



Sygn. akt I CSK 659/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 września 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Iwona Koper (przewodniczący)

SSN Wojciech Katner

SSN Krzysztof Strzelczyk (sprawozdawca)

Protokolant Ewa Krentzel

w sprawie z powództwa D.

z siedzibą w G. we Francji, B. S.A. z siedzibą

w G. we Francji i V. S.A. z siedzibą w S. w Szwajcarii

przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad

w Warszawie

o zapłatę,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 15 września 2016 r.,

skargi kasacyjnej powodów od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 27 maja 2015 r., sygn. akt VI ACa .../14,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę
do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w [...],
pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach
postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Sąd Apelacyjny w [...] wyrokiem z dnia 27 maja 2015 r. w sprawie z powództwa D. we Francji, B. we Francji i V. S. A. w Szwajcarii przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w [...] o zapłatę oddalił apelację strony powodowej wniesioną od wyroku Sądu Okręgowego w [...] z dnia 29 kwietnia 2014 r., którym ten Sąd oddalił w całości powództwo o zmianę postanowień umowy - którą powodowie zawarli w dniu 9 listopada 2006 r. ze Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad - przez podwyższenie wysokości wynagrodzenia za wykonanie robót oraz usunięcie z nich wad o kwotę 45.061.999,43 euro brutto oraz o zasądzenie na ich rzecz solidarnie kwoty 45.061.999,43 euro, a także wniesione na wypadek nieuwzględnienia dotychczasowego roszczenia, powództwo o zasądzenie od pozwanego na rzecz powódki D. we Francji kwoty 109.185.584,67 zł z tytułu odszkodowania wraz z odsetkami ustawowymi od tej kwoty od dnia 3 czerwca 2008 r. do dnia zapłaty. Jako podstawę prawną powództwa o zmianę umowy i zasądzenie podwyższonego wynagrodzenia powodowie powołali art. 357¹ k.c. i wskazali, że w okresie przypadającym na realizację umowy oraz później po przedłużeniu czasu realizacji kontraktu o osiem miesięcy, w następstwie zmiany warunków fizycznych wykonywania robót związanej z nagromadzeniem przeszkód w realizacji robót, nastąpił nieprzewidywalny, nagły i gwałtowny wzrost cen materiałów i usług w sektorze budownictwa infrastrukturalnego. W uzasadnieniu roszczenia odszkodowawczego opartego na treści art. 471 lub 486 k.c. powodowie podnieśli, że pozwany dopuścił się rażących zaniedbań przy realizacji inwestycji, co uprawnia do dochodzenia odszkodowania na tej podstawie

Sąd Okręgowy w [...] oceniając negatywnie wszystkie zgłoszone roszczenia ustalił, że w dniu 9 listopada 2006 r. pozwany - Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad zawarł umowę z Konsorcjum, w skład którego wchodziły powodowe spółki o budowę „autostrady A4 Zgorzelec - Krzyżowa, odcinek „A”, Zgorzelec-Wykroty”. Oferta konsorcjum została wyłoniona w wyniku przetargu nieograniczonego, a o jej wyborze zdecydowała wskazana cena:

powodowe spółki podały cenę brutto: 87.383.892,31 euro, przy czym większość oferentów wyceniło roboty ponad kwotę 110.000.000 euro.

Strony postanowiły, że zmiany umowy lub jej uzupełnienie będą mogły nastąpić pod rygorem nieważności wyłącznie w formie aneksu podpisanego przez zamawiającego i wykonawcę. Wykonawca zobowiązał się do rozpoczęcia prac, nie później niż 30 dnia od daty podpisania umowy, ale nie wcześniej niż w dniu 28 lutego 2007 r. Roboty miały być zakończone w terminie 19 miesięcy od ich rozpoczęcia. Zamawiający zobowiązał się zapłacić wykonawcy za wykonanie robót cenę kontraktową, mającą charakter wynagrodzenia kosztorysowego. Kwota kontraktowa (zgodnie z ofertą wykonawcy) wynosiła netto 71.626.141, 24 euro plus 22% podatek VAT, co łącznie stanowiło kwotę brutto 87.383.892,31 euro. Maksymalna wartość zobowiązania miała wynosić 110% kwoty brutto 87.383.892,31 euro, co stanowiło 96.122.281,54 euro. Wykonawca w kalkulacjach ceny uwzględnił 2% wzrost cen oraz przyjął zysk na poziomie 0,5%. Umowa była dwukrotnie zmieniana: aneksem z dnia 9 października 2008 r., dotyczącym realizacji tzw. drugiego kamienia milowego oraz aneksem z dnia 10 listopada 2008 r., którym wydłużono okres wykonania robót z 19 do 27 miesięcy. W dniu 19 grudnia 2007 r. zawarły umowę o roboty dodatkowe; kwota kontraktowa za wykonanie robót dodatkowych wynosiła 5.127.587,62 Euro netto. Przekazanie placu budowy wykonawcy nastąpiło w dniu 3 kwietnia 2007 r. a roboty zostały podjęte w dniu 10 kwietnia 2007 r. Wykonawca nie otrzymał w terminie określonym kontraktem dostępu do całego placu budowy; jedna z działek, do których wykonawca uzyskał dostęp dopiero w dniu 30 czerwca 2008 r., zajmowała całą szerokość placu budowy, co blokowało dostęp do innych działek i utrudniało transport mas ziemnych. Pojawiły się też problemy dotyczące złej struktury gleby z wykopu. Odpowiednie badania laboratoryjne i decyzje zostały wydane dopiero we wrześniu 2007 r. Ponadto w trakcie realizacji kontraktu pojawiły się utrudnienia, takie jak: zawieszenie wycinki drzew w okresie lęgowym ptaków, tj. od kwietnia do końca sierpnia 2007 r., brak dostępu i pozwoleń na budowę niektórych obiektów, brak możliwości realizacji przekładki linii elektroenergetycznej z powodu braku zgody właściciela terenu na posadowienie projektowanego słupa na działce, konieczność prowadzenia badań archeologicznych na pięciu stanowiskach,

