładanych przez powoda kosztów nabycia stali, asfaltu i paliw (które jak ustalono były niedoszacowane), wyciąg z systemu kosztowego powoda wskazuje, że powód w innych asortymentach uzyskał oszczędności, którymi zrekomensował koszty związane z nadzwyczajnym wzrostem cen paliw i asfaltów (zważywszy na przedstawione wyliczenia powoda co do dodatkowych kosztów wywołanych nadzwyczajnymi zwyczajami cen, przekraczającymi kwotę 90 milionów złotych taka konkluzja wydaje się słuszna). Biegli doszli w związku z powyższym do wniosku, iż z punktu widzenia ekonomicznego, powód

w zakresie spornych asortymentów nie poniósł rażącej straty. Pojęcie ekonomiczne rażącej straty stosowane przez biegłych sądowych jest w ocenie Sądu tożsame z desygnatem tego wyrażenia na gruncie prawnym. Stratą jest bowiem „nadwyżka kosztów poniesionych przez przyjmującego zamówienie nad uzyskanym przez niego wynagrodzeniem za wykonanie dzieła” (zob. m.in. wspomniany wyrok SN z 3 czerwca 2015 r., V CSK 589/14, LEX nr 1766009 a także wyrok SN z 29 października 2015 r., I CSK 901/14, LEX nr 1818856).

Oddaleniu jako niewykazane, co do wysokości podlegało roszczenie powoda wynikające ze wzrostu kosztów zakupu paliwa przez powoda wynikające z bezwzględnego wzrostu stawki akcyzy i opłaty paliwowej od 1 stycznia 2012 r.

Zdaniem Sądu zachodziły uzasadnione podstawy do zastosowania przez strony klauzuli 13.7. Nastąpił bowiem wzrost danin publicznych wpływających na koszt nabycia oleju napędowego niezależny od stron, a wysokości których powód nie mógł przewidzieć na etapie formułowania oferty. To, że Polska musi dostosować swoje regulacje do regulacji UE i ma na to konkretny okres czasu powód, jako profesjonalista na rynku budowlanym, powinien był przewidzieć na etapie formułowania oferty. Omawiane roszczenie dotyczy zwiększonych kosztów nabycia oleju napędowego przez powoda na skutek zmiany z 1 stycznia 2012 r. stanu prawnego.

O kosztach postępowania sąd orzekł zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu wyrażoną w art. 100k.p.c. Powód wygrał w nieznacznej części swoje żądanie, stąd też sąd w całości obciążył go kosztami niniejszego procesu. Na koszty poniesione przez Skarb Państwa – Prokuratorię Generalną RP złożyło się wynagrodzenie w stawce minimalnej 7 200 zł wynikające z §6 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r.

Rozliczenie kosztów sądowych poniesionych tymczasowo z sum budżetowych Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie sąd oparł na art. 113 ust 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.