



WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

28 lipca 2023 r.

Sąd Najwyższy w Izbie Cywilnej w składzie:

SSN Monika Koba (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Grzegorz Misiurek

SSN Dariusz Zawistowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym 28 lipca 2023 r. w Warszawie,
skargi kasacyjnej M. spółki akcyjnej w W. i A. spółki akcyjnej w M.

od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie

z 18 marca 2022 r., VI ACa 305/21,

w sprawie z powództwa M. spółki akcyjnej w W.

i A. spółki akcyjnej w M.

przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych

i Autostrad

o ukształtowanie i zapłatę,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania
oraz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego**

UZASADNIENIE

Powódki M. spółka akcyjna w W. (dalej: „M.” lub „Wykonawca”) i A. spółka akcyjna w M. (dalej: „A.” lub „Wykonawca”) domagały się zmiany stosunku zobowiązaniowego wynikającego z wykonania umowy z 1 września 2010 r. (dalej: „Umowa” lub „Kontrakt”) zawartej ze Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: „GIDKiA”), dotyczącej robót polegających na rozbudowie drogi (...) do parametrów drogi dwujezdniowej na odcinku obwodnicy „(...)” przez podwyższenie wysokości świadczenia z tytułu wynagrodzenia o kwotę 27 160 919,85 zł oraz zasądzenie solidarnie od pozwanego na rzecz powódek kwoty 27 160 919,85 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wyrokowania ewentualnie zasądzenie od pozwanego na rzecz M. kwoty 26 889 310,65 zł a na rzecz A. kwoty 271 609,20 zł każdorazowo z odsetkami ustawowymi od dnia wyrokowania. Jako podstawę prawną żądania wskazały art. 357¹ § 1 k.c. ewentualnie art. 632 § 2 k.c.

Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z 22 grudnia 2020 r. podwyższył należne powódkom na podstawie Umowy wynagrodzenie o kwotę 13.580.459,92 zł oraz zasądził od pozwanego: na rzecz M. kwotę 13.444.655,32 zł oraz na rzecz A. kwotę 135.804,60 zł każdorazowo z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia następującego po dniu uprawomocnienia się wyroku, a w pozostałym zakresie oddalił powództwo i orzekł o kosztach postępowania.

Sąd pierwszej instancji ustalił między innymi, że (...) opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o wszczęciu postępowania w trybie przetargu ograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. „(...)” – dalej: „Zamówienie”). 10 maja 2010 r. M. i A. zawarły umowę konsorcjum (dalej: „Konsorcjum”) w celu przygotowania i złożenia wspólnej oferty na realizację Zamówienia, a w przypadku wyboru oferty Konsorcjum zawarcia kontraktu z zamawiającym, wykonania zadania inwestycyjnego oraz wywiązania się z obowiązków z tytułu gwarancji jakości i rękojmi. Liderem uprawnionym do reprezentacji Konsorcjum na czas postępowania o udzielenie zamówienia i realizacji Kontraktu została ustanowiona M.

W dniu (...) r. Konsorcjum złożyło ofertę na wykonanie przedmiotu Zamówienia za cenę 641.560.059,65 zł brutto, tj. 525.868.901,35 zł netto + podatek VAT 22% (115.691.158,30 zł). Konsorcjum wygrało przetarg ze względu na

zaoferowanie najniższej ceny. Kolejna cena zaproponowana przez innego oferenta wynosiła 729.408.800,51 zł brutto.

M. w ramach wewnętrznej struktury posiada biuro ofertowe, które zajmuje się przygotowaniem ofert w przetargach. Konstruując ofertę na potrzeby „Zamówienia” M. w pierwszej kolejności zbierała oferty od dostawców surowców i materiałów budowlanych oraz od potencjalnych podwykonawców. Założyła, że ceny oleju napędowego i stali nie zmienią się w okresie realizacji Umowy, zaś ceny asfaltu wzrosną w granicach 5-10%.

W dniu (...) r. Skarb Państwa - GIDKiA jako zamawiający i Konsorcjum, jako wykonawca, zawarli Umowę, na podstawie której pozwany powierzył, a powódki zobowiązały się do wykonania Zamówienia. Integralną jej część stanowiły: szczególne warunki kontraktu, warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego, tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC (...) (dalej: „Warunki Kontraktu”), instrukcja dla wykonawców - tom I specyfikacji istotnych warunków zamówienia, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, dokumentacja projektowa, oferta z (...) r. wraz z załącznikami oraz wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z (...) r. wraz z załącznikami.

Zaakceptowana kwota kontraktowa, zgodnie z ofertą Wykonawcy, określona została na (...) zł netto plus (...) % podatek VAT w kwocie (...) (łącznie brutto ... zł.) W Umowie postanowiono, że maksymalna wartość zobowiązania wynosi (...) % kwoty brutto (... zł) oraz że w przypadku, gdyby wynagrodzenie Wykonawcy obliczane zgodnie z Kontraktem miało przekroczyć powyższą kwotę, strony mogą dokonać zmiany tej kwoty drogą aneksu.

Zgodnie z Subklauzulą 13.7 Warunków Kontraktu (korekty wynikające ze zmiany stanu prawnego), cena kontraktowa będzie skorygowana, aby uwzględnić każdy wzrost lub obniżkę kosztu, wynikającą z jakiegokolwiek zmiany w prawach w kraju (włącznie z wprowadzeniem nowych przepisów praw i uchynieniem lub modyfikacją istniejących przepisów praw) lub z prawnej lub oficjalnej rządowej interpretacji takich praw, dokonanej po dacie odniesienia, a mającej wpływ na wykonanie przez Wykonawcę jego zobowiązań według Kontraktu. W Szczególnych Warunkach

Kontraktu zmodyfikowano Warunki Kontraktu (ogólne) poprzez wskazanie, że Subklauzula 13.8. (Korekty wynikające ze zmian kosztu) Warunków Kontraktu nie będzie miała zastosowania.

W Umowie zastosowano obmiarowy charakter wynagrodzenia, w którym wynagrodzenie wykonawcy ustalane jest na podstawie faktycznie wykonanych ilości robót, zaś cena jednostkowa za wykonanie poszczególnych rodzajów prac (pozycji przedmiaru robót) została określona w sposób ryczałtowy, w wysokości określonej w złożonej przez Wykonawcę ofercie (Subklauzula 14.1 w zw. z Subklauzulami 12.1-12.3 Warunków Kontraktu).

Zgodnie z Subklauzulą 20.1 (roszczenia, spory i arbitraż - roszczenia Wykonawcy) jeżeli Wykonawca uważa się za uprawnionego do jakiegokolwiek przedłużenia czasu na ukończenie i/lub jakiegokolwiek dodatkowej płatności, według jakiegokolwiek klauzuli niniejszych warunków lub z innego tytułu w związku z Kontraktem, to wykonawca da Inżynierowi powiadomienie, opisujące wydarzenie lub okoliczność, powodującą roszczenie. Powiadomienie będzie dane najwcześniej jak to możliwe, ale nie później niż 14 dni po tym, kiedy wykonawca dowiedział się, lub powinien był dowiedzieć się, o tym wydarzeniu lub okoliczności. Jeżeli wykonawca nie da powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego okresu 14 dni, to czas na wykonanie nie będzie przedłużony, Wykonawca nie będzie uprawniony do dodatkowej płatności, a Zamawiający będzie zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z takim roszczeniem.

Prace przy realizacji budowy Wykonawca rozpoczął w (...) r. Rok (...) przeznaczył na przygotowanie robót i podpisanie umów z dostawcami i usługodawcami. Zbrojenia obiektów mostowych wykonywano w latach (...), roboty asfaltowe w latach (...), a wcześniej wykonywane były roboty przygotowawcze. Wykonawca realizował roboty budowlane częściowo przy wykorzystaniu własnych zasobów, a częściowo przy udziale podwykonawców. Część robót ziemnych wykonywał podwykonawca E sp. z o.o. (dalej: „E.”), któremu Wykonawca zapewniał materiał w postaci kruszywa, piachu i innych materiałów sypkich. Wykonawca miał własną wytwórnię mas bitumicznych na potrzeby Kontraktu. Zaopatrywał się w asfalt w spółkach L. i O. Paliwo dostarczał Wykonawcy dystrybutor; stanowiło ono

znaczące (w granicach 50%) koszty pracy maszyn budowlanych. Wykonawca nie miał możliwości magazynowania dużych ilości paliw i asfaltu. Stal wykorzystywana była głównie w zbrojeniach obiektów mostowych, a także w zbrojeniach kap (elementów wykończenia) w murach oporowych. Asfalt i stal miały największy procentowo udział materiałów w kosztach realizacji robót.

(...) r. Zamawiający i Wykonawca zawarli aneks (...) do Umowy, związku ze zmianą stawek podatku VAT od (...) r. zawartą w ustawie z dnia 26 listopada 2010 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej. Na mocy aneksu strony zmieniły zapisy dotyczące zaakceptowanej kwoty kontraktowej oraz maksymalnej wartości zobowiązania ustalając, że kwota kontraktowa wynosi (...) zł brutto, w tym za wykonanie umowy do dnia (...) (...) zł netto plus należny podatek VAT (...) % (... zł), co daje kwotę brutto (...) zł, oraz za wykonanie przedmiotu Umowy od (...) r. (...) zł netto plus należny podatek VAT (...) % (... zł), co daje kwotę brutto (...) zł. Maksymalną kwotę zobowiązania ustalono na (...) zł brutto.

Z uwagi na wystąpienie w trakcie realizacji kontraktu nieprzewidzianych zdarzeń, strony na mocy kolejnych czterech aneksów przedłużały czas na ukończenie robót. Roboty zostały ukończone przez Wykonawcę w terminie, z uwzględnieniem zmian wynikających z aneksów do Umowy.

W czasie realizacji Kontraktu wykonawca zgłaszał Inżynierowi w trybie Subklauzuli 20.1 roszczenia dotyczące podwyższenia wynagrodzenia (dodatkowych płatności): w związku ze zmianą stanu prawnego wynikającego między innymi z podwyżek stawki opłaty paliwowej od (...) r. (roszczenie nr 1) – na podstawie Subklauzuli 13.7; w związku z nieprzewidywalnym wzrostem cen paliw i asfaltów, będącym efektem zamieszek i działań wojennych na terenach północnej Afryki (roszczenie nr 8) - na podstawie Subklauzuli 17.3 i 17.4; z tytułu zmiany prawa w związku z realizacją ustawy budżetowej - wprowadzenia (...) r. nowej stawki podatku akcyzowego na olej napędowy na podstawie art. 11 pkt 1 ustawy z dnia 22 grudnia 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej (roszczenie nr 9) - na podstawie subklauzuli 13.7; z tytułu niespodziewanego wzrostu cen stali zbrojeniowej (roszczenie nr 17) - na podstawie Subklauzuli 19.1, 19.2 i 19.3.

Wszystkie powyższe roszczenia zostały odrzucone przez Inżyniera i Zamawiającego z uwagi na niezachowanie terminów do ich zgłoszenia, brak nieprzewidywalnych zmian prawa lub wykreślenie z Warunków Kontraktu Subklauzuli 13.8. Wykonawca kwestionował istnienie podstaw do odrzucenia roszczeń i składał roszczenia przejściowe przez cały okres realizacji robót. W odpowiedzi Inżynier informował Wykonawcę o braku podstaw do składania roszczeń przejściowych wobec odrzucenia jego roszczeń.

W okresie przygotowywania przez powódki oferty dostępne dane z poprzednich 9 lat pozwalały na wnioskowanie, że przeciętny wzrost ceny oleju napędowego w perspektywie roku wyniesie ok. 5%, w perspektywie dwóch lat 11%, a trzech lat 20%, w stosunku do cen z roku (...). Zjawiskiem ekstremalnym są wzrosty przekraczające 14% po roku, 22% po dwóch latach i 30% po trzech latach, przy czym zmiany takie nastąpiły w analizowanym okresie tylko dwukrotnie.

Wzrost cen paliw od (...) r. wyniósł odpowiednio: 20% po roku (23% w stosunku do danych z pierwszej połowy 2010 r.), 35% po dwóch latach (38% w stosunku do danych z pierwszej połowy 2010 r.) i 30% po trzech latach (34% w stosunku do danych z pierwszej połowy 2010 r.), co stanowiło dynamikę, która jest zbliżona tylko do sytuacji z lat (...). Gwałtowny wzrost cen oleju napędowego w (...) r. stanowił czterokrotność przeciętnego wzrostu cen oleju napędowego z lat (...) oraz niemal trzykrotność przyjętej granicy wzrostu ekstremalnego. W okresie pomiędzy datą odniesienia a rozpoczęciem nabywania paliw służących do realizacji Kontraktu (...) cena oleju napędowego wzrosła o (...) zł za m³ (... %). Średnia cena oleju napędowego w okresie realizacji Kontraktu wynosiła (...) zł za m³, co oznaczało wzrost w stosunku do ceny z daty odniesienia o (...) zł (... %), a w stosunku do ceny z dnia rozpoczęcia nabywania paliw służących do realizacji Kontraktu o (...) zł (...%). Istotnym czynnikiem wpływającym na kształtowanie się ceny oleju napędowego jest jego opodatkowanie akcyzą i opłatą paliwową. Od (...) r. poziom opodatkowania m³ oleju napędowego wzrósł o (...) zł (... %), natomiast od (...) r. wzrósł o (...) (...%). Zgodnie z postanowieniami Dyrektywy 2004/74/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r., od (...) r. opodatkowanie m³ oleju napędowego nie mogło być niższe niż (...) euro. 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. (...) r. kurs ten wynosił (...) zł, natomiast w dniu (...) r. (...) zł i był o (...) (...)%) wyższy niż w dacie odniesienia. Wdrożenie zapisów Dyrektywy 2004/74/WE odbyło się w Polsce wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 20 listopada 2009 r. o zmianie ustawy o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym oraz ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1776), którą podniesiono stawkę opłaty paliwowej obowiązującą od (...). Następnie ustawą z dnia 22 grudnia 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej (Dz.U. z 2011 r., nr 291, poz. 1707) podniesiono stawkę akcyzy obowiązującą od (...) r. do (...) zł za tonę oleju napędowego.

Głównymi przyczynami dużych, skokowych wzrostów cen paliw w Polsce w okresie po złożeniu oferty przez powódki były: wojna w Libii, szybki wzrost kursu dolara amerykańskiego od (..) do (...) r., zmiana stawki akcyzy na olej napędowy od (...) r. z poziomu (...) zł na tonę oraz podniesienie opłaty paliwowej o ponad (...) % (o ... zł), co spowodowało skokowy wzrost opodatkowania ceny m³ oleju napędowego o (...) zł. Pierwsze dwa z wymienionych czynników były niemożliwe do przewidzenia przez powódki. Trzeci czynnik był możliwy do przewidzenia, natomiast skala jego wpływu na cenę oleju napędowego nie mogła zostać precyzyjnie przewidziana ze względu na wskazane w Dyrektywie 2003/96/WE powiązanie wielkości opodatkowania oleju napędowego ze zmiennym kursem euro. Kurs ten w okresie roku poprzedzającego datę odniesienia wahał się w przedziale (...) zł, natomiast w okresie dwuletnim w zakresie (...) zł. Przyczynami tych bardzo dużych wahań, niepodlegających trendom, był głównie kryzys finansowy w latach (...), który spowodował bardzo duży spadek wartości euro, a następnie jego gwałtowny wzrost.

W okresie przygotowywania oferty przez powodów dostępne dane z poprzednich 9 lat pozwalały na wnioskowanie, że wzrost cen asfaltów wyniesie: w perspektywie 2 lat – (...) %, a 3 lat – (...) % w stosunku do cen z (...) r. Za zjawisko ekstremalne uznać należy wzrost przekraczający (...) % po 2 latach i (...) % po 3 latach, a zmiany takie nastąpiły w analizowanym okresie 2-krotnie. Od (...) r. wzrost cen asfaltów wyniósł: (...) % po 2 latach (...% w stosunku do pierwszej połowy (... r.) i (...) % po 3 latach (...% w stosunku do pierwszej połowy (...), co, w perspektywie 2 lat stanowi wartość ekstremalną (bezprecedensową), skoro wcześniejsze wzrosty w

tej perspektywie nie przekroczyły (...) %. Pomiedzy datą odniesienia a rozpoczęciem nabywania asfaltów (... r.) cena tony asfaltu 20/30 oferowanego przez O. wzrosła o (...) zł. Średnia cena tego asfaltu w okresie realizacji Kontraktu wynosiła (...) zł, co oznacza wzrost w stosunku do ceny z daty odniesienia o (...), a w stosunku do ceny z dnia rozpoczęcia nabywania asfaltów służących do realizacji Kontraktu o (... zł). Cena asfaltu w sposób bezpośredni powiązana jest z wysokością ceny ropy naftowej i wahaniami kursu dolara amerykańskiego. Czynnikiem powodującym tak istotny wzrost cen asfaltu (szybszy niż wzrost cen paliw w tym samym okresie) był zwiększony popyt na asfalty drogowe oraz mieszanki bitumiczne w okresie od (...) r., co wynikało ze znacznej ilości umów zawartych przez pozwanego na realizację inwestycji drogowych.

W latach (...) cena stali podlegała bardzo dużym wahaniom (od [...] w latach (...) do ekstremum powyżej [...] zł], które wystąpiły dwukrotnie w latach [...], nie wpisując się w stały trend. W momencie przedstawiania oferty dostępne dane z poprzednich 9 lat nie pozwalały na sformułowanie jednoznacznych wniosków co do wysokości wzrostu cen stali. Średnie wzrosty cen prętów zbrojeniowych z lat ubiegłych wskazywały na wzrost cen tego towaru na poziomie (...%) w perspektywie roku i (...) % w perspektywie dwóch lat. W rzeczywistości średnia cena stali w (...) r. była o (...) % wyższa niż w całym (...) r. (...% więcej niż w pierwszej połowie (... r.), a w (...) o (...% wyższa (...% więcej niż w pierwszej połowie ... r.). Jednakże od momentu złożenia oferty przez powodów do zakończenia realizacji Kontraktu ceny stali uległy względnemu ustabilizowaniu. W okresie między datą odniesienia a rozpoczęciem nabywania stali zbrojeniowej służącej do realizacji Kontraktu (w ... r.) średnia cena stali wzrosła o (...) zł (...%). Średnia cena stali w okresie realizacji Kontraktu wynosiła (...) zł, co oznacza wzrost w stosunku do cen z daty odniesienia o (...) zł (...%), a w stosunku do ceny z dnia rozpoczęcia nabywania asfaltów służących do realizacji Kontraktu o (...) zł (...%). Głównymi czynnikami wpływającymi na wahania cen stali były wahania popytu oraz zmiany cen surowców służących do jej produkcji. Przyczynami największych wahań cen stali były: bardzo duże zwiększenie popytu na stal w Chinach w latach (...), poprawa koniunktury na rynku europejskim w (...) r. i zwiększenie zapotrzebowania na stal niezbędną do inwestycji budowlanych przy jednoczesnej niskiej podaży stali w (...) r., wzrost cen surowców

niezbędnych do produkcji stali (węgla koksującego i rudy żelaza) w (...) r., co spowodowało wzrost popytu na złom stalowy i wzrost jego cen, nagły wzrost popytu na stal wiosną (...) r. wywołany przedłużonym wstrzymaniem inwestycji z powodu długo utrzymujących się niskich temperatur.

Zaobserwowany wzrost cen paliw w latach (...) miał charakter bezprecedensowy w odniesieniu do lat (...). Wzrost cen asfaltów był natomiast ekstremalny, ale nie był bezprecedensowy. Wzrost cen stali zbrojeniowej nie miał charakteru bezprecedensowego, gdyż ceny tego towaru w przeszłości ulegały częstym i gwałtownym wahaniom o znacznie większej skali niż ta, jaka miała miejsce w latach (...).

Wzrost cen paliw i asfaltów w latach (...) miał charakter niemożliwy do zaprognozowania na podstawie danych z lat (...), przy użyciu standardowych modeli ekonometrycznych (opartych na dotychczasowej dynamice cen paliw i asfaltów, dynamice krajowego PKB oraz dynamice ropy naftowej). Niespodziewany wzrost cen paliw i asfaltów wynikał z wysokiej dynamiki cen ropy naftowej, zjawiska utraty korelacji dynamiki cen ropy naftowej i wzrostu gospodarczego. Okres od momentu zaistnienia tego zjawiska do momentu przygotowania oferty był zbyt krótki, żeby bez podejmowania ryzyka przyjąć, że trend wzrostu cen towarów ropopochodnych, jaki w tym okresie obowiązywał, będzie nadal trwał na niezmiennym poziomie. Wzrost cen stali nie miał charakteru niemożliwego do zaprognozowania.

Wzrost kosztów zakupu oleju napędowego przez powodów (strata z tytułu wzrostu cen oleju napędowego) - z uwzględnieniem ilości zakupionych (... m³) i kosztów zakupu na podstawie faktur (... zł) - w stosunku do możliwego do przewidzenia, w zależności od przyjętego sposobu prognozowania, wynosi: przy użyciu modelu opartego na wielkości PKB: (...) zł netto, w tym z tytułu wzrostu stawek podatku akcyzowego i opłaty paliwowej (...) zł netto; przy użyciu modelu prognostycznego opartego na cenach ropy naftowej: (...) zł netto, w tym z tytułu wzrostu stawek podatku akcyzowego i opłaty paliwowej (...) zł netto; przy użyciu modelu prognostycznego opartego na średnich wzrostach z lat ubiegłych: (...) zł netto, w tym z tytułu wzrostu stawek podatku akcyzowego i opłaty paliwowej (...) zł netto.

Wzrost kosztów zakupu oleju napędowego przez powódki (strata z tytułu wzrostu cen oleju napędowego) - z uwzględnieniem ilości zużytych wyliczonych według metody wskaźnikowej (... m3) i cen jednostkowych na podstawie faktur - w stosunku do możliwego do przewidzenia, w zależności od przyjętego sposobu prognozowania, wynosi: przy użyciu modelu opartego na wielkości PKB: (...) zł netto, w tym z tytułu wzrostu stawek podatku akcyzowego i opłaty paliwowej (...) zł netto; przy użyciu modelu prognostycznego opartego na cenach ropy naftowej: (...) zł netto, w tym z tytułu wzrostu stawek podatku akcyzowego i opłaty paliwowej (...) zł netto, przy użyciu modelu prognostycznego opartego na średnich wzrostach z lat ubiegłych: (...) zł netto, w tym z tytułu wzrostu stawek podatku akcyzowego i opłaty paliwowej (...) zł netto.

Wzrost kosztów zakupu oleju napędowego przez podwykonawcę powódek (strata z tytułu wzrostu cen oleju napędowego) - z uwzględnieniem ilości zużytych według metody wskaźnikowej (... m3) i cen jednostkowych na podstawie faktur - w stosunku do możliwego do przewidzenia, w zależności od przyjętego sposobu prognozowania, wynosi: przy użyciu modelu opartego na wielkości PKB: (...) zł netto, w tym z tytułu wzrostu stawek podatku akcyzowego i opłaty paliwowej (...) zł netto, przy użyciu modelu prognostycznego opartego na cenach ropy naftowej: (...) zł netto, w tym z tytułu wzrostu stawek podatku akcyzowego i opłaty paliwowej (...) zł netto, przy użyciu modelu prognostycznego opartego na średnich wzrostach z lat ubiegłych: (...) zł netto, w tym z tytułu wzrostu stawek podatku akcyzowego i opłaty paliwowej (...) zł netto.

Wzrost kosztów zakupu asfaltów przez powódki (strata z tytułu wzrostu cen asfaltów) - z uwzględnieniem ilości zużytych (... m3) i kosztów zakupu na podstawie faktur (... zł) - w stosunku do możliwego do przewidzenia, w zależności od przyjętego sposobu prognozowania, wynosi: przy użyciu modelu opartego na wielkości PKB: (...) zł netto, przy użyciu modelu prognostycznego opartego na cenach ropy naftowej: (...) zł netto, przy użyciu modelu prognostycznego opartego na średnich wzrostach z lat ubiegłych: (...) zł netto.

Różnica pomiędzy faktycznym a możliwym do przewidzenia poziomem kosztów robót z wykorzystaniem produktów ropopochodnych oraz wysokość straty

powodów z tego tytułu przy realizacji Kontraktu, przy uśrednionych wynikach prognoz, wynosi: z tytułu wzrostu cen asfaltów: (...) zł netto, z tytułu wzrostu cen paliw zakupionych: (...) zł netto, z tytułu wzrostu cen paliw zużytych (według metody wskaźnikowej): (...) zł netto, z tytułu wzrostu cen paliw podwykonawcy powódek - zużytych (według metody wskaźnikowej): (...) zł netto.

Przy realizacji Kontraktu Wykonawca poniósł stratę w kwocie (...) zł. Wynika ona z nadwyżki kosztów w kwocie (...) zł nad uzyskanymi przychodami w kwocie (...) zł.

W dniu (...) r. M. i A. zawarli porozumienie, w którym oświadczyli, że ciężar realizacji robót w ramach Kontraktu wziął na siebie M., który realizował roboty siłami własnymi lub za pośrednictwem podwykonawców, w związku z powyższym udział M. w kosztach realizacji robót oraz zyskach i stratach związanych z realizacją robót wynosi (...) %, a udział A. (...) 1% oraz postanowiły, że jeżeli w sporze sądowym w niniejszej sprawie Sąd podwyższy wynagrodzenie im należne, to ta dodatkowa część wynagrodzenia będzie dzielić się w taki sposób, że M. będzie przysługiwać (...) % a A.. (...) % kwoty, o którą Sąd podwyższy wynagrodzenie określone w Kontrakcie; odsetki, koszty i inne należności uboczne dzielą się w tej samej proporcji.

Stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie dokumentów, zeznań świadków oraz opinii Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie (dalej: „SGH”) i Instytutu Analiz Budowlanych. W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że powództwo jest częściowo uzasadnione.

Stwierdził, że w Kontrakcie wynagrodzenie zostało ustalone w sposób obmiarowy, co oznaczało, że rozliczenie wartości robót z poszczególnych pozycji przedmiarowych (kosztorysowych) następowało na podstawie faktycznej ilości wykonanych robót i stawek jednostkowych wskazanych w kosztorysie ofertowym, stosownie do klauzuli 12 Warunków Kontraktu. Wskazał, że przedmiar robót w Warunkach Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego FIDIC (tzw. czerwona książka) jest zestawieniem planowanych prac i przewidywanych kosztów i stanowi rodzaj kosztorysu, a Wykonawcy należy się wynagrodzenie w wysokości obliczonej za rzeczywiście wykonane ilości robót. Podane w ofercie wynagrodzenie

Wykonawcy ma w tym przypadku charakter wstępny (ustalane jest na podstawie oferty cenowej obliczonej przez Wykonawcę według ilości robót podanych przez Zamawiającego w przedmiarze robót). Jest ono następnie korygowane stosownie do ewentualnej różnicy między ilościami robót określonymi przedmiarem a rzeczywistymi ilościami wynikającymi z obmiaru robót.

Żądanie powodów o podwyższenie wynagrodzenia podlega zatem ocenie na podstawie art. 357¹ § 1 k.c., a nie art. 632 § 2 k.c., który dotyczy wynagrodzenia ryczałtowego. Sąd Okręgowy uznał, że nie stanowi przeszkody do stosowania art. 357¹ § 1 k.c., okoliczność, że Umowa została zawarta w trybie zamówienia publicznego. Ani art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym w okresie realizacji przedmiotowego kontraktu (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 – dalej: „u.p.z.p.”) ani art. 144 ust. 1 tej ustawy, nie obejmują bowiem modyfikacji postanowień umowy dokonywanej przez Sąd w sytuacji zaistnienia okoliczności nowych, nieprzewidywalnych i niezależnych od woli stron. Odnosząc się do Subklauzuli 13.8 (przewidującej umowną waloryzację cen) Sąd Okręgowy podniósł, że zapis ten wskazuje, iż Kontrakt nie przewidywał waloryzacji umownej, co nie oznacza, że wykluczona jest waloryzacja ustawowa. Stwierdził, że nawet gdyby przyjąć, że strony mogą wyłączyć umową dokonanie waloryzacji na podstawie art. 357¹ § 1 k.c. to musiałyby złożyć w tym przedmiocie zgodne oświadczenia woli, a rezygnacja z Subklauzuli 13.8 wskazuje jedynie na wyłączenie umownej waloryzacji cen, a przesłanki stosowania tej Subklauzuli i art. 357¹ § 1 k.c. są odmienne.

Za bezzasadny uznał podniesiony przez pozwanego zarzut przedawnienia roszczenia z tytułu wzrostów kosztów realizacji robót. Przyjął, że termin przedawnienia roszczeń o podwyższenie wynagrodzenia umownego na podstawie przepisów ustawy (art. 357¹ § 1 k.c. lub art. 632 § 2 k.c.) i o zapłatę podwyższonego wynagrodzenia rozpoczął bieg dopiero od dnia zakończenia całości robót (... r). Przedawnienie nie nastąpiło zatem do dnia wniesienia pozwu ani pism procesowych modyfikujących powództwo.

Zdaniem Sądu Okręgowego przeszkodą do stosowania art. 357¹ § 1 k.c. nie było też wykonanie umowy w dacie wniesienia pozwu. Stwierdził, że zapłata

wynagrodzenia w wysokości wynikającej z umowy, przy jednoznacznym stanowisku Wykonawcy, że zapłatę tę nie uważa za świadczenie całkowite, czyniące zadość jego uzasadnionemu interesowi, może być traktowana jako spełnienie świadczenia nie powodujące wygaśnięcia zobowiązania. Fakt wytoczenia powództwa przed ostatecznym rozliczeniem finansowym Kontraktu jednoznacznie przy tym wskazuje, że zapłata przez Zamawiającego wynagrodzenia Wykonawcy w kwocie nominalnej wynikającej z Umowy nie była uważana przez powódki za całość należnego im świadczenia.

Odnosząc się do zarzutu pozwanego, że powódki nie dochowały procedury przewidzianej w Subklauzuli 20.1 (Roszczenia Wykonawcy), zbyt późno zgłaszając roszczenia o dodatkowe koszty Inżynierowi, Sąd Okręgowy wskazał, że Subklauzula, przewidująca skutek w postaci utraty uprawnienia wykonawcy do dodatkowej płatności w razie niezgłoszenia roszczenia w określonym terminie Zamawiającemu w zakresie obejmującym roszczenia wynikające z ustawy jest nieważna. Artykuł 353¹ k.c. nie daje bowiem stronom uprawnienia do ustanawiania umownych terminów zawitych w stosunku do roszczeń przysługujących na podstawie ustawy z tytułu dodatkowych kosztów realizacji Kontraktu na skutek wzrost cen olejów napędowych, asfaltów czy stali, pod rygorem wygaśnięcia prawa.

Sąd Okręgowy stanął na stanowisku że w sprawie zrealizowane zostały przesłanki z art. 357¹ § 1 k.c. Źródłem stosunku zobowiązaniowego między stronami jest umowa o roboty budowlane, nastąpiła zmiana stosunków o charakterze nadzwyczajnym, zmiana ta grozi powódkom rażącą stratą, między zmianą stosunków a zagrożeniem rażącą stratą zachodzi związek przyczynowy, a strony nie przewidziały przy zawieraniu umowy wpływu zmiany stosunków na wykonanie zobowiązania.

Zdaniem Sądu Okręgowego, przesłanka nadzwyczajnej zmiany stosunków czyli zmiany o charakterze powszechnym, niezależnym od stron i nie mieszczącej się w zwykłym ryzyku kontraktowym, została spełniona w zakresie gwałtownego skokowego wzrostów cen oleju napędowego i asfaltów w okresie realizacji kontraktu.

Średnia cena oleju napędowego w okresie realizacji kontraktu wzrosła o (...) % w stosunku do ceny z daty odniesienia. Głównymi przyczynami dużych,

skokowych wzrostów cen paliw w Polsce w okresie po złożeniu oferty przez powódki były: wojna w (...), szybki wzrost kursu dolara amerykańskiego od (...) r., zmiana stawki akcyzy na olej napędowy oraz podniesienie opłaty paliwowej, co spowodowało skokowy wzrost opodatkowania ceny m³ oleju napędowego. Sąd Okręgowy podkreślił, że pierwsze dwa z wymienionych czynników były niemożliwe do przewidzenia. Trzeci czynnik był możliwy do przewidzenia co do zasady, ale skala jego wpływu na cenę oleju napędowego nie mogła zostać precyzyjnie przewidziana ze względu na wskazane w Dyrektywie 2003/96/WE powiązanie wielkości opodatkowania oleju napędowego ze zmiennym kursem euro. Kurs euro podlegał bardzo dużym wahanom, niepodlegającym trendom, czego przyczyną był głównie kryzys finansowy w latach (...), który spowodował bardzo duży spadek wartości euro, a następnie jej gwałtowny wzrost.

Z kolei średnia cena asfaltu w okresie realizacji Kontraktu wzrosła o (...) % w stosunku do ceny z daty odniesienia. Poza czynnikami wynikającymi ze zmian cen ropy naftowej oraz wahań kursu dolara amerykańskiego, czynnikiem powodującym tak istotny wzrost cen asfaltu (szybszy niż wzrost cen paliw w tym samym okresie) był zwiększony popyt na asfalty drogowe oraz mieszanki bitumiczne w okresie od (...) do (...) r., co wynikało ze znacznej ilości umów zawartych przez Skarb Państwa na realizację inwestycji drogowych.

Stwierdził, że z opinii SGH wynika, że wzrosty takie, wynikające ze zmieniającej się gwałtownie sytuacji rynkowej, były nie do przewidzenia przy zastosowaniu dostępnych w dacie sporządzenia oferty modeli ekonometrycznych, nawet przez podmiot profesjonalnie zajmujący się wykonywaniem kontraktów z wykorzystaniem wskazanych produktów.

Od profesjonalisty wymagać należy natomiast staranności, jakiej oczekiwać można w stosunkach danego rodzaju od przeciętnego uczestnika takiego obrotu. Nie można zakładać, że podmiot trudniący się wykonywaniem robót drogowych będzie jednocześnie przyjmował za podstawy swoich kalkulacji kosztowych takie zmiany cen produktów, jakie przyjmują podmioty zawodowo trudniące się kupnem i sprzedażą materiałów ropopochodnych na giełdach, osiągające zyski lub ponoszące straty w oparciu o opracowywane krótko lub długookresowe prognozy.

Podmiot wykonujący roboty drogowe, profesjonalnie realizuje wykonawstwo w zakresie robót budowlanych. W gospodarce rynkowej zmienność cen produktów i usług jest naturalna, z tym, że chodzi tutaj o zmienność możliwą do przewidzenia w ramach standardowych instrumentów posiadanych przez dany podmiot. Skoro zmiana cen paliw i asfaltów, jaka nastąpiła w okresie realizacji kontraktu była zmianą skokową i niemożliwą do przewidzenia w oparciu o dane z lat (...), to nie można w tym wypadku mówić o normalnej, występującej często i powtarzalnie zmianie cen produktów w gospodarce rynkowej. W takiej sytuacji opieranie się na trendzie z lat poprzednich nie umożliwiałoby przewidzenia takiej zmiany cen, jaka faktycznie zaistniała.

Z powyższych względów, Sąd Okręgowy przyjął, że w trakcie realizacji Kontraktu doszło do niespodziewanych, niestandardowych i nieprzewidywalnych dla Wykonawcy wzrostów cen oleju napędowego i asfaltów. Wzrosty te odbiegały przy tym zdecydowanie od normalnych trendów rynkowych, które będąc w zasadniczej swojej większości trendami wzrostowymi nie dawały możliwości antycypowania zmiany cen wskazanych produktów o kilkadziesiąt procent. Zaobserwowany niespodziewany wzrost cen paliw i asfaltów wynikał przede wszystkim z wysokiej dynamiki cen tych materiałów oraz ze zjawiska utraty korelacji pomiędzy dynamiką cen i wzrostu gospodarczego. Wskazał, że okres od zaistnienia tego zjawiska do przygotowania oferty był zbyt krótki, żeby bez podejmowania ryzyka przyjąć, że trend wzrostu cen towarów ropopochodnych, jaki w tym okresie obowiązywał, będzie nadal trwał na niezmiennym poziomie.

W zakresie cen stali, Sąd Okręgowy przyjął, że w okresie między datą odniesienia a rozpoczęciem nabywania stali zbrojeniowej służącej do realizacji Kontraktu (... r.) średnia cena stali wzrosła o (...) %, zaś w okresie realizacji kontraktu średnia cena stali wzrosła w stosunku do cen z daty odniesienia o (...) %. Wzrost cen stali nie miał charakteru nadzwyczajnego, gdyż w ciągu kilku lat przed złożeniem oferty notowano ceny stali wyższe niż w okresie realizacji kontraktu. Wzrost cen stali miał przy tym charakter możliwy do przewidzenia w okresie przygotowywania oferty przez powódki, a nawet można było spodziewać się wzrostu wyższego niż faktycznie nastąpił. W konsekwencji, zdaniem Sądu Okręgowego, brak było podstaw do uwzględnienia roszczenia w zakresie zwiększonych kosztów zakupu stali.

Sąd Okręgowy stwierdził, że zrealizowana została także przesłanka groźby rażącej straty. Miał na względzie, że bezprecedensowe wyższe cen oleju napędowego i asfaltów, jakie miały miejsce na rynku polskim w okresie realizacji kontraktu w stosunku do czasu ofertowania, wpłynęły w istotny sposób na rozliczenie kontraktu. Dodatkowe koszty, jakie Wykonawca poniósł na skutek wzrostów cen paliw i asfaltów wymykały się jakimkolwiek kalkulacjom ekonomicznym, prowadząc w konsekwencji do straty Wykonawcy wykraczającej zdecydowanie poza zwykłe ryzyko gospodarcze. Wykonawca na skutek wzrostu cen wskazanych materiałów poniósł ujemny wynik finansowy na realizacji Kontraktu. Strata M. na Kontrakcie, wynikająca z nadwyżki kosztów nad przychodami wyniosła (...zł), przy wynagrodzeniu w kwocie (...) zł netto (... zł brutto). We wskazanej kwocie straty istotną część stanowią dodatkowe koszty poniesione przez Wykonawcę z tytułu wzrostu cen oleju napędowego i asfaltów wynoszące ponad (...) zł brutto w stosunku do kosztów dodatkowych możliwych do przewidzenia na podstawie rzetelnie wykonanych prognoz.

Sąd Okręgowy podkreślił, że suma dodatkowych kosztów z tytułu wzrostów cen oleju napędowego i asfaltów, przekracza zakładany zysk z kontraktu (2,1 miliona złotych), który odpowiadał ówczesnym realiom rynku budowlanych kontraktów infrastrukturalnych. Przyjął też, że nie zostało ustalone by powódki mogły zrekompensować straty poniesione w związku ze wzrostem cen oleju napędowego i asfaltów, ewentualnymi ulgami związanymi z ruchem cen innych materiałów lub kosztów robocizny, skoro wynik finansowy całego Kontraktu wykazuje olbrzymią stratę.

Z tytułu wzrostu cen oleju napędowego (przy uwzględnieniu zmian cen na skutek podwyżek stawek akcyzy i opłaty paliwowej, których skala była niemożliwa do przewidzenia), nabywanego bezpośrednio przez powódki (którego zakup został udokumentowany fakturami) zwiększone koszty realizacji Kontraktu wyniosły (...) zł netto (w sumie tej (...) zł netto stanowią koszty związane ze wzrostem stawek opłaty paliwowej i akcyzy na oleje napędowe). Z opinii biegłych wynika, że powódki konstruując swoją ofertę cenową w przetargu miały możliwość przewidywania pewnych wzrostów cen oleju napędowego. Nabyły olej napędowy (... m³) ponosząc łączny koszt (...) zł netto. W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, że zachodziły

podstawy do przyjęcia, że zwiększone koszty realizacji Kontraktu na skutek wzrostu cen oleju napędowego wyniosły (...) zł netto.

Sąd Okręgowy przyjął, że z tytułu wzrostu cen asfaltów dodatkowe koszty powódek wyniosły (...) zł netto. Kwota ta odpowiada wysokości zwiększonych, niemożliwych do przewidzenia kosztów, jakie powódki poniosły w wyniku wyżek cen asfaltów, odpowiadających różnicy pomiędzy faktyczną ceną nabycia asfaltów a ceną, jaką powódki powinny zapłacić według rzetelnie przygotowanej prognozy. Ilości zakupionych asfaltów oraz wysokość wydatkowanej na ten cel łącznej kwoty zostały wykazane na podstawie faktur i opinii biegłych. Nie uwzględnił natomiast dodatkowych kosztów nabycia stali zbrojeniowej uznając, że były możliwe do przewidzenia przy sporządzeniu rzetelnej prognozy.

Z uwagi na fakt, że obie strony Umowy profesjonalnie zajmują się realizacją drogowych inwestycji infrastrukturalnych, skutkami wzrostu kosztów realizacji inwestycji na skutek wyżek cen materiałów obciążył obie strony.

Sąd Okręgowy stwierdził, że suma kosztów wynikająca ze wzrostów cen oleju napędowego i asfaltów, niemożliwych do przewidzenia, wyniosła (...) zł netto (...) zł z tytułu wzrostów cen oleju napędowego + (...) zł z tytułu wzrostów cen asfaltów), co po doliczeniu podatku VAT w stawce (...) % daje kwotę (...) zł brutto. W tym więc zakresie doszło do naruszenia równowagi kontraktowej między stronami, gdyż zmian tych nie dało się przewidzieć, nawet przy zachowaniu przez powódki należytej staranności. Miał na względzie, że powódki dochodziły podwyższenia wynagrodzenia o kwotę niższą niż wyżej wskazana (... zł brutto), zatem tę niższą kwotę przyjął jako podstawę rozstrzygnięcia o żądaniach pozwu obniżając ją o 50%. W konsekwencji zasądził kwotę (...) zł brutto uwzględniając (...) % podatek VAT, który powódki obowiązane są zapłacić od dodatkowego wynagrodzenia.

Wyrokiem z (...) Sąd Apelacyjny w (...) orzekając na skutek apelacji obu stron uwzględnił w całości apelację pozwanego i zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddalił żądanie podwyższenia wynagrodzenia także o kwotę (...) zł i oddalił żądanie zapłaty kwoty (...) zł z odsetkami na rzecz M. oraz kwoty (...) zł z odsetkami na rzecz A., oddalił w całości apelację powódek oraz orzekł o kosztach postępowania za obie instancje.

Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy dotyczące treści Umowy wraz z aneksami, ustalenia charakteru wynagrodzenia, treści umowy Konsorcjum, ceny ofertowej, faktu wzrostu cen paliw, asfaltu oraz braku wzrostu cen stali w analizowanych przez ten Sąd okresach. Nie podzielił natomiast dokonanej przez ten Sąd oceny prawnej dochodzonego żądania.

Uznał za zasadny zarzut apelacji pozwanego dotyczący braku staranności powódek przy konstruowaniu oferty i wskazał, że w tym zakresie konieczne było uzupełnienie postępowania dowodowego. Z ustaleń faktycznych wynika, że Sąd Okręgowy zasady konstruowania oferty ustalił w oparciu o zeznania świadków M. S. i A.R. Stwierdził, że dowody te nie zostały zakwestionowane przez strony, nie było zatem podstaw do powtórzenia w tej części postępowania dowodowego w postępowaniu odwoławczym, co legło u podstaw ich pominięcia. Dodatkowo wskazał, że z zeznań świadka A.R. wynika, że nie brał on udziału w przygotowywaniu oferty, co tym bardziej uzasadniało pominięcie tego dowodu. Świadek M.S. składał już natomiast zeznania, a powódki nie wykazały, by były podstawy do ich uzupełnienia. Stwierdził, że kwestia rozliczenia kontraktu była drugorzędna i nie została podniesiona w zarzutach apelacji, co skutkowało pominięciem dowodu z zeznań świadków T.K. i T.K. 1, tym bardziej, że zeznawali już przez Sądem Okręgowym na te okoliczności.

Uwzględniając zeznania świadków złożone w postępowaniu apelacyjnym Sąd Apelacyjny uzupełnił ustalenia faktyczne. Ustalił, że przyjęty w ofercie powódek poziom marży (... %) i zysku (... zł) wynikał z decyzji ich zarządu. Złożenie oferty było poprzedzone ustaleniem jakie ceny stosują podwykonawcy, dostawcy kruszyw, kopalni, wytwórni w okresie od (...) r. Na etapie składania oferty Wykonawcy mieli wiedzę, że Subklauzula 13.8 dotycząca waloryzacji umownej jest wykreślona. Z kolei kosztorys inwestorski opierał się na stawkach minimalnych z (...) r. wskazanych opracowaniu Secocenbudu. W kosztorysie tym nie zakładano wzrostu i spadku cen, ale przyjęto ceny, które gwarantowały pomyślną realizację Kontraktu na przestrzeni 18 miesięcy.

Jako bezzasadne ocenił zarzuty naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zakresie, w jakim pozwany kwestionował ustalenia, że powódki mogły zrekompensować stratę

związaną ze wzrostem cen oleju napędowego i asfaltu ulgami, ruchem cen innych materiałów i kosztami robocizny. Stwierdził, że w tym zakresie Sąd Okręgowy nie poczynił ustaleń, zaś pozwany nie podjął inicjatywy dowodowej, która taki fakt by wykazywała. Jako bezzasadne ocenił także zarzuty dotyczące przedawnienia roszczenia dzielając w tym zakresie w pełni stanowisko Sądu Okręgowego.

Stanął natomiast na stanowisku, że całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wskazuje, że powódki nie wykazały przesłanek określonych w art. 357¹ k.c. Zmiany cen - w okolicznościach sprawy - nie można bowiem kwalifikować jako nadzwyczajnej zmiany stosunków lecz jest ona objęta zwykłym ryzykiem, które rozsądne podmioty powinny brać pod uwagę. Trudności lub groźba rażącej straty związane ze spełnieniem świadczenia muszą być bowiem tego rodzaju, iż strony, przy zachowaniu należytej staranności nie mogły ich przewidzieć przy zawieraniu umowy. Dla oceny czy są spełnione przesłanki do zastosowania art. 357¹ k.c. nie jest wystarczające – jak to uczynił Sąd Okręgowy - ustalenie, że wzrosła cena asfaltu i paliwa. Taka ocena pomija bowiem relację zakładanego zysku i marży do wynagrodzenia za Kontrakt oraz do rażącej straty lub groźby jej poniesienia, a także do objęcia jej ryzykiem gospodarczym obu spółek.

Wskazał Sąd Apelacyjny, że na etapie konstruowania oferty powódki, bez zachowania należytej staranności, zaoferowały cenę nieadekwatną do rodzaju, rozmiaru i charakteru przedsięwzięcia. Z opinii SGH wynika, że biegli definiowali stratę powódek jako brak zysku z realizacji Kontraktu, ze względu na wzrost ceny asfaltu i paliw. Nie analizowali jednak szczegółowo relacji wysokości zakładanego zysku i marży do straty, bo wykraczało to poza zakres postanowienia dowodowego. Oznacza to jednak, że istotne znaczenie ma określenie poziomu zakładanego zysku i marży na etapie składania oferty, co było decyzją zarządu powódek, profesjonalnie od wielu lat działających na rynku budownictwa. Powódki powinny zatem skalkulować własne ryzyko gospodarcze, uwzględnić skalę i długoterminowość Kontraktu, jego przedmiot, rodzaj prac jakie mają być wykonane, określoną na rynku niepewność, powierzanie podwykonawcom znacznej części prac, a także wzmożone inwestycje drogowe, ze względu na zbliżające się rozgrywki Euro (...) r. W ocenie Sądu Apelacyjnego decyzja powódek, że ich zysk będzie minimalny (poniżej ... %) dowodzi, że każdy wzrost cen materiałów objęty zwykłym ryzykiem gospodarczym

jest stratą, a nieco wyższy może być oceniany w kategorii rażącej, skoro przekroczył poziom zysku.

Powódki konstruując marżę na poziomie (...) % i zysk na poziomie poniżej (...) % ceny kontraktowej miały świadomość, że wynagrodzenie ma tzw. obmiarowy charakter, a cena jednostkowa za wykonanie poszczególnych rodzajów prac została określona. Wiedziały także, że w Warunkach Kontraktu został umieszczony zapis, że subklauzula 13.8 przewidująca umowną waloryzację cen nie będzie miała zastosowania. Przy takiej treści Kontraktu, każda ze spółek zakładać musiała marżę na poziomie znacznie poniżej (...) %, a zysk znacznie poniżej (...) %. Stosowanie takiego podejścia czyni nieuprawnionym sięganie do konstrukcji z art. 357¹ k.c. Powódki zaoferowały bowiem cenę, po skalkulowaniu własnego ryzyka gospodarczego, wiążącego się z ustaleniem jej na tak niskim poziomie, że możliwe było przewidzenie skutku w postaci poniesienia rażącej straty.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie można art. 357¹ k.c. traktować jako remedium na stratę przedsiębiorców w sytuacji, gdy ich oferta była skrojona tak by wygrać przetarg. Na tę kwestię zwrócił uwagę biegły M.W. składając ustne wyjaśnienia, podkreślając, że marża głównego Wykonawcy (...) % mówi „o chęci wygrania kontraktu” oraz „o desperacji wejścia na rynek”, a powódki prognozując cenę ofertową postępowały mało ostrożnie i przyjęły pobieżne prognozy. Również biegli w ustnych wyjaśnieniach wskazali, że przedmiotem opinii nie była ocena całego Kontraktu co do możliwości straty i uzyskania oszczędności, a powódki mogły ofertę lepiej skalkulować i zatrudnić celem ustalenia realnych prognoz ekonometryka.

Kalkulacją ceny zajmowali się pracownicy jednej z powódek jednakże sposób określenia cen nie był kompleksowy i staranny tak jak powinni to uczynić profesjonaliści w branży budownictwa drogowego. Wskazał Sąd Apelacyjny, że powódki nie wykorzystały danych z Secocenbudu, uznając, że są zawyżone. Biegli z SGH w ustnych wyjaśnieniach wskazali natomiast, że dane te w aspekcie zmienności cen, są bardzo dobre. Potwierdzeniem argumentacji biegłych są realia sprawy. Pozwany skalkulował bowiem kosztorys inwestorski w październiku 2009 r. w oparciu o dane z Secocendbudu, przyjmując ceny minimalne za III kwartał (...) r. i opiewał on na kwotę (...) zł brutto, a więc o ok. (...) % wyższą niż oferta powódek.

Kosztorys inwestorski nie zakładał przy tym wzrostu cen materiałów, ale zakładał ceny, które będą gwarantowały pomyślną realizację całego Kontraktu na przestrzeni 18 miesięcy. Dla pozwanego wzrost cen asfaltu i paliwa był także zaskakujący, jak dla powódek. Pozwany dokonując kalkulacji przyjął jednak wyższy bufor i kierował się danymi z rynku ujętymi w kwartalniku Secocendbudu (przyjmując ceny minimalne), do którego dostęp miały także powódki. Kosztorys inwestorski zakładał, że za kwotę (...) zł, będzie możliwa pomyślna realizacja Kontraktu. Założenie takie okazało się słuszne, pomimo, wzrostu cen materiałów asfaltu i paliwa, której pozwany także nie zakładał.

Stwierdził Sąd Apelacyjny, że dążenie do wygrania przetargu przy minimalnym zysku, jest decyzją gospodarczą obciążoną wyższym ryzykiem, ale nie można wówczas rekompensować ewentualnych strat odwołując się do art. 357¹ k.c. Uzasadnienie twierdzenia, że cena ofertowa była niedoszacowana i nakierowana na wygraną przetargu znajduje potwierdzenie także w tym, że oferta powódek znacząco odbiegała od innych oferentów. Nie można także pominąć, że suma wynagrodzenia określonego w kontrakcie (... brutto) i wskazywanej przez powódki straty (... zł), daje kwotę (...) zł, a więc niewiele niższą niż przyjął pozwany w kosztorysie inwestorskim. Nawet, jeśli przyjąć, że dane z Secocenbudu są zawyżone, to i tak zestawienie to dowodzi, braku staranności powódek przy konstruowaniu oferty, a sama motywacja do wygrania przetargu i trudny rynek budownictwa w tamtym okresie, pozostaje bez znaczenia dla oceny prawnej roszczenia.

Podkreślił Sąd Apelacyjny, że zasady określenia ceny w kosztorysie inwestorskim były znane powódkom, skoro wynikają z obowiązujących przepisów prawa. Racjonalne, adekwatne do przedsięwzięcia gospodarczego, kształtowanie ceny ofertowej, pozwoliłoby zatem uniknąć straty (niezależnie, czy mieści się w ramach ryzyka gospodarczego i co ją spowodowało), a przynajmniej byłaby możliwość jej zrównoważenia zyskiem i marżą.

Ponadto, skoro oferta była tworzona w pierwszym półroczu (...) r., to już wówczas, powódkom, powinny być znane wymogi dyrektywy 2004/74/EW wprowadzające wyższe opodatkowanie od (...) r. oleju napędowego. Z opinii biegłych SGH wynika, że powódki nie doszacowały cen paliwa, czego Sąd Okręgowy

nie uwzględnił. Ustalił wprawdzie, że nie mogły przewidzieć skali podwyżki ceny oleju napędowego. Umknęły jednak uwadze tego Sądu zeznania świadka M. S., z których wynika, że powódki w ogóle nie zakładały wzrostu cen paliw, a w okresie przygotowywania oferty, dane z poprzednich lat pozwalały na wnioskowanie, że wzrost cen oleju napędowego już w perspektywie roku wyniesie (...) %, a dwóch lat (...) %. Ponadto z zeznań tego świadka wynika, że kalkulacja ceny ofertowej odbywała się w ten sposób, że zbierano od dostawców, producentów informacje o cenie kruszywa (asfaltu) i dodawano do tego koszty pośrednie oraz marżę i zysk. Kalkulacje możliwego wzrostu cen powódki obliczały natomiast w oparciu o harmonogram rzeczowo-finansowy przyjmując, że gdy były rozpoczęte prace to wzrost cen był najmniejszy, a potem zakładano wzrost cen materiałów na poziomie (...) %, (...) %. Nie sposób z zeznań tego świadka ustalić, czy wzrost cen dotyczył wszystkich materiałów potrzebnych do budowy drogi, czy tylko tych trzech, o których mowa w pozwie. W zakresie kalkulacji cen stali i asfaltu świadek nie miał wiedzy. Wskazał jedynie, że wzrost cen asfaltu był kalkulowany na poziomie (...) %, przy uwzględnieniu okresu (...) lata wstecz, w oparciu o dane z O. i L. Biegli w opinii pisemnej podkreślali natomiast, że przedsiębiorstwo ubiegające się o niewaloryzowaną umowę powinno zakładać wyższy poziom ryzyka z tytułu możliwego wzrostu cen niż przyjęcie wzrostu na poziomie średnich wzrostów cen z lat ubiegłych.

Decyzja gospodarcza powodów jako profesjonalistów polegająca na założeniu niewielkiego zysku i niskiej marży przy tak dużym przedsięwzięciu, charakterze wynagrodzenia, nie może być kompensowane odwołaniem się do art. 357¹ k.c. Dla oceny przesłanek z tego przepisu irrelevantne jest to, jak inne podmioty chcące wygrać przetarg, kalkulowały ofertę. Gdyby powódki istotnie nie uwzględniały - sprzecznie z art. 355 § 2 k.c. - zmian cenowych, to także w tym zakresie zasadna jest ocena biegłego M.W., że założony w ofercie poziom zysku i marży świadczy o tym, że powódkom chodziło o zdobycie kontraktu „za wszelką cenę”, czym nie może być obciążany pozwany.

Wskazał Sąd Apelacyjny, że użyte w art. 357¹ k.c. określenia "nadzwyczajna zmiana", "nadmierna trudność", "rażąca strata" nawiązują do wyjątkowego charakteru tego przepisu przełamującego regułę nakazującą dotrzymywanie umów.

"Rażąca strata" oznacza stratę ponad przeciętną, nieobjętą typowym ryzykiem gospodarczym. Nie do pogodzenia z zasadami współżycia i interesami obu stron jest powoływanie się na stratę dopiero na etapie realizacji przedsięwzięcia, w sytuacji, gdy już w dacie kontraktowania zakładany poziom zysku i marża była na bardzo niskim poziomie. Niedoszacowanie kosztów oferty, nie powinno obciążać kontrahenta przedsiębiorcy i to w zakresie zakładającym podwyższenie całego wynagrodzenia. Powyższe dowodzi, że nie zostały spełnione łącznie przesłanki z art. 357¹ k.c., w szczególności co do nadzwyczajnej zmiany stosunków i braku przewidywania możliwości poniesienia rażącej straty, lub groźby jej poniesienia.

W ocenie Sądu Apelacyjnego określana przez powódki strata nie mieści się w pojęciu „rażącej straty” lub groźby jej wystąpienia, o której mowa w art. 357¹ k.c. Skoro powódki domagały się podwyższenia wynagrodzenia za cały kontrakt i wskazywały, że ich strata, nazwana „rażącą” wynosiła (...) zł, to odnosząc tę kwotę do wynagrodzenia kontraktu (... zł) daje to (...) %. Jednakże wielkość ta nie jest miarodajna, bowiem okoliczności faktyczne wskazują, że powódki domagając się podwyższenia wynagrodzenia za cały kontrakt wybrały jedynie trzy składniki do budowy drogi (asfalt, paliwo, stal), do czego budowana droga się nie ogranicza. Skoro pozwany w kosztorysie inwestorskim, określił cenę w sposób, która pochłaniała cenę ofertową powódek i wskazywaną przez nie stratę, to oznacza, że możliwe było określenie przez powódki oferty na wyższą kwotę.

Przyjmując, że przy uśrednionych prognozach powódki poniosły stratę z tytułu wzrostu cen asfaltu i paliw należy odnieść te kwoty do relacji straty przy realizacji całego kontraktu (...) zł. Udział wzrostu ceny asfaltu w stracie wynosi zatem ok. 17 % (... %), asfaltu ok. (...) %, a paliw (...) %. Natomiast relacja wzrostu cen paliw do wynagrodzenia kontraktu stanowi (...) %.

W odniesieniu do wzrostu cen stali Sąd Okręgowy wskazał, że był możliwy do przewidzenia. Z opinii biegłych wynika, że powodowie w odniesieniu do stali mogli uzyskać zysk ok. (...) zł (...) % wynagrodzenia kontraktu oraz (...) % w stracie). Strata w cenach oleju napędowego mogła być przy tym zrekompensowana spadkiem cen stali i kosztów robocizny.

Zestawiając powyższe wielkości: (...) % (udział wzrostu cen asfaltu w wynagrodzeniu kontraktu) + (...) % (udział wzrostu cen paliw w wynagrodzeniu kontraktu) daje to łącznie (...) %. Odejmując od tego zysk w związku z niższą ceną stali – (...) %, należy – w ocenie Sądu Apelacyjnego - przyjąć, że na skutek wzrostu cen paliw i asfaltu powódki poniosły wyższe koszty stanowiące (...) % wynagrodzenia za Kontrakt. Kwotę tę należało jeszcze skompensować zakładanym zyskiem (... %), co daje wyższe koszty o (...) % wynagrodzenia, które należy odnieść do dwóch spółek, co jest niezwykle istotne. Wielkości tych nie można postrzegać jako „rażącej straty” w rozumieniu art. 357¹ k.c.

Ponadto dokonując innego zestawienia poprzez odniesienie wzrostu cen za asfalt i paliwo do straty przy realizacji kontraktu wskazał Sąd Apelacyjny, że po zsumowaniu: (...) % (udział wzrostu cen asfaltu do straty) oraz (...) % (udział wzrostu cen paliw do straty) oraz odjęciu (...) % (udział spadku cen stali w stracie), strata wynosi (...) %. Nie uwzględnia ona przy tym zakładanego zysku, który w relacji do straty wynosi (...) %, co powinno pomniejszać wielkość straty. Wzrost cen asfaltu i paliw stanowi zatem (...) % całej straty przy realizacji Kontraktu. Wielkość ta nie pozwala na przyjęcie, że powódki wykazały „rażącą stratę” w rozumieniu art. 357¹ § 1 k.c. Nie jest to strata ponadprzeciętna, przy uwzględnieniu rozmiaru prowadzonej przez spółki działalności gospodarczej. Ponadto, powódki domagając się podwyższenia wynagrodzenia dochodziły kwoty (...) zł, co stanowi (...) % kwoty wynagrodzenia, a przyjmując, że w zakresie cen stali, nie poniosły straty, wielkość ta także nie wskazuje na wystąpienie „rażącej straty”.

W konsekwencji Sąd Apelacyjny uznał, że powódki nie wykazały, że zachodzi po ich stronie groźba „rażącej straty”. Żądanie wywodzone z art. 357¹ k.c. nie może natomiast służyć korekcie niedoszacowania kosztów na etapie ofertowania. Oceny tej nie zmienia okoliczność, że praktyką przedsiębiorców zajmujących się budową dróg było w tamtym okresie zaniżanie cen ofert. Istnienie takiej tendencji, nie może bowiem determinować oceny prawnej roszczenia.

Wobec zmiany zaskarżonego wyroku, Sąd Apelacyjny uznał za zbędne szersze odnoszenie się do pozostałych zarzutów apelacji pozwanego oraz do apelacji powódek. Nie podzielił zarzutów dotyczących wyłączenia w Umowie

waloryzacji ustawowej, wygaśnięcia roszczenia powódek, jego przedawnienia oraz niedopuszczalności waloryzacji ustawowej wobec zawarcia umowy w trybie zamówienia publicznego dzieląc w tym zakresie stanowisko Sądu Okręgowego. Za chybiony uznał także zarzut naruszenia art. 632 § 2 k.c., sprowadzający się do kwalifikacji charakteru wynagrodzenia objętego Kontraktem. Podzielił ocenę Sądu Okręgowego, że wynagrodzenie Wykonawcy nie miało charakteru ryczałtowego. Wskazał, że w ofercie wynagrodzenie wykonawcy miało charakter wstępny, a korekta następowała, gdy istniała różnica pomiędzy ilością robót określonych w przedmiarze a rzeczywistymi ilościami robót.

Za bezprzedmiotowe uznał także odwoływanie się do zarzutów apelacji powódek dotyczących naruszenia art. 357¹ k.c., skoro nie wykazały one co do zasady istnienia przesłanek z tego przepisu, co zadecydowało o uwzględnieniu apelacji pozwanego.

W skardze kasacyjnej powódki zaskarżyły wyrok Sądu Apelacyjnego w całości i wniosły o jego uchylenie oraz przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciły naruszenie:

1) art. 278 § 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie przez Sąd Apelacyjny samodzielnej oceny, czy oferta została skonstruowana zgodnie z zasadami sztuki i z zachowaniem należytej staranności oraz czy założona cena ofertowa była adekwatna do rodzaju, rozmiaru i charakteru robót objętych Umową, podczas gdy dokonanie tego rodzaju oceny wymagało wiadomości specjalnych i przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego;

2) art. 241 i art. 232 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez uzupełnienie przez Sąd Apelacyjny postępowania dowodowego z urzędu co do kalkulacji oferty oraz kosztorysu inwestorskiego, podczas gdy to na pozwanym spoczywał ciężar dowodu zarzutu wadliwości oferty. Pozwany reprezentowany przez fachowy i wyspecjalizowany podmiot w postaci Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej nie zawarł wniosków dowodowych w apelacji (ani w toku postępowania w I instancji) na powyższe fakty, wobec czego nie było podstaw do wyręczenia go z inicjatywy dowodowej i uzupełnienia postępowania dowodowego z urzędu.

Ponadto, Sąd Apelacyjny uzupełnił postępowanie dowodowe o okoliczności, które nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia o żądaniu w oparciu o art. 632 § 2 k.c. lub art. 357¹ § 1 k.c., przy prawidłowej wykładni tych przepisów;

3) art. 327¹ § 1 pkt 1 i pkt 2. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez niewyjaśnienie w uzasadnieniu skarżonego wyroku jakie wnioski na etapie subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod normę art. 357¹ § 1 k.c. Sąd Apelacyjny wyciągnął z faktu, że ofertę, w tym założenia co do wielkości planowanego zysku i marży, przygotowały dwie spółki działające w ramach Konsorcjum i te dwie spółki zawarły Umowę, a nie tylko jedna spółka;

4) art. 235² § 1 pkt 5 i art. 241 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie złożonego przez powódki w toku postępowania apelacyjnego wniosku o przeprowadzenie dowodu z uzupełniających zeznań świadków M.S. oraz A. R. w wyniku błędnego przyjęcia, że przeprowadzenie ww. dowodów zmierzało jedynie do przedłużenia postępowania, a powódki nie wykazały podstawy do uzupełnienia zeznań przez tych świadków;

5) art. 378 § 1 w zw. z art. 387 § 2 pkt 2 k.p.c. poprzez nierozpoznanie dwóch istotnych zarzutów apelacji powódek (z pkt 4 i pkt 5 petitum apelacji), ze względu na błędne przyjęcie, że nie wykazały przesłanek zastosowania art. 357¹ § 1 k.c.;

6) art. 632 § 1 i § 2 k.c. przez błędną wykładnię zwrotu „wynagrodzenie ryczałtowe”, a w rezultacie przyjęcie że wynagrodzenie, w którym (i) ceny jednostkowe poszczególnych rodzajów prac są określone ryczałtowo, (ii) ostateczna wysokość wynagrodzenia podlega ustaleniu na podstawie faktycznie wykonanej ilości prac, ale (iii) nie może przekroczyć maksymalnej kwoty wskazanej w umowie, (iv) wysokość wynagrodzenia nie zależy od wysokości poniesionych przez wykonawcę kosztów, nie jest wynagrodzeniem ryczałtowym;

7) art. 357¹ § 1 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i oddalenie powództwa w wyniku błędnego przyjęcia, że powódki nie wykazały przesłanek z art. 357¹ § 1, podczas gdy żądanie znajdowało oparcie w art. 632 § 2 k.c.;

8) art. 357¹ § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że obowiązkiem wykonawcy robót budowlanych jako profesjonalisty jest

ukształtowanie ceny ofertowej na takim poziomie, który pozwoliłby uniknąć straty niezależnie od tego, czy mieści się ona w ramach ryzyka gospodarczego i co ją spowodowało (obowiązek wyceny ryzyka nieprzewidywalnego), a nadzwyczajną zmianę stosunków i możliwość przewidzenia rażącej straty należy oceniać z uwzględnieniem adekwatnego poziomu zysku, jaki wykonawca powinien był założyć w ofercie;

9) art. 357¹ § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że dla oceny czy strata ma charakter „rażący” w rozumieniu ww. przepisu istotna jest relacja kwoty straty z tytułu nadzwyczajnego wzrostu cen paliw i asfaltów do kwoty wynagrodzenia za cały kontrakt oraz do łącznej kwoty straty z tytułu realizacji kontraktu;

10) art. 357¹ § 1 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że w przypadku gdy stroną umowy o roboty budowlane (wykonawcą) jest kilka podmiotów, przesłanki rażącej straty oraz braku możliwości jej przewidzenia, muszą odnosić się do wszystkich powodów dochodzących modyfikacji umowy, nawet w sytuacji w której uzgodnili oni między sobą, że tylko jeden z nich zrealizuje roboty objęte umową, w rezultacie czego tylko jeden z nich poniósł stratę na skutek nadzwyczajnej zmiany stosunków;

Pozwany w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 278 § 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. zasługiwał na uwzględnienie. Sąd Apelacyjny przyjął, że oferta powódek nie została skonstruowana zgodnie z zasadami należytej staranności, a założona cena ofertowa nie była adekwatna do rodzaju, rozmiaru i charakteru robót objętych umową. Zdaniem tego Sądu przekonuje o tym całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym przede wszystkim: treść kosztorysu inwestorskiego, który dowodzi, że można było przy użyciu danych Secocenbudu poczynić założenia pozwalające na bezpieczną realizację inwestycji; zaplanowanie zysku jedynie na poziomie (...) % oraz przedstawienie najniższej oferty, znacząco odbiegającej od ofert złożonych przez kolejnych oferentów, a także potwierdzenie przez

przedstawicieli SGH, że powódki konstruując ofertę kierowały się „chęcią wygrania kontraktu” oraz „desperacją wejścia na rynek”.

Nie można odmówić racji skarżącym, że dokonanie takich ocen wymagało wiadomości specjalnych, a zatem przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, czego Sąd Apelacyjny nie uczynił. Ocena prawidłowości przygotowania przez Wykonawcę oferty dotyczącej skomplikowanej inwestycji drogowej z zachowaniem należytej staranności w określonych warunkach rynkowych, nie mogła być dokonana samodzielnie przez Sąd Apelacyjny. Wprawdzie Sąd ten odwołał się do ustnych wypowiedzi przedstawicieli SGH dotyczących przyjętego w ofercie minimalnego poziomu zysku, ale trafnie skarżące akcentują, że teza dowodowa na którą Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii instytutu nie dotyczyła oceny staranności sporządzenia oferty (k. 13392), a wypowiedzi przedstawicieli instytutu – uwzględnione przez Sąd jedynie wybiórczo - nie były wprost związane z zasadniczymi тезami i wnioskami opinii.

Sąd Apelacyjny wyszedł jednak z założenia, że skoro pozwany sporządzając kosztorys inwestorski mógł to uczynić w sposób gwarantujący bezpieczną realizację inwestycji, to tym bardziej można tego wymagać od wykonawcy. Stanowisko to nie przekonuje. Sąd Apelacyjny nie dysponuje wiedzą specjalną w odniesieniu do zasad sporządzania kosztorysów ofertowych i inwestorskich, których cel jest odmienny. Niewątpliwie odróżnienia wymaga metodologia tworzenia rezerwy na bezpieczną realizację inwestycji przez inwestora, który musi zagwarantować środki finansowe na cel z tym związany, od zasad konstruowania zgodnie ze sztuką oferty przez wykonawcę w formule zamówień publicznych, który kalkuluje za jaką kwotę jest w stanie wykonać zamówienie, z zapewnieniem godziwego zysku i uwzględnieniem konieczności konkurowania ceną w określonych realiach rynkowych. Nie jest też jasne na jakiej podstawie – bez pomocy dowodu z opinii biegłego - Sąd Apelacyjny przyjął, że dobrą praktyką rynkową w przypadku robót drogowych w których rentowność, jak wyjaśniali biegli SGH jest niska, jest uwzględnienie przy konstrukcji oferty wykonawcy nadzwyczajnych ryzyk ewentualnie takiej skali rezerwy na przeprowadzenie inwestycji, jak to czyni inwestor.

Kwestia wadliwej konstrukcji oferty była jedną z kluczowych przyczyn, która spowodowała odmowę zastosowania w sprawie art. 357¹ k.c. Sąd Apelacyjny przyjął bowiem, że gdyby powódki zachowały należytą staranność i rzetelnie oszacowały koszty i ryzyka związane z zawarciem umowy, to mogły przewidzieć możliwość poniesienia rażącej straty, mimo wzrostu cen paliw i asfaltów. Nie można zatem wykluczyć, że poczynienie ustaleń faktycznych w tym przedmiocie po skorzystaniu z opinii biegłych może wpłynąć na wynik sprawy.

Zasadny jest zarzut naruszenia art. 241 i art. 232 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez uzupełnienie przez Sąd Apelacyjny postępowania dowodowego z urzędu odnośnie do kalkulacji oferty powódek oraz kalkulacji kosztorysu inwestorskiego pozwanego (k. 28475 i k. 28505). Pozwany korzystający z profesjonalnej pomocy prawnej nie wnioskował bowiem o przeprowadzenie dodatkowego postępowania dowodowego w postępowaniu apelacyjnym, a na nim spoczywał ciężar dowodu zarzutu wadliwości oferty powódek w kontekście możliwości przygotowania jej w sposób nie narażający ich na rażącą stratę i przewidywalności ryzyk gospodarczych, które Sąd Okręgowy uznał za realizujące przesłankę nadzwyczajnej zmiany stosunków (art. 6 k.c.).

Wątpliwe jest w tych okolicznościach przeprowadzenie uzupełniającego postępowania dowodowego z urzędu. Po pierwsze, bowiem Sąd Apelacyjny nie wyjaśnił z jakiej przyczyny przy ocenie zachowania przez powódki należytej staranności przy konstrukcji oferty, nie oparł się na zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, a uznał za konieczne jego uzupełnienie, a po wtóre nie wskazał na okoliczności, które skłoniły go do skorzystania z uprawnienia o którym mowa w art. 232 zd. 2 k.p.c. Kompetencja ta dotyczy natomiast wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych sytuacji, gdy jest to niezbędne dla rozstrzygnięcia sprawy (zob. m.in. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 19 maja 2000 r., III CZP 4/00, OSNC 2000, nr 11, poz. 195 oraz wyroki Sądu Najwyższego z 5 listopada 1997 r., III CKN 244/97, OSNC 1998, nr 3, poz. 52; z 25 czerwca 1998 r., III CKN 384/98, niepubl.; z 20 grudnia 2005 r., III CK 121/05, niepubl.; i z 5 września 2008 r., I CSK 117/08, niepubl.). Uchybienie to mogło mieć wpływ na wynik sprawy Sąd Apelacyjny zgromadził bowiem z urzędu dodatkowy materiał dowodowy, który w ujęciu przyjętym przez ten Sąd wpłynął na wynik sprawy.

Zasadny jest także zarzut naruszenia art. 235² § 1 pkt 5 i art. 241 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie złożonego przez powodów w toku postępowania apelacyjnego wniosku o przeprowadzenie dowodu z uzupełniających zeznań świadków M.S. oraz A.R. Trafnie skarżące wskazują, że stanowisko Sądu Apelacyjnego jest w tej kwestii niekonsekwentne. Wskazaną na rozprawie podstawą odmowy przeprowadzenia tych dowodów było to, że zgłoszony przez powódki wniosek dowodowy zmierzał jedynie do przedłużenia postępowania. Z motywów zaskarżonego rozstrzygnięcia wynika natomiast, że dowody te nie zostały zakwestionowane przez strony, nie było zatem podstaw do powtórzenia w tej części postępowania dowodowego. Ponadto z zeznań świadka A.R. wynika, że nie brał on udziału w przygotowywaniu oferty, świadek M.S. składał natomiast już zeznania, a powódki nie wykazały, by były podstawy do ich uzupełnienia.

Stanowisko to w okolicznościach sprawy nie przekonuje. Wprawdzie Sąd Okręgowy istotnie czynił ustalenia faktyczne – w tym na podstawie dowodu z zeznań pominiętych świadków - odnośnie do złożonej przez powódki oferty, ale Sąd Apelacyjny ich nie podzielił. Uznał za zasadny zarzut apelacji pozwanego dotyczący braku staranności powódek przy konstruowaniu oferty i wskazał, że w tym zakresie konieczne było uzupełnienie postępowania dowodowego. W apelacji pozwanego nie było jednak żadnych wniosków o przeprowadzenie uzupełniającego postępowania dowodowego w postępowaniu apelacyjnym. Sąd Apelacyjny uznał zatem zgromadzony w tym zakresie materiał dowodowy za niewystarczający do rozstrzygnięcia sprawy i z urzędu zdecydował się na jego uzupełnienie, żądając by strony wskazały osoby mające wiedzę w zakresie kalkulacji oferty i rozliczenia kontraktu oraz kalkulacji kosztorysu inwestorskiego (k. 28 475). Po realizacji tego żądania przez powódki (k. 28 485), pominął jednak część zgłoszonych świadków mimo, że do złożenia wniosków o ich przesłuchanie doszło na skutek jego inicjatywy, a świadkowie M.S. i A.R. byli wnioskowani na okoliczności związane z kalkulacją oferty.

Nie można przyjąć, by przeprowadzenie dowodu z uzupełniających zeznań tych świadków mogło wpłynąć na przedłużenie postępowania apelacyjnego, skoro świadkowie byli gotowi złożyć zeznania na rozprawie w dniu 24 lutego 2022 r. (k. 28506), na której Sąd Apelacyjny przeprowadził dowód z zeznań pozostałych

świadków (k.28 505 – 28 507). Nie można przy tym przed przeprowadzeniem tych dowodów stwierdzić, że ich uzupełniające zeznania nie dostarczyłyby informacji o faktach, które Sąd Apelacyjny uznał za istotne. Dotyczy to także zeznań świadka A.R. Okoliczność, że świadek ten nie brał udziału w przygotowaniu oferty nie oznacza bowiem, że z racji roli, którą pełnił przy realizacji Kontraktu, nie ma o tym wiedzy z innych źródeł. Zeznania tych świadków złożone przed Sądem Okręgowym nie koncentrowały się bowiem szczegółowo na tych zagadnieniach, które Sąd Apelacyjny uczynił głównym przedmiotem uzupełniającego postępowania dowodowego (k. 13313 – 13 314, k.13 390- 13 391, k. 13 399 -13 415 i k. 13460 - 13468). Ocenę tę wzmacnia fakt, że kwestia sposobu przygotowywania oferty i jej relacji do kosztorysu inwestorskiego miała kluczowe - jak wynika z motywów zaskarżonego wyroku – znaczenie dla wyniku sprawy.

Uchybienie to mogło mieć wpływ na wynik sprawy nie można bowiem odeprzeć zarzutu, że powódki zostały pozbawione w ten sposób możliwości wykazania swych racji w zakresie kwestii, które Sąd Apelacyjny uznał za niedostatecznie wyjaśnione.

Nie można także skutecznie odeprzeć zarzutu naruszenia art. 327¹ § 1 pkt 1 i pkt 2. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny w motywach rozstrzygnięcia istotnie nie wyjaśnił, jakie wnioski na etapie subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod normę art. 357¹ § 1 k.c. wyciągnął z faktu, że ofertę dla pozwanego, w tym założenia co do wielkości planowanego zysku i marży z tytułu realizacji umowy, przygotowały spółki działające w ramach Konsorcjum i te dwie spółki zawarły Umowę. Sąd Apelacyjny podkreślił, że jest to fakt istotny i znaczący nie wyjaśnił, jednak jak wpłynął na rozstrzygnięcie. Brak jasności co do stanowiska Sądu Apelacyjnego w tym zakresie sprawia, że zarzut niemożności dokonania kontroli kasacyjnej zaskarżonego orzeczenia w tym zakresie należy podzielić.

W konsekwencji - sformułowany z ostrożności - zarzut naruszenia art. 357¹ § 1 k.c. w zakresie w jakim odnosi się to kwestii znaczenia, które Sąd Apelacyjny nadał faktowi, że umowa była realizowana przez Konsorcjum, uchyla się od kontroli Sądu Najwyższego.

Nie można także odmówić racji skarżącym, że Sąd Apelacyjny naruszył art. 378 § 1 w zw. z art. 387 § 2¹ pkt 2 k.p.c. poprzez nierozpoznanie wszystkich zarzutów ich apelacji (z pkt 4 i pkt 5 – k. 28 369 i k. 28 370), przyjmując, że nie wykazały przesłanek zastosowania art. 357¹ § 1 k.c., co należy – wobec uwzględnienia zarzutów dotyczących podstawy faktycznej rozstrzygnięcia oraz błędnej oceny przesłanek stosowania art. 357¹ § 1 k.c. - ocenić jako przedwczesne.

Zarzut naruszenia art. 632 § 1 i 2 k.c. jest chybiony. O jego słuszności nie były przekonane same skarżące, skoro jednocześnie podniosły zarzuty naruszenia art. 357¹ k.c., który jak wynika z analizy pozwu stanowił podstawową podstawę prawną ich żądania. Artykuł 632 § 2 k.c. był powoływany jedynie z ostrożności, z podkreśleniem, że w przekonaniu skarżących wynagrodzenie nie miało charakteru ani ryczałtowego ani kosztorysowego (k. 33).

Sądy *meriti* uznały, że w umowie zastosowano kosztorysowy charakter wynagrodzenia, w którym wynagrodzenie wykonawcy ustalane jest na podstawie faktycznie wykonanych ilości robót, zaś cena jednostkowa za wykonanie poszczególnych rodzajów prac (pozycji przedmiaru robót) została określona w sposób ryczałtowy, w wysokości określonej w złożonej przez Wykonawcę ofercie. Skarżące uznają natomiast, że tak ukształtowane wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Żadne z tych stanowisk nie zasługuje na podzielenie.

Wynagrodzenie ryczałtowe stanowi z góry określoną kwotę pieniężną jako ekwiwalent za wykonanie dzieła bez względu na rozmiar świadczonych prac i wartość poniesionych kosztów (art. 632 § 1 k.c.). Rozliczenia stron nie opierają się w tym przypadku na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawierania umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów prac. Nie podlega ono zatem zmianom, także wtedy gdy pojawiają się okoliczności, których przyjmujący zamówienie nie przewidział. Ryzyko ekonomiczne prawidłowej identyfikacji przedmiotu zamówienia, poprawności obliczenia wynagrodzenia, a także zmiany kosztów realizacji umowy ponosi przyjmujący zamówienie. Ryzyko to jest ograniczone na zasadach wynikających z art. 632 § 2 k.c. i równoważone przez niemożność żądania przez zamawiającego obniżenia

wynagrodzenia ryczałtowego także wtedy, gdyby przyjmujący zamówienie osiągnął wyższe od oczekiwanych korzyści (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2007 r., II CSK 366/06, niepubl.; z 14 marca 2008 r., IV CSK 460/07, niepubl.; i z 25 marca 2011 r., IV CSK 397/10, niepubl.).

Wynagrodzenie kosztorysowe ustala się natomiast na podstawie zestawienia planowanych prac, przewidywanych kosztów i zysku przez uzgodnienie w sposób wiążący cen jednostkowych kosztorysu. Ma zatem charakter wynikowy i – odmiennie od ryczałtowego systemu wynagrodzenia - jest ściśle uzależnione od rozmiaru świadczenia (obmiaru wykonanych prac) wykonanego przez przyjmującego zamówienie (np. liczba roboczogodzin, użyte materiały). Dopuszczalna jest jego zmiana, jeżeli po zawarciu umowy doszło do zmian wysokości cen lub stawek obowiązujących dotychczas w obliczeniach kosztorysowych (art. 629 k.c.) lub zwiększenia zakresu prac w stosunku do kosztorysu. Taka formuła wynagrodzenia urealnia jego wysokość w stosunku do ilości faktycznie wykonanych prac (zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 30 maja 1981 r., IV CR 157/81, niepubl.).

W przypadku ustalenia charakteru wynagrodzenia w umowie wiodąca jest wola stron, skarżące nie zarzuciły natomiast w skardze kasacyjnej - której podstawami Sąd Najwyższy w postępowaniu kasacyjnym jest związany (art. 398¹³ § 1 k.p.c.) - naruszenia art. 65 § 2 k.c., zakładając, że wynagrodzenie przewidziane w umowie należy kwalifikować jako ryczałtowe. Poczynione w sprawie ustalenia faktyczne wskazują natomiast, że strony – w ramach zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.) - nie przyjęły modelowego charakteru wynagrodzenia przewidzianego w kodeksie cywilnym (kosztorysowy, ryczałtowy) lecz mieszany zawierający elementy obu tych systemów (obmiarowo - ryczałtowy oparty na wzorcach FIDIC). Uzgodniły bowiem, że wynagrodzenie miało być ustalone w oparciu o obmiar wykonanych robót i rzeczywiste nakłady, według stawek przewidzianych w kosztorysie ofertowym, z tym że kwota odpowiadająca (...) % ceny ofertowej stanowiła maksymalną kwotę, którą był zobligowany zapłacić pozwany. Strony uzgodniły także, że cena kontraktowa mogła być skorygowana aby uwzględnić każdy wzrost lub obniżkę kosztu, wynikającą ze zmian prawa dokonanej po dacie odniesienia (Subklauzula 13.7 Warunków Kontraktu), co zastosowały w aneksie nr 1 podwyższając kwotę kontraktową w związku ze zmianą podatku od towarów i usług

(k. 505-506). Wyłączyły natomiast Subklauzulę 13.8. Warunków Kontraktu (klauzula waloryzacyjna) uzgadniając, że kwoty płatne Wykonawcy nie mogły być korygowane dla oddania wzrostów lub spadków kosztu robocizny, dóbr i innych nakładów na roboty.

Oznacza to, że z jednej strony wynagrodzenie miało stanowić sumę iloczynu jednostek obmiarowych robót odebranych i cen jednostkowych wskazanych w kosztorysie ofertowym podlegających zmianom tylko w określonych sytuacjach, a z drugiej strony wskazano maksymalne świadczenie należne powódkom za realizację zamówienia. Takie uzgodnienia stron nie wskazują na ustalenie z góry określonej kwoty pieniężnej za wykonanie robót, bez względu na zakres faktycznie wykonanych robót w stosunku do pierwotnie przewidzianego, co jest charakterystyczne dla wynagrodzenia ryczałtowego. Przeczy temu przede wszystkim ustalanie wysokości wynagrodzenia w oparciu o obmiar faktycznie wykonanych robót, co oznacza, że każda zmiana zakresu robót czy sposobu (technologii) ich wykonania, mogła wpłynąć na wynagrodzenie Wykonawcy, a także możliwość korekty wysokości wynagrodzenia na zasadach wynikających z Subklauzuli 13.7 Warunków Kontraktu. Stabilizacja wysokości wynagrodzenia przez wyłączenie Subklauzuli 13.8 Warunków Kontraktu oraz ograniczenie jego wysokości do kwoty odpowiadającej (...) % ceny ofertowej nie dowodzi ryczałtowego charakteru wynagrodzenia lecz potwierdza jego mieszany charakter wynagrodzenia kosztorysowego w ramach wynagrodzenia ryczałtowego.

Trafnie zatem Sąd Apelacyjny przyjął, że wynagrodzenia tego nie można kwalifikować jako ryczałtowego i żądanie powódek należy oceniać na podstawie art. 357¹ k.c. Ustawodawca przewidział bowiem w przepisach dotyczących umowy o dzieło normę szczególną zapobiegania skutkom wykraczającym poza typowe ryzyko kontraktowe tylko w stosunku do wynagrodzenia ryczałtowego. Artykuł 632 § 2 k.c. znajduje zatem zastosowanie jedynie w przypadku zastosowania tego systemu wynagrodzenia (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z 21 sierpnia 2014 r., IV CSK 733/13, niepubl. i z 29 marca 2012 r., I CSK 333/11, niepubl.).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego ostatecznie przyjęto, że art. 629 k.c. i 632 k.c. określające dominujące formy wynagrodzenia wykonawcy w umowie o dzieło

mogą mieć zastosowanie do umowy o roboty budowlane (zob. m.in. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 29 września 2009 r., III CZP 41/09, OSNC , nr 3, poz. 33). W konsekwencji tylko w przypadku, gdy strony w umowie o roboty budowlane zastosowały jeden z systemów wynagrodzenia uregulowanych w przepisach kodeksu cywilnego dotyczących umowy o dzieło (ryczałtowy, kosztorysowy), to w drodze analogii można stosować właściwe przepisy dotyczące tej umowy (zob.m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 20 listopada 2008 r., III CSK 184/08, niepubl.). Jeżeli zaś zastosowały wynagrodzenie innego rodzaju to w rachubę wchodzi art. 357¹ k.c. (zob. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 21 lipca 2006 r., III CZP 54/06, OSNC 2007, nr 5, poz. 6).

Bezzasadny jest zatem także zarzut naruszenia art. 357¹ § 1 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i oddalenie powództwa w wyniku błędnego przyjęcia, że powódki nie wykazały przesłanek art. 357¹ § 1, podczas gdy żądanie znajdowało oparcie w art. 632 § 2 k.c.

Sąd Apelacyjny nie kwestionował, ustaleń Sądu Okręgowego poczynionych na podstawie opinii SGH, że zmiany cen paliw i asfaltów miały charakter nadzwyczajny i nieprzewidywalny ani wysokości straty doznanej przez powódki z tego tytułu. Nie kwestionował także co do zasady – wobec niemożności skorzystania przez powódki z innych instrumentów prawnych - możliwości stosowania klauzuli *rebus sic stantibus* do przywrócenia naruszonej równowagi na skutek nadzwyczajnej zmiany stosunków w odniesieniu do zdarzeń gospodarczych w postaci gwałtownych i nieprzewidywalnych w dacie przygotowania oferty i zawarcia Umowy wzrostu cen. Kwestia realizacji w okolicznościach sprawy przesłanki „nadzwyczajnej zmiany stosunków” w rozumieniu art. 357¹ § 1 k.c. pozostaje zatem poza kognicją Sądu Najwyższego, nie została bowiem objęta podstawami skargi (art. 398¹³ § 1 k.c.).

Stwierdzić jedynie można, że takie stanowisko odnoszące się do istotnej zmiany stosunków w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. jest utrwalone w orzecznictwie Sądu Najwyższego (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z 20 listopada 2008 r., III CSK 184/08, niepubl., i z 13 kwietnia 2013 r., IV CSK 568/12, OSNC-ZD 2014, nr A, poz. 18). Sąd Najwyższy nie wykluczał także, że zaskakujące i nie

przewidywalne dla stron, przy dołożeniu należytej staranności, wykraczające poza typowe zmiany gospodarcze, zmiany ustawodawstwa lub gwałtowne zmiany poziomu cen na określonym rynku, nie wynikającej z ich fluktuacji na skutek działania naturalnych mechanizmów rynkowych, mogą być uznane – w okolicznościach konkretnej sprawy – za nadzwyczajną zmianę stosunków w rozumieniu art. 357¹ k.c. (zob. m.in. uchwała Sądu Najwyższego z 24 czerwca 1994 r., III CZP 79/94, OSNCP 1994, nr 12, poz. 240 oraz wyroki Sądu Najwyższego z 16 maja 2007 r., III CSK 452/06, OSP 2009, nr 2, poz. 19 i z 20 lipca 2007 r., I CK 3/07, OSNC-ZD 2008, nr 3, poz. 65).

Sąd Apelacyjny zanegował natomiast – koncentrując się na niewielkim zysku i marży, którą założyły skarżące w ofercie - by na etapie konstruowania oferty nie mogły jej sformułować – z zachowaniem należytej staranności - w sposób zabezpieczający je przed rażącą stratą.

Dostrzeżenia wymaga, że w tym zakresie stanowisko Sądu Apelacyjnego nie jest dostatecznie jasne. Z jednej bowiem strony uznaje, że gwałtowne zmiany cen paliw i asfaltów miały charakter nadzwyczajny i nieprzewidywalny, z drugiej natomiast strony przyjmuje, że wykonawca mógł zabezpieczyć się przed tymi zmianami odpowiednio konstruując ofertę, a jeśli tego nie uczynił to ponosi ryzyko kontraktowe swojego zaniedbania. Nie można zatem odeprzeć zarzutu skargi, że Sąd Apelacyjny albo obarczył powódki obowiązkiem wyceny ryzyka nieprzewidywalnego albo uznał, że przed ryzykami związanymi z wpływem nadzwyczajnych okoliczności na zobowiązanie stron, mogły się zabezpieczyć konstruując ofertę z zachowaniem należytej staranności, w tym zwłaszcza przez zaplanowanie odpowiedniego poziomu zysku i marży i zapoznanie się z zasadami stojącymi u podstaw kalkulacji kosztorysu inwestorskiego.

Ten pierwszy kierunek wykładni należy odrzucić przedsiębiorca może bowiem skorzystać z mechanizmu wynikającego z art. 357¹ k.c. w przypadku zaistnienia nieprzewidywalnych dla niego ryzyk niweczących jego pierwotne kalkulacje, wynikające z nadzwyczajnej zmiany stosunków. Jeżeli natomiast Sąd Apelacyjny przyjął, że powódki mogły, z zachowaniem należytej staranności, przewidzieć wpływ nadzwyczajnej zmiany stosunków na stosunek prawny łączący

strony i uwzględnić je w ramach zwykłego ryzyka kontraktowego przez zapobieżenie rażącej stracie, to uczynił to z pominięciem wiadomości specjalnych, które – z przyczyn wyżej podniesionych – były niezbędne do dokonania takiej oceny.

Zajęte przez Sąd Apelacyjny stanowisko jest także niespójne z perspektywy wniosków opinii SGH. Jedną z okoliczności na którą Sąd Okręgowy dopuścił dowód z tej opinii była bowiem możliwość przewidzenia wzrostu cen i ich dynamiki z perspektywy informacji o rynku paliw, asfaltu i stali dostępnych przedsiębiorcom działającym na polskim rynku. Sąd Okręgowy na tej podstawie ustalił, czego Sąd Apelacyjny nie zakwestionował, że wzrost cen paliw i asfaltów w latach (...) miał charakter niemożliwy do zaprognozowania na podstawie danych z lat (...), przy użyciu standardowych modeli ekonometrycznych.

Nie można się natomiast zgodzić z oceną skarżących, że kwestia konstrukcji oferty nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia o ich żądaniu na podstawie art. 357¹ § 1 k.c.

Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym skargę stoi na stanowisku, że w kontekście tej regulacji istotne jest bowiem nie tylko wystąpienie nadzwyczajnej zmiany stosunków, której następstw dla łączącego je stosunku prawnego strony nie przewidywały, ale także niemożność przewidzenia ich wystąpienia przy zachowaniu należytej staranności przez żądającego ochrony.

Wprawdzie nie wynika to wprost z literalnego brzmienia art. 357¹ k.c., jednak odmienną wykładnię tego przepisu należy odrzucić. Klauzula *rebus sic stantibus* ma bowiem charakter wyjątkowy stanowiąc przełamanie zasady *pacta sunt servanda*, co przemawia za ścisłą wykładnią tego przepisu z uwzględnieniem jego funkcji i kontekstu systemowego. U jej podstaw leży potrzeba ochrony stron stosunku zobowiązaniowego poprzez zapobieżenie rażąco niesłusznym skutkom rygorystycznego przestrzegania zasady *pacta sunt servanda*. Sprzeczne z tym celem jest dopuszczenie możliwości skorzystania z takiej ochrony przez stronę, która zachowała się nierozsądnie i nie przewidziała zmian, które powinna uwzględnić. Artykuł 357¹ k.c. nie służy bowiem do łagodzenia skutków zwykłego ryzyka kontraktowego, które strony są w stanie przewidzieć, a jedynie ryzyka nadzwyczajnego, którego strony nie są w stanie przewidzieć. W konsekwencji

przyjąć należy, że pojęcie przewidywalności mieści w sobie *implicite* obowiązek zachowania należytej staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju, w ramach zwykłego ryzyka kontraktowego, z uwzględnieniem, że staranność strony w zakresie prowadzonej przez nią działalności gospodarczej ocenia się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności (art. 355 § 2 k.c.). Strona, która jej nie dochowała nie może się zatem powołać na ochronę z art. 357¹ k.c. Przepis ten nie służy bowiem ochronie podmiotów, które nieudolnie prowadzą swoje sprawy.

Zarzuty naruszenia art. 357¹ § 1 k.c. koncentrujące się na tezie, że - wbrew stanowisku Sądu Apelacyjnego - od wykonawcy nie można wymagać by ukształtował cenę ofertową na takim poziomie, który pozwoliłby uniknąć straty niezależnie od tego, czy mieści się ona w ramach ryzyka gospodarczego i co ją spowodowało (obowiązek wyceny ryzyka nieprzewidywalnego), a nadzwyczajną zmianę stosunków i możliwość przewidzenia rażącej straty należy oceniać z uwzględnieniem adekwatnego poziomu zysku, jaki wykonawca powinien był założyć w ofercie zasługują na uwzględnienie. Nie można także odmówić racji skarżącym, że Sąd Apelacyjny naruszył art. 357¹ § 1 k.c. w zakresie przyjętych kryteriów „rażącej straty”.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto – zasługujący na podzielenie pogląd - że „rażąca strata” w rozumieniu art. 357¹ § 1 k.c. a także art. 632 § 2 k.c. to strata ponadprzeciętna, która niweczy przyjętą przez wykonawcę kalkulację z uwzględnieniem zwykłego ryzyka kontraktowego. W konsekwencji podwyższenie wynagrodzenia powinno obejmować tę część tej rażącej straty, która wykracza poza to zwykłe ryzyko kontraktowe. Sąd oceniając, w jakim stopniu ma podwyższyć wynagrodzenie powinien więc ustalić, w jakim zakresie strata grożąca przyjmującemu zamówienie lub przez niego poniesiona przekracza to zwykłe ryzyko kontraktowe, i podwyższyć wynagrodzenie tylko w takim wymiarze, w którym dochodzi do przekroczenia tego ryzyka. Wyjaśniono także, że rażącą stratę należy rozpatrywać w ramach konkretnego stosunku prawnego a nie w kontekście kondycji finansowej całego przedsiębiorstwa wykonawcy (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z 24 marca 2019 r., I CSK 218/18, OSNC 2020, nr 5, poz. 41; z 8 marca 2018 r., II CSK 325/17, niepubl.; z 5 grudnia 2013 r., V CSK 2/13, niepubl.; i z 18 września 1998 r., III CKN 621/97, OSP 1999, nr 1, poz. 9).

Zastosowana przez Sąd Apelacyjny metodologia ustalenia, czy strata powódek była „rażąca” nie uwzględnia tych kryteriów. Przede wszystkim nie ma podstaw do przyjęcia, że z ochrony przewidzianej w art. 357¹ k.c. nie mogą skorzystać wykonawcy, których wynagrodzenie zostało skalkulowane w sposób zapewniający jedynie nieznaczny zysk. Również fakt, że skarżące na skutek poczynionych na etapie konstruowania oferty założeń poniosły objętą zwykłym ryzykiem kontraktowym znaczną stratę przez nie doszacowanie kosztów realizacji inwestycji, nie oznacza że część tej straty nie mogła wystąpić na skutek zdarzeń nie objętych zwykłym ryzykiem kontraktowym i ta część nie mogła być uznana za „rażącą stratę” w rozumieniu art. 357¹ § 1 k.c. Podwyższenie wynagrodzenia nie ma oczywiście służyć zrekompensowaniu całości grożącej lub poniesionej straty, która nie pozostaje w związku przyczynowym z nadzwyczajną zmianą stosunków. Nie można jednak przyjąć, że sam fakt poniesienia przez wykonawcę rażącej straty, także na skutek okoliczności mieszczących się w zwykłym ryzyku kontraktowym, wyklucza możliwość kompensaty w ramach art. 357¹ § 1 k.c. straty wynikającej z nadzwyczajnych okoliczności.

Nie można również zgodzić się z tezą, że założenie przez powódki na etapie konstruowania oferty nieznacznego zysku wyklucza realizację przesłanek z art. 357¹ k.c. Utrata spodziewanego, nawet nieznacznego dochodu, nie jest bowiem istotnym kryterium stosowania tego przepisu. Istotne jest natomiast wystąpienie rażącej straty w zakresie pozostającym w związku przyczynowym z nadzwyczajną zmianą stosunków, z zatem nie mieszczącej się w zwykłym ryzyku kontraktowym. Zaplanowanie nieznacznego zysku może natomiast zwiększać stratę wynikającą ze zwykłego ryzyka kontraktowego, która nie może być kompensowana w ramach art. 357¹ k.c. ale jej wystąpienie nie pozbawia wykonawcy możliwości skorzystania z art. 357¹ k.c., w takim zakresie w jakim doznana przez niego rażąca strata została pogłębiona na skutek nadzwyczajnej zmiany stosunków (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z 24 maja 2019 r., I CSK 218/18, OSNC 2020 r., nr 5, poz. 41; z 3 czerwca 2015 r., V CSK 589/14, niepubl.; z 15 listopada 2006 r., V CSK 251/06, IC 2007, nr 12, s. 44 ; i z 18 września 1998 r., III CKN 621/97, OSP 1999, nr 1, poz. 9). Sąd Apelacyjny wyszedł z odmiennych założeń, zarzut naruszenia art. 357¹ k.c. należy zatem uznać za trafny.

Z przytoczonych względów na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 2 w zw. z art. 391§1 i 398²¹ k.p.c., Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.

[A.T.]

[ms]