spory stron dotyczące tego, kto powinien ponosić koszty prac archeologicznych. Z kolei pozwany miał zastrzeżenia co do tempa prowadzonych przez wykonawcę prac, zlej mobilizacji sprzętu i ludzi, braku umów z podwykonawcami i dostawcami materiałów budowlanych oraz problemów z opracowaniem receptury na nawierzchnię betonową.

Po negocjacjach strony ustaliły ostatecznie, że okres realizacji kontraktu zostanie przedłużony o osiem miesięcy.

Na podstawie opinii Stowarzyszenia Inżynierów i Techników Komunikacji Sąd Okręgowy ustalił, że od początku realizacji umowy, tj. od listopada 2006 r. odnotowywany był wzrost cen robót budowlano-montażowych, trwający do listopada 2008 r. W listopadzie 2008 odnotowano zahamowanie wzrostu cen, od tego momentu rozpoczął się spadek cen, który trwał do końca lipca 2009 r. W okresie poprzedzającym złożenie oferty przez stronę powodową, tj. w okresie od stycznia 2001 r. do czerwca 2006 r. następowały wahania cen produkcji budowlano-montażowej, od stycznia 2004 r. odnotowywano stały wzrost cen. Najbardziej niekorzystny, czyli największy wzrost cen produkcji budowlano-montażowej wyniósł 6,3%. W okresie od listopada 2006 r. do lipca 2009 r. ceny produkcji budowlano-montażowej wzrosły łącznie o 10%. Sąd Okręgowy oddalił dalsze wnioski dowodowe strony powodowej na okoliczność kosztów realizacji umowy oraz straty po stronie wykonawcy.

Sąd Okręgowy ustalił, że określone w umowie zasadniczej roboty prowadzone przez powodowe spółki zostały ukończone, potwierdzały ten fakt: świadectwa przyjęcia i wykonania robót oraz wypłata przez zamawiającego ustalonego wynagrodzenia kontraktowego.

Sąd Okręgowy uznał, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie nastąpiła „nadzwyczajna zmiana stosunków” w rozumieniu art. 357¹ k.c. Wskazał, że przez nadzwyczajną zmianę stosunków należy rozumieć stan rzeczy, na który składają się okoliczności nieobjęte typowym ryzykiem umownym, mające obiektywny charakter, a zatem niezależne od stron, których strony nie przewidywały, zawierając umowę, i nie miały podstaw do przewidzenia. Sąd Okręgowy wyjaśnił, że modyfikacja umowy na podstawie art. 357¹ k.c. -

w związku z zaistnieniem opisanych okoliczności – jest możliwa, gdy umowa nie została jeszcze w całości wykonana, przy czym jeśli nadzwyczajna zmiana stosunków nastąpiła po częściowym wykonaniu zobowiązania, to zmianą może być objęta niewykonana część umowy. W ocenie Sądu Okręgowego, przedmiotowa umowa została wykonana. Każda ze stron wypełniła swoje zobowiązania, strona powodowa wykonała w całości ustalone roboty, strona pozwana dokonała zapłaty ustalonego wynagrodzenia. Sąd Okręgowy zwrócił też uwagę, że należyta staranność, której należy oczekiwać od profesjonalisty, doświadczenie życiowe, czy zwykła ostrożność w prowadzeniu działalności nakazywały uwzględnienie co do cen tendencji występujących w dłuższym, kilkuletnim okresie poprzedzającym złożenie oferty, przynajmniej od 1 maja 2004 r., z uwagi na fakt, że z tym dniem Polska stała się członkiem UE, co niewątpliwie wpłynęło na warunki społeczno-gospodarcze kraju. Sąd Okręgowy ocenił, że przyjęty przez stronę powodową wzrost cen w zakresie materiałów budowlanych i robocizny na poziomie 2% był rozwiązaniem niewystarczającym w warunkach rozwijającej się gospodarki rynkowej, a zatem kosztorys zawarty w ofercie powodowych spółek był oparty na błędnych założeniach i nie uwzględniał możliwego do przewidzenia wzrostu. Sąd Okręgowy zauważył, że umowa była zmieniana przez strony kolejnymi aneksami, co następowało w momencie, kiedy powodowym spółkom znany był już fakt wzrostu cen (skoro najwyższy wskaźnik wzrostu cen wystąpił w maju 2007 r.), pomimo tego postanowienia umowy regulujące wysokość wynagrodzenia pozostały niezmienione. Wobec braku przesłanek zastosowania wprost art. 357¹ k.c. jak i w drodze analogii art. 629 jak i 632 k.c. Sąd Okręgowy oddalił powództwo w zakresie roszczenia głównego o zmianę treści umowy i zasądzenie podwyższonego wynagrodzenia. Odnosząc się do roszczenia ewentualnego o zasądzenie odszkodowania, Sąd Okręgowy podniósł, że strony w umowie wyłączyły prawo wykonawcy do żądania podwyższenia wynagrodzenia w przypadku wzrostu kosztów robót budowlanych, pozostawiając jedynie uprawnienie do żądania przedłużenia czasu na ukończenie kontraktu, a zatem na mocy postanowień umowy strona pozwana przyjęła ryzyko czasowe, a strona powodowa ryzyko finansowe. Uregulowanie powyższych kwestii w umowie wyklucza możliwość zastosowania art. 471 k.c. jako podstaw prawnej roszczeń

odszkodowawczych. W ocenie Sądu Okręgowego, w okolicznościach faktycznych sprawy, na stronie powodowej spoczywał obowiązek udowodnienia, że zawinione zachowanie pozwanego nosiło znamiona winy umyślnej. Sąd Okręgowy uznał też, że ustalenia faktyczne dokonane w sprawie nie pozwalają na przypisanie pozwanemu winy umyślnej w postaci zamiaru ewentualnego, wskazał na: fakt współdziałania stron przy realizacji kontraktu, aneks przedłużający czas na ukończenie kontraktu, rozliczenie kontraktu zgodnie z zawartymi w nim postanowieniami i zasadami wyliczenia kosztów według obmiaru robót i cen jednostkowych z kontraktu. Zdaniem Sądu, rodzaj uchybień przypisywanych pozwanemu wskazywał raczej na niedochowanie przez pozwanego - zamawiającego należytej staranności w przygotowaniu inwestycji czy lekkomyślność. Sąd Okręgowy zwrócił nadto uwagę, że na przebieg robót oraz opóźnienie wykonawcy miały wpływ okoliczności zaistniałe po stronie samego wykonawcy (kłopoty z mobilizacją i organizacją pracy na budowie, słaby postęp robót w stosunku do harmonogramu, brak zamówień na kruszywa, piasek, materiały potrzebne do wykonania kanalizacji, nasypów, brak umów z betoniarniami).

Sąd Apelacyjny podzielił co do zasady stanowisko Sądu Okręgowego. Wskazał, że głównym powodem oddalenia pierwotnie zgłoszonego powództwa powinno być to, że nie zaktualizowały się przesłanki zmiany umowy poprzez podwyższenie wynagrodzenia należnego stronie powodowej. Wyjaśnił, że chociaż strona powodowa wskazała jako podstawę prawną powództwa przepis art. 357¹ k.c., mający ogólne zastosowanie do wszelkich stosunków umownych, podstawę podwyższenia wynagrodzenia mógł stanowić także art. 632 § 2 k.c., znajdujący odpowiednie zastosowanie w przypadku umów o roboty budowlane. Powodowe spółki wskazywały na dwie przyczyny mające uzasadnić pogląd o zaistnieniu nadzwyczajnej zmiany stosunków uzasadniającej zmianę umowy: przedłużenie okresu realizacji kontraktu na skutek zmiany warunków fizycznych oraz nadzwyczajny i nieprzewidywalny wzrost cen materiałów budowlanych w trakcie realizacji inwestycji; wskazały, że z powodu wzrostu cen koszty realizacji inwestycji wzrosły o 10.381.943 Euro netto, a z powodu przedłużenia czasu realizacji inwestycji - o 36.936.085 Euro netto.

Czynnikami, które miały spowodować przedłużenie czasu realizacji kontraktu, miały być z kolei: opóźnienie pozwanego w przekazaniu wykonawcy dostępu do placu budowy w zakresie trzech działek, zawieszenie wycinki drzew w okresie od 15 marca 2007 r. do 15 sierpnia 2007 r. wobec opóźnienia w rozpoczęciu robót (miało ono nastąpić 1 marca 2007 r., a nastąpiło w dnia 3 kwietnia 2007 r.), badania archeologiczne, brak pozwoleń na budowę dwu wiaduktów (do 11 września 2007 r.), brak zgody właściciela działki na postawienie słupa energetycznego (do dnia 27 września 2007 r.). Jak wskazał Sąd Apelacyjny, niezależnie od tego, czy podstawą żądania podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy byłby przepis art. 357¹ k.c., czy art. 632 § 2 k.c., żądanie byłoby zasadne wówczas, gdyby nastąpiło zdarzenie zewnętrzne, niezależne od stron, którego nie były one w stanie obiektywnie przewidzieć w dacie zawarcia umowy. Zatem przesłanką żądania nie mogły być okoliczności zależne od którejkolwiek ze stron. Tymczasem analiza przyczyn przedłużenia czasu realizacji kontraktu wskazanych przez stronę powodową wskazuje na to, że w istocie w większości nie były to zdarzenia zewnętrzne, ale okoliczności leżące po stronie pozwanego, zależne od niego. Te same okoliczności mają - zdaniem strony powodowej - świadczyć o nienależytym wykonaniu obowiązków umownych przez pozwanego i stanowić podstawę jego odpowiedzialności odszkodowawczej. Strona powodowa, dochodząc odszkodowania, powołała się także na opóźnienie pozwanego w przekazaniu jej dostępu do placu budowy, w tym także jako przyczynę zawieszenia wycinki drzew, wskazując na to, że nie doszłoby do niego, gdyby plac budowy został jej przekazany w umówionym terminie, tj. 1 marca 2007 r. zamiast w dniu 3 kwietnia 2007 r., na to, że pozwany nie dysponował wymaganymi pozwoleniami przed rozpoczęciem robót oraz zgodą właściciela gruntu na postawienie słupa energetycznego. Skoro powyższe okoliczności były zależne od strony pozwanej, to nie mogły stanowić jednocześnie zdarzenia obiektywnego, zewnętrznego, niezależnego od strony, którego wystąpienie czyni zasadnym zmianę umowy czy podwyższenie wynagrodzenia na podstawie art. 357¹ k.c. lub 632 § 2 k.c. Nieprzewidywalne, zależne od jednej ze stron, okoliczności skutkujące przedłużeniem czasu realizacji umowy oraz stratą drugiej strony, stanowią przesłanki kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, ale nie

uzasadniają zmiany umowy. Jak wskazał Sąd Apelacją, w niniejszej sprawie można byłoby upatrywać niezależnej od woli stron okoliczności wpływającej na przedłużenie czasu realizacji z uwagi na zmianę warunków fizycznych realizacji robót i na wzrost kosztów wykonawcy jedynie w konieczności prowadzenia badań archeologicznych na terenie placu budowy. Trudno byłoby jednak dopatrywać się cech nieprzewidywalności zdarzenia, którego wystąpienie zostało w umowie uregulowane poprzez określenie rekompensaty dla wykonawcy za koszty poniesione w związku prowadzeniem tych prac. Z zeznań świadków wynikało też, że konieczność prowadzenia prac archeologicznych uznać należy za rzecz normalną na wszystkich budowach oraz że w przypadku przedmiotowego kontraktu była ona założona, a zakres prowadzonych prac nie był nadzwyczajny, nietypowy. Strona powodowa nie wskazała na wystąpienie innych okoliczności mających charakter zmiany warunków fizycznych realizacji kontraktu, które mogłyby stanowić nadzwyczajną zmianę okoliczności w rozumieniu art. 357¹ k.c. czy też art. 632 § 2 k.c.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, brak było podstaw do uznania, że w okresie realizacji kontraktu wystąpił nieprzewidywany i nadzwyczajny wzrost cen materiałów i usług budowlanych uzasadniający zmianę umowy łączącej strony. Sąd Apelacyjny wskazał – odwołując się do orzecznictwa Sądu Najwyższego - że hipotezą art. 357¹ k.c. objęte są tylko zdarzenia nadzwyczajne o charakterze powszechnym, wykraczające poza typowe ryzyko kontraktowe. Sąd Apelacyjny podkreślił, że zmiany cen w realiach gospodarki wolnorynkowej wynikają z samej istoty wolnego rynku oraz stanowią konsekwencję zmian między poziomem popytu i podaży. To, że ceny materiałów i usług w branży budowlanej będą się zmieniać w czasie obowiązywania kontraktu, w stosunku do poziomu z daty zawarcia umowy, było pewne. Oczywisty był także wpływ ewentualnej zmiany cen na opłacalność kontraktu (dla obu stron). Zatem obowiązkiem strony powodowej było wykazanie, że wskazane zmiany miały charakter nadzwyczajny, wykraczający poza normalne wahania cen oraz nieprzewidywalny. Strona powodowa niewątpliwie tego nie uczyniła. Sąd Okręgowy prawidłowo nie uznał zmiany cen w sektorze budowlanym w latach 2006-2008 za zjawiska nieprzewidywalne i wyjątkowe, a zatem prawidłowo stwierdził, że nie zachodziły przesłanki do zmiany warunków cenowych

w umowie stron z korzyścią dla strony powodowej. Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że strony wykreśliły w kontrakcie klauzulę - korekty wynikające ze zmiany kosztu, przewidującą, że kwoty płacone wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków kosztu robocizny, dóbr i innych nakładów na roboty. Wykreślenie klauzuli wskazywało, że powodowe spółki, godząc się na rezygnację z „waloryzacji” należnych im świadczeń, podejmowały świadomie ryzyko możliwości poniesienia strat z tego tytułu, chociaż wykreślenie klauzuli nie świadczyło o wyłączeniu w ogóle stosowania art. 632 § 2 k.c. i art. 357¹ k.c., jak błędnie uznał Sąd Okręgowy.

Według Sądu Apelacyjnego, brak było także podstaw do uwzględnienia ewentualnego żądania zasądzenia odszkodowania. Sąd wskazał, że strona powodowa nie wykazała w związku z treścią subklauzuli 17.6 Finic, że działania pozwanego, które – przez przedłużenie czasu realizacji robót - miały doprowadzić do podniesienia przez nie dodatkowych kosztów, były umyślne, a ciężar dowodu w tym zakresie na nich właśnie spoczywał. Istniejące w początkowym okresie prowadzenia robót okoliczności takie jak: opóźnienie pozwanego w przekazaniu wykonawcy trzech działek gruntu, uzyskanie zgody na postawienie słupa energetycznego oraz dwóch pozwoleń na budowę wiaduktów trudno postrzegać jako działania pozwanego mające na celu - choćby w zamiarze ewentualnym - doprowadzenie do przedłużenia czasu realizacji kontraktu przez powodowe spółki i do poniesienia przez nie szkody. Opóźnienie pozwanego, stanowiące niewątpliwie naruszenie przez niego obowiązków kontraktowych, można oceniać jedynie jako przejaw lekkomyślności - zakładania, że istniejące przeszkody dotyczące niewielkiego wycinka robót (o których obie strony wiedziały) będzie można usunąć w trakcie prowadzenia prac, co rzeczywiście nastąpiło. Nie ulega wątpliwości, że roboty budowlane prowadzone przez powódki nie zostały zakończone w terminie, z drugiej jednak strony, zdaniem Sądu Apelacyjnego, trzeba zauważyć, że strona pozwana wskazywała na wiele zaniedbań po ich stronie skutkujących przedłużeniem terminu realizacji kontraktu.

Powodowe spółki wniosły skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 27 maja 2015 r., zaskarżając ten wyrok w całości.

W skardze kasacyjnej wskazano na następujące podstawy kasacyjne:

a) naruszenia prawa procesowego, mianowicie: naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. polegające na niewskazaniu w uzasadnieniu pełnej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia; naruszenie art. 378 § 1 k.p.c. w zw. z art. 382 k.p.c. i art. 386 § 1 i 2 k.p.c. poprzez zaniechanie rzetelnego rozpoznania sprawy w granicach apelacji; naruszenie art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c., art. 278 § 1 k.p.c. i art. 227 k.p.c. oraz art. 391 § 1 k.p.c., art. 380 k.p.c. i art. 382 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie postępowania dowodowego w niezbędnym zakresie;

b) na naruszenia prawa materialnego, tj. naruszenie art. 632 § 2 k.c. oraz art. 357¹ k.c. polegające na nieprawidłowej wykładni i w konsekwencji odmowie zastosowania; naruszenie art. 56 k.c. oraz art. 65 § 1 i 2 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie, a zwłaszcza przyjęcie, że stron umowy złożyły zgodne oświadczenia co do wyłączenia odpowiedzialności; naruszenie art. 471 k.c. w zw. z art. 472 k.c. oraz w zw. z art. 473 k.c. przez ich niezastosowanie; naruszenie art. 6 k.c. w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 472 k.c. przez błędną wykładnię; naruszenie art. 58 § 2 i 3 k.c. oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 29 ust. 1, 31 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst Dz. U. 2013,907 ze zm. - dalej jako p.z.p.) oraz art. 58 § 1 k.c. przez ich niewłaściwe zastosowanie.

Na tych podstawach powodowie wnieśli o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania wraz z postanowieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu obrazy przepisów postępowania, trzeba podnieść, iż wobec odpowiedniego stosowania art. 328 § 2 k.p.c. w postępowaniu apelacyjnym (art. 391 § 1 k.p.c.) uzasadnienie sądu apelacyjnego nie musi zawierać wszystkich elementów wymaganych dla uzasadnienia orzeczenia sądu pierwszej instancji, jednak powinno zawierać takie elementy, które ze względu na treść apelacji i na zakres rozpoznania, są niezbędne do rozstrzygnięcia sprawy. Uzasadnienie orzeczenia musi być zrozumiałe i dokładnie wyjaśniać na jakich ustalonych przez sąd faktach opiera się wyrok

(postanowienie co do istoty) i w jaki sposób fakty te sąd kwalifikuje w ramach zastosowanych przepisów prawa materialnego. W przypadku, gdy sąd drugiej instancji podziela ustalenia faktyczne sądu pierwszej instancji wystarczające jest wskazanie, że została dokonana taka ocena. Wyjaśnienie podstawy prawnej rozstrzygnięcia w orzeczeniu sądu drugiej instancji polega między innymi na wykonaniu, wynikającego z art. 378 § 1 k.p.c. obowiązku odniesienia się i oceny wszystkich istotnych zarzutów prawnych podniesionych w apelacji (zob. m. in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2010 r., III CSK 288/08, niepubl., wyrok z dnia 18 sierpnia 2010 r., II PK 46/10, niepubl.; wyrok z dnia 26 stycznia 2011 r., I PK 168/10, niepubl.).

Według dominującego poglądu judykatury, o uchybieniu przepisowi art. 328 § 2 k.p.c. można mówić jedynie w tych wyjątkowych przypadkach, gdy uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia nie ma wszystkich koniecznych elementów, bądź zawiera kardynalne braki, które nie pozwalają na kontrolę rozstrzygnięcia, gdy treść uzasadnienia orzeczenia sądu drugiej instancji uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 15 lipca 2011 r., I UK 325/10, niepubl.; z dnia 6 lipca 2011 r., I CSK 67/11, niepubl.; z dnia 2 czerwca 2011 r., I CSK 581/10, niepubl.).

