

Sygn. akt X GC 489/13

(X GC 492/13)

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 29 kwietnia 2014 r.**

**Sąd Okręgowy w Gliwicach, X Wydział Gospodarczy**

w składzie

**Przewodniczący** SSO Katarzyna Żymełka

Protokolant Agnieszka Demucha

po rozpoznaniu w dniu 18 kwietnia 2014 r. w Gliwicach

na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Usługowo – Handlowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. przeciwko Gminie W.

o zapłatę

i w sprawie połączonej do wspólnego rozpoznania

z powództwa Przedsiębiorstwa Usługowo – Handlowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. przeciwko Gminie W.

o zapłatę

#### **z powództwa głównego**

1) oddała powództwo;

2) zasądza od powódki na rzecz pozwanej kwotę 3.600 (trzy tysiące sześćset) zł tytułem kosztów procesu.

#### **z powództwa połączonego do wspólnego rozpoznania**

1) oddała powództwo;

2) zasądza od powódki na rzecz pozwanej kwotę 3.600 (trzy tysiące sześćset) zł tytułem kosztów procesu.

/-/ Katarzyna Żymełka

Sygn. akt X GC 489/13

X GC 492/13

## UZASADNIENIE

Powódka Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. w pozwie wniesionym przeciwko Gminie W. domagała się podwyższenia swojego wynagrodzenia wynikającego z umowy nr (...)

z dnia 5 lipca 2010 r. o kwotę brutto 93.287,15 zł z tytułu nadzwyczajnego i nieprzewidywalnego wzrostu cen oleju napędowego oraz o zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu podniosła, że strony zawarły w trybie przetargu nieograniczonego, umowę nr (...) z dnia 5 lipca 2010 r. Przedmiotem umowy było wykonanie robót budowlanych polegających na „Budowie kanalizacji sanitarnej i oczyszczalni ścieków w W.” część 1 zamówienia „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami dla miejscowości W.”.

Strony ustaliły wynagrodzenie na podstawie cen jednostkowych kosztorysu ofertowego powódki oraz ilości faktycznie wykonanych robót potwierdzonych i zatwierdzonych przez zamawiającego. W związku z ustawową zmianą wysokości podatku od towarów i usług, który to podatek od dnia

1 stycznia 2011 r. wynosi 23%, aneksem nr (...) do umowy zawartym w dniu 31 marca 2011 r., została zmieniona wysokość wynagrodzenia na kwotę brutto 9.188.366,63 zł, w tym podatek VAT w kwocie 1.709.869,84 zł.

Powódka wykonała przedmiot umowy terminowo i należyście. W dniu 17 grudnia 2012 r. pozwana dokonała odbioru końcowego robót i sporządziła protokół z przejścia robót. Rozliczenie końcowe stron dokonane na podstawie kosztorysu zamiennego i powykonawczego za rzeczywiście wykonany i odebrany zakres robót wykazało wynagrodzenie powódki na kwotę brutto 9.301.872,02 zł, w tym podatek VAT w kwocie 1.731.094,43 zł. W dniu 17 grudnia 2012 r. powódka wystawiła końcową fakturę VAT, która została terminowo zapłacona przez pozwaną w dniu 28 grudnia 2012 r.

Powódka podniosła, że w trakcie wykonywania przedmiotu umowy doszło do nadzwyczajnej i niespodziewanej zmiany sytuacji na rynku oleju napędowego i mas bitumicznych. W związku ze zmianą warunków ekonomicznych na rynku produktów kluczowych dla realizacji umowy, których jako wykonawca przy kalkulacji oferty nawet przy dochowaniu należytej staranności związanej

z profesjonalnym charakterem świadczonych usług powódka nie była w stanie przewidzieć, w ocenie powódki uznać należy, że okoliczności te spowodowały wystąpienie rażącej straty pod stronie powódki. Powódka wyjaśniła, że skalkulowany przez nią zysk na poziomie rynkowym, tj. ok. 5% miał wynosić 378.538,88 zł i zysk ten nie został osiągnięty, albowiem koszty dodatkowe jakie poniosła powódka

w związku ze wzrostem cen olejów napędowych oraz bitumów wyniosły kwotę 406.926,92 zł netto, czyli zysk kalkulowany dla tego zadania inwestycyjnego nie pokrył nawet poniesionych kosztów dodatkowych.

Powódka podkreśliła, że na etapie składania oferty, tj. na dzień 10 czerwca 2010 r., dokonując kalkulacji cen jednostkowych stanowiących podstawę ustalenia wynagrodzenia kosztorysowego, nie była w stanie przewidzieć tak nadzwyczajnego i niespodziewanego, a zarazem gwałtownego

i znacznego wzrostu cen oleju napędowego i mas bitumicznych, jaki został odnotowany na przestrzeni lat 2010-2012. O ile bowiem w miesiącu czerwcu 2010 r. ceny kształtowały się na poziomie ok. 3,36 zł/litr oleju napędowego, to już w okresie styczeń-wrzesień 2012 r. osiągnęły poziom 4,56-4,48 zł/litr. Istotnym czynnikiem niezależnym od powódki, a wpływającym istotnie na poziom cen materiałów niezbędnych do realizacji umowy był wzrost stawki podatku akcyzowego obciążającego obrót paliwami, w tym olejem napędowym.

Powyższe spowodowało znaczny wzrost kosztów, a w konsekwencji doprowadziło do całkowitej utraty kalkulowanego przez powódkę zysku powodując dodatkowo poniesienie również rażącej straty finansowej w kwocie 614.818,76 zł.

Powódka wyjaśniła, że wartość jej całkowitego roszczenia względem pozwanej w zakresie nadzwyczajnego wzrostu cen oleju napędowego wynosi kwotę netto 198.034,32 zł. Niniejszym pozwem powódka dochodzi jedynie kwoty netto 75.843,21 zł, brutto 93.287,15 zł licząc od najpóźniej zakupionego oleju napędowego, to jest za miesiące od czerwca do grudnia 2012 r.

Pozwana w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powódki na jej rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwana wskazała, że okoliczności stanu faktycznego nie są sporne między stronami, a istota sporu sprowadza się do oceny prawnej, czy w przypadku, gdy strony zawarły umowę w zamówieniu publicznym, obie wykonały tę umowę w pełni i dokonały jej rozliczenia, skutkiem czego umowa jako wykonana wygasła, możliwe jest uwzględnienie późniejszego żądania podwyższenia ustalonego, rozliczonego i wypłaconego wynagrodzenia umownego.

Odnosnie do powyższego pozwana w pierwszej kolejności podniosła, że z brzmienia art.357<sup>1</sup> k.c., jak i z ugruntowanego orzecnictwa sądowego wynika, że kształtować można tylko coś co istnieje. Sąd może więc ingerować tylko w treść istniejącego stosunku zobowiązaniowego, czyli może zmienić sposób wykonania, wysokość wynagrodzenia lub orzec o rozwiązaniu umowy tylko wtedy gdy umowa trwa. Przepis ten nie może stanowić podstawy ingerencji Sądu w treść stosunku zobowiązaniowego, który wygasł, np. w skutek jego wykonania, co zaś występuje w niniejszej sprawie.

Dalej pozwana podniosła, że strony dokonywała zmian do przedmiotowej umowy, stosownie do obowiązujących przepisów prawnych, w tym w szczególności aneksem nr (...) zawartym w dniu 31 marca 2011 r. dokonały zmiany wynagrodzenia umownego, w związku ze wzrostem stawki podatku VAT na 23%, kierując się w szczególności orzecnictwem sądowym i poglądami doktryny w tej materii. Pozwana podkreśliła, że w ciągu całego czasu obowiązywania umowy powódka nie zgłaszała innych żądań w zakresie zwiększenia wynagrodzenia umownego, poza dotyczącymi stawki VAT od wynagrodzenia umownego i dopiero po zakończeniu stosunku umownego takie roszczenia sformułowała wobec pozwanej. Tymczasem cena paliw zaczęła rosnąć już w 2011 r. i wtedy to właśnie powódka miała podjąć właściwe kroki prawne w celu zmiany wynagrodzenia lub rozwiązania przedmiotowej umowy. Nadto, SIWZ nie przewidywała możliwości wprowadzenia zmian umownych w zakresie wynagrodzenia umownego co do stawek zaoferowanych w ofercie wykonawcy.

Następnie pozwana podniosła, że wzrost cen olejów napędowych nie stanowi nadzwyczajnej zmiany stosunków, lecz mieści się w typowym ryzyku umownym, jakie ponoszą strony zawierające każdy kontrakt, a szczególnie taki, który będzie realizowany w dłuższym przeciągu czasowym. Zmiany cen to stały element gospodarki, a w aktualnych realiach gospodarczych trudno uznać je za sytuację nadzwyczajną.

Odnosnie do podnoszonej przez powódkę rażącej straty pozwana wskazała, że przedmiotem łączącej strony umowy były roboty budowlane polegające na budowie sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami dla miejscowości W.. Dla realizacja zadania niezbędna była praca sprzętu wykorzystującego olej napędowy. Z żadnych dokumentów dostarczonych przez powódkę, ani też dostępnych u pozwanej, nie sposób ustalić jaki, procentowy udział stanowią koszty paliwa, w ogólnych kosztach pracy sprzętu. Z kosztorysu zamiennego wynika, że koszty pracy sprzętu nie zostały odrębnie rozliczone, ponieważ mieszczą się one w faktycznie wykonanych robotach pomnożonych przez cenę jednostkową dla poszczególnych asortymentów tych robót wynikającą z oferty powódki. Pozwana zwróciła uwagę, że na stawki pracy sprzętu składają się także inne elementy niż koszt paliwa, takie jak m.in. amortyzacja, koszty warsztatowe, koszty operatora, ogumienia, eksploatacji, które nie są zależne od kosztów paliwa. To powódka winna była określić kiedy, gdzie, ile godzin i jaki sprzęt pracował przy realizacji inwestycji i jaki z tym związany był koszt paliwa biorąc pod uwagę normy zużycia właściwe dla takiego sprzętu. Powódka tymczasem nie wykazuje nawet na jakiej podstawie i w oparciu o jakie dokumenty wyliczyła wielkość pobranego oleju. Pozwana zwróciła uwagę, że wyliczyła stosunek ilości paliwa, zużytego przez powódkę według jej danych, do wartości wykonanych prac w poszczególnych latach i wynika z tych obliczeń, że stosunek ten nie jest równomierny i w sposób nieuzasadniony rośnie w 2011 i 2012, a przecież sprzęt był wykorzystywany na każdym etapie inwestycji w takim samym zakresie. Największy wzrost cen dotyczył spycharki gąsienicowej 74 KW, która na przedmiotowej inwestycji nie była wykorzystywana, podobnie jak ciągnik gąsienicowy. Nadto, z zestawienia składników wartości kosztorysowej załączonego przez powódkę do oferty w postępowaniu przetargowym wynika, że wskaźnik zysku określony został przez powódkę na 12%, tym samym zakładana kwota zysku to wartość 1.116.224,60 zł. Uzasadnione jest więc twierdzenie, że kwota objęta pozwem, nawet gdyby uznać ją za realną stanowi jedynie, w odniesieniu do wartości zysku niewielki odsetek i w żadnej mierze stratę w takiej wysokości nie można uznać za rażącą.

Nadto, pozwana podniosła, że załączone do pozwu zestawienie faktur zakupu oleju napędowego oraz wirtualne wyliczenie wielkości zużytego oleju napędowego nie może stanowić dowodu, że w takiej ilości olej rzeczywiście został zakupiony dla potrzeb realizacji inwestycji u pozwanej.

Pozwana podniosła również, że w ogłoszonym przez pozwaną przetargu na realizację przedmiotowego zadania wpłynęło 8 ofert i aż 7 było wyższych w różnej skali od oferty powódki. Świadczy to, iż powódka dla zapewnienia swojej konkurencyjności za wszelką cenę, nie przewidziała stosownego ryzyka handlowego, źle skalkulowała ceny materiałów niezbędnych do realizacji zadania, a ponadto założyła zysk na zbyt niskim poziomie, skoro zdaniem powódki poniosła stratę.

Powyższa sprawa została zadekretowana pod sygn. akt X GC 489/13.

W kolejnym pozwie wniesionym przez powódkę przeciwko pozwanej powódka wniosła o podwyższenie swojego wynagrodzenia wynikającego z umowy nr (...) z dnia 5 lipca 2010 r. o kwotę brutto 94.505,40 zł z tytułu nadzwyczajnego i nieprzewidywalnego wzrostu cen mas bitumicznych oraz o zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu powódka przywołała tożsame okoliczności faktyczne jak wyżej, z tym że roszczenie powódki wynikało ze wzrostu cen mas bitumicznych. Powódka wyjaśniła, że o ile w miesiącu czerwcu 2010 r. ceny kształtowały się na poziomie około 1.540 zł/tonę, to już w okresie styczeń – wrzesień 2012 r. osiągnęły poziom 2.425 – 2.299 zł/tonę. Powódka wyjaśniła także, że wartość jej całkowitego roszczenia względem pozwanej w zakresie nadzwyczajnego wzrostu cen mas bitumicznych wynosi kwotę netto 208.892,60 zł. Jednakże niniejszym pozwem powódka dochodzi jedynie kwoty 76.833,66 zł netto, 94.505,40 zł brutto, licząc od najpóźniej zakupionych asfaltów (bitumów) do produkcji mas bitumicznych, to jest za miesiące październik i listopad 2012 r.

Pozwana w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powódki na jej rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwana podniosła tożsame okoliczności jak w odpowiedzi na pozew złożonej do sprawy o sygn. akt X GC 489/13.

Dodatkowo pozwana podniosła, iż odtworzenie fragmentów dróg było jedynie jednym z elementów robót jakie miała wykonać powódka. Udział procentowy robót na drogach w wartości całego zadania wyniósł 21,05%. Na wartość tych robót składają się wszelkie koszty, w tym m.in. koszty mieszanki mineralno – asfaltowej, która jedynie w kilku procentach składa się z mas bitumicznych, zwanych ogólnie asfaltem lub lepiszczem. Z dokumentacji zawierającej atesty, dostarczone przez powódkę, wynika, że składnik ten wynosi maksymalnie 5,4% mieszanki mineralno – asfaltowej.

Z dokonanych wyliczeń wynika, że koszty mieszanki mineralno – asfaltowej wzrosły jedynie o 11.357,44 zł. Zatem, przy uwzględnieniu zakładanego przez powódkę zysku na poziomie 465.602,80 zł brutto, powyższe koszty nie stanowią rażącej straty, nieobjętej typowym ryzykiem gospodarczym.

Powyższa sprawa została zadekretowana pod sygn. akt X GC 492/13.

Zarządzeniem z dnia 21 stycznia 2014 r. połączono sprawę o sygn. akt X GC 492/13 do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia ze sprawę o sygn. akt X GC 489/13 i postanowiono dalej prowadzić ww. sprawy pod sygn. akt X GC 489/13.

### **Sąd ustalił, co następuje:**

Powódka Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe (...) + Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. zawarła z pozwaną Gminą W., w trybie przetargu nieograniczonego, umowę nr (...) z dnia 5 lipca 2010 r.

Przedmiotem umowy było wykonanie robót budowlanych polegających na „Budowie kanalizacji sanitarnej i oczyszczalni ścieków w W.” część 1 zamówienia „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami dla miejscowości W.”.

Strony ustaliły wynagrodzenie na podstawie cen jednostkowych kosztorysu ofertowego powódki oraz ilości faktycznie wykonanych robót potwierdzonych i zatwierdzonych przez zamawiającego.

Wynagrodzenie powódki ustalono umową na kwotę brutto 9.123.766,08 zł, w tym podatek VAT w kwocie 1.645.269,28 zł.

Zgodnie z umową rozliczenie końcowe stron miało nastąpić na podstawie kosztorysu zamiennego i powykonawczego za rzeczywiście wykonane i odebrany zakres robót.

Strony ustaliły termin końcowy wykonania przedmiotu umowy na dzień 10 grudnia 2012 r.

W związku z ustawową zmianą wysokości podatku od towarów i usług, który to podatek od dnia 1 stycznia 2011 r. wynosi 23%, aneksem nr (...) do umowy zawartym w dniu 31 marca 2011 r., została zmieniona wysokość wynagrodzenia powódki na kwotę brutto 9.188.366,63 zł, w tym podatek VAT w kwocie 1.709.869,84 zł.

Powódka założyła w ofercie zysk w wysokości 12% kwoty podanej w ofercie.

(dowód: oferta powódki k. 17-169, k. 17-169 akt o sygn. X GC 492/13, umowa k. 170-177, k. 170-177 akt o sygn. X GC 492/13, aneks nr (...) do umowy k. 178, 589, k. 178, 650 akt o sygn. X GC 492/13, wyciąg z SIWZ k. 590-592, k. 651-653 akt o sygn. X GC 492/13, zeznania J. K., prezesa zarządu powódki, czas nagrania 00:22:31-01:44:01 protokołu z rozprawy z dnia 18 kwietnia 2014 r.)

Powódka wykonała przedmiot umowy terminowo i należycie.

W dniu 17 grudnia 2012 r. pozwana dokonała odbioru końcowego robót i sporządziła protokół z przejęcia robót.

Rozliczenie końcowe stron dokonane na podstawie kosztorysu zamiennego i powykonawczego za rzeczywiście wykonane i odebrany zakres robót wykazało wynagrodzenie powódki na kwotę brutto 9.301.872,02 zł, w tym podatek VAT w kwocie 1.731.094,43 zł.

W dniu 17 grudnia 2012 r. powódka wystawiła końcową fakturę VAT, która została terminowo zapłacona przez pozwaną w dniu 28 grudnia 2012 r.

(dowód: kosztorys zamienny i powykonawczy k. 181-236, k. 181-236 akt o sygn. X GC 492/13, protokół z dnia 17 grudnia 2012 r. k. 179-180, 237-239, k. 179-180, 237-239 akt o sygn. X GC 492/13, potwierdzenie przelewu wraz z fakturą i protokołem technicznym wykonanych robót k. 584-588, k. 647-649 akt o sygn. X GC 492/13, zeznania J. K., prezesa zarządu powódki, czas nagrania 00:22:31-01:44:01 protokołu z rozprawy z dnia 18 kwietnia 2014 r.)

W okresie realizacji przedmiotu umowy powódka nabywała w zakresie niezbędnym dla należytego jej wykonania materiały, w tym olej napędowy oraz bitumy.

W 2011 oraz 2012 r. doszło do wzrostu cen oleju napędowego oraz masy bitumicznej.

W piśmie z dnia 29 grudnia 2012 r. powódka skierowała do pozwanej roszczenie w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia poprzez jego podwyższenie w związku z nadzwyczajną i niespodziewaną zmianą sytuacji na rynku oleju napędowego i mas bitumicznych, które stanowiły podstawowe produkty wykorzystywane w celu realizacji przedmiotu łączącej strony umowy.

Ww. pismo zostało doręczone pozwanej w dniu 4 stycznia 2013 r.

Podwyższenie wynagrodzenia miało nastąpić o kwotę łączną netto 329.747,24 zł.

Wraz z powyższym pismem powódka przekazała pozwanej notę księgową nr (...) datowaną na 31 grudnia 2012 r.

W piśmie z dnia 9 stycznia 2013 r. pozwana odmówiła uznania roszczenia powódki.

W związku z ostatecznym podliczeniem roszczenia powódki, związanym z ponowną analizą sprawy, powódka stwierdziła, że pierwotne wyliczenie obarczone było omyłką rachunkową. Po wyeliminowaniu tejże omyłki powódka stwierdziła, że podwyższenie jej wynagrodzenia winno obejmować łączną kwotę netto 406.926,92 zł.

Wobec powyższego powódka wystawiła i przekazała pozwanej notę księgową nr (...) datowaną na 24 września 2013 r.

Na ww. kwotę roszczenia powódki w ujęciu netto składały się kwoty 198.034,32 zł tytułem nadzwyczajnego wzrostu cen oleju napędowego oraz kwota 208.892,60 zł tytułem nadzwyczajnego wzrostu cen mas bitumicznych.

(dowód: zestawienia zakupionego oleju napędowego za lata 2010, 2011, 2012 wraz z fakturami VAT k. 240-515, zestawienia zakupionego asfaltu za lata 2010, 2011, 2012 wraz z fakturami VAT

k. 240-578 akt o sygn. X GC 492/13, pismo powódki z dnia 31 grudnia 2012 r. wraz z załącznikami, w tym notą księgową nr (...) k. 516-524, k. 579-587 akt o sygn. X GC 492/13, pismo pozwanej z dnia 9 stycznia 2013 r. k. 525, k. 588 akt o sygn. X GC 492/13, nota księgową nr (...) k. 526, k. 589 akt o sygn. X GC 492/13, szczegółowe wyliczenie dodatkowo poniesionych kosztów k. 527-530, k. 590-593 akt o sygn. X GC 492/13, pismo powódki z dnia 26 listopada 2013 r. wraz z załącznikami,

w tym szczegółowym wyliczeniem dodatkowo poniesionych kosztów k. 531-535, k. 594-598 akt o sygn. X GC 492/13, opracowanie pn. „Ewolucja cen asfaltów w Polsce (...) k. 536-567, k. 599-630 akt o sygn. X GC 492/13, tabele k. 593-595, k. 654-656 akt o sygn. X GC 492/13, artykuł pn. „Zmiany cen (...)

k. 601, wyliczenie zysku k. 651-656, zeznania J. K., prezesa zarządu powódki, czas nagrania 00:22:31-01:44:01 protokołu z rozprawy z dnia 18 kwietnia 2014 r.)

W ogłoszonym przez pozwaną przetargu na realizację przedmiotowego zadania wpłynęło osiem ofert.

Siedem ofert było wyższych w różnej skali od oferty powódki.

Druga z kolei oferta była wyższa o ponad 400.000 zł, trzecia o ok. 800.000 zł, a zakładane ceny różnych materiałów i usług, w tym koszty pracy sprzętu były wyżej skalkulowane we wszystkich złożonych ofertach, niż przyjęte w ofercie powódki.

(dowód: wyciąg z oferty powódki k. 596-600, k. 657-671 akt o sygn. X GC 492/13, wyciągi z formularzy ofertowych złożonych na przedmiotowe zadanie k. 602-624, k. 672-696 akt o sygn. X GC 492/13)

Powyższe ustalenia faktyczne poczyniono na podstawie zgromadzonych w sprawie dokumentów, których wiarygodności i autentyczności nie kwestionowała żadna ze stron, a także na podstawie zeznań J. K., prezesa zarządu powódki.

Sąd nie dał wiary zeznaniom J. K., prezesa zarządu powódki, w zakresie w jakim zeznał, że powódka kalkulowała zysk na poziomie 3-5% kwoty podanej w ofercie. W powyższym zakresie zeznania prezesa zarządu powódki pozostają w sprzeczności z danymi zawartymi

w zestawieniu składników wartości kosztorysowej załączonym przez powódkę do oferty w postępowaniu przetargowym, gdzie wskaźnik zysku został określony przez powódkę na poziomie 12%.

Sąd nie dał również wiary zeznaniom prezesa zarządu powódki w zakresie w jakim zeznał, iż powódka nie mogła określić roszczenia na etapie prowadzenia robót, albowiem nie mogła określić niezbędnych ilości oleju i mas

bitumicznych. Powyższe pozostaje bowiem w sprzeczności z zasadami doświadczenia życiowego w szczególności przy uwzględnieniu faktu, iż powódka musiała skalkulować powyższe dane już na etapie składania oferty w postępowaniu przetargowym.

Sąd nie dał także wiary prezesowi zarządu powódki w zakresie w jakim zeznał, iż odtworzenie warstwy drogi stanowiło 20-40% zakresu robót. Sąd zważył bowiem, iż przedmiotem łączącej strony umowy było wykonanie robót budowlanych polegających na „Budowie kanalizacji sanitarnej i oczyszczalni ścieków w W.” część 1 zamówienia „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami dla miejscowości W.”, natomiast odtworzenie nawierzchni dróg uszkodzonych wskutek wykonywanych robót stanowiło jedynie element tychże robót. Sprzecznym z zasadami doświadczenia życiowego jest, aby roboty te stanowiły aż 20-40% zakresu całości umowy.

Sąd oddalił wniosek o dopuszczenie dowodu opinii biegłego, jako bezprzedmiotowy dla rozstrzygnięcia sprawy ze względów podanych poniżej.

### **Sąd zważył:**

Powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

Powódka jako podstawę zgłaszanych roszczeń wskazała art. 357<sup>1</sup> k.c.

Sąd w pierwszej kolejności zważył, że zmiana wysokości istotnego elementu umowy zawartej w trybie ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, jakim jest wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy, może nastąpić w oparciu o treść art. 357<sup>1</sup> k.c. (rebus sic stantibus), który z mocy art. 139 ust. 1 p.z.p. ma zastosowanie w zakresie nieuregulowanym przez ustawę o zamówieniach publicznych i umożliwia modyfikowanie zobowiązania z uwagi na nieoczekiwane zdarzenia po jego powstaniu (tak też Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 25 października 2011 r., sygn. akt VII GC 127/11, opubl. LEX nr 1108527).

Zgodnie ze wskazanym powyżej przepisem art. 357<sup>1</sup> k.c. jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym.

Powództwo z art. 357<sup>1</sup> k.c. zaliczane jest do kategorii powództw o ukształtowanie prawa lub stosunku prawnego, gdyż jego treścią jest dążenie do zmiany lub rozwiązania stosunku prawnego. Dokonana na podstawie tego przepisu modyfikacja stosunku zobowiązaniowego ma charakter konstytutywny, tworzy nowy stan prawny w relacjach obligacyjnych stron. Z istoty powództwa

o ukształtowanie wynika, że kształtować można coś co istnieje. Przepis art. 357<sup>1</sup> k.c. zezwala sądowi na ingerencję w treść istniejącego stosunku zobowiązaniowego, dopuszcza zmianę sposobu jego wykonania lub wysokości świadczenia, a także rozwiązanie umowy. Charakter uprawnień kształtujących sądowi wynikający z tego przepisu pozwala na korzystanie z nich dopóki nie wygaśł stosunek zobowiązaniowy łączący strony. Przepis ten nie może zaś stanowić podstawy ingerencji sądu w treść stosunku zobowiązaniowego w zakresie w jakim stosunek ten wygaśł. Nie można bowiem kształtować stosunku obligacyjnego, który nie istnieje, wygaśł, np. skutkiem wykonania. Możliwość oznaczenia sposobu wykonania zobowiązania, wysokości świadczenia istnieje wtedy gdy trwa stosunek zobowiązaniowy. Natomiast nie można dokonywać zmiany wysokości świadczenia, które zostało spełnione, na co wskazuje treść przepisu w którym stwierdza się, że spełnienie świadczenia, byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami lub groziło szkodą. Przepis ten nie dotyczy stanów już zrealizowanych (tak też Sąd Apelacyjny w

Katowicach w wyroku z dnia 25 listopada 2010 r., sygn. akt V ACa 409/10, opubl. LEX nr 846529 oraz Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 lipca 2006 r., sygn. akt III CSK 119/05, opubl. LEX nr 445269).

Istotny jest przy tym stan z daty orzekania, gdyż wyrok sądu mający charakter konstytutywny dopiero kształtuje, modyfikuje objęty żądaniem stosunek obligacyjny i aby dokonać tej żądanej modyfikacji, stosunek ten musi istnieć. Zgodnie z treścią art.316 k.p.c. sąd wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy.

Zastosowanie klauzuli rebus sic stantibus według art. 357<sup>1</sup> k.c. uzależnione jest ponadto od stwierdzenia, że strony nie przewidywały przy zawarciu umowy ustawowo określonych następstw nadzwyczajnej zmiany stosunków, która nastąpiło w okresie pomiędzy powstaniem zobowiązania, a jego wykonaniem.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpatrywanej sprawy Sąd zważył, że łącząca strony umowa została już wykonana przez obie strony zobowiązane do wzajemnych świadczeń zgodnie z jej treścią, co czyni niemożliwym jej modyfikację w trybie konstytutywnym w kierunku zmiany wysokości wykonanego zobowiązania ze skutkiem retroaktywnym.

Powódka wykonała bowiem przedmiot umowy z dnia 5 lipca 2010 r. terminowo i należycie. W dniu 17 grudnia 2012 r. pozwana dokonała odbioru końcowego robót i sporządziła protokół z przejścia robót. Rozliczenie końcowe stron dokonane na podstawie kosztorysu zamiennego i powykonawczego za rzeczywiście wykonany i odebrany zakres robót wykazało wynagrodzenie powódki na kwotę brutto 9.301.872,02 zł, w tym podatek VAT w kwocie 1.731.094,43 zł. W dniu 17 grudnia 2012 r. powódka wystawiła końcową fakturę VAT, która została terminowo zapłacona przez pozwaną w dniu 28 grudnia 2012 r.

Istotnym jest przy tym, na co zwróciła uwagę pozwana, że ceny oleju napędowego oraz mas bitumicznych zaczęły rosnąć już w 2011 r., co wskazywała też sama powódka, tymczasem protokół odbioru końcowego robót został podpisany w dniu 17 grudnia 2012 r. Powódka miała zatem wystarczającą ilość czasu by podjąć stosowne czynności celem zmiany wysokości umówionego wynagrodzenia.

Sąd nie dał przy tym wiary zeznaniom prezesa zarządu powódki J. K. w zakresie w jakim zeznał on, iż powódka nie mogła określić roszczenia na etapie prowadzenia robót, albowiem nie mogła określić ilości oleju i mas bitumicznych niezbędnych dla wykonania przedmiotu umowy. Jak już bowiem wcześniej wskazano powyższe pozostaje w sprzeczności z zasadami doświadczenia życiowego w szczególności przy uwzględnieniu faktu, iż powódka musiała skalkulować powyższe dane już na etapie składania oferty w postępowaniu przetargowym.

Dalej Sąd zważył, iż na aprobatę nie zasługiwało stanowisko powódki prezentowane w toku procesu, iż powódka zakładała zysk jedynie na poziomie 3-5% kwoty podanej w ofercie, albowiem powyższe pozostaje w sprzeczności z danymi zawartymi przez powódkę w zestawieniu składników wartości kosztorysowej załączonym przez powódkę do oferty w postępowaniu przetargowym, gdzie powódka określiła wskaźnik zysku na poziomie 12%.

Sąd zważył przy tym, iż prezes zarządu powódki J. K. zeznał, iż celem osiągnięcia zysku nie jest wyłącznie pokrycie kosztów.

Jednakże, wbrew twierdzeniom powódki, nadzwyczajna zmiana stosunków, której strony nie mogły przewidzieć w chwili zawierania umowy może uzasadniać zmianę wysokości świadczenia wówczas, gdy prowadzi do zniweczenia pierwotnej kalkulacji wykonawcy w takim zakresie, że ujemny wynik finansowy przekracza planowany zysk (tak też Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 8 listopada 2007 r., sygn. akt I ACa 461/07, opubl. OSAB 2007/3-4/3).



Taka zaś sytuacja niewątpliwie nie zaistniała w rozpatrywanej sprawie.

Skoro bowiem powódka zakładała zysk na poziomie 12%, tj. 1.116.224,60 zł, to nie sposób uznać, iż poniesione przez powódkę dodatkowe koszty z tytułu wzrostu cen oleju napędowego i mas bitumicznych, dochodzone w niniejszym postępowaniu łącznie w kwocie 187.792,55 zł, stanowiły rażącą stratę.

Niezależnie od powyższego słusznie podniosła pozwana, że z żadnych dokumentów dostarczonych przez powódkę, ani też dostępnych u pozwanej, nie sposób ustalić jaki, procentowy udział stanowią koszty oleju napędowego, w ogólnych kosztach pracy sprzętu.

Trafnie zwróciła uwagę pozwana, że na stawki pracy sprzętu składają się także inne elementy niż koszt paliwa, takie jak m.in. amortyzacja, koszty warsztatowe, koszty operatora, ogumienia, eksploatacji, które nie są zależne od kosztów paliwa.

Odnosnie zaś do wzrostu cen mas bitumicznych nie bez znaczenia pozostaje skala robót wykonywanych przy użyciu tegoż materiału.

Jak już wcześniej wskazano, Sąd nie dał wiary prezesowi zarządu powódki, który zeznał, iż odtworzenie warstwy drogi stanowiło 20-40% zakresu robót. Sąd zważył bowiem, iż przedmiotem łączącej strony umowy było wykonanie robót budowlanych polegających na „Budowie kanalizacji sanitarnej i oczyszczalni ścieków w W.” część 1 zamówienia „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami dla miejscowości W.”, natomiast odtworzenie nawierzchni dróg uszkodzonych wskutek wykonywanych robót stanowiło jedynie element tychże robót. Sprzecznym z zasadami doświadczenia życiowego jest, aby roboty te stanowiły aż 20-40% zakresu całości przedmiotu umowy.

Dalej istotnym było, na co zwróciła uwagę sama powódka w piśmie procesowym z dnia 26 lutego 2014 r., że udział bitumu (asfaltu) w 1 tonie wynosi 5,4%, natomiast pozostała ilość (94,6%) to kruszywo i dodatki.

Nadto, drogi powiatowe składają się z trzech warstw: podbudowy bitumicznej, warstwy wiążącej oraz warstwy ścieralnej. Roboty z zastosowaniem mas bitumicznych stanowią w granicach 20-30% robót drogowych.

Nie sposób zatem uznać, że względu na przedstawiony powyżej zakres robót wykonanych w związku z użyciem mas bitumicznych, by poniesione przez powódkę dodatkowe koszty z tytułu wzrostu cen tychże mas bitumicznych doprowadziły powódkę do rażącej straty uzasadniającej podwyższenie należnego powódce wynagrodzenia.

Istotnym jest przy tym także, że powódka jest producentem mas bitumicznych od 2006 r.

Nie bez znaczenia pozostaje także podnoszony przez pozwaną fakt, iż w ogłoszonym przez pozwaną przetargu na realizację przedmiotowego zadania wpłynęło osiem ofert. Siedem ofert było wyższych w różnej skali od oferty powódki. Druga z kolei oferta była wyższa o ponad 400.000 zł, trzecia o ok. 800.000 zł, a zakładane ceny różnych materiałów i usług, w tym koszty pracy sprzętu były wyżej skalkulowane we wszystkich złożonych ofertach, niż przyjęte w ofercie powódki. Powyższe przemawia za tym, iż powódka nieprawidłowo skalkulowała ryzyko kontraktowe już na etapie sporządzania oferty.

W świetle całokształtu powyższego z braku spełnienia przesłanek z art. 357<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 647 k.c. Sąd oddalił powództwo zarówno w sprawie prowadzonej pod sygn. akt X GC 489/13, jak i w sprawie o sygn. akt X GC 492/13.

O kosztach orzeczono odrębnie w każdej ze spraw na podstawie art. 98 k.p.c.

Pozwana w każdej ze spraw poniosła koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, stosownie do § 6 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku

w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163, poz. 1349 z późn. zm.) oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł.

Stąd Sąd w każdej ze spraw połączonych do wspólnego rozpoznania zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 3.617 zł.

Sąd zważył bowiem, że połączenie spraw do jednoczesnego rozpoznania w trybie art. 219 k.p.c. ma jedynie techniczny charakter, nie oznacza powstania jednej nowej sprawy, a każda z połączonych spraw zachowuje samodzielność, wymagającą odrębnego rozstrzygnięcia. Wprawdzie sąd wydaje jeden wyrok, ale zawierający rozstrzygnięcia co do każdej z połączonych spraw z osobna,

a zamieszczenie rozstrzygnięć w jednym wyroku nie niweczy samodzielności połączonych spraw (tak też Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. akt III PZ 5/09, opubl. LEX nr 551888).

/-/ Katarzyna Żymelka