

Sygn. akt VII ACa 824/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 listopada 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSA Ewa Stefańska (spr.)

Sędziowie: SA Mariusz Łodko

SO del. Tomasz Wojciechowski

Protokolant: sekr. sądowy Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 27 listopada 2017 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa S. B.

przeciwko (...) W.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 27 listopada 2012 r., sygn. akt XX GC 635/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- w punkcie pierwszym zasądza od (...) W. na rzecz S. B. kwotę 495 735,40 zł (czterysta dziewięćdziesiąt pięć tysięcy siedemset trzydzieści pięć złotych czterdzieści groszy) z ustawowymi odsetkami od dnia 25 kwietnia 2008 r. do dnia zapłaty i oddala powództwo w pozostałej części;**
- w punkcie drugim ustala, że powód wygrał proces w 28%, zaś pozwany w 72%;**
- w punkcie trzecim pozostawia referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w Warszawie szczegółowe rozliczenie kosztów procesu;**

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. ustala, że powód wygrał sprawę w postępowaniu odwoławczym w 28%, zaś pozwany w 72%;

IV. pozostawia referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w Warszawie szczegółowe rozliczenie kosztów w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym.

Sygn. akt VII ACa 824/17

UZASADNIENIE

Powód S. B. domagał się zasądzenia od pozwanego (...) W. na jego rzecz kwoty 1.744.295 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 25 kwietnia 2008 r. do dnia zapłaty. Jako podstawę faktyczną roszczenia podał okoliczność, że strony łączyła zawarta w dniu 30 grudnia 2005 r. umowy o roboty budowlane, w której przewidziano dla wykonawcy

wynagrodzenie ryczałtowe. W 2007 r. nastąpił gwałtowny wzrost cen materiałów budowlanych, co spowodowało, że w okresie od 1 stycznia do 21 listopada 2007 r. powód poniósł stratę w wysokości 1.744.295 zł brutto (1.630.181,31 zł netto). W związku z tym powód domagał się podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego na podstawie art. 357¹ k.c.

Pozwany (...) W. wnosil o oddalenie powództwa, podnosząc, że powód nie wykazał faktu poniesienia szkody, a ponadto jako profesjonalista powinien dokonać starannej oceny ryzyka kontraktowego. Pozwany podkreślił, że w umowie strony wyłączyły możliwość waloryzacji wynagrodzenia ryczałtowego.

Wyrokiem z dnia 6 grudnia 2011 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od pozwanego (...) W. na rzecz powoda S. B. kwotę 1.494.838,37 zł wraz z ustawowymi odsetkami, zaś w pozostałym zakresie oddalił powództwo (sygn. akt XX GC 501/08). Na skutek apelacji pozwanego, który zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w części uwzględniającej powództwo, wyrokiem z dnia 26 czerwca 2012 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił wyrok w zaskarżonej części, zniósł postępowanie przed Sądem pierwszej instancji i przekazał sprawę w powyższym zakresie Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania (sygn. akt VI ACa 315/12).

Po ponownym rozpoznaniu sprawy, wyrokiem z dnia 27 listopada 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo.

Wyrok Sądu Okręgowego został wydany w oparciu o poniższe ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

Po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego, w dniu 30 grudnia 2005 r. (...) W. zawarło ze S. B. umowę o roboty budowlane, następnie zmienioną aneksami. Przedmiotem umowy była realizacja inwestycji pod nazwą „Budowa dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. (...) w W. na podstawie istniejących projektów budowlanych i projektów wykonawczych”. Wykonawca był zobowiązany do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z zatwierdzonym przez zamawiającego harmonogramem rzeczowo-finansowym, w terminie do dnia 30 czerwca 2008 r. Strony ustaliły, że podstawą zapłaty wynagrodzenia będą faktury VAT wystawione przez wykonawcę nie częściej niż raz w miesiącu, na podstawie zatwierdzonych przez zamawiającego protokołów częściowego odbioru robót, przy czym wynagrodzenie ryczałtowe netto nie będzie podlegało waloryzacji. W aneksie nr (...) z dnia 8 listopada 2006 r. zamawiający zrezygnował z wykonania robót wymienionych w poz. 154 kosztorysu ofertowego - budynek C i D, w miejsce których wykonawca zobowiązał się wykonać roboty zamienne. W związku z dokonanymi zmianami zwiększono wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy do kwoty 8.664.090,19 zł brutto.

W 2007 r. nastąpił znaczny wzrost cen materiałów budowlanych w stosunku do lat poprzednich, w wyniku czego powód był zmuszony ponieść o kilkanaście procent większe koszty w stosunku do cen założonych w umowie. Od dnia 17 sierpnia 2007 r. powód występował do pozwanego o podwyższenie wynagrodzenia przewidzianego w umowie o kwotę 1.744.295 zł brutto, z powodu ponoszenia rażącej straty w związku z gwałtownymi zmianami cen materiałów budowlanych. Jednakże pozwany nie uwzględnił tego wniosku. Odbiór końcowy inwestycji nastąpił w dniu 18 lipca 2008 r.

Stan faktyczny sprawy Sąd pierwszej instancji ustalił na podstawie dowodów z dokumentów i opinii biegłego sądowego mgr inż. A. Ż. (1), które to dowody ocenił jako wiarygodne. Z opinii biegłego z dnia 10 maja 2011 r. (k. 2086 i nast. akt) wynika, że wzrost wartości kosztorysowej robót wynikający wyłącznie z wzrostu cen materiałów w 2007 r. wyniósł 1.494.838,37 zł netto.

Według Sądu Okręgowego powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

Powód wywodził swoje roszczenie z treści art. 357¹ k.c., który stanowi, że jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Przepis ten, nazywany „dużą klauzulą” rebus sic stantibus, nie uchyła obowiązku wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią. Jednak dla określenia treści zobowiązania umożliwia uwzględnienie także

okoliczności zaistniałych już po zawarciu umowy, których znaczenie dla wykonania zobowiązania okazuje się na tyle istotne, że ich pominięcie prowadziłoby do znacznego i nieusprawiedliwionego zachwiania równowagi umownej, a tym samym naruszenia reguł słuszności kontraktowej. Taka regulacja prawna ma charakter wyjątkowy, co oznacza obowiązek ścisłej interpretacji powołanego przepisu.

Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że przez nadzwyczajną zmianę stosunków należy rozumieć taki stan rzeczy, który zdarza się rzadko, a jednocześnie jest niezwykle, niebywały, wyjątkowy, normalnie niespotykany, przy czym nie musi on mieć charakteru „katastroficznego”. Jako przykłady zdarzeń powodujących nadzwyczajną zmianę stosunków wskazuje się: epidemie, operacje wojenne, strajki generalne, klęski żywiołowe, bądź nadzwyczajną zmianę sytuacji gospodarczej, objawiającą się hiperinflacją, gwałtownym spadkiem dochodu narodowego, masowymi upadłościami przedsiębiorstw. Niekiedy przyjmuje się również, że mogą to być zaskakujące zmiany stawek celnych lub podatkowych. Nadzwyczajność powinna cechować samą zmianę stosunków, niekoniecznie zaś zdarzenie, które ją powoduje. Ponadto zmiana stosunków powinna doprowadzić do zniweczenia pierwotnych kalkulacji stron zobowiązania.