W przedmiotowej sprawie trzeba zgodzić się z wnoszącymi skargę kasacyjną powodami, że Sąd drugiej instancji, relacjonując tylko niektóre okoliczności faktyczne przez przytaczanie fragmentów zeznań przesłuchanych w sprawie świadków nie wyjaśnił, czy w ten sposób aprobował dotychczasowe ustalenia, czy też ustalił je samodzielnie. Poza tym Sąd drugiej instancji nie wyjaśnił, dlaczego przytoczone dowody zostały uznane za wiarygodne i mogły stanowić podstawę ustaleń faktycznych. W przedmiotowej sprawie Sąd Apelacyjny powinien wypełnić te obowiązki nie tylko ze względu na treść art. 328 § 2 k.p.c. ale także w związku z zawartym w apelacji zarzutem naruszenia art. 233 § 1 k.p.c.

Zaniechanie Sądu drugiej instancji odnosi się jedynie do tej części pisemnych motywów, w których rozważa się odpowiedzialność odszkodowawczą pozwanego w związku ze stwierdzonymi przypadkami naruszenia obowiązków

kontraktowych. Wynikało to między innymi z wadliwego wstępnego wyłączenia kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego (z wyłączeniem przypadków winy umyślnej), które zostało oparte na treści subklauzuli 17.6 Ogólnych Warunków Kontraktu.

W pozostałym zakresie, poza odpowiedzialnością odszkodowawczą zamawiającego, sfera motywacyjna zaskarżonego wyroku została ujawniona w stopniu pozwalającym na poddanie go kontroli kasacyjnej. Uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia zawiera niezbędne elementy, które pozwalają na dokonanie oceny rozstrzygnięcia, jakie zapadło w drugiej instancji. Inną rzeczą jest to, czy wywody tego Sądu wyrażone w pisemnych motywach są prawidłowe. Uchybienia te mogą być rozważane w ramach innych zarzutów naruszenia zarówno przepisów postępowania, jak i prawa materialnego.

Powodowie podnosząc w skardze kasacyjnej naruszenie art. 378 § 1 k.p.c. w zw. z art. 382 i 386 § 1 i 2 k.p.c. wskazali cały szereg zarzutów zawartych w apelacji, do których nie odniósł się Sąd drugiej instancji. Wobec tego trzeba podkreślić, że z ustanowionego w tym przepisie obowiązku rozpoznania sprawy w granicach apelacji nie wynika konieczność osobnego omówienia przez sąd w uzasadnieniu wyroku każdego argumentu podniesionego w apelacji. Za wystarczające należy uznać odniesienie się do sformułowanych w apelacji zarzutów i wniosków w sposób wskazujący na to, że zostały one przez sąd drugiej instancji w całości rozważone przed wydaniem orzeczenia (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2009 r., I PK 38/09, niepubl.; z dnia 24 marca 2010 r., V CSK 296/09, M. Pr. Bank. 2012, nr 4, s. 19; z dnia 26 kwietnia 2012 r., III CSK 300/11, OSNC 2012, Nr 12, poz. 144; z dnia 4 września 2014 r., II CSK 478/13, niepubl.).

Analizując wymienione kolejno w skardze kasacyjnej zarzuty apelacji, w związku z podniesieniem naruszenia zasady bezpośredniości oraz naruszenia art. 228 k.p.c., trzeba uwzględnić, że Sąd drugiej instancji oceniając, czy zaktualizowały się przesłanki zmiany umowy oparł się na opinii biegłego i nie odwoływał się już do orzeczeń wydanych w innych podobnych sprawach. Brak rozważenia zawartego w apelacji zarzutu naruszenia art. 233 § 1

k.p.c. przez Sąd pierwszej instancji pozostaje w związku ze stwierdzonymi brakami uzasadnienia Sądu drugiej instancji w zakresie wskazania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności odszkodowawczej. Powodowie podnosząc naruszenie art. 378 § 1 k.p.c. w związku z art., 382 i 386 § 1 i 2 k.p.c. wobec braku rozważenia naruszenia art. 353¹ k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. wskazali, że gdyby Sąd Apelacyjny wziął pod uwagę ten zarzut apelacji, nie mógłby dojść do wniosku o wyłączeniu odpowiedzialności kontraktowej za winę nieumyślną. Ten sposób wykazania uchybienia przepisom postępowania nie spełnia wymagania, aby uchybienie mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. W końcu, w ramach tej samej podstawy skargi kasacyjnej, wbrew twierdzeniom skarżących, trzeba - niezależnie od wytkniętych wadliwości pisemnych motywów w zakresie ustaleń związanych z odpowiedzialnością odszkodowawczą pozwanego - uwzględnić, że Sąd drugiej instancji rozważył zachowanie pozwanego pod kątem, czy wyczerpuje ono znamiona winy umyślnej.

Sąd drugiej instancji ocenił roszczenie wszystkich powodów o podwyższenie wynagrodzenia zarówno na podstawie art. 357¹ k.c. jak i art 632 § 2 k.c. Analiza obu podstaw roszczenia wskazuje, że Sąd przyjął, iż strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe. Artykuł 632 § 2 k.c. stanowi szczególne unormowanie w stosunku do art. 357¹ k.c.; przyjmuje się, że pomiędzy tymi uregulowaniami zachodzi stosunek zawierania, w ramach którego art. 632 § 2 zawiera się w zakresie zastosowania normy art. 357¹ k.c. (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 2012 r., I CSK 333/11, niepubl.; z dnia 21 sierpnia 2014 r., IV CSK 733/13, niepubl.; z dnia 5 grudnia 2013 r., V CSK 2/13 niepubl.).

Według art. 357¹ k.c. modyfikacja umownego zobowiązania jest dopuszczalna o ile: doszło do nadzwyczajnej zmiany stosunków; zmiana ta niesie za sobą nadmierną trudność w spełnieniu świadczenia lub grozi jednej ze stron rażącą stratą a strony nie przewidywały wskazanych ustawowych następstw nadzwyczajnej zmiany stosunków. Przepis ten stanowi zmienioną wersję dawnego art. 269 kodeksu zobowiązań, który wyliczał przykładowo zdarzenia objęte pojęciem "nadzwyczajnych wypadków". Zaliczano do nich między innymi wojnę, zarazę, klęski żywiołowe. Pojęcia "nadzwyczajnych wypadków" z art. 269 k.z. oraz "nadzwyczajnej zmiany stosunków" z art. 357¹ k.c. pokrywają się.

W obu tych regulacjach, poza przykładowym wyliczeniem w art. 269 k.z. brak jest bliższego określenia zakresu obu tych pojęć. Dlatego ocena, czy określone okoliczności przez ich wpływ na zobowiązanie umowne mogą być zakwalifikowane, jako nadzwyczajna zmiana stosunków, należy każdorazowo do sądu orzekającego. Korzystając z dorobku dotychczasowego orzecznictwa i literatury można wskazać, że hipotezą art. 357¹ k.c. objęte są tylko zdarzenia nadzwyczajne o charakterze powszechnym, niezależne od woli stron, wykraczające poza typowe ryzyko gospodarcze. Już na gruncie kodeksu zobowiązań, w judykaturze w ramach stosowania klauzuli rebus sic stantibus, jako nadzwyczajne wypadki kwalifikowano akty prawne mające wpływ na sytuację stron. W te ramy wpisują się nie tylko nadzwyczajne zmiany cen lub stawek podatkowych (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 6 grudnia 2006 r., IV CSK 290/06 niepubl., 14 września 2005 r. III CSK 43/05 niepubl., z dnia 9 czerwca 2005 r. III CK 674/04 nie publ.; z dnia 16 maja 2007 r., III CSK 452/06 niepubl., wyrok z dnia 20 lipca 2007 r., I CK 3/07, niepubl.; z dnia 17 stycznia 2008 r., III CSK 202/07a także uchwałę z dnia 21 lipca 2006 r. III CZP 54/06 OSNC 2007, z. 5, poz. 66), ale także inne zasadnicze i zaskakujące zmiany czynników kształtujących wysokość spełnianych świadczeń, które w rozpoznawanej sprawie polegają na poniesieniu kosztów budowy autostrady.

Artykuł 632 § 2 k.c. zezwala na modyfikację umowy przez podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego w wypadku, gdy wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć a wykonanie umowy groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą. Zarówno nadzwyczajna zmiana stosunków, o której mowa w art. 357¹ k.c., jak też istotna zmiana stosunków w rozumieniu art. 632 § 2 k.c., stanowią zdarzenie zewnętrzne, niezależnego od stron, którego nie były one w stanie obiektywnie przewidzieć w dacie zawarcia umowy. Zmiana stosunków musi odznaczać się powszechnym charakterem. Nie mogą być uwzględniane okoliczności zależne od stron, czy też zdarzenia losowe o charakterze indywidualnym zagrażające rażącą stratą (zob. cytowane przez Sąd Apelacyjny wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12, niepubl. oraz z dnia 19 kwietnia 2014 r., II CSK 191/14, niepubl.).

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem judykatury art. 632 § 2 k.c. może mieć zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane i stanowić podstawę do modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy (zob. zwłaszcza uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2009 r., III CZP 41/09 (OSNC 2010 r., Nr 3, poz. 33). W przypadku przyjęcia tego przepisu, jako podstawy prawnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych wykonywanych na podstawie umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, art. 144 ust. 1 ustawy z 29 czerwca 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity, Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn zm.; dalej p.z.p.) ma zastosowanie tylko w takim zakresie, w jakim w odniesieniu do art. 632 § 2 k.c. określa dopuszczalność zmiany umowy. Zmiana umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia będzie zatem dopuszczalna, jeżeli jest korzystna dla zamawiającego albo wynika z okoliczności, których nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zaś wynagrodzenie ulegnie zmianie, jeżeli zaistnieją materialnoprawne przesłanki określone w art. 632 § 2 k.c. (por. uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 29 września 2009 r., III CZP 41/09, OSNC 2010/3/33; wyroki Sądu Najwyższego z 20 listopada 2008 r., III CSK 184/08, niepubl.; z dnia 4 lutego 2011 r., III CSK 143/10, niepubl.; z dnia 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12, niepubl.; z dnia 12 kwietnia 2013 r., IV CSK 568/12, niepubl.).

Sąd Apelacyjny przyjął, że brak było podstaw do uznania, że w okresie realizacji kontraktu wystąpił nieprzewidywalny i nadzwyczajny wzrost cen materiałów i usług budowlanych, który uzasadniałby zmianę umowy łączącej strony na podstawie art. 357¹ k.c. lub art. 632 § 2 k.c. W związku z tym trzeba zważyć, że badanie powyższych przesłanek modyfikacji wynagrodzenia powinna poprzedzić analiza tego sektora rynku budowlanego, który jest najbardziej zbliżony do przedmiotu umowy stron. Przedmiotem badania powinny być wskaźniki wzrostu cen jak najbardziej zbliżonych do zakresu robót wchodzących w zakres przedmiotu umowy. Nie wystarczy odwołanie się do powszechnie stosowanych wskaźników cen wszelkich robót budowlanych, bez uwzględnienia specyfiki robót z zakresu budowy dróg i infrastruktury drogowej. Zważyć bowiem trzeba, że mogą występować istotne różnice na rynku budowlanym w zależności od specyfiki prac budowlanych i rodzaju budowanych obiektów. Wbrew stanowisku Sądu

Apelacyjnego argumenty te, poza zarzutami dotyczącymi biegłego i przyjętej przez niego metody badań, były podnoszone przez powodów przy uwagach do opinii biegłego Ignacego Kowalskiego a później w apelacji (k. – 3737, 3945 - 3948).

Dlatego zasadnie na podstawie art. 217 § 2 k.p.c. w związku z art. 286, 278 § 1, i 227, 391 § 1, 380, i 382 k.p.c. zarzuca się w skardze kasacyjnej odmowę przeprowadzenia dodatkowej opinii biegłego na okoliczność dynamiki wzrostu cen robót drogowych i mostowych oraz cen materiałów budowlanych i stawek robocizny stawek robocizny w tym sektorze budowlanym. Zarzuty dotyczące odmowy przeprowadzenia dalszych dowodów z opinii biegłych są przedwczesne albowiem potrzeba ich przeprowadzenia zależy od wykazania, że doszło do nadzwyczajnej zmiany stosunków w rozumieniu art. 357¹ lub zmiany stosunków w rozumieniu art. 632 § 2 k.c.

Słusznie też zarzuca się w skardze kasacyjnej wadliwą wykładnię subklauzuli 17.6 FIDIC tj. Ogólnych Warunków Kontraktu polegającą na przyjęciu, że zgodnym zamiarem stron było generalne wyłączenie odpowiedzialności pozwanego za niewykonanie lub nienależyte wykonanie kontraktu z wyjątkiem odpowiedzialności za szkody wyrządzone umyślnie. Już z cytowanego dosłownego brzmienia tej klauzuli, której wersję tłumaczenia przyjął Sąd wynika, iż nie ogranicza ona odpowiedzialności tylko w przypadku oszustwa lub też rozmyślnego uchybienia ale także w przypadku rażącego niedbalstwa. Jest to szczególna postać winy nieumyślnej występująca najczęściej obok winy umyślnej (zob. np. art. 788 § 1 i 3, 801 § 1 i 3, 855 § 4 k.c.). Chociaż rażące niedbalstwo charakteryzuje się szczególnie jaskrawym odchyleniem od obiektywnie wymaganych wzorców należytej staranności, to jednak zawsze pozostaje wyodrębnioną postacią winy nieumyślnej.

Żadna ze stron w toku procesu nie odwoływała się do subklauzuli 17.6. FIDIC Uczynił to dopiero Sąd drugiej instancji nadając jej, przynajmniej w zakresie rodzaju zawinienia decydującego o odszkodowawczej odpowiedzialności kontraktowej, znaczenie sprzeczne z jej literalnym brzmieniem. Otwarta pozostaje też kwestia, jaki jest przedmiotowy zakres wyłączenia odpowiedzialności odszkodowawczej kontrahentów, skoro w samej klauzuli

nie wyłącza się generalnie odpowiedzialności odszkodowawczej ale wymienia się rodzaje szkód, za które strony umowy nie ponoszą odpowiedzialności. W tej sytuacji przedwczesne staje się odniesienie do zarzutu wyłączenia odpowiedzialności pozwanego za nieudostępnienie w terminie placu budowy w związku z art. 58 i 353¹ k.c. w związku z art. 29 ust. 1 i 31 ust. 1 p.z.p.

Jeśli w wyniku wykładni uwzględniającej reguły określone w art. 65 k.c. istotne okaże się, że naprawienie szkody zależy od tego, czy kontrahent wyrządził ją z winy umyślnej lub w innej kwalifikowanej postaci winy nieumyślnej, ciężar wykazania tej okoliczności spoczywa na poszkodowanym.

Dotychczasowe ustalenia faktyczne nie pozwalają na jednoznaczną ocenę dopuszczalności występowania powodów jako uczestników konsorcjum o wspólne, solidarne zasądzenie podwyższonego wynagrodzenia, jak też występowania przez jednego z uczestników konsorcjum o zasądzenie tylko dla siebie odszkodowania za nienależyte wykonanie zobowiązania przez zamawiającego. Ocena ta zależy przede wszystkim od postanowień umowy konsorcjum (zob. m. in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14, niepubl.; z dnia 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14, niepubl.; z dnia 13 października 2011 r., V CSK 475/10 niepubl. oraz postanowienie z dnia 6 marca 2015 r., III CZP 113/14, Biul. SN 2015/7/8).

Z tych wszystkich względów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania.