

Sygn. akt I ACa 179/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 maja 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Krzysztof Sobierajski
Sędziowie:	SSA Andrzej Szewczyk SSA Anna Kowacz-Braun (spr.)
Protokolant:	st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska

po rozpoznaniu w dniu 25 maja 2016 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa **Przedsiębiorstwa (...) J. R., (...) Spółka Jawna w M.**

przeciwko **Gminie S.**

o ukształtowanie treści stosunku zobowiązaniowego i zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 8 lipca 2015 r. sygn. akt VII GC 58/13

1. oddala apelację;

2. zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 5 400zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Andrzej Szewczyk SSA Krzysztof Sobierajski SSA Anna Kowacz-Braun

I ACa 179/16

UZASADNIENIE

Sądu Apelacyjnego

z dnia 25 maja 2016 r.

Powód Przedsiębiorstwo (...) J. R., (...) Spółka jawna w M. w pozwie wniesionym przeciwko Gminie S. domagał się zmiany treści stosunku zobowiązaniowego łączącej strony umowy o roboty budowlane z dnia 23 czerwca 2009

r. poprzez podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego o dodatkową kwotę 401.278,75 zł brutto oraz zasądzenie powyższej kwoty od pozwanej Gminy na rzecz powoda z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu.

Pozwana Gmina w pierwszej kolejności wniosła o odrzucenie pozwu, który to wniosek został przez Sąd prawomocnie oddalony, a w dalszej kolejności o oddalenie powództwa z uwagi na brak podstaw do zastosowania art. 357¹ k.c.

Wyrokiem z dnia 8 lipca 2015 r. Sąd Okręgowy w Kielcach oddalił powództwo i zasądził od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 11 230 zł tytułem kosztów procesu.

Orzeczenie to Sąd Okręgowy poprzedził następującymi ustaleniami:

W dniu 23 czerwca 2009r. w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego, strony zawarły umowę o roboty budowlane. Jej przedmiotem było wykonanie przez powoda kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz przebudowy oczyszczalni ścieków w S. – etap I. Zakres rzeczowy robót został określony w SIWZ, ofercie wykonawcy, kosztorysie ofertowym. Termin wykonania kanalizacji sanitarnej został ustalony na dzień 30 lipca 2010r. Zgodnie z §(...) umowy do obowiązków wykonawcy należało wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją techniczną, wskazówkami zamawiającego, sztuką budowlaną. Za wykonanie kanalizacji sanitarnej powód miał otrzymać wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 1.558.918,21 zł brutto. Zgodnie z §(...) pkt(...) umowy wykonawca ponosił pełne ryzyko finansowe związane z możliwością wystąpienia na terenie inwestycji przeszkód nie przewidzianych w projekcie budowlanym, w szczególności np. kabli telekomunikacyjnych, wód gruntowych, innej kategorii gruntu. Zalecono także aby wykonawca zapoznał się z terenem planowanej inwestycji. W przedmiocie robót dodatkowych w § (...) umowy ustalono, że jeżeli w toku realizacji robót wystąpi konieczność wykonania robót dodatkowych potwierdzona protokołem konieczności, a ich zakres nie przekroczy 50% poprzedniego zamówienia, wykonawca zobowiązany jest wykonać te roboty na dodatkowe zamówienie zamawiającego udzielone z wolnej ręki, przy zachowaniu tych samych norm, standardów, parametrów, ujętych w kosztorysie ofertowym.

W SIWZ w pkt XIII Opis sposobu obliczania ceny oferty, znalazła się uwaga, że w cenie ryczałtowej uwzględniono wszelkie elementy nieprzewidziane, w tym element ryzyka obejmujący przykładowo: niekorzystne warunki atmosferyczne, odmienne warunki gruntowe wymagające np. odwodnienia wykopów itp., ale konieczne do wykonania robót. W dniu 7 października 2009r. nastąpiło przekazanie powodowi terenu budowy. Przed przystąpieniem do prac wykonawca dokonał oględzin terenu przez który miała przebiegać kanalizacja.

W czerwcu 2010r. roboty były wstrzymane z uwagi na ulewne deszcze, czego skutkiem było podniesienie się poziomu wód gruntowych oraz zalewanie wykopów, który to fakt potwierdzili wpisami do dziennika budowy kierownik budowy i inspektor nadzoru. Uczestnicy procesu budowlanego stwierdzili konieczność wykonania odwodnienia wykopów. Inspektor nadzoru zaproponował aby odwodnienie to wykonać metodą igłofiltrów lub studni depresyjnych. Wykonawca zdecydował się na zastosowanie pierwszej metody. W piśmie z 17 sierpnia 2010r. skierowanym do pozwanej powód sygnalizował problem utrzymywania się wysokiego poziomu wód gruntowych w rejonie realizowanego odcinka kanalizacji sanitarnej, wskutek wyjątkowo intensywnych i nieprzewidzianych opadów deszczu w okresie od maja. Sytuacja ta wiązała się z wyższymi po stronie wykonawcy kosztami realizacji inwestycji. Domagał się on w związku z tym wspólnego z inwestorem rozwiązania tego problemu. W dniu 20 sierpnia 2010r. doszło do spotkania stron, z udziałem inspektora nadzoru, podczas którego wykonawca poinformował, że odwodnienie wykopów pod kanalizację igłofiltrami nie daje spodziewanych efektów co będzie skutkowało niedochowaniem terminu wykonania prac. Zaproponowano aby co kilkadziesiąt metrów zrobić studnie celem szybszego odwodnienia terenu. Pod koniec sierpnia 2010r. celem odwodnienia wykopów wykonawca rozpoczął montaż studni depresyjnych.

W miesiącu maju 2010r. Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej O/K. na stacji opadowej w S. odnotował miesięczną sumę opadów wynoszącą 247 mm, w czerwcu 87 mm, w lipcu 145 mm. Odpowiednio ilość tych opadów w 2009r. wynosiła 52 mm, 103 mm, 91 mm, w 2008r. – 67 mm, 24 mm, 106 mm, w 2007r. – 32 mm, 105 mm, 55 mm, w 2004r. – 35 mm, 45 mm, 88 mm.

Roboty odwodnieniowe wykopów przy zastosowaniu zarówno igłofiltrów jak i studni trwały do końca listopada 2010r. W dniu 30 listopada 2010r. kierownik budowy wpisem do dziennika budowy zgłosił kanalizację sanitarną do odbioru, jej odbiór potwierdził inspektor nadzoru.

Na zlecenie powoda Przedsiębiorstwo Usług (...) w K., w grudniu 2010r., dokonało oceny wpływu podniesienia się poziomu wód gruntowych na trasie przebiegu kanalizacji sanitarnej, na technologię prac. Stwierdzono konieczność zmiany technologii prowadzenia prac, której skutkiem był wzrost kosztów budowy i przedłużenie się prac.

W sprawie VII GC 18/11 biegły sądowy J. J., na zlecenie Sądu, opracował opinię na okoliczność zakresu i wartości robót dodatkowych przy odwodnieniu wykopów, wykonanych przez powoda. Biegły decyzję wykonawcy o kontynuowaniu robót pomimo podwyższonego poziomu wód gruntowych uznał za właściwą, jak też zastosowane metody odwodnienia wykopów. Stosując te same wskaźniki cenotwórcze, które strony przyjęły do wynagrodzenia podstawowego, wartość prac dodatkowych określona została w opinii na kwotę 387.349 zł brutto.

W sprawie VII GC 18/11 toczącej się przed Sądem Okręgowym w Kielcach powód domagał się zasądzenia od Gminy S. kwoty 564.567,76 zł w tym kwoty 486.431,41 zł tytułem wynagrodzenia za roboty dodatkowe związane z odwodnieniem oraz kwoty 78.136,76 zł stanowiącej koszt prac i materiałów związanych z wykonaniem dodatkowego kanału. Wyrokiem z dnia 16 lutego 2012r. Sąd zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 401.278,75 zł wraz z należnościami ubocznymi oraz oddalił powództwo w pozostałej części. Za zasadne Sąd uznał powództwo w części obejmującej wynagrodzenie za roboty dodatkowe związane z odwodnieniem wykopów w kwocie 387.349 zł oraz poniesione przez powoda koszty energii elektrycznej związanej z pracą pomp w kwocie 13.929,75 zł.

W następstwie apelacji strony pozwanej, wyrokiem z dnia 25 maja 2012r. w sprawie I ACa 468/12 Sąd Apelacyjny w Krakowie zmienił zaskarżony wyrok i powództwo oddalił. Sąd Apelacyjny przyjął, że obfite opady deszczu, które wystąpiły w trakcie wykonywania przez powoda prac spowodowały konieczność wykonania przez niego prac przy wykorzystaniu innej metody, która podrożyła wykonanie umowy o kwotę wskazaną przez biegłego J. J.. Uznał także, że na skutek zmiany sposobu wykonania prac przez powoda nie nastąpiło bezpodstawne wzbogacenie Gminy, albowiem efekt końcowy prac był taki sam. Nie powstało także dodatkowe urządzenie, z którego Gmina korzysta. Zdaniem Sądu uwzględnieniu powództwa spółki o zapłatę wynagrodzenia za roboty dodatkowe sprzeciwiają się bezwzględnie obejmujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych – art. 144. Sąd Okręgowy wskazał, że strona powodowa wywodziła swoje roszczenie z przepisu art. 357¹k.c. Niewątpliwie jeżeli umowa została wykonana bezprzedmiotowe staje się żądanie zmiany sposobu wykonania umowy bądź jej rozwiązania. W przedmiotowej sprawie powód dochodzi natomiast zmiany wysokości świadczenia po stronie pozwanej Gminy poprzez jego podwyższenie o kwotę 401.278,75 zł. Nie są sporne okoliczności, że podczas wykonywania przez powoda robót stanowiących przedmiot umowy z dnia 23 czerwca 2009r., na skutek obfitych i długotrwałych opadów deszczu w miesiącu maju 2010r. podniósł się poziom wód gruntowych oraz doszło do zalania wykopów. Jak też i to że w celu kontynuowania robót powód był zmuszony wykonać odwodnienie wykopów przy użyciu igłofiltrów i studni depresyjnych.

Zajście przesłanek mogących skutkować podwyższeniem przez sąd wynagrodzenia umownego w oparciu o art. 357⁽¹⁾k.c. winien był wykazać powód. Tymi przesłankami są: nadzwyczajna zmiana stosunków, rażąca strata poniesiona przez wykonawcę, nieprzewidywalność zmiany. Nadzwyczajna zmiana stosunków oznacza zajście okoliczności wyjątkowych, rzadkich, o charakterze obiektywnym i niezależnych od woli stron. W szczególności mogą to być różnego rodzaju klęski żywiołowe (pożary, huragany, powodzie), epidemie, działania wojenne, strajki. Rażąca strata oznacza stratę ponadprzeciętną, nieobjętą typowym ryzykiem gospodarczym. Z trzecią przesłanką wiąże się nieprzewidywalność przez strony następstw nadzwyczajnej zmiany stosunków tj. jej wpływu na zobowiązanie umowne. Powód podnosił, że nadzwyczajna zmiana stosunków polegała na niemożliwych do przewidzenia obfitych i długotrwałych opadach deszczu trwających od maja 2010r., w następstwie których doszło do podniesienia się poziomu wód gruntowych na terenie realizacji prac. Pozwana potwierdziła, że w 2010r. miała miejsce na terenie Gminy S. powódź. Z danych Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Oddział w K. obejmujących okresy maj – październik 2004r., maj – lipiec 2007, 2008, 2009 i 2010r. wynika, że ilość opadów w maju 2010r. –

247 mm była pięciokrotnie wyższa niż w pozostałych latach. Także ilość opadów w okresie maj – lipiec 2010r. odbiegała od ilości opadów w pozostałych latach w tym okresie. Zdaniem pozwanej ryzyko związane z podnoszeniem się wód gruntowych na skutek opadów deszczu było w kalkulowane w umowę, o czym świadczą treść § 4 pkt 3 umowy i pkt XIII SIWZ. Z opinii biegłego J. J. wynika, że w dokumentacji technicznej na terenie przebiegu sieci kanalizacyjnej nie stwierdzono poziomu wód gruntowych powyżej dna wykopów pod posadowienie rur. W październiku 2010r. poziom wód gruntowych był znacznie powyżej poziomu gdzie zgodnie z projektem należało układać sieć kanalizacyjną. Zdaniem Sądu Okręgowego nawet zapisy pkt XIII SIWZ i § (...) pkt (...) umowy nie oznaczają ponoszenia przez wykonawcę w każdym przypadku ryzyka niekorzystnych warunków atmosferycznych, bądź zmiany warunków gruntowych. W tym akurat przypadku zmiana warunków gruntowych polegająca na podniesieniu się wód gruntowych, których dokumentacja projektowa w tym miejscu nie przewidywała, była następstwem klęski żywiołowej – powodzi. Niekorzystne warunki atmosferyczne nie są tożsame z wystąpieniem klęski żywiołowej. Na podstawie umowy wykonawca ponosił ryzyko wystąpienia typowych niesprzyjających warunków atmosferycznych ale już nie odbiegających od przeciętnych czyli wyjątkowych, rzadkich jak powódź. Podnoszony przez pozwaną fakt, utrzymywania się na terenie Gminy wysokiego poziomu wód gruntowych w latach 2001, 2003, 2007 oraz wystąpienia powodzi w 1997r. nie oznaczał, że powódź w 2010r. na skutek której podniósł się poziom wód nie miała charakteru zdarzenia nadzwyczajnego w rozumieniu art. 357⁽⁽¹⁾⁾k.c.

Zdaniem Sądu Okręgowego powód nie wykazał natomiast aby na skutek konieczności wykonania robót dodatkowych związanych z odwodnieniem wykopów poniósł rażącą stratę. Stratą w rozumieniu art. 361 § 2 k.c. jest zmniejszenie się majątku poszkodowanego poprzez zmniejszenie jego aktywów lub zwiększenie pasywów. Przepis art. 357¹k.c. wymaga aby to była rażąca strata, czyli ponadprzeciętna, odbiegająca od typowego ryzyka wiążącego się z działalnością poszkodowanego. Rażąca strata musi pozostawać w normalnym związku przyczynowym z wykonaniem umowy. Do oceny czy powód poniósł na skutek wykonania robót dodatkowych rażącą stratę, konieczne było ustalenie jego sytuacji finansowej. Dopiero tak ustalony stan majątkowy powoda pozwalał na ocenę czy poniesione przez niego koszty robót w kwocie dochodzonej pozwem wiązały się dla niego z rażącą stratą. W orzeczeniach z dnia 15 listopada 2006r., V CSK 251/06, LEX nr 278677 i z dnia 18 września 1998r. III CKN 621/97, OSP 1999/1/9 dotyczących pojęcia „rażącej straty” Sąd Najwyższy wypowiedział się co do tego, że rażącą stratą nie jest utrata spodziewanego dochodu oraz że ocena tego czy wykonawca poniósł rażącą stratę, wymaga wiedzy co do ogólnego stanu przedsiębiorstwa wykonawcy tj. jej rozmiarów i osiągniętych wyników finansowych. Na okoliczność poniesienia rażącej straty powód nie przedłożył żadnych dowodów. Wykonanie przez biegłą sądową E. P. zleconej jej przez Sąd opinii było niemożliwe albowiem powód nie udostępnił biegłej dokumentów źródłowych pozwalających na jej sporządzenie. A żadnych innych dowodów na tę okoliczność powód nie zaoferował. O poniesieniu rażącej straty nie może zdaniem Sądu świadczyć, na co wskazywał w pozwie powód, porównanie wysokości przewidywanego dochodu do wartości wykonanych prac dodatkowych. Tak jak i porównanie wartości prac dodatkowych do wysokości wynagrodzenia przewidzianego umową. Wobec niewykazania przez powoda przesłanek z art. 357¹k.c. Sąd powództwo oddalił. O kosztach procesu stosownie do wyniku rozstrzygnięcia Sąd orzekł na mocy art. 98 § 1 i 3 k.p.c., 108 § 1 k.p.c.

Apelację od tego wyroku, zaskarżając go w całości, wniosła strona pozwana, która zarzuciła:

1. naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 357¹ § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię prowadzącą do przyjęcia, iż do oceny czy powódka poniosła rażącą stratę konieczne jest ustalenie sytuacji finansowej i majątkowej całego przedsiębiorstwa podczas, gdy dla oceny zaistnienia rażącej straty wystarczy wykazanie zwykłej rażącej straty transakcyjnej, dotyczącej konkretnego zobowiązania;

2. mające wpływ na treść zaskarżonego wyroku naruszenie przepisów prawa procesowego poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów oraz nieodniesienie się w uzasadnieniu wyroku do faktów, które Sąd uznał za udowodnione, dowodów na których sąd oparł rozstrzygnięcie i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, tj. naruszenie art. 233 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c., a także art. 232 zd. 1 k.p.c. prowadzące do przyjęcia, że powódka nie sprostowała ciężarowi dowodu w przedmiocie zaistnienia rażącej straty, podczas gdy przedstawione

przez powódkę dowody w postaci zeznań powodów, opinii biegłego J. J., stanowią wystarczający dowód zaistnienia tej okoliczności;

3. mające wpływ na treść zaskarżonego wyroku naruszenie przepisów prawa procesowego art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości i ekonomiki przedsiębiorstw na okoliczność zaistnienia rażącej straty w ramach konkretnego stosunku prawnego, wyznaczonego zawartą przez strony umową, sporządzona w oparciu o dokumenty i okoliczności pozostające w związku z wykonywaną umową, które znajdują się a aktach sprawy.

Wskazując na powyższe zarzuty strona powodowa wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa; ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania; oraz o zasądzenie na jej rzecz kosztów procesu za obie instancje.

Równocześnie wniosła o dopuszczenie dowodu z opinii na okoliczność jak w punkcie 3 zarzutów.

Strona pozwana wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja strony powodowej jest nieuzasadniona.

Ustalony przez Sąd Okręgowy stan faktyczny Sąd Apelacyjny przyjął za własny bowiem wyprowadzony on został z dowodów, których ocena odpowiada wszelkim wskazaniom z art. 233 § 1 k.p.c. Sąd Okręgowy uwzględnił wszystkie przeprowadzone w toku postępowania dowody, wyciągnął z nich wnioski logicznie poprawne i odpowiadające aktualnym poglądom na sądowe stosowanie prawa.

Ponieważ w apelacji podniesiono zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. od razu wypada podkreślić, że skuteczne postawienie takiego zarzutu wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego. Tylko bowiem w przypadku, gdy brak jest logiki w powiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej, albo wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo – skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2002 r., I CKN 817/2000, LEX nr 56906 oraz orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 1998 r., II CKN 4/98; z 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000, OSNC 2000, nr 10, poz. 189 i z 5 sierpnia 1999 r., II UKN 76/99, OSNAPiUS 2000, nr 19, poz.732).

Zarzutów o takim charakterze brak jest w apelacji bowiem naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. strona powodowa upatruje w tym, że Sąd Okręgowy przyjął, iż nie udowodniła przesłanki rażącej straty, podczas gdy przedstawione dokumenty w postaci zeznań powodów oraz opinii J. J., stanowią wystarczający dowód zaistnienia tej okoliczności.

Z zarzutem tym nie sposób się zgodzić bowiem już na etapie pozwu dla strony powodowej jasnym było, że złożone dokumenty oraz zeznania osób przesłuchanych w charakterze strony za powodową Spółkę nie są wystarczające gdyż wnioskowała o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego. Teza dowodowa co do tego wniosku ze strony powódki zmieniała się. W pozwie zawarto wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomii i księgowości na okoliczność przewidywanego dochodu powoda z podpisanej umowy, relacji tego dochodu do wartości wykonywanych tzw. prac dodatkowych nie przewidzianych umową. Następnie w piśmie z dnia 23 maja 2013 r. (k. 110 – 112) strona powodowa poparła swój wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomii i księgowości o wypowiedzenie się przez biegłego w przedmiocie czy zapłata przez stronę pozwaną wynagrodzenia przewidzianego w umowie, spowoduje poniesienie straty przez stronę powodową, zamiast zakładanego zysku przy uwzględnieniu dodatkowych kosztów wynikających z opinii z zakresu budownictwa – instalacji sanitarnych. Kolejna modyfikacja wniosku nastąpiła na rozprawie w dniu 8 lipca 2014 r. (k.237) kiedy to pełnomocnik strony powodowej wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, czy w świetle podpisanej umowy i wykonaniu dodatkowych

robót odwodnieniowych, przy uwzględnieniu otrzymanej przez powoda od pozwanego kwoty 1.558.918,21 zł oraz wydatkowaniu kwoty 486.436,17 zł, przy zakładanym poziomie zysku wynoszącym 3% w skali netto od kwoty 1.277.801,81 zł powodowa spółka poniosła rażącą stratę.

Reakcją ze strony Sądu Okręgowego było dopuszczenie, postanowieniem z dnia 17 września 2014 r. (k.239), dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości i ekonomiki przedsiębiorstw na okoliczność czy na skutek wykonania przez powoda robót dodatkowych (odwodnienie wykopów) przy wykonywaniu umowy o roboty budowlane zawartej z pozwanym w dniu 23 czerwca 2009 r. wykonawca poniósł rażącą stratę.

Strona powodowa na treść tego orzeczenia nie zareagowała (doręczonego 29 września 2014 r., k. 251), natomiast strona pozwana wniosła zastrzeżenie na piśmie (k. 249) zarzucając, między innymi że Sąd działa za stronę naruszając zasadę kontradiktoryjności. Biegła do której skierowano odezwę zwróciła się do strony powodowej o udostępnienie dokumentów opisanych w piśmie z dnia 12 listopada 2014 r. (k. 254), a gdy ich nie otrzymała zwróciła się do sądu Okręgowego o pomoc w ich udostępnieniu (pismo z dnia 25 listopada 2014 r., k. 256). W tej sytuacji Sąd Okręgowy wezwał powoda do bezzwłocznego udostępnienia dokumentów wskazanych przez biegłą pod rygorem odstąpienia od przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego (k. 258). Strona powodowa nie zastosowała się do wezwań biegłej i Sądu Okręgowego w związku z czym pismem z dnia 30 grudnia 2014 r. (data wpływu 5 stycznia 2015 r., k. 266) biegła poinformowała, że wobec braku dokumentów niezbędnych do opracowania opinii zwraca akta.

Na rozprawie w dniu 30 czerwca 2015 r. pełnomocnik strony powodowej wyjaśnił, że ponownie zgłasza wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność poniesienia przez powoda rażącej straty w następstwie wykonania przez powoda umowy w oparciu o materiał dowodowy znajdujący się w aktach sprawy.

Sąd Okręgowy wniosek ten oddalił, a pełnomocnik strony powodowej zgłosił zastrzeżenie w trybie art. 162 k.p.c.

Z powyższego jasno widać, że same dokumenty złożone przez stronę powodową do akt sprawy nie były wystarczające do ustalenia czy ta poniosła rażącą stratę ponieważ sama od początku postępowania wnioskowała o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego. Teza dowodowa jednak zmieniała się, a jednoznaczna postawa powodowej Spółki po wezwaniach ze strony biegłej i Sądu o udostępnienie dalszych dokumentów była równoznaczna z naruszeniem obowiązku z art. 248 § 1 k.p.c. Musi to być ocenione negatywnie jako chęć zatajenia istotnych okoliczności i nie zmienia tego to, że zdaniem strony powodowej rażącą stratę oceniać należy jedynie w granicach umowy zawartej przez stronę. Z tym poglądem nie można się zgodzić, o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia, niemniej jednak to strona pozwana zamiast wypełniać swój obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne (art. 6 k.c.), uniemożliwiła poczynienie w sprawie istotnych ustaleń. Tym samym to powodowa Spółka nie wywiązała się z obowiązku wynikającego z art. 232 zd. 1 k.p.c.

Prowadzi to do dalszych wniosków, a mianowicie, że chybnym jest zarzut naruszenia art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Artykuł 227 k.p.c. określa jedynie co może być przedmiotem dowodu i praktycznie trudno jest zarzucić Sądowi naruszenie tego przepisu. Niewątpliwie w niniejszej sprawie do takiego naruszenia nie doszło. Z kolei art. 278 § 1 k.p.c. wskazuje sytuacje, w których powinno dojść do dopuszczenia dowodu z opinii biegłego. Co do tego, że taka potrzeba zachodziła w niniejszej sprawie zarówno strony jak i Sąd Okręgowy byli zgodni jednakże, jak już powiedziano do opracowania opinii niezbędne są stosowne materiały, udostępnienia których odmówiła strona powodowa.

Mimo, iż strona powodowa podnosząc zarzut naruszenia art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. odnosiła to do oddalenia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego to jednak nie podniosła zarzutu naruszenia art. 217 § 2 lub 3 k.p.c. co ma szczególne znaczenie ponieważ Sąd II instancji poza nieważnością postępowania związany jest zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa procesowego. Oznacza to, że przy braku zarzutu naruszenia art. 217 § 2 lub 3 k.p.c. nie ma podstaw do badania zasadności decyzji Sądu Okręgowego o oddaleniu wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego. Niemniej jednak, biorąc pod uwagę wszystkie wcześniejsze uwagi stwierdzić należy, że decyzja ta była trafna zwłaszcza, że Sąd nie jest związany wszystkimi wnioskami dowodowymi i ma powinność badania celowości ich

dopuszczenia i przeprowadzenia. Wniosek dowodowy strony powodowej ze względu na powołaną tezę, powinien ulec odroczeniu ponieważ był nieprzydatny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 2007 r., IV CSK 41/07, Lex nr 346211).

W sprawie oczywiście nie doszło też do naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. bowiem uzasadnienie zawiera wszystkie wymagane tym przepisem elementy, a do tego zostało sporządzane po wydaniu wyroku więc zdecydowanie trudno przyjąć by mogło mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy.

Przechodząc do zarzutu naruszenia prawa materialnego, a to art. 357¹ § 1 k.c. stwierdzić należy, że i on jest chybiony.

Teza powołanego w apelacji wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2006 r., V CSK 251/06 (LEX nr 278677) brzmi: „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.”. Trudno więc wywieść z tego poglądu, że ocena „rażącej straty” ma się ograniczyć do jednostkowej umowy bez odniesienia do szerszego kontekstu jak choćby rozmiar prowadzonej działalności gospodarczej. Do tego pogląd ten dotyczy art. 632 § 2 k.c. a nie art. 357¹ k.c., na którym strona powodowa oparła swe żądanie.

W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2013 r., sygn. akt V CSK 2/13 wskazano, że podstawą prawną sądowej zmiany umowy, równorzędną z art. 357¹ k.c., ale z uwagi na wskazanie innych przesłanek o częściowo krzyżującym się zakresie zastosowania, może być art. 632 § 2 k.c. W przeciwieństwie do art. 357¹ k.c., mającego zastosowanie jedynie w razie wykazania nadzwyczajnej zmiany stosunków, zezwala on na jej modyfikację przez podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego już w wypadku, gdy wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć wykonanie umowy groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąco stratą. Nie musi to być strata, 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.

Różnicę „rażącej straty” z art. 632 § 2 k.c. i art. 357¹ k.c. podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 listopada 2014 r., II CSK 191/14 (Lex nr 1628911), w którym wyraził pogląd, że: „użyte w art. 357¹ k.c. określenie „rażąca strata” ma autonomiczny charakter i nie może być interpretowane w oderwaniu od istoty i celu konkretnego zobowiązania. O rażącej stracie decyduje nie samo porównanie aktualnej wartości świadczeń, ale całokształt skutków wykonania zobowiązania dla majątku strony, przy uwzględnieniu celu zobowiązania i tego, jakich korzyści z jego wykonania strona mogła się spodziewać”.

Strona powodowa ograniczając materiał źródłowy z dokumentów wskazywanych przez biegłą nie dała możliwości poczynienia ustaleń dotyczących całokształtu skutków wynikających z wykonania zobowiązania – to jest umowy o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie przez powoda kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz przebudowy oczyszczalni ścieków w S. etap I – dla jej majątku, przy uwzględnieniu celu zobowiązania i tego, jakich korzyści z jego wykonania mogła się spodziewać. Tym samym nie wykazała istnienia przesłanki „rażącej straty” z art. 357¹ k.c.

Mając powyższe na uwadze orzeczono na podstawie art. 385 k.p.c. a o kosztach zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu wyrażoną w art. 98 k.p.c. Wysokość zasądzonych kosztów zastępstwa procesowego wynika z § 6 pkt 7 w zw. z §13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (tekst jedn. Dz.U. z 213 r., poz. 461).

SSA Andrzej Szewczyk SSA Krzysztof Sobierajski SSA Anna Kowacz - Braun