Sąd Okręgowy wskazał, że w niniejszej sprawie powód domagał się zasądzenia na jego rzecz kwoty 1.744.295 zł tytułem podwyższenia uzgodnionego w umowie wynagrodzenia ryczałtowego, twierdząc, że po jej zawarciu nastąpiła nieprzewidywalna i drastyczna zmiana cen materiałów budowlanych, która miała charakter nadzwyczajnej zmiany stosunków w rozumieniu art. 357¹ k.c. Jednakże uznał, że - mając na uwadze skalę podwyżki cen materiałów budowlanych w 2007 r., która nie przekroczyła 20 % w stosunku do cen przyjętych w umowie - brak jest podstaw do przyjęcia, aby zjawisko to można było zakwalifikować jako „nadzwyczajną zmianę stosunków. W ocenie Sądu pierwszej instancji, wzrost cen materiałów budowlanych w 2007 r. i związane z tym negatywne skutki finansowe, jakie dotknęły powoda, mieściły się w ramach zwykłego ryzyka kontraktowego. Na powodzie ciążył bowiem obowiązek zachowania należytej staranności, wynikający z dyspozycji art. 355 § 2 k.p.c. Powód, jako profesjonalista prowadzący działalność gospodarczą w branży budowlanej, ustalając cenę ofertową powinien uwzględnić m.in. ryzyko związane z ewentualną zmianą cen materiałów budowlanych, które to zmiany są zjawiskiem normalnym w warunkach rynkowych. Sąd pierwszej instancji zauważył, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przedmiotową inwestycję złożono siedem ofert, z czego pod względem ceny oferta powoda była dopiero na szóstej pozycji. Składając ofertę zawierającą - w stosunku do innych oferentów - niższą cenę, powód przedłożył wygranie przetargu ponad konieczność uwzględnienia ryzyka umownego.

Ponadto Sąd pierwszej instancji wskazał, że w § 13 umowy strony wyłączyły możliwość waloryzacji wynagrodzenia ryczałtowego należnego wykonawcy. Oznacza to wyłączenie możliwości podwyższenia wynagrodzenia powoda także w wypadku nadzwyczajnej zmiany stosunków. Odnosząc się zaś do podanej przez powoda subsydiarnej podstawy odpowiedzialności pozwanego, odwołującej się do treści art. 632 § 2 k.p.c., Sąd Okręgowy uznał ją również za niezasadną. Powołany przepis stanowi bowiem, że sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę, jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąco stratą. Tymczasem w niniejszej sprawie, uwzględniając obowiązek powoda działania z należytą starannością, nieuprawnione byłoby uznanie, że powód - będąc profesjonalnym przedsiębiorcą realizującym wielomilionowe inwestycje - nie miał możliwości przewidzenia zmiany cen materiałów budowlanych, jakie mogły wystąpić w okresie niemalże dwóch lat.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie apelację wniósł S. B..

Apelacją powód zaskarżył wyrok w całości, wnosząc o jego zmianę w zaskarżonej części poprzez zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kwoty 1.494.838,37 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 25 kwietnia 2008 r. do dnia zapłaty. Wyrokowi Sądu Okręgowego powód zarzucił:

I. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

1) dowolną ocenę dowodu z pisemnej opinii biegłego sądowego A. Ż. (1) (oraz materiału dowodowego stanowiącego podstawę wniosków biegłego) wyrażającą się w ustaleniu, jakoby na skutek wzrostu cen materiałów budowlanych

powód „zmuszony był ponieść o kilkanaście procent większy koszt w stosunku do cen założonych przez strony w ramach zawartej umowy”, podczas gdy prawidłowa analiza powyższej opinii prowadzi do wniosku, że wzrost cen materiałów budowlanych w zakresie robót wykonywanych w 2007 r. w stosunku do cen wynikających z umowy wyniósł ponad 23,87 % - które to uchybienie miało istotny wpływ na wynik sprawy, jako że Sąd Okręgowy ocenił zarazem, iż wzrost cen rzędu kilkunastu procent, w przeciwieństwie do wzrostu cen rzędu kilkudziesięciu procent, nie stanowi nadzwyczajnej zmiany stosunków i nie grozi stronie umowy rażącą stratą;

2) dowolne ustalenie, jakoby powód złożył w ramach przetargu zakończonym zawarciem umowy pomiędzy stronami ofertę najkorzystniejszą cenowo, podczas gdy z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wnioski takie nie wynika; przeciwnie, oferta powoda pod względem ceny plasowała się na szóstym miejscu (na siedem złożonych ofert), a zatem nie zawierała zaniżonych cen i miała charakter realistyczny - które to uchybienie miało istotny wpływ na wynik sprawy, jako że Sąd Okręgowy uznał na tej podstawie, iż powód rzekomo „ponad konieczność w kalkulowaniu ryzyka umownego przedłożył wygranie przetargu”, co miało przemawiać za obciążeniem powoda ryzykiem gospodarczym gwałtownego wzrostu cen materiałów budowlanych;

3) dowolną ocenę dowodu z dokumentu w postaci umowy o roboty budowlane z dnia 30 grudnia 2005 r. poprzez ustalenie w ramach wykładni literalnej umowy, jakoby postanowienie jej § 13, stanowiącego, że wynagrodzenie „nie podlega waloryzacji”, odnosiło się do problematyki modyfikacji wynagrodzenia na skutek nadzwyczajnej zmiany stosunków (obejmującej w szczególności gwałtowny wzrost cen materiałów budowlanych), podczas gdy określenie „waloryzacja” na gruncie języka polskiego odnosi się wyłącznie do zmiany systemu pieniężnego lub istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza - które to uchybienie miało istotny wpływ na wynik sprawy, jako że Sąd Okręgowy w jego rezultacie stwierdził, iż umowa wyłączała zastosowanie instytucji prawnych przewidzianych w art. 357¹ k.c. oraz art. 632 § 2 k.c.;

II. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 217 § 2 w związku z art. 227 w związku z art. 299 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron (z ograniczeniem tego dowodu do przesłuchania powoda), podczas gdy dowód ten, wnioskowany już w pozwie, zmierzał w szczególności do ustalenia: (i) jaki był zgodny zamiar i cel stron umowy w odniesieniu do postanowienia wyłączającego „waloryzację” wynagrodzenia powoda; (ii) czy, zważywszy na ówczesną sytuację rynkową i zmiany cen materiałów budowlanych na przestrzeni poprzednich kilkunastu lat (od początku lat 90-tych), strony miały możliwość przewidzenia gwałtownej zmiany cen tych materiałów, która nastąpiła w latach 2006-2007; (iii) jakie skutki dla sytuacji przedsiębiorstwa powoda wywoływała konieczność poniesienia nieprzewidywanych dodatkowych kosztów w kwocie brutto 1.599.477,05 zł (netto 1.494.838,37 zł), wielokrotnie przekraczającej sumę aktywów tego przedsiębiorstwa, w ramach realizacji umowy - które to uchybienie miało istotny wpływ na wynik sprawy, jako że niewyjaśnienie tych okoliczności przez Sąd Okręgowy skutkowało rozstrzygnięciem tego Sądu abstrahującym od realiów dotyczących rynku usług budowlanych, ówczesnej sytuacji rynkowej, sytuacji przedsiębiorstwa powoda, a także intencji stron i znaczenia, jakie nadawały one postanowieniom zawieranej umowy;

III. naruszenie prawa materialnego w postaci art. 65 § 2 k.c. poprzez niezastosowanie tego przepisu w ramach wykładni § 13 umowy, wyłączającego „waloryzację” wynagrodzenia powoda, i ograniczenie się do przeprowadzonej wadliwie wykładni literalnej tego postanowienia;

IV. naruszenie prawa materialnego w postaci art. 357¹ k.c. poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na uznaniu, iż nieprzewidywana przez strony gwałtowna zmiana cen niemal wszystkich materiałów budowlanych (mająca charakter niespotykany w historii rynku budowlanego w Polsce po przemianach ustrojowych), skutkująca wzrostem cen materiałów budowlanych w zakresie robót wykonywanych przez powoda w 2007 r. w stosunku do cen wynikających z umowy o ponad 23,87 % (tj. o kwotę netto 1.494.838,37 zł, brutto 1.599.477,05 zł) nie stanowiła nadzwyczajnej zmiany stosunków grożącej powodowi rażącą stratą w rozumieniu art. 357¹ k.c.;

V. ewentualnie naruszenie prawa materialnego w postaci art. 632 § 2 k.c. poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na uznaniu, iż nieprzewidywana przez strony gwałtowna zmiana cen niemal wszystkich materiałów budowlanych (mająca charakter niespotykany w historii rynku budowlanego w Polsce po przemianach ustrojowych), skutkująca wzrostem cen materiałów budowlanych w zakresie robót wykonywanych przez powoda w 2007 r. w stosunku do cen wynikających z umowy o ponad 23,87 % (tj. o kwotę netto 1.494.838,37 zł, brutto 1.599.477,05 zł) nie stanowiła zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, grożącej powodowi rażąca stratą w rozumieniu art. 632 § 2 k.c.

Ponadto w apelacji, na podstawie art. 380 k.p.c., powód zawarł wniosek o rozpoznanie przez Sąd Apelacyjny postanowienia Sądu Okręgowego oddalającego jego wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron (z ograniczeniem tego dowodu do przesłuchania powoda) i przeprowadzenie powyższego dowodu w postępowaniu apelacyjnym, na okoliczność w szczególności: (i) zgodnego celu i zamiaru stron umowy w odniesieniu do postanowienia umowy wyłączającego „waloryzację” wynagrodzenia powoda; (ii) braku możliwości przewidzenia przez strony gwałtownej zmiany cen niemal wszystkich materiałów budowlanych, która nastąpiła w latach 2006-2007, a także charakteru tej zmiany; (iii) skutków powyższego dla sytuacji przedsiębiorstwa powoda związanych z koniecznością poniesienia w ramach realizacji umowy nieprzewidzianych dodatkowych kosztów w kwocie nie mniejszej niż brutto 1.599.477,05 zł (netto 1.494.838,37 zł), wielokrotnie przekraczającej sumę aktywów przedsiębiorstwa powoda.

Pozwany (...) W. wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

Wyrokiem z dnia 21 marca 2014 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił apelację powoda (sygn. akt VI ACa 1025/13). W uzasadnieniu podano, że słuszny jest zarzut naruszenia art. 65 § 2 k.c. poprzez niezastosowanie tego przepisu w ramach wykładni § 13 umowy, i w konsekwencji błędne przyjęcie, że z użytego w umowie sformułowania, iż wynagrodzenie „nie podlega waloryzacji”, wynika wyłączenie możliwości modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy na skutek nadzwyczajnej zmiany stosunków, co skutkowało błędnym przyjęciem, że strony umownie wyłączyły zastosowanie instytucji przewidzianych w art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c. Pomimo, że artykuł 357¹ k.c. ma charakter dyspozytywny i dopuszczalne jest umowne zawężenie, wyłączenie, ale też i rozszerzenie zakresu jego zastosowania, to określenie „nie podlega waloryzacji” nie może być rozumiane jako wyłączające zastosowanie powyższej instytucji. Wskazany przepis nie jest podstawą prawną dokonywania jakichkolwiek aktów waloryzacji, taką podstawę dla dokonywania waloryzacji umownej lub sądowej stanowią bowiem przepisy art. 358¹ § 2 i 3 k.c. Natomiast art. 357¹ k.c. może być podstawą zamiany wysokości świadczenia ustalonego w umowie, która nie jest tożsama z jego waloryzacją. Sąd Okręgowy wskazał, że uwzględnienie powyższego zarzutu czyniło zbędnym przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron na wskazane w tezie dowodowej okoliczności.

Pomimo zasadności powyższego zarzutu, Sąd Apelacyjny oddalił apelację powoda, wskazując, że rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji było prawidłowe. Zdaniem Sądu odwoławczego, przepis art. 632 § 2 k.c. - wskazany przez powoda jako subsydiarna podstawa odpowiedzialności pozwanego - zawiera takie same przesłanki, co art. 357¹ k.c. odnośnie charakteru zmiany stosunków uzasadniających zmianę umowy. Zgodnie z art. 632 § 2 k.c. dopuszczalne jest podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy pod dwoma warunkami: po pierwsze - musi dojść do zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, przy czym pojęcie tej zmiany należy rozumieć jako zdarzenie o nadzwyczajnym charakterze (tak samo jak w przypadku art. 357¹ k.c.); po drugie - wykonanie dzieła (umowy o roboty budowlane) musi grozić przyjmującemu zamówienie rażąca stratą. Sąd Apelacyjny podzielił ocenę Sądu pierwszej instancji, że pierwsza z tych przesłanek nie została spełniona, albowiem podwyżka cen materiałów budowlanych w wysokości kilkunastu procent w stosunku do cen założonych przez strony w umowie, nie stanowiła zmiany nadzwyczajnej.

Według Sądu Apelacyjnego nawet przyjęcie - jak chce skarżący - że wzrost cen materiałów budowlanych w zakresie robót wykonywanych w 2007 r. w stosunku do cen wynikających z umowy wyniósł ponad 23,87 %, nie zmienia oceny, iż zmiana ta nie stanowiła zmiany nadzwyczajnej, której powód - jako profesjonalista - nie mógłby przewidzieć w

dacie zawierania umowy. Z opinii biegłego sądowego A. Ż. (1) wynika, że wzrost cen materiałów budowlanych w 2007 r. w odniesieniu do wartości materiałów wynikających z kosztorysów wyniósł 23,87%, zaś inflacja dla produkcji budowlano-montażowej według Biuletynu GUS za okres od 1 stycznia do 21 listopada 2007 r. wyniosła 7,8%. Oznacza to, że ceny materiałów budowlanych wzrosły ponad poziom inflacji o około 16%. Według Sądu odwoławczego, wzrost ten nie może być uznany za niespodziewany, czy nadzwyczajny w rozumieniu art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c.

Zdaniem Sądu odwoławczego, Sąd Okręgowy nie naruszył art. 233 § 1 k.p.c., ponieważ odmowa zakwalifikowania wzrostu cen materiałów budowlanych wskazanych w opinii biegłego sądowego jako nadzwyczajnej zmiany stosunków, nie stanowi dowolnej czy błędnej oceny dowodów, skoro nie stanowi elementu ustalenia stanu faktycznego, lecz stosowania prawa materialnego. Według Sądu Apelacyjnego, przy zachowaniu należytej staranności powód już w dacie zawierania umowy powinien mieć podpisane kontrakty na dostawy materiałów budowlanych, co do których nastąpił w 2007 r. wzrost cen. Powyższa zmiana cen mogła bowiem zostać przewidziana przed zawarciem umowy, która - ze względu na wartość kontraktu - wymagała szczególnej analizy. Choć słusznie zarzucił powód, że brak było podstaw do uznania, iż jego oferta była najniższa jeżeli chodzi o wartość kontraktu, to z opinii biegłego sądowego wynika, że była ona zaniżona w zakresie cen aż 90 materiałów (z łącznej puli 187 materiałów), albowiem ceny kosztorysowe materiałów budowlanych przyjęte przez powoda były niższe od średnich cen krajowych notowanych przez S..

Według Sądu Apelacyjnego, zmiany cen w budownictwie wynikają z istoty wolnego rynku i stanowią konsekwencję zmian między popytem a podażą (m.in. boom w budownictwie mieszkaniowym, równoległe prowadzone inwestycje drogowe). Słusznie więc przyjął Sąd Okręgowy, że zmiany cen materiałów budowlanych w 2007 r. nie były zjawiskiem nieprzewidywalnym i wyjątkowym, czy też nadzwyczajnym, i z tego względu nie ma podstaw do zmiany warunków cenowych w umowie z korzyścią dla powoda. Z pewnością powód utracił planowany zysk, ale jest to normalne ryzyko występujące w obrocie gospodarczym, zwłaszcza przy przyjęciu koncepcji wynagrodzenia ryczałtowego. Sąd odwoławczy podkreślił, że przepis art. 632 § 2 k.c. chroni przyjmującego zamówienie przed rażąco strata, z którą nie należy utożsamiać utraty dochodu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 września 1998 r., sygn. akt III CKN 621/97, OSP 1999, nr 1, s. 9).

Ponadto Sąd odwoławczy zauważył, że dla oceny roszczenia powoda znaczenie ma również fakt, iż nie zgłosił on żądania zmiany treści stosunku łączącego strony. Skoro wydając orzeczenie podstawie art. 357¹ k.c. lub art. 632 § 2 k.c. sąd może odmiennie niż w umowie oznaczyć wysokość świadczenia, podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę, takie żądanie zmiany treści stosunku prawnego powinno zostać zgłoszone. Tymczasem w niniejszej sprawie żądanie zmiany umowy nie zostało zgłoszone, zaś powód ograniczył się do żądania zapłaty kwoty stanowiącej - w jego ocenie - różnicę między wynagrodzeniem należnym a wypłaconym. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, w braku takiego wniosku rozstrzygnięcie o zmianie umowy byłoby orzeczeniem ponad żądanie i naruszyłoby art. 321 § 1 k.p.c.

Na skutek skargi kasacyjnej powoda, wyrokiem z dnia 29 października 2015 r. Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania oaz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego (sygn. akt I CSK 901/14). W uzasadnieniu uznano za nietrafny zarzut naruszenia art. 321 § 1 k.p.c., albowiem powód dostatecznie sformułował swoje żądanie, które mieści się w treści art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c. jako wskazanej podstawie prawnej orzekania. Powód domagał się bowiem zmiany przewidzianego w umowie wynagrodzenia ryczałtowego poprzez jego podwyższenie. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na to, że na tle klauzuli rebus sic stantibus w orzecznictwie formułuje się regułę, iż sąd nie jest związany wskazanym przez stronę sposobem modyfikacji stosunku obligacyjnego, zaś przedmiot sporu wynikający z żądania strony wyprowadzonego z art. 357¹ k.c. wyznacza wskazany przez powoda stosunek obligacyjny, którego modyfikacji może dokonać sąd (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2008 r., sygn. akt IV CSK 385/08, LEX nr 485916). W judykaturze przyjęto także, że zgłoszenie przez powoda samego tylko żądania zasądzenia podwyższonego świadczenia mieści w sobie także żądanie jego podwyższenia, a wytoczone powództwo o zapłatę, które odwołuje się do konieczności podwyższenia ryczałtu, zawiera w sobie implicite żądanie ukształtowania treści stosunku obligacyjnego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2013 r., sygn. akt IV CSK 568/12, OSNC-ZD 2014, nr 1, poz. 18).

Sąd Najwyższy wyjaśnił, że przepis art. 632 § 2 k.c. stanowi *lex specialis* w stosunku do ogólniejszej normy wyrażonej w art. 357¹ k.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 2012 r., sygn. akt I CSK 333/11, LEX nr 1214634). Wskazał, że nie można w pełni podzielić stanowiska Sądu Apelacyjnego o prawnej tożsamości przesłanki „nadzwyczajnej zmiany stosunków” uzasadniających zastosowanie art. 357¹ k.c. i „zmiany stosunków” w art. 632 § 2 k.c. Za zrównaniem tych pojęć nie może przemawiać założenie, że w obu tych sytuacjach chodzi o pojawienie się po zawarciu umowy zdarzeń, które nie są objęte typowym ryzykiem kontraktowym, wyznaczonym przez określony rodzaj umowy (np. umowy o roboty budowlane). Zdarzenie w postaci „nadzwyczajnej zmiany stosunków” powinno zawierać w sobie więcej elementów niezwykłości niż „zmiana stosunków”, skoro ustawodawca różnicuje terminologię. Jednocześnie inne są funkcje ogólnej (wyrażonej w art. 357¹ k.c.) i szczególnej (ujętej w art. 632 § 2 k.c.) klauzuli *rebus sic stantibus*. Jeżeli bowiem w pierwszej sytuacji chodzi o zmianę treści stosunku obligacyjnego także przy uwzględnieniu elementu słuszości (rozważenie interesów stron i zasad współżycia społecznego), to w sytuacji drugiej podstawowe znaczenie ma czynnik natury ekonomicznej, tj. zachowanie względnej, odpowiedniej równowagi pomiędzy świadczeniem niepieniężnym wykonawcy robót budowlanych i poziomem należnego mu wynagrodzenia ryczałtowego (relacja „rozmiaru lub kosztów prac” i określonego w umowie „ryczałtu”).

Według Sądu Najwyższego, w rozpoznawanej sprawie o „kosztach prac” zdecydował poziom cen materiałów, który wzrósł się w 2007 r., tj. w toku wykonywania umowy zawartej dwa lata wcześniej. Już element skali tej podwyżki (23,87%, w tym - inflacja w zakresie materiałów budowlanych 7,8%, wzrost cen ponad poziom inflacji o 16%), przedmiotowy zasięg wzrostu (zdecydowana większość materiałów budowlanych w związku z odnotowanym boorem na rynku budowlanym) oraz sam okres (tempo) wzrostu, mogłoby świadczyć o wystąpieniu istotnej zmiany stosunków w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. Doszło bowiem do wzrostu materiałów budowlanych w określonym czasie o prawie ¼ ich poziomu z chwili zawarcia umowy o roboty budowlane. Tymczasem w orzecznictwie wyrażono pogląd, że gwałtowny wzrost cen materiałów i usług budowlanych po blisko 10 - letnim okresie ich stabilizacji, może być uznany za zaistnienie sytuacji nadzwyczajnej i nieprzewidywalnej w chwili zawierania umowy (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. akt III CSK 184/08, LEX nr 479317 i z dnia 12 kwietnia 2013 r. sygn. akt IV CSK 568/12, OSNC-ZD 2014, nr 1, poz. 18).

Za nieprzekonujące uznał Sąd Najwyższy te stwierdzenia, które miałyby świadczyć o możliwości przewidywania przez powoda wzrostu cen materiałów budowlanych. Uznał, że nawet starannie kalkulujący przedsiębiorca budowlany nie zawsze jest w stanie przewidzieć nagły wzrost cen materiałów budowlanych o znacznej skali, pomimo wcześniejszych zaszłości na rynku budowlanym, nie ma bowiem powodu do sugestii, że są to przewidywalne zmiany cykliczne. Przyjmowanie zaś cen kosztorysowych niższych od średnich cen krajowych w toku procedury zamówieniowej może być brane pod uwagę przy określaniu skali „rażącej straty”, jaką ponosi wykonawca zastrzegający wynagrodzenie ryczałtowe w umowie o roboty budowlane, nie ma natomiast związku z zagadnieniem przewidywalności istotnych zmian stosunków.

Sąd Najwyższy wskazał, że za rażącą stratę w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. nie można uważać „utrąty planowanego zysku”, a także „utrąty dochodu” (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 18 września 1998 r., sygn. akt III CKN 821/97, OSP 1999, nr 1, poz. 9; z dnia 15 listopada 2006 r., sygn. akt V CSK 25/06, nie publ.; z dnia 12 kwietnia 2013 r., sygn. akt IV CSK 968/12, OSN-ZD 2014, nr 1, poz. 18). Strata ta powinna mieć charakter transakcyjny, tzn. ma być poniesiona w związku z konkretną transakcją w ramach określonego stosunku obligacyjnego (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2006 r., sygn. akt V CSK 251/06, LEX nr 278677; z dnia 3 czerwca 2005 r., sygn. akt V CSK 589/14, LEX nr 1766009). Tymczasem w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku brak jest rozważań dotyczących nie tylko przyjętych przez Sąd Apelacyjny parametrów (np. skali zysku lub dochodu powoda), ale także metodologii ustalania rażącej straty w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. przy posłużeniu się w tym względzie treścią opinii biegłego.

Według Sądu Najwyższego niezbędna byłaby tu m.in. analiza elementów ustalonego obecnie przez powoda wynagrodzenia ryczałtowego, zestawienie jej z analizą takich elementów przyjętych pierwotnie w umowie, z wyraźnym wyodrębnieniem zysku, dochodu i innych elementów pozwalających określić to, czy strata (nie szkoda) istotnie powstała, czy powstała właśnie w związku ze zmianą stosunku, czy z innych przyczyn, czy miała charakter rażącej i jak

ewentualnie liczbowo można ją wyrazić. Ciężar dowodu wykonania omawianej przesłanki dopuszczalnej modyfikacji umowy o roboty budowlane spoczywa na powodzie (art. 6 k.c.), ale Sądy meriti mogły przy określeniu rozmiaru „rażącej straty” skorzystać z art. 322 k.p.c. Przy tym, w orzecznictwie wyrażono ogólne spostrzeżenia odnośnie ujęcia „rażącej straty” w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. i sposobu jej określania, rozumiejąc stratę jako „nadwyżkę kosztów poniesionych przez przyjmującego zamówienie nad uzyskanym przez niego wynagrodzeniem za wykonanie dzieła” (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2015 r., sygn. akt V CSK 589/14, LEX nr 1766009). Ponadto, zdaniem Sądu Najwyższego, Sąd Apelacyjny nietrafnie ocenił zmianę cen materiałów budowlanych w 2007 r. jako zdarzenie, które mieściło się w ramach typowego ryzyka kontraktowego wykonawcy inwestycji i przedwcześnie stwierdził przewidywalność tej zmiany cen po stronie powoda.

W toku ponownego rozpoznania sprawy przez Sąd Apelacyjny, powód popierał apelację, zaś pozwany wnosił o jej oddalenie.

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja powoda zasługuje na uwzględnienie tylko w części.

Sąd Okręgowy dokonał częściowo prawidłowych ustaleń faktycznych i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Jednakże Sąd odwoławczy uzupełnił te ustalenia na podstawie przeprowadzonych dowodów z uzupełniających opinii biegłego sądowego mgr inż. A. Ż. (1), na okoliczność, czy powód poniósł rażącą stratę w związku z realizacją łączącej strony umowy o roboty budowlane, a jeżeli tak, to jaka była wysokość tej straty. Natomiast rozważania prawne Sądu Okręgowego są wadliwe.

Przede wszystkim wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 398²⁰ k.p.c., sąd, któremu sprawa została przekazana, związany jest wykładnią prawa dokonaną w tej sprawie przez Sąd Najwyższy. Oznacza to, że w przedmiotowej sprawie Sąd Apelacyjny związany jest dokonaną przez Sąd Najwyższy wykładnią art. 632 § 2 k.c., który ma zastosowanie w przedmiotowej sprawie.

W niniejszej sprawie ostatecznie powód domaga się zasądzenia od pozwanego na jego rzecz kwoty 1.494.838,37 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 25 kwietnia 2008 r. do dnia zapłaty. Podstawą faktyczną powództwa jest gwałtowny wzrost cen materiałów budowlanych w 2007 r., co miało spowodować, że w okresie od 1 stycznia do 21 listopada 2007 r. powód poniósł rażącą stratę. W judykaturze wyjaśniono, że za rażącą stratę w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. nie można uważać „utrąty planowanego zysku”, a także „utrąty dochodu”. Strata ta powinna mieć charakter transakcyjny, tzn. ma być poniesiona w związku z konkretną transakcją w ramach określonego stosunku obligacyjnego. Aby ustalić wysokość tej straty, postanowieniem z dnia 27 stycznia 2016 r. Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z uzupełniającej opinii biegłego sądowego mgr inż. A. Ż. (1) na okoliczność: (a) ile wynosił zysk przewidziany dla powoda w umowie o roboty budowlane z dnia 30 grudnia 2005 r. w ramach uzgodnionego wynagrodzenia ryczałtowego, a ile wynosił założony koszt materiałów, sprzętu, robocizny oraz narzuty; (b) ile wynosiłby zysk/strata powoda przy zachowaniu uzgodnionego wynagrodzenia ryczałtowego, przyjmując wzrost cen materiałów, który nastąpił w 2007 r.; (c) o ile wzrosły ceny materiałów wykorzystanych na budowie, zakupionych przez powoda w 2007 r., w ujęciu kwotowym i procentowym; (d) ile wynosiłby zysk przewidziany dla powoda przy przyjęciu podwyższonego wynagrodzenia ryczałtowego, którego domaga się powód, przy zachowaniu pozostałych parametrów (oprócz cen materiałów) na niezmiennym poziomie (k. 2463 akt).

W opinii uzupełniającej z dnia 20 kwietnia 2016 r. biegły sądowy mgr inż. A. Ż. (2) wskazał, że łącząca strony umowa o roboty budowlane była realizowana bez żadnych przeszkód przez cały rok 2006, znaczący wzrost kosztów materiałów budowlanych wystąpił dopiero w 2007 r. i spowodował powstanie straty u powoda. Z uwagi na brak szczegółowej kalkulacji kwoty umownej, nie można wskazać wysokości jej składników, tj. robocizny, materiałów, sprzętu oraz narzutów. Natomiast z analizy kosztorysów powykonawczych dotyczących realizacji budowy w 2007 r. wynika, że umowa ryczałtowa - w zakresie robót wykonywanych przez powoda w 2007 r. - zakładała: zysk w wysokości 333.621,65 zł; koszt materiałów w wysokości 3.444.481,09 zł; koszt sprzętu w wysokości 415.362,15 zł; koszt robocizny

w wysokości 1.077.555,06 zł; narzuty w wysokości 949.895,99 zł. Ponieważ umowna ryczałtowa wartość robót, jaką powód miał wykonać w 2007 r., wynosiła 6.261.562,23 zł, zaś wartość materiałów, robocizny, sprzętu wraz z narzutami wyniosła w 2007 r. 7.347.768,35 zł - strata powoda wyniosłaby 1.086.206,12 zł. Ceny materiałów wykorzystanych na budowie, zakupionych przez powoda w 2007 r., wzrosły o 1.460.474,06 zł (do kwoty 4.904.955,15 zł), co w stosunku do ceny materiałów wynikającej z umowy ryczałtowej wynoszącej 3.444.481,09 zł, stanowi wzrost o 142,40 % (k. 2473 i nast. akt).

W piśmie procesowym z dnia 2 czerwca 2016 r. pozwany zgłosił uwagi do powyższej opinii, zarzucając wadliwe oparcie się przez biegłego sądowego na kosztorysach powykonawczych, w których powód zawyżył koszty robocizny, materiałów i sprzętu w stosunku do kalkulacji kwoty umownej wynikającej z kosztorysów ofertowych, a także wadliwe przyjęcie przez biegłego cen średnich materiałów, pomimo że ceny ofertowe powoda były niższe cen średnich. Pozwany zasugerował przyjęcie cen materiałów z przygotowanego przez powoda kosztorysu ofertowego na roboty zamienne z czerwca 2007 r. (k. 2527 akt). Natomiast powód nie kwestionował powyższej opinii (k. 2665 akt).

W stanowisku z dnia 5 sierpnia 2016 r. biegły sądowy mgr inż. A. Ż. (2) ustosunkował się do zarzutów pozwanego, wskazując, że przyjęcie szczegółowej kalkulacji kwoty umownej było niemożliwe, bo kosztorysy ofertowe są scalone i we wszystkich pozycjach jest tylko jedna scalona kwota, bez rozbicia na robociznę, materiał, sprzęt, narzuty, zysk. Wyjaśnił, że wobec braku danych dotyczących faktycznie poniesionych kosztów, ceny materiałów stosowane przez powoda porównał z wysokością średnich cen rynkowych w 2007 r., opublikowanych w wydawnictwie (...) (k. 2677 i nast. akt). Natomiast przesłuchany na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2016 r. biegły sądowy wyjaśnił, że nie jest łatwe ustalenie wysokości zysku w umówionym wynagrodzeniu ryczałtowym, ponieważ umowa została zawarta na podstawie kosztorysu ofertowego, gdzie cena w każdej pozycji została oznaczona jedną kwotą. Aby określić zysk, należałoby dla każdej pozycji opracować kosztorys szczegółowy, ale powód już nie ma takiego kosztorysu ofertowego. Natomiast kosztorysy powykonawcze były robione jako kosztorysy szczegółowe i dotyczyły tylko robót wykonanych przez powoda w 2007 r., nie obejmując 2006 r. Jest możliwe określenie wartości robót zafakturowanych na dzień 31 grudnia 2006 r., na tej podstawie można określić procent robót wykonanych w 2006 r., ale zysku za ten okres nie da się określić. Zysk był umowny, ale nie wyszczególniono go w umowie.

Według biegłego sądowego powód w 2007 r. miał wykonać roboty o wartości 6.261.562,23 zł, natomiast wartość tych robót przeceniona z uwzględnieniem cen materiałów z 2007 r. to 7.347.768,35 zł, więc wzrost cen materiałów w 2007 r. obejmował kwotę 1.086.206,65 zł. Natomiast kalkulowany zysk za 2007 r. wynosił 333.621,65 zł. Według biegłego strata powoda to różnica między tymi dwoma kwotami, przy czym należałoby jeszcze odjąć zysk za 2006 r., który można oszacować na podstawie zysku uzyskanego za 2007 r., odnosząc go proporcjonalnie do 2006 r. Biegły wyjaśnił ponadto, że w 2007 r. ceny materiałów wzrosły o 42,4 %, podczas gdy w poprzednich latach wzrosty te wynosiły nie więcej niż 10 %. Biegły nie potrafił powiedzieć, jaka część tego wzrostu mieściła się w ryzyku ryczałtowym, lecz kiedyś przyjmowano, że jest to 3-5 % (k. 2683 i nast. akt).

Na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2016 r. pozwany wnosił o zobowiązanie biegłego do sporządzenia uzupełniającej opinii celem ustalenia szacowanego zysku powoda z umowy za roboty zrealizowane w 2006 r. (k. 2685 akt). W piśmie procesowym z dnia 16 września 2016 r. pozwany zarzucił powodowi zawyżenie w kosztorysach powykonawczych cen jednostkowych nie zawierających cen materiałów i wnosił o zobowiązanie biegłego do dokonania analizy wszystkich pozycji kosztorysowych niezawierających materiałów i porównania ich do kosztorysów ofertowych, a następnie ustalenia wskaźnika zawyżenia kosztów i dokonania korekty kosztorysów powykonawczych. W ocenie pozwanego, umożliwi to skorygowanie o ten wskaźnik wszystkich pozostałych pozycji, także obejmujących materiały. Ponadto ponowił zarzut zaniżenia przez powoda wartości kosztorysów ofertowych w stosunku do cen średnich i wskazał na potrzebę określenia współczynnika zawyżenia cen, celem uwzględnienia go przy określaniu straty (k. 2699 i nast. akt).

W opinii uzupełniającej z dnia 5 stycznia 2017 r. biegły sądowy mgr inż. A. Ż. (2) wskazał, że szacunkowy zysk uzyskany przez powoda w 2006 r. wyniósł 94.735,33 zł. Ponadto, zdaniem biegłego, powód nie zawyżył cen jednostkowych robocizny i materiałów w kosztorysach powykonawczych. Nie można również wskaźnikami objąć wszystkich pozycji kosztorysu, bo doprowadzi to do wypaczenia cen (k. 2982 i nast. akt).

W piśmie procesowym z dnia 20 marca 2017 r. pozwany zakwestionował powyższą opinię biegłego sądowego, wskazując, że różnicę między kosztorysem powykonawczym a kosztorysem ofertowym obliczoną przez biegłego w opinii z dnia 10 maja 2011 r. na kwotę 1.494.838,38 zł netto, należało obniżyć o 11,98 % (tj. procentową różnicę między kwotami 9.652.236,38 zł według kosztorysów inwestorskich a 8.619.592,88 zł według kosztorysów ofertowych), bo ceny według oferty były niższe od cen z kosztorysu inwestorskiego. W opinii uzupełniającej z dnia 20 kwietnia 2016 r. biegły wskazał, że wzrost wartości w kosztorysach powykonawczych wynika ze wzrostu cen materiałów, tymczasem zawyżone zostały ceny sprzętu i robocizny. Natomiast w opinii uzupełniającej z dnia 5 stycznia 2017 r. biegły nie odniósł się do tych zarzutów (k. 3018 i nast. akt).

Przesłuchany na rozprawie w dniu 22 marca 2017 r. biegły sądowy wyjaśnił, że oszacował zysk za 2006 r. w wysokości 94.735,33 zł netto, przy czym nie ma danych co do tego, jaki był to procent wartości umowy, bo w ofercie nie były wyodrębnione poszczególne składniki. Zdaniem biegłego, jeżeli od kwoty 1.086.206,12 zł odjąć zysk za 2006 r. w wysokości 94.735,33 zł, to otrzymamy stratę szacunkową powoda, tj. jest to kwota nie obejmująca zysku, jakiego powód spodziewał się. Są to kwoty wydatkowane przez powoda lub jego zobowiązania, nawet gdy nie zostały przez niego pokryte, które są wyższe, niż miały być na podstawie umowy. Zdaniem biegłego wprowadzenie różnicy procentowej odnoszącej się do cen średnich byłoby nieprawidłowe. Natomiast powód oświadczył, że z umowy spodziewał się zysku w granicach 3-3,5 % jej wartości i tak skalkulował swoją ofertę (k. 3023 i nast. akt). Pozwany wniósł o zobowiązanie biegłego do sporządzenia opinii uzupełniającej na okoliczność ustalenia współczynnika określającego stosunek wartości kosztorysów ofertowych powoda w stosunku do średnich cen rynkowych.

W opinii uzupełniającej z dnia 29 maja 2017 r. biegły sądowy mgr inż. A. Ż. (2) wskazał, że kosztorysy inwestorskie nie są kosztorysami szczegółowymi (oprócz kosztorysów dotyczących budynków C i D oraz instalacji elektrycznych i oświetlenia terenu), więc wskazane w nich ceny jednostkowe nie są rozbite na ceny robocizny, materiałów i sprzętu. Natomiast kosztorysy szczegółowe zostały sporządzone w oparciu o ceny materiałów z II kwartału 2005 r. Współczynnik określający relację cen z kosztorysów ofertowych do cen z kosztorysów inwestorskich różni się dla poszczególnych rodzajów robót (od 1,8500 do 0,3219) i wynosi średnio 0,8887. Oznacza to, że powód w 2005 r. łączną wartość robót wycenił poniżej średnich cen krajowych materiałów o 11,13 % (k. 3032 i nast. akt).

W piśmie procesowym z dnia 12 lipca 2017 r. pozwany nie kwestionował opinii uzupełniającej biegłego, lecz nawiązując do jej treści wniósł o obliczenie straty powoda z uwzględnieniem współczynnika 0,8887. Ponadto ponownie podniósł zarzut zawyżenia w kosztorysach powykonawczych cen pracy sprzętu. W ocenie pozwanego rzeczywistą stratą powoda wynikającą ze wzrostu cen materiałów w 2007 r. stanowi kwota 455.776,59 zł (k. 3068 i nast. akt).

W stanowisku z dnia 2 września 2017 r. biegły sądowy mgr inż. A. Ż. (2) ustosunkował się do zarzutów pozwanego, wskazując, że ceny materiałów zostały zaniżone przez powoda w kosztorysach ofertowych o 11,13 % w stosunku do cen średnich. Bez znaczenia jest zawyżenie w kosztorysach powykonawczych cen robocizny, ponieważ spór dotyczy cen materiałów. Narzuty w kosztorysach inwestorskich były naliczane w wysokości 5 % do łącznych kosztów robocizny, materiałów i sprzętu. Według biegłego wadliwe byłoby zastosowanie współczynnika 0,8887 do przeliczenia wartości kosztorysowej inwestycji, ponieważ stosunek wartości kosztorysu inwestorskiego do wartości kosztorysu ofertowego nie może stanowić podstawy do przeliczania wartości kosztorysowej robót z poziomu cen z 2005 r. na poziom cen z 2006 r. Ponadto biegły podkreślił, że równoległe ze wzrostem cen materiałów wzrosły ceny sprzętu (k. 3084 i nast. akt).

Przesłuchany na rozprawie w dniu 27 listopada 2017 r. biegły sądowy wyjaśnił, że wprawdzie obliczył, że powód w kosztorysie ofertowym zastosował ceny materiałów poniżej średniej cen krajowych o 11,13 %, lecz porównywane ceny są z kosztorysu robót budowlanych, a nie dotyczą robót instalacyjnych, sanitarnych, elektrycznych i drogowych. Przy tym, nie można założyć, że taki sam jest udział procentowy tego zaniżenia w całym zakresie robót, stąd wskaźnik ten nie pozwala na korektę wcześniej ustalonej straty. Jeżeli nastąpił ruch cen materiałów budowlanych, to miało to wpływ na zmianę cen sprzętu, bo jest to wzajemnie powiązane. Natomiast robocizną powód powinien utrzymać w tej samej wysokości (k. 3118 i nast. akt).

W ocenie Sądu Apelacyjnego opinia biegłego sądowego mgr inż. A. Ż. (1), wraz z kolejnymi opiniami uzupełniającymi, jest spójna, wyczerpująca i fachowa. W kolejnych opiniach uzupełniających pisemnych oraz ustnych biegły wnikliwie wyjaśnił metodologię oszacowania straty powoda i ustosunkował się do wątpliwości zgłaszanych przez pozwanego. W szczególności wskazał, że z uwagi na brak kosztorysów inwestorskich sporządzonych metodą szczegółową nie było możliwe precyzyjne ustalenie wysokości planowanego zysku powoda, a także określenie współczynnika relacji cen z kosztorysów ofertowych do cen z kosztorysów inwestorskich dla pełnego zakresu robót budowlanych. W sytuacji, gdy określony na 0,8887 średni współczynnik zniżenia cen dotyczy jedynie robót budowlanych, a nie dotyczy innych rodzajów robót, przy czym udział tych innych robót w całości prac objętych umową nie jest znany, nieprawidłowe byłoby zastosowanie powyższego wskaźnika do korekty wartości całego kosztorysu (na co wskazał biegły sądowy).

Na podstawie opinii biegłego sądowego, Sąd odwoławczy ustalił, że strata powoda wyniosła 991.470,79 zł netto. Według biegłego strata powoda to różnica między kwotą 1.494.838,37 zł netto (stanowiącą wzrost wartości kosztorysowej robót wynikający wyłącznie z wzrostu cen materiałów w 2007 r.) a kwotą 333.621,65 zł netto (stanowiącą kalkulowany zysk za 2007 r.) i kwotą 94.735,33 zł netto (stanowiącą szacowany zysk za 2006 r.). Biegły wyjaśnił ponadto, że w 2007 r. ceny materiałów wzrosły o 42,4 %, podczas gdy w poprzednich latach wzrosty te wynosiły nie więcej niż 10 %. Sąd Apelacyjny podziela wyrażony w orzecznictwie pogląd, że gwałtowny wzrost cen materiałów i usług budowlanych po blisko 10 - letnim okresie ich stabilizacji, może być uznany za zaistnienie sytuacji nadzwyczajnej i nieprzewidywalnej w chwili zawierania umowy. Dlatego Sąd odwoławczy przyjął, że w niniejszej sprawie miała miejsce „zmiana stosunków” której nie można było przewidzieć, o której mowa w art. 632 § 2 k.c., zaś powód poniósł „rażącą stratę” transakcyjną, a więc spełnione zostały przesłanki podwyższenia umówionego ryczału.

W judykaturze wyjaśniono, że owa „rażąca strata”, nie musi być stratą, która zachwiałaby kondycją finansową wykonawcy bądź groziłaby mu upadłością, wystarczy zwykła rażąca strata transakcyjna. Za nadzwyczajną zmianę stosunków należy zatem uznać taką, która niweczy kalkulację dokonywaną przez wykonawcę z uwzględnieniem zwykłego ryzyka kontraktowego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2013 r., sygn. akt V CSK 2/13, LEX nr 1438655). Wskazuje się również, że w art. 632 § 2 k.c. nie chodzi o utratę spodziewanego dochodu, ale o poniesienie „rażącej straty” w ramach konkretnego stosunku prawnego, wyznaczonego zawartą umową o dzieło. Ogólny stan prowadzonego przez wykonawcę przedsiębiorstwa może mieć znaczenie pośrednie o tyle, że ustalając rozmiary poniesionej straty nie można tego czynić wyłącznie w kategoriach zobiektywizowanych, oderwanych od rozmiarów prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Jest bowiem rzeczą zrozumiałą, że ta sama kwota straty może nie mieć znaczenia dla dużego przedsiębiorcy, dla małego zaś być stratą „rażącą”, o jakiej mowa w art. 632 § 2 k.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2006 r., sygn. akt V CSK 251/06, LEX nr 278677).

Modyfikując treść łączącej strony umowy na podstawie art. 632 § 2 k.c., Sąd Apelacyjny podwyższył należny powodowi ryczałt o kwotę 495.735,40 zł netto, stanowiącą 50 % poniesionej przez niego straty w kwocie 991.470,79 zł netto. Sąd odwoławczy doszedł bowiem do przekonania, że zawierając umowę o roboty budowlane obejmującą okres dwuletni, obie strony podjęły ryzyko gospodarcze związane z możliwością zmian uwarunkowań rynkowych, w tym zmian cen spowodowanych różnymi czynnikami. Ponieważ częściowo zmiany cen są naturalną konsekwencją funkcjonowania rynku, w ocenie Sądu Apelacyjnego zakres podwyższenia należnego powodowi ryczału powinien uwzględniać sytuację obu stron umowy, zaś powodowi kompensować część (połowę) poniesionej przez niego straty. Jest bowiem wiadome, że także pozwanego zaskoczyła „zmiana stosunków”, której nie można było przewidzieć, co skutkuje obowiązkiem poniesienia przez niego dodatkowych kosztów wzniesienia budynków, których nie planował. Obciążenie pozwanego całością skutków powyższej zmiany byłoby niezgodne z zasadami współżycia społecznego (art. 5 k.c.), albowiem gminy mają obowiązek tworzenia i utrzymywania ze środków publicznych gminnego zasobu mieszkaniowego, który służy zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych ich mieszkańców. W tej sytuacji skutki wzrostu cen materiałów budowlanych w 2007 r. powinny być rozłożone w tym samym zakresie na obie strony kontraktu.

Podstawą orzeczenia Sądu Apelacyjnego były art. 385 i art. 386 § 1 k.p.c. O kosztach procesu orzeczono na zasadzie art. 100 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c. - rozstrzygając o stosunkowym rozdzieleniu kosztów procesu i pozostawiając

referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w Warszawie szczegółowe rozliczenie kosztów w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym.