



MICHAŁ SIEJDA

Członek SIDiR, Inżynier Konsultant. Absolwent Wydziału Inżynierii Lądowej Politechniki Warszawskiej, mgr inż. budownictwa

Jak udowodnić żądanie o podwyższenie wynagrodzenia w związku z nadzwyczajną zmianą stosunków?

W poprzednim artykule o przeprowadzeniu dowodu na przekroczenie zwykłego ryzyka kontraktowego i nadzwyczajnej zmiany stosunków na potrzeby sporu o podwyższenie wynagrodzenia (Biuletyn Konsultant 53 Listopad 2019) opisałem czym jest zwykłe ryzyko kontraktowe i zaproponowałem sposób jego obliczania. W niniejszym artykule chciałbym szerzej opisać przeprowadzenie dowodu wykazującego uprawnienie do żądania o podwyższenie wynagrodzenia w związku z nadzwyczajną zmianą stosunków. Rozważania opisane w niniejszym artykule nie obejmują wszelkich przypadków nadzwyczajnej zmiany stosunków, lecz opisują hipotetycznego wykonawcę robót budowlanych, który na skutek zmiany okoliczności zewnętrznych (wzrost cen) ponosi stratę w związku z wykonaniem zobowiązań umownych.

Zanim do tego przejdę chciałbym uzupełnić poprzedni artykuł i przywołać Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29 stycznia 2020 r. w sprawie VII AGa 462/19, w którym Sąd potwierdził, że utrata planowanego zysku to normalne ryzyko występujące w obrocie gospodarczym, a ponadto wykonawca powinien przewidzieć możliwy wzrost cen materiałów w takim zakresie jak było to możliwe do przewidzenia. Na podkreślenie zasługuje fakt, że podstawą do określenia wymiaru rażącej straty było właśnie określenie zwykłego ryzyka kontraktowego. Wyznaczony biegły potwierdził, że w latach poprzedzających wzrosty wynosiły nie więcej niż 10%, lecz nie potrafił powiedzieć, jaka część tego wzrostu mieściła się w ryzyku ryczałtowym. Biegły ponadto stwierdził, że kiedyś przyjmowano, że jest to 3-5%. Na tej podstawie Sąd stwierdził, że wykonawca mógł zatem przewidzieć i założyć, że w najbardziej pesymistycznym scenariuszu nastąpi wzrost cen materiałów o 10%. Jeżeli nie uwzględnił wzrostu w wycenie, to objął to swoim zwykłym ryzykiem kontraktowym. Dopiero wzrost cen materiałów powyżej 10% należało uznać za wykraczający poza to ryzyko. Sąd określając wymiar straty rażącej pomniejszył stratę o zwykłe ryzyko kontraktowe zatem podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego na podstawie tego przepisu powinno obejmować tę część straty, która wykracza poza to zwykłe ryzyko kontraktowe.

Określenie wysokości zwykłego ryzyka kontraktowego to tylko jeden element wymagany do przeprowadzenia dowodu na nadzwyczajną zmianę stosunków. Przez zmianę stosunków rozumie się obiektywne, o charakterze powszechnym przekształcenia stosunków społecznych, a zwłaszcza gospodarczych. Okoliczności powodujące nadzwyczajną zmianę stosunków nie były możliwe do przewidzenia przy zawieraniu umowy, a także strony nie miały podstaw do ich przewidzenia. Zdarzenia zakwalifikowane jako nadzwyczajna zmiana stosunków są niezależne od stron, wywołują trwałe skutki, w sposób wyjątkowy i niespotykany wpływają na rzeczywistość.

Jak wskazuje A. Brzozowski możliwości stosowania art. 357 KC zależą od spełnienia następujących przesłanek:

- źródłem powstania zobowiązania jest umowa;

Jednak nie każda strata prowadzi do wniosku, że nastąpiła zmiana stosunków. Z tego powodu konieczne jest również zbadanie czy wykonawca prowadzi politykę zarządzania ryzykiem, czy na danym kontrakcie były przestrzegane procedury, jakie ryzyko wykonawca ujął w ofercie, a jakie ryzyko objął swoim zwykłym ryzykiem kontraktowym oraz czy wykonawca przyczynił się do powstania straty.

- nastąpiła zmiana okoliczności, której strony nie brały pod uwagę przy zawieraniu umowy;
- dalsze trwanie zobowiązania w niezmienionej postaci i wykonywanie obowiązków umownych prowadzi do nadmiernego utrudnienia spełnienia świadczenia lub groźby rażącej straty dla jednej ze stron;
- między zmianą okoliczności a wpływem tej zmiany na zobowiązanie istnieć musi związek przyczynowy. Podstawowym kryterium koniecznym do zbadania jest wystąpienie nadzwyczajnej zmiany stosunków. Analiza jej wystąpienia sprowadza się do porównania warunków, w jakich zawierano umowę z warunkami istniejącymi w czasie jej realizacji. Przeprowadzenie dowodu na nadzwyczajną zmianę stosunków powinno rzetelnie odnosić się do kryteriów sformułowanych w istniejącym orzecznictwie.

Poprzez stosunki należy rozumieć związek pomiędzy różnymi elementami zobowiązania oraz okolicznościami w jakich miało ono być wykonane. Zmiana stosunków oznacza, że związek pomiędzy różnymi elementami zobowiązania lub towarzyszącymi okolicznościami stał się inny niż był przy zawieraniu umowy. Tym samym cel stosowania art. 357 oraz 632 §2 KC sprowadza się do usunięcia skutków zdarzeń, których strony nie przewidziały przy zawieraniu umowy, a które to zdarzenia doprowadziły do zmiany równowagi określonej w umowie.

Wobec tego koniecznym jest zbadanie okoliczności związanych z analizowanym kontraktem zarówno w odniesieniu do oferowania jak i w odniesieniu do realizacji. Podstawową kwestią jest określenie czy okoliczności realizacji kontraktu były inne niż te, które strony przewidywały przy zawieraniu umowy. Zatem w pierwszej kolejności niezbędne jest zbadanie w jaki sposób była opracowana oferta wykonawcy, jakie ryzyka zostały w niej przewidziane, a jakie ryzyka pomimo możliwości wystąpienia zostały pominięte w ofercie. Te założenia powinny zostać porównane z faktyczną realizacją, której analiza przynosi odpowiedź czy przewidziane w ofercie ryzyko wystąpiło, a jeżeli wystąpiło to w jakim stopniu wpłynęło na kontrakt.

Powstanie straty (lub groźba powstania straty) jest jednym z czynników, który może prowadzić do wniosku, że doszło do zmiany stosunków. Ze stratą mamy do czynienia, kiedy

poniesione w związku z realizacją koszty przewyższają przychody. Jednak nie każda strata prowadzi do wniosku, że nastąpiła zmiana stosunków. Z tego powodu konieczne jest również zbadanie czy wykonawca prowadzi politykę zarządzania ryzykiem, czy na danym kontrakcie były przestrzegane procedury, jakie ryzyko wykonawca ujął w ofercie, a jakie ryzyko objął swoim zwykłym ryzykiem kontraktowym oraz czy wykonawca przyczynił się do powstania straty. Na tej podstawie można określić, czy doszło do zmiany stosunków względem tych przyjętych w umowie, czy wykonawca sporządzając ofertę poprawnie przyjął zwykłe ryzyko kontraktowe i w końcu obliczyć jaka część straty jest stratą rażącą.

Zdefiniowanie pojęcia nadzwyczajności napotyka niekiedy znaczne trudności. Większość autorów dostrzega nadzwyczajność w zmianie stosunków, gdy występuje ona rzadko lub jest niezwykle. Inaczej sformułowany art. 632 § 2 KC dopuszcza zmianę umowy w razie zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć. Odwołanie do nieprzewidywalności zmiany stosunków wskazuje na zmiany wychodzące poza zakres zwykłego ryzyka kontraktowego, a zatem o przypadki analogiczne, jak objęte działaniem normy art. 357 KC. W związku z powyższym istotnym elementem określenia czy doszło do nadzwyczajnej zmiany stosunków jest zbadanie czy zmianę oraz jej skutki można było przewidzieć z uwzględnieniem należytej staranności. Obiektywna analiza zwykłego ryzyka kontraktowego powinna być oparta na podstawie ogólnie dostępnych publikacji, opracowanych przez wydawnictwa publikujące zmiany cen i obejmować możliwie najdłuższy okres danych, co pozwoli na uniknięcie zarzutu selektywnego zbierania danych pod wcześniej postawioną tezę. Kolejną niezwykle istotną kwestią jest badanie powszechności zmiany i związku przyczynowego między nadzwyczajną zmianą okoliczności a nadmiernymi trudnościami lub groźbą rażącej straty. Na tej podstawie możliwe jest określenie czy każdy inny wykonawca zaangażowany do realizacji rozpatrywanego kontraktu znalazłby się w podobnej sytuacji (czy zmiana jest obiektywna i powszechna).

Zebrane doświadczenia i przeprowadzone dyskusje doprowadziły mnie do określenia dziesięciu kroków, które wyczerpują kryteria badania nadzwyczajnej zmiany stosunków, w przypadku zmian cen:

KROK 1	Analiza procedur obowiązujących u wykonawcy, w zakresie sporządzania i kalkulacji ofert, wraz z oceną, czy oferta wykonawcy została sporządzona zgodnie z procedurami, przyjętymi przez wykonawcę. Sprawdzenie polityki rachunkowości, procedury kontraktowania podwykonawców oraz schematu organizacyjnego zadania inwestycyjnego.
KROK 2	Analiza założeń ofertowych, przyjętych przez wykonawcę w kalkulacji ceny ofertowej: wysokości kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich (ogólnych budowy oraz zarządu), zysku i ryzyk.
KROK 3	Analiza zmian cen czynników kosztotwórczych (R-robocizna, M-materiały, S-sprzęt), w okresie 10-15 lat sprzed złożenia oferty, oraz wskaźnika zmian cen obiektów referencyjnych, najbardziej zbliżonych do realizowanego obiektu.
KROK 4	Analiza zmian cen czynników kosztotwórczych w okresie realizacji umowy. Ustalenie, czy w trakcie realizacji kontraktu, doszło do wzrostu cen czynników kosztotwórczych relewantnych dla umowy.
KROK 5	Prognoza poziomu wzrostu cen, który wykonawca powinien zakładać na etapie ofertowania, na podstawie dostępnych w dacie złożenia oferty danych statystycznych i profesjonalnego doświadczenia.
KROK 6	Ocena, czy przyjęte przez wykonawcę na potrzeby oferty założenie w zakresie ryzyka wzrostu cen, było racjonalne i obiektywnie uzasadnione – analiza porównawcza Kroku 2 i Kroku 5.
KROK 7	Ustalenie poziomu zwykłego ryzyka kontraktowego.
KROK 8	Ustalenie poziomu utraty zysku i progu straty. Ustalenie, jaki wzrost kosztów realizacji kontraktu oznacza, że wykonawca poniesie stratę w związku z jego realizacją.
KROK 9	Ustalenie progu straty rażącej. Ustalenie, jaki wzrost kosztów realizacji kontraktu oznacza, że wykonawca nie tylko poniesie stratę w związku z jego realizacją, ale poziom tej straty wykraczać będzie poza zakres zwykłego ryzyka kontraktowego (strata rażąca, niemożliwa do przewidzenia).
KROK 10	Ustalenie wzrostu kosztów, straty i straty rażącej na podstawie faktycznie poniesionych kosztów lub kosztów oszacowanych do poniesienia w przyszłości.

Jak wykazałem powyżej, podstawowym kryterium koniecznym do zbadania jest wystąpienie nadzwyczajnej zmiany stosunków. Analiza jej wystąpienia sprowadza się do porównania warunków, w jakich zawierano umowę z warunkami istniejącymi w czasie jej realizacji. W ramach Kroku 1 dowód powinien obejmować prześledzenie procedur obowiązujących u wykonawcy w zakresie sporządzania i kalkulacji ofert. Ta część dowodu pozwala na określenie czy wykonawca przygotowując oferty działa według powtarzalnego wzorca, który pozwala mu na uniknięcie błędów i odpowiednie udokumentowanie przebiegu opracowywania oferty. Krok 1 stanowi bazę porównawczą do zbadania czy oferta wykonawcy nie została opracowana w sposób przypadkowy bądź błędny.

Krok 2 powinien możliwie najdokładniej odwzorowywać założenia ofertowe wykonawcy. W ramach udokumentowania tego procesu wskazane jest przedstawienie analizy ofert

podwykonawczych zebranych na potrzeby przygotowania oferty wykonawcy. W zakresach, w których wykonawca nie zebrał ofert podwykonawczych, gdyż zamierzał ten zakres wykonywać samodzielnie, powinien przedstawić wiarygodne wyliczenia obrazujące, w jaki sposób określił spodziewane koszty. Opis przygotowanej oferty powinien również zawierać podział na założone przez wykonawcę koszty bezpośrednie, koszty pośrednie (ogólne budowy oraz zarządu), ryzyka i zysk.

Analiza zmian cen czynników kosztotwórczych (R-robocizna, M-materiały, S-sprzęt) oraz wskaźnika zmian cen obiektów referencyjnych, najbardziej zbliżonych do realizowanego obiektu, o której mowa w Kroku 3, powinna być oparta na podstawie ogólnie dostępnych publikacji, opracowanych przez wydawnictwa publikujące zmiany cen i obejmować możliwie najdłuższy okres danych, co pozwoli na uniknięcie zarzutu selektywnego zbierania



danych pod wcześniej postawioną tezę. Krok 3 stanowi podstawę do określenia prognozy poziomu wzrostu cen, który wykonawca powinien zakładać na etapie ofertowania.

Analogiczna analiza zmian cen czynników kosztotwórczych (R-robocizna, M-materiały, S-sprzęt) oraz wskaźnika zmian cen obiektów referencyjnych, najbardziej zbliżonych do realizowanego obiektu, o której mowa w Kroku 4, powinna być również przeprowadzona dla okresu realizacji umowy. Krok 4 stanowi podstawę do określenia jaki wzrost cen nastąpił w okresie realizacji inwestycji.

Na podstawie analizy, przeprowadzonej w Kroku 3, wykonawca powinien przedstawić prognozę poziomu wzrostu cen, jaką można było przewidywać na podstawie dostępnych w dacie złożenia oferty danych statystycznych i profesjonalnego doświadczenia. Krok 5 powinien zawierać dwie prognozy poziomu wzrostu cen tj. racjonalną, która powinna być uwzględniona w wycenie ofertowej (ryzyko), jak również najbardziej pesymistyczną prognozę wzrostu cen, którą można było przewidzieć, ale jej uwzględnienie w ofercie sprawiłoby, że oferta stałaby się niekonkurencyjna.

W Kroku 6 wykonawca powinien porównać opis przygotowania oferty z Kroku 2 z obliczeniami wynikającymi z Kroku 5. Jest to kolejne porównanie, które weryfikuje czy ryzyko założone w ofercie zostało określone rzetelnie.

Ustalenie poziomu zwykłego ryzyka kontraktowego, o którym mowa w Kroku 7, jest określane na podstawie najbardziej pesymistycznej prognozy wzrostu cen, którą można było przewidzieć w okresie przygotowywania oferty, ale jej uwzględnienie w ofercie sprawiłoby, że oferta stałaby się niekonkurencyjna. W tym miejscu warto ponownie przywołać Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29 stycznia 2020 r. w sprawie VII AGa 462/19, z którego wprost wynika powyższy wniosek oraz artykuł (Biuletyn Konsultant 53 Listopad 2019), w którym szerzej

opisałem sposób określania zwykłego ryzyka kontraktowego. A contrario z przywołanego Wyroku wynika również, że zwykłe ryzyko kontraktowe należy pomniejszyć o ryzyko uwzględnione w ofercie, o ile było założone.

Krok 8 polega na ustaleniu, jaki wzrost kosztów realizacji kontraktu oznacza, że wykonawca utraci zaplanowany zysk, co wiąże się z poniesieniem straty w związku z realizacją kontraktu. Jest to o tyle istotne, że orzecznictwo stanowczo podkreśla, że na podstawie przepisów o nadzwyczajnej zmianie stosunków wykonawca nie może domagać się rekompensaty utraconego zysku.

Krok 9 polega na ustaleniu, jaki wzrost kosztów realizacji kontraktu oznacza, że wykonawca nie tylko poniesie stratę w związku z jego realizacją, ale poziom tej straty wykraczać będzie poza zakres zwykłego ryzyka kontraktowego (strata rażąca, niemożliwa do przewidzenia), ustalonego wcześniej w Kroku 7.

Ostatni zaproponowany przeze mnie Krok 10 polega na ustaleniu rzeczywistego wzrostu kosztów, wysokości straty i straty rażącej na podstawie faktycznie poniesionych kosztów lub kosztów spodziewanych do poniesienia w przyszłości, w związku z realizacją inwestycji. Żądanie wykonawcy do podwyższenia wynagrodzenia powinno jasno wskazywać, jaka strata grozi mu w związku z realizacją oraz określać o jaką część tej straty należy podwyższyć wynagrodzenie (strata pomniejszona o zwykłe ryzyko kontraktowe).

Zaproponowany tok postępowania sprawdza czy w badanej sytuacji doszło do zmiany, którą obiektywnie należy uznać za niemożliwą do przewidzenia, niezależną od stron, powszechną oraz wywołującą trwałe skutki, które sposób wyjątkowy i niespotykany wpływają na rzeczywistość. Taką zmianę należy uznać za nadzwyczajną zmianę stosunków, a przeprowadzone obliczenie rażącej straty może stanowić podstawę do określenia wymiaru żądania o podwyższenie wynagrodzenia w związku z nadzwyczajną zmianą stosunków.