

KONSULTANT

BIULETYN



STOWARZYSZENIE
INŻYNIERÓW DORADCÓW
I RZECZOZNAWCÓW

nr 64 grudzień 2022



3

RAFAŁ BAŁDYS REMBOWSKI

Waloryzacyjne kompendium

4

JOANNA RUDNICKA

Procedura zmiany umowy w wyniku nadzwyczajnej zmiany stosunków

9

PAWEŁ SZYMAŃSKI

MICHAŁ PIKOS

PAWEŁ ZEJER

7 Zasad efektywnego roszczenia waloryzacyjnego

14

TOMASZ SKOCZYŃSKI

Podstawy prawne zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z wystąpieniem istotnych zmian cen materiałów lub kosztów realizacji zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem art. 48 tarczy prawnej

19

MACIEJ JAMKA

ŁUKASZ GEMBIŚ

PATRYCJA TREDER

Siła wyższa (*Force Majeure*) w realizacji kontraktów budowlanych. Jak na tę instytucję wpłynęła pandemia COVID-19 oraz wojna w Ukrainie

26

MICHAŁ SIEJDA

Praktyczne aspekty waloryzowania umów o roboty budowlane

30

KAMIL FURMAN

Klauzule przeglądowe z perspektywy Wykonawców

33

ELŻBIETA VIROUX

Zasady prawnego bezpieczeństwa i higieny pracy



efca
European Federation of Engineering Consultancy Associations

SIDiR jest członkiem:
Fédération Internationale Des
Ingénieurs-Conseils – FIDIC
European Federation of Engineering
Consultancy Associations – EFCA

Biuletyn „Konsultant”
Wydawca: Stowarzyszenie Inżynierów
Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR)
ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa
tel.: +48 22 826 16 72
biuro@sidir.pl

Redaktor naczelny: Rafał Bałdys Rembowski

Kolegium redakcyjne:
inż. Tomasz Łatawiec, mgr inż. Tamara Małasiewicz,
mgr inż. Grzegorz Piskorz, mec. Tomasz Skoczyński,
mec. Łukasz Mróz, mgr inż. Rafał Bałdys Rembowski

Skład i opracowanie graficzne: Homework

Publikowane w Biuletynie „Konsultant” artykuły prezentują stanowiska, opinie i poglądy ich Autorów.

Redakcja zastrzega sobie prawo do adiestacji tekstów i zmiany tytułów. Przedruki i wykorzystanie opublikowanych materiałów może odbywać się za zgodą Kolegium redakcyjnego.

Redakcja nie ponosi odpowiedzialności za treść zamieszczanych reklam.

Reklama w biuletynie:
W sprawie szczegółowej oferty i cennika reklam prosimy o kontakt z biurem SIDiR:
biuro@sidir.pl

Waloryzacyjne kompendium



RAFAŁ BAŁDYS REMBOWSKI
redaktor naczelny

Oddajemy w Państwa ręce wydanie Biuletynu Konsultant, które ma szansę stać się niemalże kompendium wiedzy i standardów nt. procedury za zmiany umowy w tym waloryzacji nie tylko zamówień publicznych. Nie ma w tym cienia przesady, bo w numerze są porady dotyczące działań na poziomie operacyjnym (wywiad z mec. Elżbietą Viroux), przegląd metod dochodzenia do zmiany umowy (artykuł mec. Joanny Rudnickiej), wyczerpujący opis czym jest siła wyższa (artykuł prawników DWF Poland Jamka sp. K.), czy praktyczny poradnik waloryzowania umów (artykuł Michała Siejdy) spojrzenie na klauzule przeglądowe z perspektywy wykonawcy (artykuł Kamila Furmana), analiza funkcjonowania art. 48 „tarczy prawnej” w procedurze zmiany umowy (artykuł Tomasza Skoczyńskiego) oraz crème de la crème, czyli 7 zasad efektywnego roszczenia waloryzacyjnego – artykuł przygotowany przez zespół Instytutu Analiz Budowlanych.

Naszą intencją nie było zdanie relacji z przebiegu naszej konferencji¹, ale zebranie najcenniejszych wniosków i obserwacji dotyczących bieżącej sytuacji na rynku, żeby z pomocą specjalistów cenionych w swoich branżach postarać się zrozumieć złożoność sytuacji i zaplanować możliwe działania.

Mimo niezbyt optymistycznych prognoz dla tego sektora gospodarki wykonawcy, konsultanci i prawnicy nie są bez szans. Choć ze strony administracji publicznej widać wyraźną przychylność – szczególnie ze strony UZP i Prokuratury Generalnej RP – to jednak nawet najbardziej przychylnie wykonawcom przepisy czy rekomendacje nie oznaczają, że wykonawcom cokolwiek należeć się będzie „z automatu”.

Sytuacja wymusza nabycie przez wykonawców i zamawiających nowych kompetencji i funkcjonowania w rzeczywistości i czasach VUCA czyli zmienności, niepewności złożoności i niejednoznaczności (ang. volatility, uncertainty, complexity, and ambiguity), na co zwraca uwagę Kamil Furman w swoim artykule. Polską rzeczywistość, którą w prowokacyjny sposób zobrazował prezes SIDiR Tomasz Łatawiec – czyli wyciągania informacji ze szklanej kuli musimy zamieść na przewidywalne procedury i procesy.

¹ X konferencja SIDiR pt. Realizacja kontraktów budowlanych w czasach nadzwyczajnych zmian stosunków, w tym wywołanych działaniem Siły Wyższej”



Procedura zmiany umowy w wyniku nadzwyczajnej zmiany stosunków



JOANNA RUDNICKA

radca prawny, starszy wspólnik SKP Skoczniński
Kolańczyk Rudnicka Kancelaria Prawna S.K.A.

W ostatnich miesiącach wnioski wykonawców o zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego wpływają do zamawiających w nie spotykanej dotąd skali. Wszystko za sprawą obecnej sytuacji gospodarczej wywołanej przede wszystkim wojną w Ukrainie i skutkami dwóch lat pandemii. Występujące gwałtowne wzrosty cen, zaburzenia łańcuchów dostaw, odpływ siły roboczej, określane przez prawników mianem „nadzwyczajnej zmiany okoliczności”, wpływają na koszty wykonania zobowiązań kontraktowych, co skutkuje roszczeniami wykonawców o zmianę wynagrodzenia umownego, czy też wprowadzenie albo zmianę klauzuli waloryzacyjnej.

Zamawiający mają narzędzia prawne do wprowadzenia tych zmian, jednak jak pokazuje doświadczenie, proces wprowadzenia tych zmian nie jest łatwy dla żadnej ze stron.

Zamawiający może zawrzeć z wykonawcą aneks do umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych a dodatkową podstawą jest art. 48 ustawy z dnia 7.10.2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców, którą ustawodawca wprowadził regulacje szczególne skrojone na potrzebę czasów wymagających szczególnych działań. Prawo zamówień publicznych zawsze daje zamawiającemu możliwość zmiany umowy, jeżeli konieczność wprowadzenia tej zmiany wynika z okoliczności, których zamawiający działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć. Ograniczenia tutaj są dwa: (1) nie można w ten sposób zmodyfikować ogólnego charakteru umowy, (2) wzrost ceny, czyli wynagrodzenia wprowadzony każdą kolejną zmianą nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy. Powyższe ograniczenia nie stoją na przeszkodzie podwyższeniu wynagrodzenia umownego, gdyż co do zasady, tym co motywuje taką zmianę jest wykonanie przewidzianego w umowie przedmiotu, tyle że za zapłatą wyższego wynagrodzenia.

Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli **konieczność zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany wysokości ceny, spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć**, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.¹

¹ Art. 455 ust. 1 pkt 4) ustawy z dn. 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych i podobna treść Art. 144 ust. 1 pkt 3) poprzednio obowiązującej ustawy z dn. 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych

Konieczność zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany wysokości ceny, spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć.

Nie rozstrzygając w tym miejscu, czy szczególne rozwiązania na ciężkie czasy są niezbędne, trzeba wskazać, że takie rozwiązania ustawodawca zamawiającym przygotował. W specustawie uszczegółowił podstawy zmiany i sposoby zmiany. Wskazał wprost na okoliczności, które są przyczyną obecnych problemów po stronie wykonawców – istotna zmiana cen materiałów i kosztów oraz wymienił enumeratywnie sposoby wprowadzania zmiany. Nadal zamawiający ma obowiązek podejmowania decyzji w zgodzie z ustawą o zamówieniach publicznych, czyli powinien uznać przepisy Prawa zamówień publicznych za podstawowe wytyczne wyznaczające granice dopuszczalnej zmiany.

W związku z **istotną zmianą cen materiałów lub kosztów** związanych z realizacją zamówienia publicznego, których **zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć**, dopuszczalna jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, która polega na:

1. zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy,
2. dodaniu klauzuli waloryzacyjnej,
3. zmianie klauzuli waloryzacyjnej, w szczególności w zakresie maksymalnej wartości zmiany,
4. zmianie postanowień umowy, w szczególności dotyczących zakresu świadczenia, terminu wykonania lub czasowego zawieszenia wykonywania umowy lub sposobu wykonywania umowy.²

² Art. 48 ustawy z dnia 7.10.2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców

JAK TO ZROBIĆ, CZYLI MOŻLIWE DROGI DO CELU

Negocjacje

W zasadzie zawsze droga dojścia do porozumienia rozpoczyna się od rozmów, negocjacji. W tym procesie strony samodzielnie próbują wypracować wspólne stanowisko.

JAK ZACZĄĆ?

- Wniosek wykonawcy o wprowadzenie zmiany do umowy poprzez zwiększenie wynagrodzenia lub wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej bądź zmianę klauzuli waloryzacyjnej.
- Wykonawca powinien przedstawić argumentację pokazującą stan pierwotny (założenia, kalkulacje do oferty), późniejsze okoliczności oraz ich wpływ na wzrost cen oraz udokumentować powyższe (kosztorysy porównawcze, oferty).

Proces rozmów inicjuje wykonawca i musi oczywiście swoje stanowisko uzasadnić i udokumentować, co z reguły wiąże się z ogromem pracy inżynierów, kosztorysantów i prawników, ale obowiązki zamawiającego w tym procesie są też niebagatelne.

ZADANIA ZAMAWIAJĄCEGO

- ustalić/zweryfikować czy określone nieprzewidywalne zjawiska rzeczywiście wpływają na realizację umowy i z tego względu jej zmiana jest konieczna,
- ustalić/zweryfikować, jaki jest konieczny zakres tej zmiany,
- ustalić/zweryfikować, jaką wartość ryzyka wykonawca powinien założyć w ofercie i przyjąć to za punkt wyjścia przy negocjacjach w zakresie podziału skutków ryzyka wynikającego z obecnej sytuacji gospodarczej.

Celem wprowadzenia zmiany umowy nie jest kompensacja wszelkich strat wykonawcy, ale uwzględnienie okoliczności zewnętrznych, jeśli mają one wpływ na wykonywanie zobowiązania, z uwzględnieniem ryzyk kontraktowych, jakie spoczywały na wykonawcy.

Przedmiotem negocjacji zawsze jest podział ryzyka między stronami, czyli w jakiej części zamawiający pokryje zwiększone koszty wykonania. Co prawda często jest to trudne do przyjęcia dla wykonawców, ale każdy wykonawca jest przedsiębiorcą, który ponosi ryzyko prowadzonej działalności i również w jakimś stopniu ryzyko nadzwyczajnych zdarzeń gospodarczych. Z drugiej strony ten argument jest często nadużywany przez zamawiających i częstokroć propozycją wyjściową zamawiających jest podział odpowiedzialności za zwiększone koszty wykonania zadania po połowie.

Trzeba tu podkreślić, że celem wprowadzenia zmiany umowy nie jest kompensacja wszelkich strat wykonawcy, ale uwzględnienie okoliczności zewnętrznych, jeśli mają one wpływ na wykonywanie zobowiązania, z uwzględnieniem ryzyk kontraktowych, jakie spoczywały na wykonawcy. Zamawiający powinien zatem ustalić, jakie ryzyka i na jakim poziomie wykonawca powinien przyjąć przy kalkulacji ceny ofertowej. Może to ocenić na bazie obiektywnych danych historycznych, np. wskaźników publikowanych przez GUS, analizując jak zmieniały się poziomy kosztów w istotnych obszarach w okresie przed złożeniem oferty (np. w okresie 3 lat przed złożeniem oferty lub innym okresie referencyjnym) oraz jakie informacje co do przyszłych zmian były dostępne w chwili składania oferty. Co najmniej poziom historycznie występujących zmian w wysokości cen, wykonawca powinien uwzględnić jako wartość ryzyka założoną w ofercie, a w konsekwencji taki poziom zwiększonych kosztów nie powinien podlegać zrekompenso- waniu przez zamawiającego.

W zależności czy strony negocjują zwiększenie wynagrodzenia umownego czy wprowadzenie lub zmianę klauzuli waloryzacyjnej, kolejnym istotnym elementem rozmów będzie wspólne ustalenie uzasadnionych co do rodzaju i wysokości zwiększonych kosztów lub ustalenie mechanizmu waloryzacyjnego i jego maksymalnego limitu.

Obie strony w rozmowach powinny pamiętać, że zmiana wynagrodzenia wykonawcy musi mieć charakter obiektywny i być wprowadzona w celu przywrócenia równowagi ekonomicznej stron, jaka istniała w momencie jej zawarcia, a która została zakłócona przez nieprzewidywalne i nadzwyczajne okoliczności występujące na etapie realizacji.

CELE ZMIANY UMOWY

- zmiana w zakresie wynagrodzenia wykonawcy ma prowadzić do przywrócenia równowagi ekonomicznej stron, jaka istniała w momencie zawarcia umowy, a która została zakłócona przez określone zjawiska a nie do kompensacji wszelkich strat wykonawcy;
- zmiana nie może służyć „zrekompensowaniu” niedoszacowań czy błędów popełnionych przez wykonawcę na etapie sporządzania oferty;
- gospodarność zamawiającego – niedokonanie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy może nie tylko poważnie zachwiać równowagą ekonomiczną stron na niekorzyść wykonawcy, ale częstokroć może prowadzić do negatywnych konsekwencji dla zamawiającego, np. proces sądowy, niewykonanie zamówienia;

CO W PRZYPADKU, GDY STRONY NIE MOGĄ OSIĄGNĄĆ POROZUMIENIA?

Mediacje

Mediacje to sposób na wypracowanie satysfakcjonującego strony rozwiązania sporu na drodze dobrowolnych i poufnych rozmów. Rozmowy prowadzi mediator – bezstronna i neutralna osoba trzecia. Do jego zadań, w czasie trwania mediacji, należy wspieranie komunikacji, łagodzenie ewentualnego napięcia między stronami i pomoc w osiągnięciu porozumienia. Mediację rozpoczyna się zawarciem umowy o mediację. Po uzyskaniu zgody obu stron na prowadzenie rozmów w trybie mediacji i wybraniu osoby mediatora, mediator zapoznaje się ze sprawą podczas spotkań indywidualnych z każdą ze stron. Następnie na sesjach wspólnych moderuje rozmowę w taki sposób, aby zbliżyć strony do wspólnego i zgodnego stanowiska. Z przebiegu mediacji mediator sporządza protokół, wskazując w nim jedynie miejsce i czas prowadzenia mediacji, dane uczestników oraz końcowy wynik mediacji. Mediator nie opisuje szczegółów prowadzonych rozmów, które są objęte tajemnicą mediacji. Jeżeli mediacja kończy się sukcesem, to znaczy wspólnym stanowiskiem, strony podpisują przed mediatorem ugodę, która może zostać zatwierdzona przez sąd.



ZALETY MEDIACJI

- Dobrowolność (mediację można przerwać w każdej chwili),
- Neutralność (stronom nie sugeruje się konkretnego rozwiązania),
- Szybkość (trwa krócej niż postępowanie sądowe),
- Profesjonalizm (mediator jest przeszkolony, często z doświadczeniem w branży),
- Poufność (wszystkie informacje przekazane na spotkaniu są objęte tajemnicą),

Koncyliacje

Koncyliacje są kol rozwiązaniem, które można polecić tym wykonawcom i zamawiającym, dla których wypracowanie wspólnego rozwiązania jest na tyle trudne, że prawdopodobieństwo osiągnięcia kompromisu nawet przy wsparciu mediatora, można ocenić jako niskie. Zasadnicza różnica w tym procesie jest taka, że koncyliator nie stroni od oceny stanowisk stron. Wprost przeciwnie. Koncyliator, po analizie stanowisk oraz roszczeń stron, przedstawia propozycję koncyliacyjną, mającą na celu zakończenie sporu. Strony nie biorą zatem czynnego udziału w wypracowaniu rozstrzygnięcia. Procedura koncyliacji również rozpoczyna się od umowy stron. Następnie

koncyliator pozyskuje stanowiska i dokumenty od obu stron, aby na podstawie dokonanej analizy zgromadzonego materiału przedstawić stronom propozycję koncyliacyjną. Taka propozycja nie jest dla stron obligatoryjna. Strony mogą z niej skorzystać i zawrzeć ugodę o treści zaproponowanej przez koncyliatora, mogą też tę propozycję zmodyfikować albo odrzucić. W ramach postępowania koncyliacyjnego możliwe jest zawarcie ugody, która tak, jak w przypadku postępowania mediacyjnego, może zostać zatwierdzona przez sąd.

ZALETY KONCYLIACJI

- poufność postępowania;
- szybkość i efektywność rozwiązania sporu;
- specjalistyczna wiedza koncyliatora w obsłudze prawnej podmiotów sfery publicznej oraz znajomość specyfiki działania tych podmiotów;
- uzyskanie przez strony opinii autorytetu zewnętrznego np. Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej;
- brak ryzyka pogorszenia sytuacji stron – w najgorszym razie, w przypadku braku akceptacji propozycji koncyliacyjnej, nic się nie zmieni i pozostanie dotychczasowy stan rzeczy;

DOBRA UGODA, CZYLI JAKA?

W zawartej ugodzie strony powinny uczynić sobie wzajemne ustępstwa w celu osiągnięcia porozumienia. Obrazowo rzecz ujmując, dobra ugoda to taka, z której każda ze stron jest trochę niezadowolona. Strony godzą się na te ustępstwa, żeby osiągnąć korzyść, jaką jest usunięcie niepewności co do zgłoszonych roszczeń, zakończenie sporu i uniknięcie procesu sądowego. Zatem wykonawca występujący z wnioskiem o prowadzenie mediacji w sprawie zwiększenia wynagrodzenia umownego musi być skłonny do pewnych ustępstw, czyli wzięcia na siebie części ryzyka obecnej sytuacji gospodarczej.

Ugoda nie może być sprzeczna z prawem lub zasadami współżycia społecznego, nie może też zmierzać do obejścia prawa. Treść ugody musi być zrozumiała dla obu stron i dla obiektywnego odbiorcy, czyli np. sądu zatwierdzającego ugodę. Ugoda nie może zawierać sprzecznych ustaleń, musi być spójna. Mediator czy konciliator będą wsparciem przy redagowaniu ugody w taki sposób, aby oddała ona zamiary stron i nie miała postanowień, które poddałyby pod wątpliwość dopuszczalność zatwierdzenia jej przez sąd.

Zgodnie z ustawą o finansach publicznych jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności w przypadku dokonania oceny, że skutki ugody są dla tej jednostki korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego. Taka Ocena skutków ugody musi mieć formę pisemnej analizy, z uwzględnieniem zasadności spornych żądań, możliwości ich zaspokojenia i przewidywanego czasu trwania oraz kosztów postępowania sądowego albo arbitrażowego. Celem dokonywania tej analizy jest zapewnienie gospodarności w dysponowaniu środkami publicznymi. Zamawiający analizując dopuszczalność zawarcia ugody powinien ocenić, czy występuje znaczne prawdopodobieństwo skutecznego dochodzenia przez wykonawcę zmiany umowy na podstawie klauzul rebus sic stantibus i jakie jest prawdopodobieństwo uznania żądania wykonawcy w procesie sądowym za uzasadnione. Zamawiający powinien również wziąć pod uwagę, jakie byłyby dodatkowe konsekwencje dla zamawiającego w przypadku przegranego postępowania sądowego, np. koszty procesu, obowiązek zapłaty po upływie znacznego okresu, kiedy zamawiający będzie realizował już inne inwestycje i przeznaczał środki na inne zadania, a także obowiązek zapłaty odsetek. Istotnym może się okazać również dokonanie porównania prawdopodobnych w konkretnych okolicznościach scenariuszy, czy np. wykonawca może w procesie sądowym dochodzić większej kwoty roszczenia, czy może odstąpić od realizacji zadania, co będzie prawdopodobnie generować zwiększone koszty wykonania inwestycji. Analiza może prowadzić do wniosku, że działaniem, które można ocenić jako niegospodarne byłaby odmowa podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy mimo spełnienia przesłanek dopuszczalności zmiany umowy.

Na koniec należy podkreślić, że prawo zamówień publicznych daje wprost przyzwolenie a nawet rekomendacje rozwiązywania sporów na gruncie umów w sprawie zamówienia

publicznego w drodze mediacji. Co więcej pozew albo odpowiedź na pozew zamawiającego musi zawierać informację czy strony podjęły próbę mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu, a w przypadku, gdy takich prób nie podjęto, wyjaśnienie przyczyn ich niepodjęcia. Co dalej idące, jeżeli strony nie podjęły próby mediacji sąd kieruje strony do mediacji w sprawach o określonej w przepisach wartości.

Niezależnie od tego, jaką drogą strony dojdą do porozumienia, najpewniej zawsze to porozumienie będzie dla obu stron lepsze niż proces sądowy. Rozstrzygnięcie sporu przez sąd to dla obu stron konieczność zaangażowania znacznego czasu i środków finansowych. Wydawać by się mogło, że czas procesu najgorzej wpływa na sytuację wykonawcy, który nie może w odpowiednim momencie dysponować środkami, które są niezbędnym narzędziem prowadzenia działalności gospodarczej. Jednak często zamawiający zapomina o tym, że obniżanie zdolności operacyjnej wykonawców wpływa na ich zdolność do konkutowania na rynku a mniejsza konkurencja to mniej korzystne oferty składane zamawiającemu i mniejszy krąg oferentów. Dlatego ważne, aby obie strony w rozmowach myślały o tym, jakie są ostateczne rozwiązania (proces sądowy) i ich konsekwencje, a żeby do tych ostateczności nie doprowadzić prowadziły rozmowy w duchu wzajemnego zrozumienia. Zamawiający powinien pamiętać, że płynność finansowa jest wykonawcy niezbędna do sprawnego działania i realizacji zobowiązań, więc sprawne procedowanie zmiany jest dla wykonawcy niezwykle ważne. Wykonawca natomiast nie może zapominać o tym, że zamawiający ma określony budżet na każde zadanie i aby zgodzić się na zwiększenie wynagrodzenia ma obowiązek zapewnienia finansowania, co w dobie kryzysu dla zamawiającego też z reguły nie jest proste. Poza tym zamawiający ma obowiązek podejmowania decyzji w zgodzie z zasadami wyznaczonymi mu przez Prawo zamówień publicznych i finanse publiczne.

7 Zasad efektywnego roszczenia waloryzacyjnego



PAWEŁ SZYMAŃSKI
MICHAŁ PIKOS
PAWEŁ ZEJER

Zespół Instytutu Analiz Budowlanych

Zasady ułatwiają życie. Sprawiają, że nasze życie staje się przewidywalne, a to z kolei obniża stres i zwiększa efektywność. Nawet jeśli zasadą, jest to, że nie mamy zasad tworzymy środowisko, w którym funkcjonuje się łatwiej. Wolimy raczej myśleć o sobie jako o kimś z zasadami, i nie chcemy aby ktoś powiedział o nas: „*ten człowiek nie ma zasad*”. Praca nad wyliczeniami zmiany wynagrodzeń w umowach w związku ze zmianami cen/kosztu doprowadziła nasz zespół do wniosku, że przydatnym będzie usystematyzowanie nabytego doświadczenia i spisanie „zasad”, którymi posługujemy się na co dzień w pracy. W taki sposób, pod kierunkiem dra Pawła Szymańskiego z Instytutu Analiz Budowlanych powstało „7 zasad efektywnego roszczenia waloryzacyjnego”, którymi chcemy się z Państwem podzielić.

Uważamy za konieczne przedstawienie kilku warunków brzegowych.

„7 zasad” nie dotyczy aspektów prawnych i formalnych. Przyjmujemy założenie, że istnieje podstawa kontraktowa i prawna uznania takiego roszczenia. Na ten temat czytelnicy znajdą szereg obszernych tekstów, a najnowsze zmiany w prawie znacząco ułatwiają waloryzację wynagrodzenia, nawet w sytuacji, kiedy pierwotnie w kontrakcie jej nie przewidziano.

„7 zasad” nie odpowiada wprost na pytanie czy mamy do czynienia z nadzwyczajną zmianą stosunków, ale niewątpliwie może być narzędziem wspierającym dla tych, którzy poszukują odpowiedzi na to pytanie.

Wreszcie „7 zasad” nie zastępuje wiedzy z zarządzania projektami, zarządzania ryzykiem, na temat finansów, statystyki, analiz rynkowych, a jedynie daje wytyczne w jaki sposób tę wiedzę zaimplantować.

Ostatni warunek brzegowy rodzi pytanie dla kogo, „7 zasad” będzie przydatne? W naszym odczuciu, każdy włączony w proces ustalania wysokości zmiany wynagrodzenia wynikającego z konieczności waloryzacji, może w swoim zakresie wykorzystać „7 zasad”. Zamawiający może określić wykonawcy swoje oczekiwania co do wyliczeń, a wykonawca może, usystematyzować swoje wyliczenie w taki sposób, aby było ono przejrzyste i czytelne. „7 zasad” będzie przydatne wszystkim, którzy samodzielnie nie wyliczają kwoty zmiany wynagrodzenia, np. prawnikom, a potrzebują mieć pewność, że wyliczenia są prawidłowe. Mogą z nich skorzystać, również sędziowie, którzy w sporach sądowych potrzebują wiedzy, w jaki sposób należy wyliczać waloryzację.

Możliwy do przewidzenia wzrost cen opiera się o prognozę, która winna być wyznaczona metodycznie, to znaczy w weryfikowalny sposób. Proces dojścia do wyliczenia możliwego do przewidzenia wzrostu cen winien być udokumentowany.

JAK WYLICZYĆ WZROST WYNAGRODZENIA Z TYTUŁU ZMIANY KOSZTU

Zanim przejdziemy do samych *zasad*, należy usystematyzować najważniejsze pojęcia z którymi możemy się spotkać w procesie waloryzacji. Jest to szczególnie istotne, ponieważ niektóre z wykorzystywanych definicji, mogą w innych przypadkach przyjmować odmienne znaczenia.

Ceny bieżące

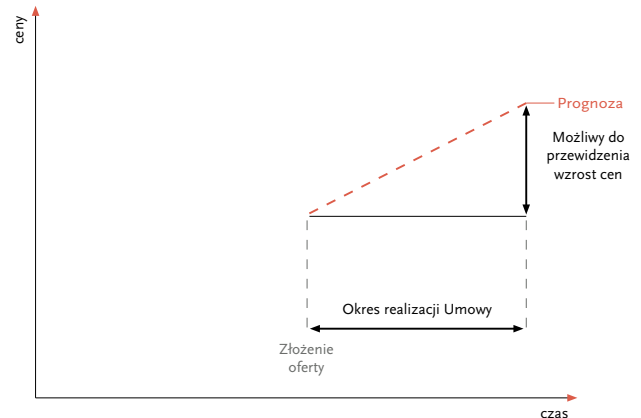
To ceny, które zostały wykorzystane przez wykonawcę do wyceny usługi/dostawy/roboty (patrz Rysunek 1). Najczęściej „*ceny bieżące*” są ustalane na datę złożenia oferty bądź na okres poprzedzający złożenie oferty.¹



Prognoza zmiany cen

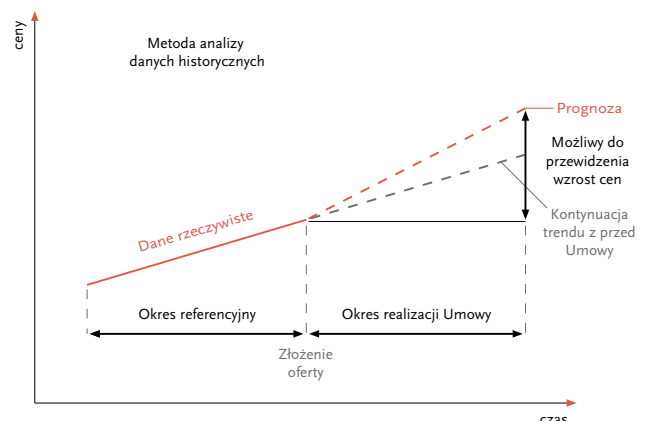
Mimo, że przewidywanie przyszłych cen nie jest proste i niewątpliwie jest sztuką, to zakładanie w obecnych realiach rynkowych, że ceny się nie zmienią byłoby lekkomyślnością. Istotne jest przeprowadzenie analizy ryzyka, której rezultatem będzie wyliczenie *możliwego do przewidzenia wzrostu cen* (patrz Rysunek 2). Taki wzrost cen opiera się o *prognozę*, która winna być wyznaczona metodycznie, to znaczy w weryfikowalny sposób. Proces dojścia do wyliczenia *możliwego do przewidzenia wzrostu cen* winien być udokumentowany. Nawet jeśli wyliczenia są prowadzone w sposób nieustrukturyzowany, to zaleca się udokumentowanie ich wyniku.

¹ Patrz definicja „Daty odniesienia” wykorzystywana w warunkach kontraktowych FIDIC.



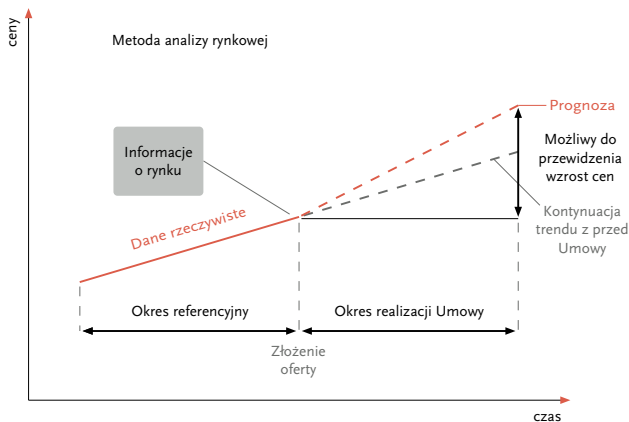
Analiza danych historycznych

Niezależnie od tego, czy prognoza zmiany cen jest przeprowadzona w sposób usystematyzowany czy też nie, składający ofertę będzie zbierał informacje o zmianach cen z okresu poprzedzającego złożenie oferty. Okres, który jest brany pod uwagę w szacunkach nazywamy *okresem referencyjnym*. Jedną z najprostszych metod analiz ryzyka jest *metoda danych historycznych*. W metodzie tej zakłada się, że tempo zmiany cen w *okresie referencyjnym* będzie takie samo w okresie realizacji umowy. Rodzi się pytanie: jak długi *okres referencyjny* przyjmować do analizy? Do tego pytania wrócimy w dalszej części tekstu. W specyficznym przypadku, np. znaczących wzrostów w okresie bezpośrednio poprzedzającym złożenie oferty, może się okazać, że przyjęcie wprost założenia utrzymania tempa wzrostu cen w okresie realizacji, będzie znacząco zawyżało prognozy. Dlatego należy również w prognozie uwzględnić informacje płynące z rynku.



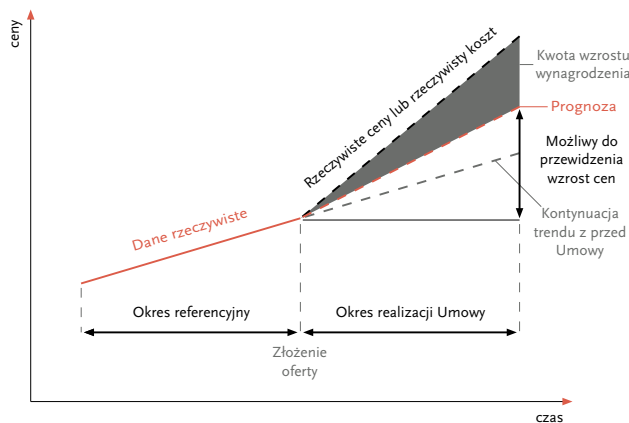
Metoda analizy rynkowej

Celem *analizy rynkowej* jest odpowiednia korekta wyników analizy danych historycznych o spodziewane zmiany trendów w okresie bezpośrednio poprzedzającym złożenie oferty. Bazując na własnym doświadczeniu możemy stwierdzić, że korekta *prognozy* wynikającej z analizy danych historycznych może być zarówno *in plus* jak i *in minus*. Informacje z rynku mogą sygnalizować przyszłe przyspieszenie wzrostów jak i korekty cen po okresie wzrostów. Obie metody *danych historycznych* i *analizy rynkowej* należy traktować jako komplementarne. Oparcie prognoz jedynie o jedną z nich może prowadzić do błędnych wyników.



Kwota wzrostu wynagrodzenia

Kwota wzrostu wynagrodzenia wykonawcy będzie równa różnicy pomiędzy rzeczywistym, a prognozowanym kosztem realizacji umowy. W tym przypadku poprzez *prognozowany koszt* rozumiem taki, jaki był możliwy do przewidzenia.



Mając tak zdefiniowane podstawowe pojęcia możemy przejść do wprowadzenia do 7 *zasad*.

ZASADA 1.
ZASADA POSZUKIWANIA RZECZYWISTEGO KOSZTU

Wszędzie tam, gdzie to jest możliwe i rozsądnie wykonalne, składający roszczenie winien wykazywać rzeczywisty wzrost kosztu realizacji umowy w porównaniu do zakładanego. Oznacza to, że właściwe wyliczenie i udokumentowanie roszczenia może wymagać ujawnienia dokumentacji potwierdzającej rzeczywiście poniesiony koszt, jak również jego wzrost. Obserwacja i doświadczenie pokazują, że wnioskujący o zmianę wynagrodzenia nie są skory do ujawniania informacji o kosztach realizacji umów. Powodów może być wiele, np. brak jasnego systemu księgowania kosztów, pozwalający je udokumentować i zaprezentować, tajemnice handlowe, ochrona danych osobowych. Barierą, która może powstrzymywać wnioskujących o zmianę wynagrodzenia przed pełną przejrzystością, może być również to, że rzeczywista sytuacja finansowa projektu (kontraktu) może być lepsza, niż to wynika z publikowanych na rynku danych. To prowadzi do sytuacji, w której mamy do czynienia z tendencją wyliczania wzrostu wynagrodzenia przy zastosowaniu wskaźników zmiany czynników produkcji. To może powodować podejrzliwość inwestora co do tego, czy rzeczywiście sytuacja rynkowa zmusza go do poniesienia wyższego niż zakładano wydatku.

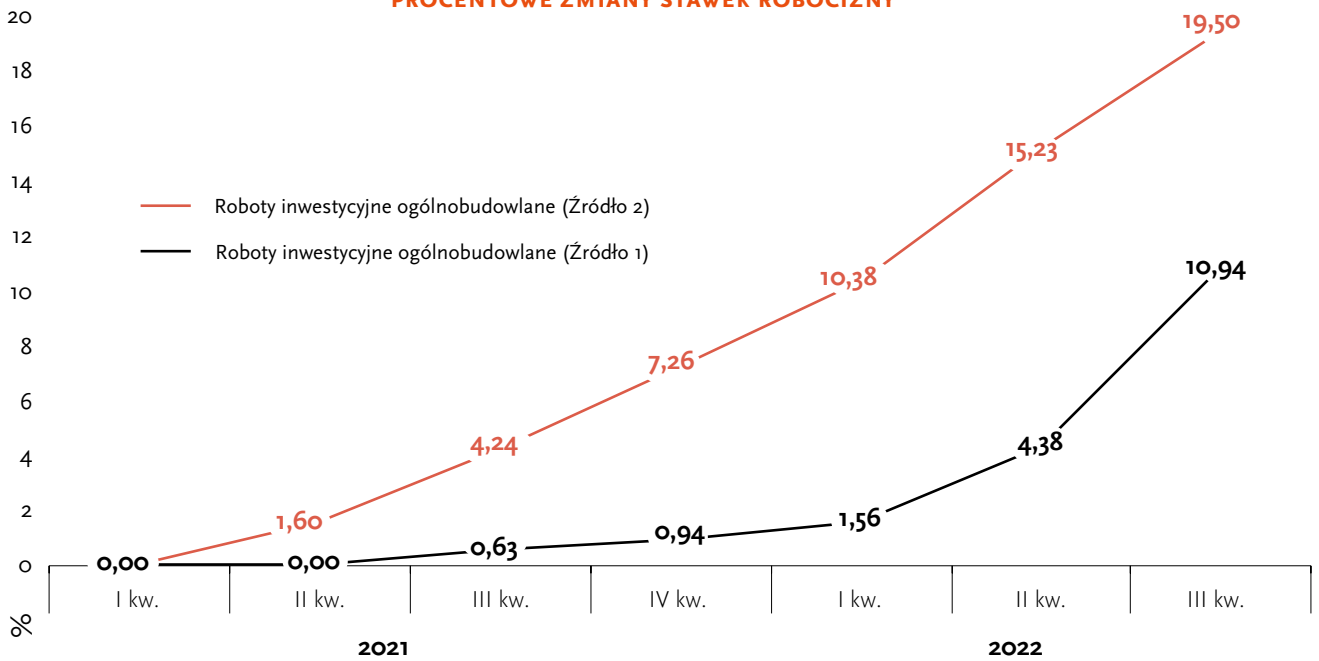
ZASADA 2.
ZASADA PODWÓJNEGO SPRAWDZENIA

W przypadku zastosowania wyliczania wzrostu wynagrodzenia na podstawie rzeczywistego kosztu (Zasada 1), koniecznym staje się zastosowanie Zasady 2, tj. zasady podwójnego sprawdzenia, która polega na przeliczeniu zmiany kosztu realizacji przedsięwzięcia inną metodą niż *rzeczywistego kosztu*.

Sprawdzenie polega na przeprowadzeniu wyliczeń metodą wskaźnikową bądź porównawczą, przy zastosowaniu wskaźników publikowanych przez wiarygodne źródła. Wyniki obliczeń metodą kosztów rzeczywistych oraz wskaźnikową winny być zbieżne/porównywalne, aby uznać, że wpływ zmian kosztu na umowę obliczony metodą kosztu rzeczywistego jest wyliczony właściwie.

Zatem głównym celem zastosowania *zasady podwójnego sprawdzenia* jest weryfikacja kwoty roszczenia o zmianę wynagrodzenia. Tymczasem często stosuje się ją do wyliczenia kwoty wzrostu wynagrodzenia, co pociąga za sobą pewne ryzyko. Ryzyko to jest związane z prawidłowym doбором samych wskaźników, tak aby „pasowały” do analizowanej umowy. Innymi słowy, jeśli do zbadania, o ile wzrosła cena robocizny przyjmujemy wskaźnik inflacji, to wyliczenia nie będą rzetelnie odzwierciedlały rzeczywistości. Znaczenie ma również źródło pozyskania wskaźników. Rysunek 6 przedstawia wskaźniki zmiany stawek robocizny dla robót inwestycyjnych ogólnobudowlanych z dwóch źródeł, co potwierdza tę tezę. Choć wskaźniki nazywają się dokładnie tak samo, to ich

ROBOTY INWESTYCYJNE OGÓLNOBUDOWLANE PROCENTOWE ZMIANY STAWEK ROBOCIZNY



wartości różnią się znacząco. Rysunek 6. Wskaźniki zmiany stawek robocizny z dwóch popularnych źródeł.

Praktyka pokazuje tendencję do wykorzystywania metod wskaźnikowych jako wiodące, ze względu na trudności w zastosowaniu innych metod.

ZASADA 3.

ZASADA PODEJŚCIA HOLISTYCZNEGO

Zasada holistycznego podejścia do zmiany wynagrodzenia z tytułu umowy o roboty budowlane oznacza, że należy wykazać wpływ zmian analizowanego kosztu na cały kontrakt. Błędnym, niekompletnym, jest przedstawianie wzrostu jedynie wybranego asortymentu robót, materiału czy środka produkcji. Znaczące wzrosty jednego, wybranego materiału nie muszą powodować znaczącej straty, czy też starty w ogóle, podczas realizacji umowy.

Zasada holistycznego podejścia wiąże się ściśle z Zasadą 4, tworzenia rezerw. Jedynie w bardzo specyficznych przypadkach będą tworzone rezerwy na sytuacje nieprzewidziane (np. zmianę kosztu) dla części umowy. W znakomitej większości przypadków rezerwy w projektach dotyczą całej umowy, a nie wybranych jej części. Możemy mieć do czynienia z przypadkiem, kiedy nawet nadzwyczajny wzrost kosztu jednego czynnika, nie spowoduje konieczności wykorzystania całej rezerwy.

ZASADA 4.

ZASADA TWORZENIA REZERW

Zasada tworzenia rezerw wymaga, aby roszczenie o zmianę wynagrodzenia obejmowało wskazanie jaki budżet na zmianę kosztu należało przewidzieć/ująć w umowie. To, że każda umowa winna zawierać budżet na zmianę kosztu realizacji jest o tyle prawdziwe, o ile umowa nie stanowi inaczej. Są metody zarządzania projektami, które zdejmują ryzyko z wykonawcy za czynniki, za które nie może być odpowiedzialny, lecz jest to, jak do tej pory rzadko spotykany przypadek w Polsce²

Rezerwa w umowie na nieprzewidziane koszty winna być kalkulowana dla wszystkich ryzyk leżących po stronie wykonawcy.

Zasada holistycznego podejścia do zmiany wynagrodzenia z tytułu umowy o roboty budowlane oznacza, że należy wykazać wpływ zmian analizowanego kosztu na cały kontrakt.

² patrz: Dean Kashiwagi, Best Value Approach, pbsrg.com

Zasada tworzenia rezerw wymaga, aby roszczenie o zmianę wynagrodzenia obejmowało wskazanie jaki budżet na zmianę kosztu należało przewidzieć/ująć w umowie. To, że każda umowa winna zawierać budżet na zmianę kosztu realizacji jest o tyle prawdziwe, o ile umowa nie stanowi inaczej.

W przypadku zmiany kosztu realizacji, do wyznaczenia ryzyka najczęściej spotykane są w praktyce metody (i) danych historycznych, oraz (ii) analiz rynkowych, o których była mowa wcześniej. Pierwsza stanowi, że zmiany kosztu w okresie realizacji umowy będą zbliżone do zmian w adekwatnym okresie poprzedzającym złożenie oferty. Druga natomiast, to analiza sytuacji rynkowej w okresie bezpośrednio poprzedzającym złożenie oferty. Do analizy rynkowej wykorzystuje się dostępne prognozy zmian w budownictwie i gospodarce, sygnały płynące z rynku o potencjalnych zawirowaniach. Praktycznym podejściem jest wykorzystywanie metody danych historycznych, do wyliczenia prognozy zmian i wprowadzenia odpowiedniej korekty na podstawie analiz rynkowych.

Jednym z ważniejszych pytań, na które należy znaleźć odpowiedź, budując rezerwę lub sprawdzając wyliczenie wnioskującego o zmianę wynagrodzenia, jest długość okresu referencyjnego. Doświadczenie podpowiada, że okres referencyjny nie powinien być dłuższy niż okres realizacji umowy. Choć w praktyce spotykamy inne podejścia, np. wyliczenia średniej arytmetycznej z kilku okresów, w tym znacząco dłuższych, niż okres realizacji umowy, to odnosi się wrażenie, że takie działania mają jedynie na celu manipulację danymi statystycznymi, a nie rzetelne wyliczenie przewidywalnej zmiany cen. Podobnie ma się sytuacja, kiedy analitycy odchodzą od wyliczenia trendów metodami statystycznymi na rzecz metod zbyt upraszczających obliczenia, np. wyliczania średniej arytmetycznej z danych historycznych. Zagadnienia te będą stanowiły temat przyszłych publikacji na łamach naszego Biuletynu.

ZASADA 5.

ZASADA UWZGLĘDNIANIA RZECZYWISTEGO PRZEBIEGU UMOWY

Wyliczenie roszczenia o zmianę wynagrodzenia winno odzwierciedlać rzeczywisty przebieg realizacji umowy, co oznacza, że wyliczenie kwoty zmiany należy przeprowadzić dla każdego okresu rozliczeniowego (miesiąc, kwartał) oddzielnie. To prosta i oczywista zasada, która nakazuje, by wydatki poniesione w początkowym okresie realizacji umowy były przeliczane przy zastosowaniu innych danych niż te, które jeszcze nie zostały poniesione.

ZASADA 6.

ZASADA (REGUŁA) PRZEJRZYSTOŚCI

Zasada przejrzystości, która może być również traktowana jako reguła, wymaga, aby każde wyliczenie kwoty było weryfikowalne. To oznacza, że opracowujący roszczenie winien udostępnić dokumentację źródłową pozwalającą zweryfikować wyliczenie. Rekomendowane jest również, aby wraz z wyliczeniem udostępniać arkusz kalkulacyjny, który ułatwi sprawdzenie obliczeń.

ZASADA 7.

ZASADA (REGUŁA) POPRAWNOŚCI ARYTMETYCZNEJ

Zasada poprawności arytmetycznej zdaje się być oczywista. Niezależnie od wykorzystanego narzędzia do wyliczeń, należy przeprowadzić weryfikację całego wyliczenia bądź też wybranej reprezentatywnej próbki obliczeń tak, aby z dużym prawdopodobieństwem wykluczyć możliwość popełnienia błędu arytmetycznego.

7 zasad zostało zaprezentowane publicznie podczas Konferencji *Realizacja kontraktów budowlanych w czasach nadzwyczajnych zmian stosunków, w tym wywołanych działaniem Siły Wyższej* 16-17 listopada 2022 r. Po prezentacji przeprowadzono ankietę dotyczącą kilku specyficznych aspektów roszczeń waloryzacyjnych. Autorzy z satysfakcją przyjęli, że 92% respondentów (60 z 65) widzi praktyczne zastosowanie 7 zasad (patrz: Rysunek 7). Pozostałe wyniki ankiety wraz z komentarzem i zaleceniami co do ewentualnych modyfikacji 7 zasad będą przedmiotem publikacji w kolejnym Biuletynie. Niezależnie od wyników ankiety, Autorzy wyrażają otwartość na dyskusję i komentarze w temacie.

7 zasad może być wykorzystywane zarówno przez składających wnioski o zmianę wynagrodzenia wykonawców, jak i zamawiających, którzy chcą mieć pewność, że dodatkowy koszt, który będą zmuszeni ponieść nie zastał przeszacowany. 7 zasad adresujemy również do rozjemców, arbitrów i sędziów, którzy rozstrzygają w sporach o waloryzację. Mamy nadzieję, że będzie to narzędzie przydatne w środowisku.

Podstawy prawne zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z wystąpieniem istotnych zmian cen materiałów lub kosztów realizacji zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem art. 48 tarczy prawnej



TOMASZ SKOCZYŃSKI

radca prawny, SKP Skoczyński Kolańczyk
Rudnicka Kancelaria Prawna S.K.A.,
Członek SIDiR, Prezes Arbitrażowego Sądu
Budowlanego przy SIDiR

Zaobserwowany nadzwyczajny wzrost cen materiałów i kosztów realizacji inwestycji budowlanych, szczególnie tych które kontraktowane były w latach 2019-2021 lub wcześniejszych stanowi jeden z większych problemów całej branży budowlanej. Oczywiście jest to, że problem deficytowych kontraktów ma negatywne skutki dla wykonawcy, który może utracić płynność finansową uniemożliwiając mu realizację danego kontraktu, a w skrajnej sytuacji doprowadzić do utraty płynności, czy wręcz upadłości. Wbrew pozorom jednak problemy te dotyczą także zamawiających, albowiem niezrealizowanie inwestycji może skutkować choćby istotnie zwiększonymi kosztami realizacji, utratą dofinansowania, czy znacznym wydłużeniem realizacji.

W konsekwencji, aby zniwelować lub choćby złagodzić skutki znacznej i nie spodziewanej inflacji niezbędne jest, zarówno z perspektywy wykonawcy, jak i zamawiającego, dokonanie zmiany umowy. Jednakże zamawiający, w obawie o negatywne konsekwencje wynikające z naruszenia dopuszczalności zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego, rzadko decydowali się na takie zmiany.

Wprawdzie art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp¹, szczególnie w powiązaniu z art. 357¹ Kc (klauszula rebus sic stantibus) lub art. 632 § 2 Kc dawał możliwość zmiany umowy, to pomimo tego zamawiający bardzo rzadko stosowali takie rozwiązanie.

Sytuacja uległa zmianie dopiero po wydaniu opinii prawnych przez Prezesa UZP² oraz Prokuratorię Generalną RP³, a dotyczących możliwości zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen. W związku z tym, że obie te opinie były już wielokrotnie omawiane i komentowane, niniejszy artykuł nie będzie się na nich skupiał.

Jedynie dla usystematyzowania wiedzy przypomnieć należy, że najogólniej rzecz ujmując obie ww. opinie zawierały tezę, że art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp może być podstawą do dokonania zmiany umowy⁴ w związku z nadzwyczajnym wzrostem cen.

1 Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp *Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia: jeżeli konieczność zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany wysokości ceny, spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.*

2 Opinia pt.: „Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp” https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0018/54162/Dopuszczalnosc-zmiany-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego-na-podstawie-art.-455-ust.-1-pkt-1-i-4-oraz-art.-455-ust.-2-ustawy-Pzp.pdf

3 Opinia pt.: „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia) – podstawowe zagadnienia” <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/zmiana-umowy-z-uwagi-na-nadzwyczajny-wzrost-cen-waloryzacja-wynagrodzenia---rekomendacje>

4 Przy czym podstawą prawną do zmiany umów, do których zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. (tzw. dawne Pzp), jest art. 144 ust. 1 pkt 3 d Pzp dotyczący tzw. zmian nieistotnych.



Obie opinie przełożyły się na praktykę zachęcając i ośmielając zamawiających do zawierania szeroko rozumianych aneksów waloryzacyjnych.

ART. 48 TARCZY PRAWNEJ

Dnia 10 listopada 2022 r. wszedł w życie art. 48 ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców tzw. „tarczy prawnej”.

W tym miejscu warto przytoczyć w całości brzmienie tego przepisu:

- I. W związku z istotną zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, dopuszczalna jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartej przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy i będącej w toku w tym dniu, bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, która polega na:
 - 1) zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy,
 - 2) dodaniu postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy – w przypadku umów, które nie zawierają takich postanowień,
 - 3) zmianie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w szczególności w zakresie maksymalnej wartości zmiany tego wynagrodzenia – w przypadku umów, które zawierają takie postanowienia,
 - 4) zmianie postanowień umowy dotyczących jej wykonania, w szczególności dotyczących:
 - a) zakresu świadczenia wykonawcy, z czym może wiązać się odpowiadająca jej zmiana wynagrodzenia wykonawcy lub sposobu rozliczenia tego wynagrodzenia,
 - b) terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowego zawieszenia wykonywania umowy lub jej części,
 - c) sposobu wykonywania umowy
 - o ile wzrost wynagrodzenia wykonawcy spowodowany

każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

2. W przypadku gdy zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczy zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, o której mowa w ust. 1 pkt 1-3:
 - 1) strony ponoszą zwiększony koszt wykonania zamówienia publicznego w uzgodnionych częściach;
 - 2) sposób zmiany wynagrodzenia może być ustalony z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.
3. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1 pkt 1-3, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę o podwykonawstwo, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczącym zobowiązania podwykonawcy. Zdanie pierwsze stosuje się do umów o podwykonawstwo zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy i będących w toku w dniu zmiany wynagrodzenia wykonawcy.
4. W przypadku dokonania zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w ust. 1 pkt 4, jeżeli zmiana ta obejmuje część zamówienia publicznego powierzoną do wykonania podwykonawcy, wykonawca i podwykonawca uzgadniają odpowiednią zmianę łączącej ich umowy o podwykonawstwo, w sposób zapewniający, że warunki wykonania tej umowy przez podwykonawcę nie będą mniej korzystne dla podwykonawcy niż warunki wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego zmienionej zgodnie z ust. 1 pkt 4.
5. Przepisy ust. 3 i 4 stosuje się do umowy o podwykonawstwo zawartej między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą.

W związku z tym przepisem warto sobie zadać pytanie czy z prawnego punktu widzenia wnosi on jakąś wartość dodaną, czy jest jedynie swego rodzaju „instrukcją obsługi” dla przepisu art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp i czy w ogóle jest on potrzebny?

ZAKRES ZASTOSOWANIA ART. 48 TARCZY PRAWNEJ

Przepis art. 48 tarczy prawnej ma zastosowanie tylko do takich umów, które łącznie spełniają następujące warunki:

- są umowami w sprawie zamówień publicznych (bez względu na to czy ich przedmiotem są roboty budowlane, dostawy czy usługi),
 - są umowami, które zawarte zostały przez dniem wejścia w życie tego przepisu (a więc przed 10 listopada 2022 r.),
 - umowy będące w toku (w realizacji) w dniu wejścia w życie ww. przepisu.
- Z powyższego wynika kilka bardzo istotnych konstatacji:
- przepis ten nie ma zastosowania do umów nie będących umowami w sprawie zamówienia publicznego;
 - przepis ten ma charakter jednorazowy, niejako interwencyjny, w takim znaczeniu, że nie został on wprowadzony na stałe do porządku prawnego; w szczególności przepis ten nie ma zastosowania do umów zawieranych po dniu wejścia jego w życie⁵;
 - przepis ten nie daje podstawy do „wstecznej” zmiany umowy, które zostały już zrealizowane.

PRZESŁANKA ZASTOSOWANIA ART. 48 TARCZY PRAWNEJ

Przesłankami zastosowania art. 48 tarczy prawnej są: i) istotna zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, ii) niemożność przewidzenia tych zmian przez działającego z należytą starannością zamawiającego.

Przepisy nie precyzują wysokości zmiany cen materiałów lub kosztów, która kwalifikowałaby się pod pojęcie „istotnej”. Niemniej wydaje się, że w dotychczasowej praktyce pojęcie to nie budziło większych kontrowersji. Zmiana istotna to taka, która ma wpływ na realizację zamówienia, szczególnie w taki sposób, że może zaburzać równowagę ekonomiczną stron lub nadmiernie obciążać jedną ze stron (najczęściej wykonawcę). Wydaje się także, że nie można oderwać oceny danej zmiany cen lub kosztów od danych historycznych i pod tym kątem oceniać czy dana zmiana ma charakter istotny czy też nie ma. Niewątpliwie w sytuacji, gdy z danych historycznych (np. z ostatnich 5 lat) wynika, że poziom inflacji oscylował ok. 2-3%, to w sytuacji, gdy mamy do czynienia ze wzrostami dwucyfrowymi (a więc

5 Na marginesie wydaje się, że przepis ten powinien swym dobrodziejstwem obejmować także te umowy, które zostały zawarte po tym dniu, ale po przeprowadzeniu postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed tym dniem. Jak bowiem wskazuje praktyka jest znaczna ilość postępowań, które toczą się już od dłuższego czasu (nawet jeszcze sprzed agresji Rosji na Ukrainę), a w których to przewidziane możliwości waloryzacji są niewystarczające.

kilkukrotnie większymi niż wcześniej) mamy do czynienia z istotną zmianą. W ocenie autora, o istotności możemy niekiedy już mówić nawet przy dwukrotnym wzroście wskaźnika wzrostu cen, przy czym jest to też uzależnione od poziomu bazowego. Inaczej bowiem oceni się dwukrotny wzrost poziomu inflacji, gdy punktem wyjścia będzie 2%, a inaczej gdy będzie to 7%, w tym pierwszym przypadku dwukrotny wzrost oznacza poziom inflacji 4%, a w tym drugim już 14%.

Stąd najlepszym elementem służącym ocenie istotności, jest właśnie wspomniana kwestia oceny równowagi ekonomicznej stron.

Drugą przesłanką zastosowania art. 48 tarczy prawnej jest niemożliwość przewidzenia takich istotnych zmian cen lub kosztów przez działającego z należytą starannością zamawiającego. Co ważne chodzi tu o tego rodzaju zdarzenia (tu wzrost cen), które w normalnym toku wydarzeń były mało prawdopodobne. Dotyczy to więc takiej sytuacji, która nie mieści się w granicach zwykłego ryzyka kontraktowego.

W tym miejscu należy zauważyć, że te wzrosty cen i kosztów, z którymi mamy do czynienia w 2022 r., a także i te, które miały miejsce już w drugiej połowie 2021 r. z pewnością są istotne i nieprzewidywalne, zarówno dla zamawiających jak i wykonawców.

Warto jeszcze zastanowić się czy wystarczającą przesłanką zastosowania art. 48 tarczy prawnej jest jedynie nieprzewidywalny przez zamawiającego istotny wzrost cen lub kosztów. Wątpliwość tego rodzaju pojawia się w związku z tym, że dotychczas bardzo często jako podstawę materialną dokonywania tego rodzaju zmian wskazywano art. 357¹ Kc (rebus sic stantibus) oraz art. 632 § 1 Kc. Tymczasem oba te przepisy wymagały dla ich zastosowania, aby realizacja umowy groziła jednej ze stron rażącą stratą. To powodowało, że wykonawcy składający wnioski waloryzacyjne zmuszeni byli

Zmiana istotna to taka, która ma wpływ na realizację zamówienia, szczególnie w taki sposób, że może zaburzać równowagę ekonomiczną stron lub nadmiernie obciążać jedną ze stron (najczęściej wykonawcę).

do wykazania, że bez waloryzacji doznałby rażącej straty kontraktowej.

W ocenie autora w świetle art. 48 tarczy prawnej, zastosowanie tego przepisu nie wymaga od wykonawców wykazywania się grożącą im rażącą stratą w braku zmiany umowy. Przepis ten jest samoistną przesłanką do jego zastosowania i nie wymaga odwoływania się do art. 357¹ Kc lub art. 632 § 1 Kc. Kwestia grożącej straty może mieć co najwyżej pomocniczy charakter dla ustalenia istotności zmiany cen lub kosztów.

Zmiana sposobu wykonywania umowy czy też jej zakresu także może ograniczyć negatywne skutki istotnego wzrostu cen. Przykładowo ograniczenie realizacji umowy o obszary dotknięte najwyższymi wzrostami kosztów lub obniżenie określonych parametrów jakościowych lub technicznych pozwalające na oszczędności materiałów.

ZAKRES DOPUSZCZALNYCH ZMIAN

Niewątpliwie celem art. 48 tarczy prawnej jest umożliwienie zmiany umowy w celu ograniczenia negatywnych skutków istotnego wzrostu cen. Co jednak ważne jest to możliwe nie tylko poprzez waloryzację (czyli głównie podwyższenie wynagrodzenia wykonawcy), albowiem przepis ten daje możliwość także innych zmian. W konsekwencji niezależnie od zmiany wysokości wynagrodzenia są to takie zmiany jak:

- dodanie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy; dotyczy to więc takich umów, które nie zawierały klauzul waloryzacyjnych;
- zmianie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w szczególności w zakresie maksymalnej wartości zmiany tego wynagrodzenia; dotyczy to więc takich umów, które zawierają klauzule waloryzacyjne, ale ich treść jest nieadekwatna do sytuacji rynkowej.

Ponadto, co jest rzadziej stosowane zmiany te mogą polegać na zmianie postanowień umowy dotyczących jej wykonania, w szczególności:

- zakresu świadczenia wykonawcy, z czym może wiązać się odpowiadająca jej zmiana wynagrodzenia wykonawcy lub sposobu rozliczenia tego wynagrodzenia,
- terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowego zawieszenia wykonywania umowy lub jej części,
- sposobu wykonywania umowy.

Warto bowiem zauważyć, że zmiana sposobu wykonywania umowy czy też jej zakresu także może ograniczyć negatywne skutki istotnego wzrostu cen. Przykładowo ograniczenie realizacji umowy o obszary dotknięte najwyższymi wzrostami kosztów lub obniżenie określonych parametrów jakościowych lub technicznych pozwalające na oszczędności materiałów. Możliwa jest też taka zmiana sposobu wykonywania umowy, która w efekcie mniej będzie obciążać kosztowo wykonawcę.

Tego rodzaju zmiany są szczególnie istotne, gdy zamawiający nie ma środków finansowych, aby zwaloryzować wynagrodzenie wykonawcy. Wtedy możliwe jest osiągnięcie zakładanego efektu poprzez innego rodzaju zmiany niż zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy.

W każdym jednak przypadku tego rodzaju zmiany nie mogą prowadzić do zmiany ogólnego charakteru umowy. Nie można więc zamówienia typu A zamienić na zamówienie typu B. Ponadto każda kolejna zmiana nie może powodować wzrostu wynagrodzenia wykonawcy przekraczającego 50% wartości pierwotnej umowy.

ROZKŁAD RYZYKA ISTOTNEGO WZROSTU CEN LUB KOSZTÓW

Zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 2 tarczy prawnej w przypadku, gdy zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczy zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy strony ponoszą zwiększony koszt wykonania zamówienia publicznego w uzgodnionych częściach.

Powyższe postanowienie ma na celu rozłożenie ryzyka wzrostu cen pomiędzy wykonawcę a zamawiającego. Co jednak ważne rozkład ten nie musi być równy, nie ma jednak podstaw do tego, aby to ryzyko obciążało jedynie zamawiającego. W każdym jednak przypadku sposób rozkładu wymaga indywidualnej oceny danej umowy.

Przywołany wyżej przepis nie wskazuje, aby miał bezpośrednie zastosowanie do innych zmian niż stricte waloryzacyjne. Niemniej wprowadzając np. zmiany do sposobu realizacji umowy skutkujące istotnymi oszczędnościami dla wykonawcy, też należałoby je w taki sposób dokonywać, aby rozłożyć te korzyści odpowiednio pomiędzy stronami. Istotą bowiem tego rodzaju sytuacji jak nadzwyczajny wzrost cen jest to, że żadna ze stron nie ponosi winy w ich wystąpieniu, stąd ryzyko ich negatywnych skutków musi być rozłożone pomiędzy strony.

WSKAŹNIKI WALORYZACYJNE

Jak wskazuje art. 48 ust. 2 pkt 2 tarczy prawnej sposób zmiany wynagrodzenia może być ustalony z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

Warto jednak zwrócić uwagę na to, aby wybierać takie wskaźniki i ich wagi, które są możliwe najodpowiedniejsze

dla danego przedmiotu zamówienia. Przykładowo wskaźniki stosowane przez GDDKiA dla inwestycji drogowych, nie będą odpowiednie dla budownictwa kubaturowego czy też budowy sieci kanalizacyjnych. Zatem przyjęty wskaźnik powinien odpowiadać rodzajowo danym kosztom oraz ich wagom w całości zadania. To z kolei można ustalić na podstawie kosztorysów dla danej inwestycji.

Niekiedy należy także rozważyć możliwość stosowania dla jednej umowy różnych wzorów waloryzacyjnych (opartych o odmienne koszyki materiałowe i ich wagi) dla różnych składników wynagrodzenia. Przykładowo zupełnie inny wzór może być dla usług intelektualnych (projektowanie), a inny dla wykonawstwa, nawet gdy oba te elementy wykonywane są na podstawie tej samej umowy (umowy typu projektuj i zbuduj).

UMOWY PODWYKONAWCZE

Artykuł 48 tarczy prawnej nie ma bezpośredniego zastosowania do umów podwykonawczych, w takim znaczeniu, że nie stanowi on samoistnej podstawy do zmiany tej umowy.

Ma on natomiast takie znaczenie, że gdy zostanie zmieniona umowa zawarta pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, to powinno mieć to swe przełożenie na umowę podwykonawczą. Zgodnie bowiem z ust. 3 wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę o podwykonawstwo, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy.

Ponadto zgodnie z ust. 4 w przypadku dokonania zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w ust. 1 pkt 4, jeżeli zmiana ta obejmuje część zamówienia publicznego powierzoną do wykonania podwykonawcy, wykonawca i podwykonawca uzgadniają odpowiednią zmianę łączącej ich umowy o podwykonawstwo, w sposób zapewniający, że warunki wykonania tej umowy przez podwykonawcę nie będą mniej korzystne dla podwykonawcy niż warunki wykonania umowy zmienionej w realizacji zamawiającej wykonawca.

Takie same zasady jak wyżej opisane stosuje się umów o dalsze podwykonawstwo.

ROSZCZENIE O ZMIANĘ UMOWY

Podkreślenia wymaga to, że art. 48 tarczy prawnej, choć daje szerokie możliwości zmiany umowy, to jednak nie daje wykonawcom roszczenia o zmianę umowy. Wprawdzie na etapie prac legislacyjnych pojawiały się tego rodzaju propozycje, to jednak ostatecznie, nie znalazły się one w końcowym akcie prawnym.

W konsekwencji wykonawca nie ma możliwości z powołaniem się na ten przepis zmusić zamawiającego do zmiany umowy, ani wytoczyć przeciwko zamawiającemu powództwa. W braku chęci ze strony zamawiającego do zmiany umowy konieczne będzie konstruowanie roszczenia w oparciu o dotychczasowe rozwiązania, w tym w szczególności art. 357¹ Kc lub 632 § 2 Kc.

To niestety duża wada tego rozwiązania, albowiem cały czas wykonawca jest uzależniony od dobrej woli i przychylności zamawiającego. Przy czym oczywiście nie jest tak, że owa dobra wola zamawiającego jest całkowicie zależna od arbitralnej decyzji zamawiającego. Jak bowiem wskazuje w swej opinii Prokuratoria Generalna RP, zaniechanie zawarcia aneksu może być niekiedy potraktowane jako brak gospodarności ze strony zamawiającego.

W ocenie autora mamy za to do czynienia z możliwością kierowania roszczenia przez podwykonawcę do wykonawcy (oraz odpowiednio dalszego podwykonawcy do podwykonawcy) o dokonanie zmiany umowy zgodnie z ust. 3 i 4 ww. przepisu.

Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę o podwykonawstwo, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy.

PODSUMOWANIE

Czy w takim razie art. 48 tarczy prawnej był potrzebny czy wnosi on jakąś wartość dodaną wobec art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp? Odpowiedź na powyższe pytanie wcale nie jest oczywista.

Z jednej bowiem strony, przepis ten jest przejawem nadmiernej legislacji, swego rodzaju przeregulowania i działań ad hoc. Wydaje się, że art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp był już wystarczający dla tego rodzaju zmian, o których mowa w art. 48 tarczy prawnej (szczególnie po wydaniu wspomnianych wcześniej opinii prawnych Prezesa UZP i Prokuratury Generalnej RP).

Z drugiej strony, przepis ten daje zamawiającym jednoznaczny podstawę prawną do dokonywania zmian umów, które ograniczą negatywne skutki istotnego wzrostu cen lub kosztów. Przepis ten, w powiązaniu z ze wspomnianymi opiniami powinien więc uchylić wszystkie dotychczasowe obawy zamawiających co do możliwości prawnych, a w efekcie przyczynić się do szerszego aneksowania umów.



MACIEJ JAMKA
adwokat, Senior Partner w kancelarii DWF
Poland Jamka sp. k.



ŁUKASZ GEMBIŚ
adwokat, Counsel w kancelarii DWF Poland
Jamka sp. k., Członek SIDiR



PATRYCJA TREDER
adwokat, Senior Associate w kancelarii DWF
Poland Jamka sp. k.

Siła wyższa (*Force Majeure*) w realizacji kontraktów budowlanych. Jak na tę instytucję wpłynęła pandemia COVID-19 oraz wojna w Ukrainie

Siła wyższa była do niedawna pojęciem kojarzącym się z karzącą ręką boga (potop) lub egzotycznymi krajami (trzęsienia ziemi, huragany). Jednak, na skutek pandemii COVID-19 i pełnowymiarowej inwazji Rosji w Ukrainie, pojęcie to wdarło się do codzienności każdej budowy, a prawnicy i inżynierowie zaczęli pospiesznie wertować umowy w poszukiwaniu odpowiednich postanowień umownych dotyczących takich zdarzeń. W praktyce obserwujemy jednak, że często strony kontraktów budowlanych próbują powołać się na siłę wyższą, pomimo że brak jest do tego uzasadnienia w kontrakcie, czy w przepisach prawa powszechnie obowiązującego w tym w Kodeksie cywilnym. Wydarzenia ostatnich lat dały wiele okazji, aby w praktyce czerpać pożytek z siły wyższej, a przy tym pokazały, w którym kierunku powinna ewoluować ta instytucja, która w czasach stabilności geopolitycznej i gospodarczej pokryła się kurzem zapomnienia.

SIŁA WYŻSZA W PRAWIE CYWILNYM

W polskim prawie brak jest legalnej definicji siły wyższej. Niezależnie jednak od tego, pojęcie siły wyższej pojawia się w Kodeksie cywilnym kilkakrotnie i pociąga za sobą dwojakiego rodzaju skutki: (i) zawiesza bieg terminu (art. 121 ust. 4 KC), oraz (ii) zwalnia z odpowiedzialności, którą w braku siły wyższej ponosiłby dany podmiot (art. 433, 435 § 1, 846 KC).

W rezultacie, znaczenia terminu siły wyższej poszukiwać trzeba w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Najbardziej syntetyczne ujęcie znalazło się w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2007 r., sygn. akt III CZP 100/07:

W świetle aprobowanej na gruncie prawa polskiego obiektywnej koncepcji siły wyższej, wymienione wyżej cechy musi wykazywać samo to zjawisko, które jest oceniane jako działanie siły wyższej. Samo w sobie musi być więc ono nadzwyczajne i w konsekwencji nieuchronne oraz w danym układzie stosunków niemożliwe do przewidzenia, czyli innymi słowy „przemожne”. Należy je zaś uznać za takie, jeżeli ze względu na tkwiącą w nim moc oddziaływania nie było przed nim, a ściślej – przed jego skutkami, żadnej obrony.

Zatem, siłą wyższą na gruncie Kodeksu cywilnego jest zjawisko odznaczające się następującymi cechami:

- zewnętrżność stosunku do stron,
- nieprzewidywalność (nadzwyczajność),
- niemożliwość zapobieżenia.

Wymóg zewnętrżności zjawiska w stosunku do stron prowadzi do tego, że np. choroba czy strajk w zakładzie pracy nie będą uznane za siłę wyższą, podczas gdy już strajk powszechny może być uznany za siłę wyższą. Natomiast, ocena spełnienia kryteriów nieprzewidywalności i niemożności zapobieżenia zdarzenia wymaga zastosowania standardu starannego uczestnika obrotu, a nie konkretnego podmiotu powołującego się na siłę wyższą (tj. test bezstronnego obserwatora).

Historycznie siła wyższa dotyczyła wszelkich zjawisk przyrodniczych, których człowiek nie pojmował i przypisywał je bogu (tzw. *acts of God* lub *vis naturalis*), takich jak trzęsienia ziemi, wybuchy wulkanów, uderzenia pioruna. Naturalnie dalej są one przykładami siły wyższej. W praktyce wyjątkowo silne mrozy w kwietniu, czy wyjątkowo niskie poziomy wody w Wiśle, były w praktyce kontraktowej podnoszone jako zdarzenia siły wyższej usprawiedliwiające niewykonanie kontraktu w terminie. Współcześnie siłą wyższą obejmuje się również działania państwa takie jak embargo, wyłączenia, zakazy handlu (*vis imperii*) oraz działania wojenne, rozruchy, wojny domowe, akty piractwa (*vis armata*) itd.

Na gruncie Kodeksu cywilnego, konsekwencje wystąpienia siły wyższej są nierozdzielnie związane z podstawową zasadą odpowiedzialności polskiego prawa cywilnego, jaką jest zasada winy. Zgodnie z art. 471 KC, dłużnik odpowiada za niewykonane lub nienależyte wykonanie zobowiązania, chyba że wykaze, że było to wynikiem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Siła wyższa jest właśnie okolicznością, za którą dłużnik co do zasady nie ponosi odpowiedzialności. Jeżeli zatem przykładowo w kontrakcie przewidziano kary umowne za nieterminową realizację robót, usług czy dostaw, to – w braku odmiennych postanowień umownych modyfikujących ogólne zasady odpowiedzialności (art. 473 § 1 KC) – wykonawca, który nie wykonał swoich zobowiązań na skutek zakłóceń związanych z pandemią COVID-19 czy z wojną w Ukrainie, będzie mógł uchylić się od takiej odpowiedzialności z powodu braku winy.

W umowie można wskazać, że dłużnik ma odpowiadać za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu okoliczności innych niż zawinione, w tym nawet z powodu wystąpienia siły wyższej. Przy czym, ogólne stwierdzenie o pełnej odpowiedzialności dłużnika, bez szczegółowego wyliczenia okoliczności innych niż zawinione, za które ma odpowiadać, nie jest skuteczne i wystarczające dla modyfikacji ogólnych zasad odpowiedzialności w polskim prawie cywilnym.¹

Zatem, jeżeli strony nie dokonają umownej modyfikacji zasad odpowiedzialności lub zrobią to nieskutecznie, to kodeksowe konsekwencje wystąpienia siły wyższej sprowadzają się wyłącznie do wyłączenia odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika i zawieszania biegu terminów (np. przedawnienia roszczeń). Obie te konsekwencje dotyczą sytuacji, w której skutki wystąpienia siły wyższej wpływają na niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przy zachowaniu należytej staranności przez dłużnika². W takim ujęciu siła wyższa jest zatem swoistą „tarczą”, która służy do obrony.

Zjawiska takie jak pandemia COVID-19 czy wojna w Ukrainie mogą być określane jako siła wyższa, ale jej znaczenie dla danego stosunku umownego zależy od tego, czy zja-

Na gruncie Kodeksu cywilnego, konsekwencje wystąpienia siły wyższej są nierozdzielnie związane z podstawową zasadą odpowiedzialności polskiego prawa cywilnego, jaką jest zasada winy. Zgodnie z art. 471 KC, dłużnik odpowiada za niewykonane lub nienależyte wykonanie zobowiązania, chyba że wykaze, że było to wynikiem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

wiska te wpływają na możliwość wykonania kontraktu przy zachowaniu należytej staranności dłużnika. Zgodnie natomiast z ogólną zasadą ciężaru dowodowego (art. 6 KC) to na podmiocie, który powołuje się na siłę wyższą spoczywa obowiązek udowodnienia, że konkretne skutki siły wyższej uniemożliwiają lub utrudniają mu wykonanie umowy. W praktyce oznacza to, że sama wojna w Ukrainie, czy pandemia COVID-19 nie są wystarczającą podstawą dla dłużnika do uchylenia się od skutków braku wykonania zobowiązania. Dopiero wykazanie, że konkretne skutki siły wyższej – takie jak np. odpływ pracowników na Ukrainę, którzy realizowali konkretny kontrakt – powodują powstanie siły wyższej istotnej dla danego stosunku prawnego i możliwość obrony przed skutkami niewykonania zobowiązania.

SIŁA WYŻSZA A NIEMOŻLIWOŚĆ ŚWIADCZENIA I NADZWYCZAJNA ZMIANA STOSUNKÓW (TZW. REBUS SIC STANTIBUS)

Okoliczności związane z wystąpieniem siły wyższej mogą spełnić przesłanki również innych instytucji przewidzianych w Kodeksie cywilnym, w szczególności dotyczy to następczej niemożliwości świadczenia i nadzwyczajnej zmiany stosunków.

¹ Wyrok SN z dnia 29 listopada 2002 r., IV CKN 1553/00; wyrok SN z dnia 27 czerwca 2003 r., IV CKN 300/01.

² Tak SN w wyroku z dnia 9 kwietnia 2019 r., sygn. akt V CSK 59/18

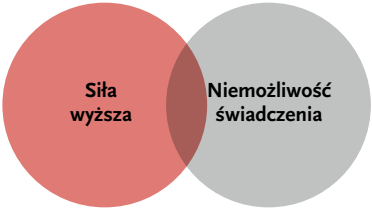


W praktyce oznacza to, że zdarzenia tego rodzaju mogą prowadzić do dalszych skutków prawnych dla wykonania danego kontraktu, poza tymi wspomnianymi już powyżej.

Po pierwsze, zgodnie z art. 475 § 1 KC, jeżeli świadczenie stało się niemożliwe skutkiem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, zobowiązanie wygasa³. Zatem, gdy siła wyższa prowadzi do niemożliwości świadczenia, to zobowiązanie wygasa, a więc w praktyce może dojść do rozwiązania umowy i rozliczenia przez strony tego, co wykonały do tego czasu. Jednakże, nie każda sytuacja, w której mamy do czynienia z siłą wyższą musi spowodować powstanie niemożliwości świadczenia. Niemożliwość świadczenia jest bowiem rozumiana jako obiektywna i trwała niemożliwość wykonania świadczenia przez dłużnika czy kogokolwiek innego w danych okolicznościach.⁴ Przejściowe trudności lub przejściowa niemożliwość wykonania umowy nie kwalifikuje się jako niemożliwość świadczenia w rozumieniu kodeksowym. Przy czym, pojęcie trwałości należy rozpatrywać w kontekście planowanego czasu trwania danego stosunku umownego. Fakt, że każda pandemia i wojna się kiedyś kończą, nie wpływa na to, że w horyzoncie czasowym danej umowy świadczenie może być uznane za trwale niemożliwe. Przykładowo bowiem, dostarczenie kluczowego komponentu z kraju, który jest obecnie objęty sankcjami, może być całkowicie nieistotne dla danego kontraktu, jeżeli ma nastąpić za dwa lata lub więcej.

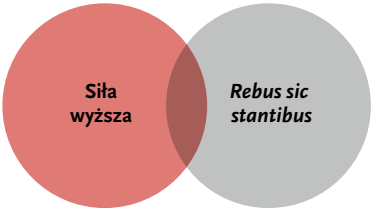
Zatem, niektóre przypadki siły wyższej będą się kwalifikowały jako powodujące następczą niemożliwość świadczenia. Jednak większość wypadków siły wyższej to sytuacje przemijające i nie kwalifikujące się do tej kategorii. Z kolei, wiele przypadków zaistnienia niemożliwości świadczenia nie będzie

miało wiele wspólnego z siłą wyższą. Dotyczy to np. kradzieży lub zniszczenia na skutek wypadku unikalnego sprzętu budowlanego, którego zastąpienie przez zobowiązanego do wydania sprzedawcę nie będzie możliwe. Relacje pomiędzy tymi dwoma instytucjami można graficznie pokazać w następujący sposób:



Podobna relacja łączy siłę wyższą z instytucją nadzwyczajnej zmiany stosunków, o której mowa w art. 357¹ KC (tzw. duża klauzula *rebus sic stantibus*) i 632 KC (tzw. mała klauzula *rebus sic stantibus*). Nadzwyczajna zmiana stosunków przez swój wymóg nieprzewidywalności i powszechności może odnosić się do podobnych stanów faktycznych co siła wyższa. Innymi słowy, okoliczności kwalifikowane jako siła wyższa mogą doprowadzić do powstania nadzwyczajnej zmiany stosunków.

Oczywiście, nie każda nadzwyczajna zmiana stosunków jest spowodowana siłą wyższą, jak i nie każda siła wyższa prowadzi do powstania nadzwyczajnej zmiany stosunków. Podobnie zależność tę graficznie można przedstawić w następujący sposób:



3 Art. 475 § 1 KC przewiduje generalną zasadę dla zobowiązań na wypadek niemożliwości wykonania świadczenia powstałej po powstaniu zobowiązania. Jej uszczegółowienie dla zobowiązań wzajemnych, takich jak na przykład umowa o roboty budowlane, jest dokonana w art. 495 KC.
4 Przy czym, gospodarcza niemożliwość świadczenia nie kwalifikuje się do kategorii niemożliwości świadczenia w rozumieniu art. 475 § 1 KC.



KLAUZULE SIŁY WYŻSZEJ W KONTRAKTACH BUDOWLANYCH, A PANDEMIA COVID-19 I WOJNA W UKRAINIE

W kontraktach budowlanych, koncepcja siły wyższej występuje pod różnymi nazwami, nie tylko jako siła wyższa (*Force Majeure*), ale również jako Zdarzenie Wyłumaczalne, czy – jak w przypadku WK FIDIC – Zdarzenie Nadzwyczajne. Odmienne nazwa nie prowadzi jednak do zmiany samej instytucji siły wyższej, jako że esencjonalnie jest to ta sama lub podobna konstrukcja prawna. Zatem, każdorazowo konieczna jest szczegółowa analiza danej klauzuli, aby ocenić, czy w rzeczywistości mamy do czynienia z klauzulą siły wyższej, niezależnie od nazwy.

W kontraktach budowlanych, siła wyższa nie jest pojęciem o abstrakcyjnej treści lub o potocznym znaczeniu. O siłę wyższą możemy mówić wyłącznie w przypadku, w którym dane zdarzenie lub okoliczność spełnia wszystkie przesłanki przewidziane w danej umowie uzgodnione przez strony na etapie negocjacji. Zatem, konieczna jest analiza każdej klauzuli siły wyższej osobno, aby móc określić, co stanowi siłę wyższą na gruncie danego kontraktu budowlanego oraz jaki zakres zastosowania ma dana klauzula siły wyższej.

W polskiej praktyce kontraktowej, ale również na gruncie międzynarodowych wzorców takich jak WK FIDIC (Klauzula 19 w WK FIDIC 1999), najczęściej możemy spotkać się z następującymi przesłankami, których łączne spełnienie pozwala powołać się na wystąpienie zdarzenia siły wyższej:

- zdarzenie **zewnętrzne** w stosunku do stron umowy,
- zdarzenie **nadzwyczajne/ nieprzewidywalne**,
- zdarzenie pozostające **poza kontrolą** stron umowy,
- którego konsekwencji **nie** można było uniknąć/ odwrócić,
- **uniemożliwiające wykonanie przez stronę obowiązków umownych**.

Poza generalnymi przesłankami, klauzule siły wyższej zawierają zazwyczaj również przykłady zdarzeń lub okoliczności, które potencjalnie – o ile zostaną spełnione ogólne przesłanki – mogą stanowić siłę wyższą pod daną umową. Wśród takich przykładów zazwyczaj można znaleźć wojnę (wypowiedzianą lub nie), inne działania zbrojne, inwazję czy epidemię.

Punktem odniesienia dla oceny, czy mamy do czynienia z siłą wyższą na gruncie danego kontraktu budowlanego, jest moment zawarcia takiego kontraktu, ponieważ na ten moment ustalany jest czas konieczny do realizacji projektu oraz koszt jego realizacji, a skoro siła wyższa jest nieprzewidywalna, to nie może być ona elementem wpływającym na ustalony czas i koszt. Zatem, w przypadku kontraktów budowlanych zawartych przed wybuchem pandemii COVID-19 czy wojny w Ukrainie, możliwość kwalifikacji tych zdarzeń jako siły wyższej, o ile możliwe jest wykazanie negatywnego wpływu tych zdarzeń na wykonywanie obowiązków umownych, nie budzi większych kontrowersji. Natomiast, w przypadku kontraktów budowlanych zawartych po wybuchu pandemii COVID-19 czy wojny w Ukrainie, nawet jeżeli możliwe jest wykazanie negatywnego wpływu tych zdarzeń na wykonywanie obowiązków umownych, trudno jest uznać, że mamy do czynienia ze zdarzeniami nieprzewidywalnymi, a w konsekwencji kwalifikującymi się jako siła wyższa pod danym kontraktem budowlanym. Innymi słowy, jeżeli umowa zawarta była w trakcie pandemii COVID-19 czy wojny w Ukrainie, to zasadniczo możliwość powołania się na klauzulę siły wyższej jest znacząco ograniczona.

W konsekwencji, w ramach kontraktów budowlanych zawieranych po wybuchu pandemii COVID-19 czy wojny w Ukrainie, zaczęły być wprowadzane tzw. klauzule specjalne. Pozwalają one – w ograniczonym zakresie – powoływać się stronom na siłę wyższą w odniesieniu do pandemii COVID-19 oraz wojny w Ukrainie w ściśle określonych przypadkach.

Klauzule specjalne można podzielić na dwa rodzaje: (i) rozszerzające, oraz (ii) zawężające.

Klauzule rozszerzające bezpośrednio lub pośrednio wyłączają konieczność spełnienia przesłanki nieprzewidywalności w stosunku do zdarzeń wynikających z pandemii COVID-19 czy z wojny w Ukrainie, aby móc powołać się na klauzulę siły wyższej. Innymi słowy, można się powołać na klauzulę siły wyższej w przypadku pandemii COVID-19 oraz wojny w Ukrainie po spełnieniu wszystkich przesłanek umownych, z wyłączeniem przesłanki „nieprzewidywalności”. Poniżej został przedstawiony przykład takiej klauzuli:

Strony uzgodniły, że przesłanka nieprzewidywalności nie będzie miała zastosowania przy ocenie czy konsekwencje COVID-19 lub wojny w Ukrainie stanowią zdarzenie Siły Wyższej.

Klauzule zawężające modyfikują natomiast przesłankę nieprzewidywalności, dopuszczając możliwość powoływania się na siłę wyższą w przypadku nowych i nieprzewidywalnych skutków pandemii COVID-19 oraz wojny w Ukrainie, które nie były znane stronom na moment podpisania umowy i nie można było ich przewidzieć. Poniżej został przedstawiony przykład takiej klauzuli:

Następstwa epidemii COVID-19 lub wojny w Ukrainie będą uznawane za Siłę Wyższą tylko wtedy, gdy niewykonanie Umowy w terminie określonym w Umowie będzie spowodowane okolicznościami lub obowiązującymi ograniczeniami wprowadzonymi przez właściwy organ publiczny, które są łącznie:

- **surowsze niż te obowiązujące w dniu podpisania Umowy,**
- **nowe i nie mogły być racjonalnie przewidziane przez Wykonawcę w dniu podpisania Umowy,**
- **i obiektywnie całkowicie uniemożliwiają Wykonawcy wykonanie Robót, które znajdują się na ścieżce krytycznej i/lub obiektywnie całkowicie uniemożliwiają Wykonawcy wykonanie Umowy w całości w terminie określonym w Umowie,**

W celu uniknięcia wątpliwości, aby jakiegokolwiek takie okoliczności stanowiły zdarzenie Siły Wyższej, muszą one spełniać wszystkie pozostałe przesłanki Siły Wyższej określone powyżej.

Wykorzystanie wyżej wspomnianych klauzul specjalnych można obecnie obserwować w praktyce kontraktowej.

CO, JEŻELI STRONA UMOWY ZOSTANIE DOTKNIĘTA SKUTKAMI SIŁY WYŻSZEJ?

Do najczęstszych problemów dla realizacji kontraktów budowlanych, które można zakwalifikować jako skutek siły wyższej spowodowanej pandemią COVID-19 lub wojną w Ukrainie dochodziło w szczególności wskutek: (i) ograniczeń siły roboczej; (ii) utrudnień w dostępie półproduktów; (iii) zaburzeń w łańcuchach dostaw; (iv) ograniczeń w dostawach surowców; (v) utrudnień komunikacyjnych; czy w końcu (v) ogromnego wzrostu cen surowców i materiałów.

Jak zostało już natomiast podkreślone powyżej, siła wyższa ma znaczenie wówczas, gdy wystąpi rzeczywisty wpływ danego zdarzenia na realizację kontraktu. Ma to natomiast istotne znaczenie w kontekście uregulowanych w umowach terminów powiadomień o zaistnieniu siły wyższej, które w wielu przypadkach stanowią o pozbawieniu prawa powoływania się na siłę wyższą, jeśli powiadomienie nie zostanie złożone przez stronę w terminie.

W umowach opartych na WK FIDIC 1999 w przypadku wystąpienia siły wyższej wykonawca jest zobowiązany zgodnie z Subklauzulą 19.2 do powiadomienia zamawiającego o wydarzeniu lub okolicznościach stanowiących wyszczególnienie tych zobowiązań, których wykonanie jest lub przewiduje się, że będzie uniemożliwione. Powiadomienie powinno być przekazane w ciągu 14 dni po tym, kiedy strona ta dowiedziała się lub powinna się dowiedzieć o odnośnym wydarzeniu lub okoliczności stanowiącej siłę wyższą. Przekazanie powiadomienia zwalnia natomiast wykonawcę z obowiązku zrealizowania zobowiązań, których wykonanie jest lub przewiduje się, że będzie uniemożliwione tak długo, jak siła wyższa będzie to uniemożliwiała. Dodatkowo uregulowania WK FIDIC 2017 przewidują, że przekazanie powiadomienia w terminie późniejszym niż 14 dni od wystąpienia siły wyższej spowoduje, że wykonawca będzie uprawniony do zwolnienia z odpowiedzialności dopiero od daty przekazania tego powiadomienia. Na gruncie tych postanowień można zatem dojść do wniosku, że obowiązek notyfikacji istnieje nawet wtedy, gdy wpływ jest jedynie hipotetyczny i powinien być realizowany niezwłocznie po wystąpieniu danej okoliczności, nawet zanim wywoła ona rzeczywiste skutki. Oznacza to, że powiadomienie w każdym z przypadków ma charakter wyprzedzający i nie musi się wiązać z wpływem na umowę, a w szczególności z roszczeniem. W praktyce taka regulacja obowiązków notyfikacyjnych

W umowach opartych na WK FIDIC 1999 w przypadku wystąpienia siły wyższej wykonawca jest zobowiązany zgodnie z Subklauzulą 19.2 do powiadomienia zamawiającego o wydarzeniu lub okolicznościach stanowiących wyszczególnienie tych zobowiązań, których wykonanie jest lub przewiduje się, że będzie uniemożliwione.

prowadziła do tego, że w pierwszych 2 tygodniach po wybuchu wojny w Ukrainie inwestorzy realizujący kontrakty w oparciu o WK FIDIC zostali „zasypani” powiadomieniami o wystąpieniu siły wyższej, a znaczna część tych powiadomień nie miała rzeczywistej kontynuacji na kontraktowej drodze dochodzenia roszczeń z uwagi na brak zmaterializowania się skutków wystąpienia siły wyższej.

W tym kontekście za dużo bardziej racjonalne wydaje się podejście przyjmowane w wielu umowach autorskich, gdzie strony decydują się na konieczność notyfikowania drugiej stronie, ale wyłącznie wystąpienia skutków wywołanych siłą wyższą, a nie samego wydarzenia spełniającego kryteria siły wyższej i jego potencjalnego wpływu na realizację umowy. Obowiązek notyfikacji skutków wystąpienia siły wyższej jest jednak najczęściej obwarowany sankcją wygaśnięcia prawa strony do dochodzenia roszczeń wynikających z wystąpienia siły wyższej.

Jeżeli Strona nie poinformuje drugiej Strony o wystąpieniu lub ustaniu zdarzeń spowodowanych siłą wyższą wraz z roszczeniem (Strona zgłaszająca takie roszczenie zobowiązana jest do zachowania należytej staranności) w ciągu dziewięćdziesięciu (90) dni prawo Strony do takiego roszczenia wygasa.

W przypadku wystąpienia tego rodzaju uregulowań w umowie należy mieć na względzie dwie kwestie. Po pierwsze, powstaje pytanie, czy zastrzeżenie takiego terminu rzeczywiście uniemożliwia stronie dochodzenia roszczeń na drodze kontraktowej. Biorąc pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo dotyczące skuteczności zastrzeżenia terminu do złożenia powiadomienia o roszczeniu na gruncie Subklauzuli 20.1 WK FIDIC⁵, istnieje szereg argumentów przemawiających za tym, że w przypadku niedochowania zastrzeżonego terminu, strona może utracić prawo do dochodzenia roszczeń kontraktowych w przypadku wystąpienia siły wyższej (utrata „miecza”). Po drugie, o ile niedochowanie tego terminu może wiązać się z utratą roszczeń kontraktowych, to można argumentować, że

nie powinno wiązać się to z negatywnymi skutkami na gruncie przepisów ogólnych Kodeksu cywilnego, np. możliwością zwolnienia się od kar umownych za zwłokę z uwagi brak winy (wystąpienie siły wyższej), uniemożliwiającej terminową realizację umowy (brak „tarczy”).

W związku z wpływem siły wyższej na realizację kontraktów na podstawie umownych klauzul wykonawcy mogą być uprawnieni do: (i) żądania zmiany umowy, przede wszystkim w zakresie przedłużenia terminu lub zmiany sposobu realizacji umowy; (ii) uzyskania rekompensaty z tytułu zwiększonych kosztów realizacji umowy; oraz (iii) odstąpienia od umowy lub żądanie jej rozwiązania.

Analizując jakie uprawnienia przysługują stronom umownym w przypadku zdarzeń, które można zakwalifikować jako siła wyższa, przykładowo w umowach opartych na WK FIDIC 1999, najbardziej istotne znaczenie (w kontekście przede wszystkim pandemii COVID-19 lub wojny w Ukrainie) mogą mieć następujące klauzule:

- Subklauzula 13.7 WK [*Korekty wynikające ze zmian w Prawie*], która może mieć zastosowania w przypadku wprowadzanych przepisów prawa, które można zakwalifikować jako siłę wyższą (np. zakazy handlu na skutek sankcji, zakazy podróżowania na skutek pandemii). Roszczenia na tej podstawie dają uprawnienie do żądania zapłaty kosztu powstałego w wyniku wprowadzonych aktów prawnych oraz domagania się zmiany terminów kontraktowych (Czasu na Ukończenie, Kamieni Milowych);
- Subklauzula 17.3(a), 17.4 WK [*Zagrożenia stanowiące ryzyko Zamawiającego*], w przypadku uznania danej okoliczności jak przykładowo pandemia COVID-19 lub wojna w Ukrainie za okoliczność stanowiącą ryzyko kontraktowe zamawiającego, uprawnia do dochodzenia kosztu poniesionego na naprawę szkód/strat w robotach, dobrach, dokumentach wykonawcy, wynikających z tych zdarzeń, oraz do zmiany terminów kontraktowych,
- Subklauzula 19.1, 19.2, 19.4 WK [*Siła Wyższa*], jeżeli na skutek działania siły wyższej wykonawca miał opóźnienie i/lub ponieść koszt z powodu takiej siły wyższej, to będzie uprawniony do przedłużenia terminów realizacji umowy, a także do zwrotu za jakiegokolwiek dodatkowy koszt poniesiony w wyniku wystąpienia siły wyższej wskazanej w pkt. (a) – (d) Subklauzuli 19.1 pod warunkiem, że okoliczności wskazane w pkt. (b) – (d) Subklauzuli 19.1 wystąpiły w kraju. Biorąc pod uwagę zdarzenia jakie wskazane są w tych postanowieniach, z możliwości ubiegania się o dodatkowy koszt wyłączone są zasadniczo zdarzenia wynikające z działania sił natury, pod które to działania kwalifikowana jest najczęściej pandemia COVID-19.

5 Przede wszystkim wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2017 roku, sygnatura akt: V CSK 449/16: „Termin przewidziany w omawianej klauzuli jest zatem umownym terminem notyfikacyjnym, w czasie którego należy zawiadomić drugą stronę o określonych okolicznościach, pod rygorem utraty określonych uprawnień. Co do charakteru jest zbliżony do ustawowego terminu reklamacyjnego i aktu staranności przewidzianych m.in. w art. 563 § 1 KC. Dopuszczalność zastrzeżenia w umowie terminów zawitych sensu stricto, których niezachowanie powoduje utratę określonych umownych uprawnień, w tym terminów notyfikacyjnych i aktów staranności, nie powinna być kwestionowana na gruncie zasady swobody umów przewidzianej w art. 3531 KC. Dopuszczają ją także Sąd Najwyższy między innymi w wyrokach z 30 czerwca 1980 r. I CR 206/80 (OSNC z 1981 r. Nr 4, poz. 63), z 20 września 2007 r. II CSK 241/07 i 3 lutego 2011 r. I CSK 282/10. Wbrew odmiennemu stanowisku Sądów obu instancji należy zatem uznać, że strony mogły zastrzec w łączącej je umowie opartej na wzorcu umownym FIDIC klauzulę 20.1 zawierającą umowny termin zawity do dokonania aktu staranności zawiadomienia przez wykonawcę zamawiającego o okolicznościach uzasadniających żądanie wynagrodzenia za roboty dodatkowe, pod rygorem utraty tego uprawnienia. [...] Należy bowiem uznać, że zawarta w umowie stron klauzula 20.1 mogła dotyczyć jedynie odpowiedzialności kontraktowej zamawiającego, a zatem jej zastosowanie w wypadku naruszenia przyjętego w niej terminu notyfikacyjnego, mogło doprowadzić co najwyżej do wygaśnięcia uprawnienia wykonawcy do żądania od zamawiającego wynagrodzenia za roboty dodatkowe w oparciu o postanowienia umowy.

W przypadku kontraktów zawartych na innych wzorach niż WK FIDIC w wypadku udokumentowania wpływu siły wyższej na realizację kontraktu, wykonawca jest najczęściej uprawniony do przedłużenia czasu realizacji umowy (roszczenia czasowe) oraz zwrotu kosztów poniesionych dodatkowo w związku z wpływem siły wyższej (roszczenia finansowe). Nie jest to jednak rozwiązanie powszechnie stosowane w kontraktach budowlanych w Polsce i często pomimo ewidentnego wpływu siły wyższej na termin realizacji umowy, prowadzącego do przedłużenia realizacji kontraktu, strona wykonawcza nie ma uprawnienia kontraktowego do uzyskania rekompensaty kosztów, które ponosi wskutek takiego niezależnego od niej zdarzenia. Oznacza to, że choć za siłę wyższą nie odpowiada, to jej koszty spoczywają wyłącznie na niej. W wypadku kontraktów realizowanych w reżimie Prawa zamówień publicznych, podstaw prawnych do zgłaszania roszczeń dotyczących kosztów spowodowanych wystąpieniem siły wyższej można poszukiwać na gruncie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w przypadku, gdy umowa nie zawiera żadnych postanowień w tym zakresie. W tym przypadku wykonawca musi jednak nie tylko wykazać wpływ siły wyższej na brak możliwości wykonania bądź na należytą, czy też pełną, realizację obowiązków umownych oraz to, że sytuacja przeszkody w realizacji umowy ma źródło w sile wyższej, a nie w zaniechaniach wykonawcy, ale musi liczyć na racjonalne podejście zamawiającego do sposobu wyliczenia kosztów, które będą podstawą dokonania zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Warto również wskazać, że na gruncie Subklauzuli 19.3 WK FIDIC 1999 wykonawca jest zobowiązany do podjęcia działań mających na celu zminimalizowanie jakiegokolwiek opóźnienia w wykonaniu kontraktu, będącego wynikiem siły wyższej. Podobnie umowy nieoparte na WK FIDIC zawierają klauzule nakazujące stronie dotkniętej siłą wyższą podejmowanie działań mających na celu redukcję negatywnych skutków takich zdarzeń. Tego rodzaju postanowienia są odzwierciedleniem uwzględnionej w Kodeksie cywilnym zasady należytej staranności (art. 355 k.c.) oraz obowiązku minimalizowania szkody (art. 362 k.c.). W wypadku zatem wystąpienia siły wyższej, strona dotknięta jej skutkami nie może biernie oczekiwać na dalszy rozwój wypadków, ale musi podejmować proaktywne działania mające na celu nie tylko minimalizację skutków siły wyższej, ale również poszukiwanie rozwiązań mających na celu dalszą realizację umowy. W praktyce może bowiem dojść przykładowo do sytuacji, gdzie wskutek siły wyższej w postaci wybuchu wojny w Ukrainie doszło do odpływu pracowników z placu budowy, jednak to obowiązkiem wykonawcy jest podjąć chociażby minimalne kroki mające na celu znalezienie dla nich zastępstwa, a nie oczekiwanie

aż pracownicy ci jednak wrócą. Oczywiście sytuacji takich nie można sprowadzać do absurdu i kwestionować staranność działań wykonawcy poprzez przedstawianie hipotetycznych scenariuszy należytego działania wykonawcy, które nie przystają jednak do realiów rynkowych w jakich działa dany podmiot.

Na koniec należy wskazać, że w wyniku działania siły wyższej może dojść do czasowego lub trwałego uniemożliwienia lub utrudnienia wykonywania przez stronę zobowiązań umownych. W takim przypadku stronom umowy często przysługiwać może umowne prawo do odstąpienia od kontraktu (art. 395 k.c.). W przypadku umów opartych na WK FIDIC jeżeli realizacja zasadniczo wszystkich robót jest uniemożliwiona przez ciągły okres 84 dni lub w kilku okresach przez

Racjonalne wydaje się podejście przyjmowane w wielu umowach autorskich, gdzie strony decydują się na konieczność notyfikowania drugiej stronie, ale wyłącznie wystąpienia skutków wywołanych siłą wyższą, a nie samego wydarzenia spełniającego kryteria siły wyższej i jego potencjalnego wpływu na realizację umowy.

więcej niż 140 dni, to zarówno wykonawca, jak i zamawiający mają prawo do odstąpienia od umowy. Praktyka kontraktowa pokazuje jednak, że podobne uprawnienia są różnie regulowane przez strony. W wielu wypadkach strony decydują się bowiem, aby skutek siły wyższej uprawniający do odstąpienia od umowy powstawał nie tylko w wypadku uniemożliwienia realizacji zobowiązań, ale również, gdy znacznie je utrudnia (ang. *considerably hindered*). W takim wypadku strona dotknięta skutkami siły wyższej ma na pewno większe pole manewru, albowiem nie musi wykazywać, że dalsza realizacja jej zobowiązań kontraktowych w określonym zakresie czasu nie jest możliwa, a wystarczy, że powoduje istotne trudności. Tego rodzaju postanowienia są szczególnie istotne w kontekście ogromnego wzrostu cen surowców i materiałów, które o ile zasadniczo nie uniemożliwiają wykonania umowy, to już na pewno znacząco go utrudniają, albowiem mają bezpośredni wpływ na wyniki finansowe przedsięwzięć, a często wpływają również na bieżącą płynność i sytuację finansową przedsiębiorstw.

Praktyczne aspekty waloryzowania umów o roboty budowlane



MICHAŁ SIEJDA
inżynier konsultant, członek SIDiR,
ekspert i rozjemca SIDiR

W reżimie nowego PzP, jak i starego Pzp było możliwe wprowadzenie nowej klauzuli waloryzacyjnej lub adaptacyjnej oraz modyfikacja takiej klauzuli, jeżeli doszło do zmiany okoliczności gospodarczych, w których realizowane jest zamówienie, jeżeli przyczyną tej zmiany jest zewnętrzne zjawisko, którego nie można było przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności.

Temat waloryzacji umów o roboty budowlane jest tematem, który co kilka lat wraca i zajmuje pierwsze miejsce na konferencjach i w dyskusjach inżynierów konsultantów. Pierwsza seria sporów o podwyższenie wynagrodzenia pojawiła się w roku 2012 w związku ze zmianami warunków gospodarczych na skutek nagromadzenia wielu inwestycji w krótkim czasie. Kolejna fala nagłych i niespodziewanych wzrostów cen, które niweczyły założenia ofertowe, przypadła na lata 2018-2019. Od drugiego kwartału 2021 roku mamy do czynienia ze wzrostem cen, który wielokrotnie przekroczył poziom wzrostów cen z poprzednich kryzysów. Problem przestał być jednostkowy i dotyczy całego sektora budownictwa.

W rozwiązaniu tej sytuacji zaangażowało się wiele instytucji z Urzędem Zamówień Publicznych i Prokuratorią Generalną Rzeczypospolitej Polskiej na czele. Urząd Zamówień Publicznych wydał dwie publikacje o dopuszczalności zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Pierwsza dotyczyła zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego (w uproszczeniu) dla umów przed 2021, na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 ustawy Prawa Zamówień Publicznych (Pzp). Z dokumentu jasno wynika, że jeszcze przed zmianą ustawy Pzp w 2021 roku dopuszczalne było wprowadzanie zmian do umowy:

- wprowadzających nowe, nieistniejące wcześniej w umowie, klauzule waloryzacyjne;
- modyfikujących istniejące, ale niewystarczające, klauzule waloryzacyjne.

Druga, z 24 marca 2022 r. dotyczyła zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego (w uproszczeniu) dla umów po 2021 roku, na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp. Z dokumentu jasno wynika, że konflikt zbrojny w Ukrainie, jego zasięg oraz transgraniczne, gospodarcze skutki, zakwalifikować można jako zewnętrzne zjawisko, którego nie można było przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności. Po sprawdzeniu rzeczywistego wpływu na proces realizacji umowy możliwe jest wprowadzenie nowej klauzuli waloryzacyjnej lub adaptacyjnej oraz modyfikacja takiej klauzuli.

Z przywołanych publikacji jasno wynika, że umowy zawarte w reżimie nowego PzP, jak i starego Pzp było możliwe wprowadzenie nowej klauzuli waloryzacyjnej lub adaptacyjnej oraz modyfikacja takiej klauzuli, jeżeli doszło do zmiany okoliczności gospodarczych, w których realizowane jest zamówienie, jeżeli przyczyną tej zmiany jest zewnętrzne zjawisko, którego nie można było przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności. Co więcej, takie zmiany były możliwe jeszcze przed 2016 rokiem, kiedy istotnie rozbudowano Art. 144 Pzp.

Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej 2 sierpnia 2022 r. opublikowała wskazówki dotyczące waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w związku z gwałtownymi i nieprzewidywalnymi zmianami cen materiałów i robót budowlanych,



obserwowanymi w wyniku wojny w Ukrainie. Dokument potwierdza ustalenia wcześniej opublikowane przez Urząd Zamówień Publicznych i rozwija kilka ważnych zagadnień. Po pierwsze brak zmiany umowy może prowadzić do negatywnych konsekwencji dla zamawiającego. Analizując zasadność wprowadzenia zmiany, należy uwzględnić alternatywne scenariusze zdarzeń, np. ogłoszenie upadłości wykonawcy lub odstąpienie od umowy. Takie zdarzenia mogą znacznie zwiększyć koszty wykonania inwestycji oraz wydłużyć czas realizacji kontraktu. Dokument opisuje również, jak w praktyce badać gospodarność działania (wydatków) zamawiającego.

Biorąc pod uwagę przywołane powyżej publikacje, prawo do wprowadzenia zmiany do umowy przestało być kwestią podlegającą dyskusji. Obecnie zarówno dla wykonawców, jak i zamawiających, oczywiste jest, że nie istnieją żadne ograniczenia prawne uniemożliwiające wprowadzenie stosownej zmiany. Należy jednak zauważyć, że z publikacji Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej jasno wynika, że warunkiem wprowadzenia zmiany jest przeprowadzenie analizy gospodarności takiego działania. Zawarte sformułowanie nakierowuje pośrednio na Art. 54a. Ustawy o finansach publicznych:

1. *Jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej w przypadku dokonania oceny, że skutki ugody są dla tej jednostki lub odpowiednio Skarbu Państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego.*
2. *Ocena skutków ugody nastąpi, w formie pisemnej, z uwzględnieniem okoliczności sprawy, w szczególności zasadności spornych żądań, możliwości ich zaspokojenia i przewidywanego czasu trwania oraz kosztów postępowania sądowego albo arbitrażowego.*

W mojej ocenie kryteria wprowadzenia zmiany do umowy są tożsame z kryteriami zawarcia ugody. Wobec tego zamawiający powinien dokonać oceny czy skutki wprowadzenia zmiany umowy są dla niego korzystniejsze niż brak wprowadzenia zmiany, w szczególności prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego. Zamawiający powinien uwzględnić okoliczności sprawy, w szczególności zasadność spornych żądań, możliwość ich zaspokojenia i przewidywanego czasu trwania oraz kosztów postępowania sądowego albo arbitrażowego. Wszystkie te kryteria zostały wymienione

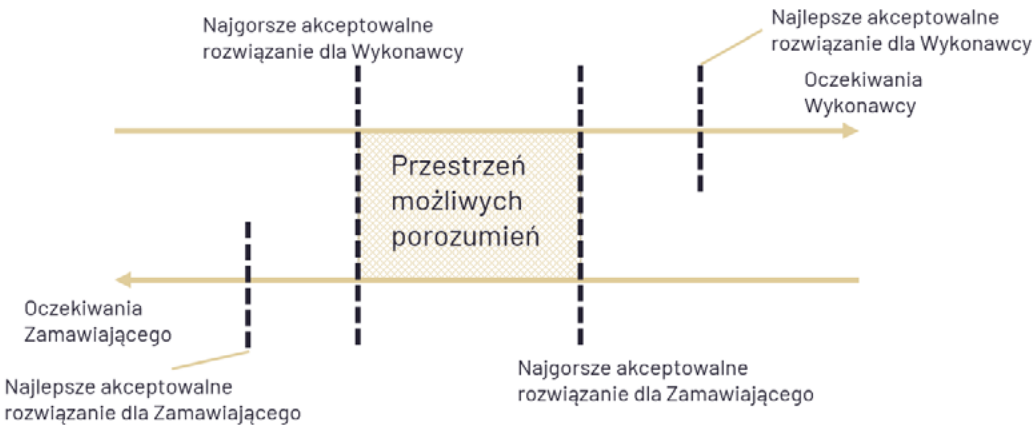
Prawo do wprowadzenia zmiany do umowy przestało być kwestią podlegającą dyskusji. Obecnie zarówno dla wykonawców, jak i zamawiających, oczywiste jest, że nie istnieją żadne ograniczenia prawne uniemożliwiające wprowadzenie stosownej zmiany.

w publikacji Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej z 2 sierpnia 2022 r.

Przywołane publikacje i wnioski z nich płynące zostały potwierdzone również przez ustawodawcę. W dniu 26 października 2022 r. została ogłoszona Ustawa z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców. 10 listopada 2022 r. przepisy w niej zawarte weszły w życie. Z punktu widzenia waloryzacji istotne są dwa artykuły 44. i 48. wspomnianej Ustawy. Art. 44. zmienia zasady wprowadzania waloryzacji w nowych umowach o zamówienie publiczne. Zamawiający publiczni będą zobowiązani do zawarcia klauzul waloryzacyjnych w umowach, jeżeli okres realizacji będzie dłuższy niż 6 miesięcy. Art. 48. reguluje zasady zmiany umów już zawartych i będących w realizacji. Warunkiem dla

wprowadzenia zmian jest stwierdzenie istotnej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć. Kolejne wprowadzane zmiany nie mogą przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy.

Ponadto art. 15r. Ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych wprowadzał dodatkową podstawę do dokonania zmiany umowy.



uwzględniającą własne oczekiwania. W dalszej kolejności wykonawca, który chce rzetelnie przygotować się do negocjacji powinien ustalić, jakie są oczekiwania zamawiającego. Szczególnie istotne do ustalenia są:

- najgorsze akceptowalne rozwiązanie dla zamawiającego oraz
- skutki nieosiągnięcia porozumienia, które zamawiający poniesie, jeśli nie dojdzie do porozumienia.

Oczekiwania stron wyznaczają przestrzeń możliwych porozumień, którą można zobrazować następująco:

Podsumowując waloryzacja wynagrodzenia może zostać wprowadzona w następujący sposób:

- jako zmiana umowy na podstawie odpowiednich zapisów ustawy Pzp;
- jako zmiana umowy na podstawie art. 48. Ustawy z dnia 7 października 2022 r., przywołanej powyżej;
- jako zmiana umowy na podstawie art. 15r. Ustawy z dnia 2 marca 2020 r., przywołanej powyżej;
- jako ugoda na podstawie art. 917 Ustawy Kodeks cywilny (KC);
- jako orzeczenie sądu w związku z art. 3571 KC lub art. 632 § 2 KC.

Jak zauważyłem wcześniej, obecnie zarówno dla wykonawców, jak i zamawiających, oczywiste jest, że nie istnieją żadne ograniczenia prawne uniemożliwiające wprowadzenie stosownej zmiany. Prawna możliwość podwyższenia wynagrodzenia nie wyczerpuje jednak tematu.

Postanowiłem postawić się w roli wykonawcy, który doznał skutków nadzwyczajnego i nieprzewidywalnego wzrostu kosztów realizacji i zamierza przekonać zamawiającego do zawarcia stosownej zmiany do umowy. Wykonawca przygotowując się do podjęcia negocjacji powinien określić na własne potrzeby:

- najgorsze akceptowalne rozwiązanie dla siebie,
- najlepsze akceptowalne rozwiązanie dla siebie oraz
- skutki nie osiągnięcia porozumienia, które jest gotowy ponieść, jeżeli nie dojdzie do porozumienia.

Po ustaleniu powyższego, wykonawca zna swoje oczekiwania i możliwą przestrzeń zawarcia porozumienia,

Ustalenie oczekiwań zamawiającego może nie być oczywiste dla wykonawcy. Z tego powodu warto skorzystać z publikacji, jakie są opracowywane dla zamawiających, np. z wytycznych określających sposób postępowania przez wojewódzkie samorządowe jednostki organizacyjne podległe Samorządowi Województwa Mazowieckiego, opracowane na zlecenie Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego w Warszawie. Wytyczne określają procedurę badania wpływu wzrostu cen towarów i usług na wysokość wynagrodzenia wykonawców, a w konsekwencji – na prawidłową, z punktu widzenia oczekiwań wykonawców oraz finansów publicznych, waloryzację wynagrodzeń. Odwracając czynności sprawdzające, wykonawcy otrzymują praktyczny przewodnik, jak prawidłowo przygotować wniosek o zmianę umowy, w którym wnoszą o podwyższenie wynagrodzenia. Można zatem wyodrębnić następujące kroki:

- Określenie żądania z uwzględnieniem skutku i ustępstw (Krok 5);
- Opis okoliczności faktycznych;
- Przedstawienie dowodów;
- Wykazanie związku pomiędzy okolicznościami faktycznymi (Krok 2) a skutkiem (Krok 1) potwierdzonym przez dowody (Krok 3);
- Analiza ryzyka i przewidywalności zmian sprzed podpisania umowy. Określenie możliwych ustępstw;
- Określenie konsekwencji niewprowadzenia zmiany dla zamawiającego;
- Porównanie żądania (Krok 1) z konsekwencjami niewprowadzenia zmiany dla zamawiającego (Krok 6).

Najtrudniejszym krokiem do ustalenia przez wykonawcę jest oczywiście Krok 6. Nie można go jednak pomijać, gdyż od jego ustalenia zależy porównanie przeprowadzane w Kroku 7 i weryfikacja czy zmiana będzie korzystna dla zamawiającego (kryterium gospodarności).

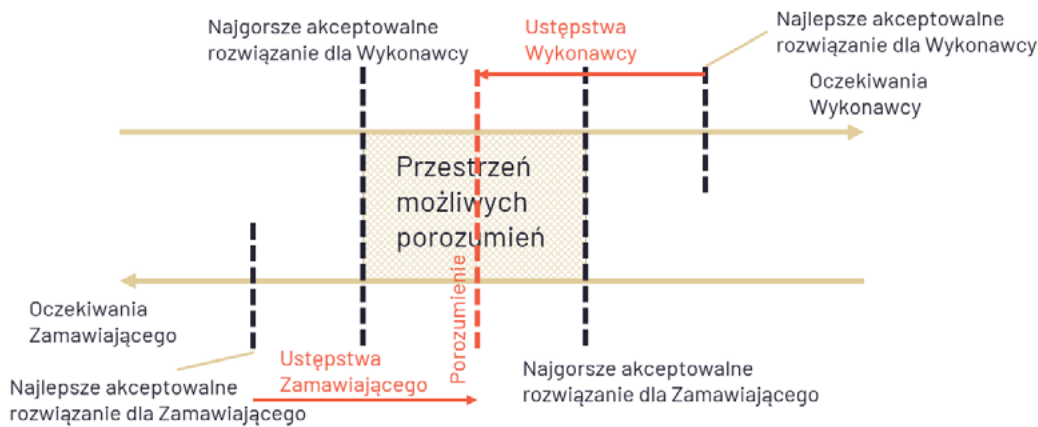
Należy podkreślić, że zmiana umowy zostanie faktycznie wprowadzona tylko w takiej sytuacji, kiedy obie strony – wykonawca i zamawiający – indywidualnie stwierdzą, że wprowadzenie zmiany jest dla nich korzystne.

Zarówno wspomniane wytyczne, jak i rekomendacja Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej z 2 sierpnia 2022 r. przedstawiają przykładowy katalog konsekwencji niewprowadzenia zmiany. Przeprowadzając analizę skutków nie osiągnięcia porozumienia, które zamawiający poniesie, jeśli nie dojdzie do porozumienia warto postawić sobie następujące pytania:

- Jakie są konsekwencje odstąpienia z winy Wykonawcy, który nie będzie się wywiązywał z realizacji i zamawiający będzie musiał odstąpić od Umowy?
- Jaki będzie koszt dokończenia robót, uwzględniając wzrost cen, koszty inwentaryzacji prac, zabezpieczenia prac, zaznajomienia się nowego wykonawcy z robotami, naprawy prac, które uległy pogorszeniu na skutek czasu?
- Czy dojdzie do wstrzymania / opóźnienia robót?
- Czy jest możliwa realizacja inwestycji w zakładanym terminie?
- Czy istnieje ryzyko utraty dofinansowania?

- Czy wykonawca ma majątek, z którego będę mógł pokryć szkody?
- Czy odpowiedzi na powyższe pytania będą takie same, jeżeli na skutek podjętych przez zamawiającego działań wykonawca ogłosi upadłość?
- Czy wykonawcy grozi upadłość?
- Czy upadłość wykonawcy nie sprawi, że rynek ulegnie takiemu zawężeniu, że wszystkie kolejne roboty będą droższe i powstanie monopol?
- O ile droższe będzie wykonanie kolejnych inwestycji, jeśli rynek przestanie być konkurencyjny?
- Czy wykonawca może odstąpić od realizacji z winy zamawiającego?
- Czy wykonawca może żądać odszkodowania?
- Czy wykonawca jest gotów wystąpić z pozwem o podwyższenie wynagrodzenia?
- Jak może być rozstrzygnięcie w najgorszym wariancie?
- Ile będzie kosztowało zastępstwo procesowe, opinie biegłych?

Odpowiedź na zadane pytania pozwala na ustalenie najgorszego, akceptowalnego rozwiązania dla zamawiającego. Porównując je z żądaniem postawionym w Kroku 1, wykonawca może jeszcze przed złożeniem wniosku ustalić, czy zaproponowane ustępstwa pozwolą na osiągnięcie porozumienia. Jeżeli ustępstwa są niewystarczające, to wykonawca powinien ponownie przeanalizować Krok 6 lub zrezygnować z części swoich żądań czyniąc większe ustępstwa (Krok 1).



- Czy zamawiający (lub inne instytucje) prowadzi inne inwestycje, które zależą od tej inwestycji?
- Czy ta inwestycja jest warunkiem dostarczenia istotnych świadczeń społecznych?
- Czy jest możliwe naliczenie kar w takim przypadku?
- Czy wykonawca przedstawił zabezpieczenie wykonania, z którego realnie będę mógł pokryć kary i koszty dokończenia robót?
- Czy jest podstawa do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego?

Wykonawca i zamawiający zawierając umowę zobowiązali się współdziałać i chronić świadczenie – realizację robót. Realizacja robót będzie przebiegać najsprawniej, jeśli strony będą pamiętać, że najlepszym rozwiązaniem jest jak najszybsze rozwiązanie spraw spornych i osiągnięcie porozumienia. Z tego powodu powinni wyobrażać siebie w sytuacji partnera i czynić sobie stosowne ustępstwa.

Klauzule przeglądowe z perspektywy Wykonawców



KAMIL FURMAN

Dyrektor Działu Prawnego i Compliance,
Eurovia Polska S.A. (VINCI Construction)

Czym zatem są
KLAUZULE PRZEGLĄDOWE?
Są to klauzule umowne,
stwarzające możliwość
adaptacji treści
stosunku prawnego do
zmieniających się w trakcie
trwania umowy warunków.

Zyjemy w czasach ciągłej zmiany i niemalże każdego dnia budzimy się w nowej rzeczywistości, co chyba trafnie oddaje określenie, że żyjemy w czasach VUCA, czyli zmienności, niepewności złożoności i niejednoznaczności (ang. volatility, uncertainty, complexity, and ambiguity). Część zmian jest możliwa do przewidzenia, choć nie zawsze znamy ich skalę, część natomiast jest nieprzewidywalna – jak chociażby pojawienie się epidemii COVID, czy agresja Rosji na Ukrainę, przez co wojna jest tuż za naszą granicą.

W tych zmieniających się realiach realizujemy umowy o roboty budowlane – zarówno w ramach zamówień publicznych, jak i prywatnych inwestycji. Umowy te zazwyczaj mają długi okres obowiązywania; a klimat polityczny, gospodarczy i społeczny może radykalnie się zmienić w tym okresie i w równie radykalny sposób zmienić korzyści ekonomiczne, które zgodnie z pierwotnymi założeniami stron miałyby płynąć z danej umowy.

Żeby zatem zapewnić prawidłową i efektywną realizację inwestycji budowlanej należy ukształtować treść umowy w sposób elastyczny – m.in. poprzez zastosowanie w umowie klauzul przeglądowych. Szczególne znaczenie praktyczne znajduje ta zasada w trakcie realizacji umów w reżimie zamówień publicznych.

Czym zatem są **KLAUZULE PRZEGLĄDOWE**? Są to klauzule umowne, stwarzające możliwość adaptacji (stąd pojawiająca się również nazwa klauzule adaptacyjne) treści stosunku prawnego do zmieniających się w trakcie trwania umowy warunków.

W ramach realizacji inwestycji prywatnych, w których obowiązuje praktycznie nieograniczona swoboda ukształtowania treści umowy, jak i możliwość wprowadzenia dowolnych zmian – kwestie związane z wprowadzeniem i stosowaniem klauzul przeglądowych nie stanowią tak istotnego problemu formalnoprawnego, jak w przypadku inwestycji realizowanych na podstawie prawa zamówień publicznych. Nie oznacza to jednak, że dla stron inwestycji prywatnych uregulowanie granic czy dopuszczalności zmian umowy – szczególnie tych związanych z wysokością wynagrodzenia – nie ma większego znaczenia. Istotnym jest jednak to, iż możliwość zawarcia klauzul przeglądowych w takich umowach nie musi wynikać z jakiegokolwiek podstawy prawnej; a leży wyłącznie w gestii woli obu stron umowy.

Inaczej jest w umowach w sprawie zamówienia publicznego, gdzie możliwość zawarcia tych klauzul wynika wprost z ustawy – art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP. Z racji obszerności powyższej regulacji i charakteru niniejszej publikacji – temat ten nie będzie szerzej omawiany¹.

¹ Zob. więcej: Klauzule przeglądowe, czyli klauzule dotyczące zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy Prawo zamówień publicznych uprawniające strony do wprowadzenia zmian w umowie. Wzorce i dobre praktyki. Urząd Zamówień Publicznych Warszawa, 2020 r. https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0022/43654/Klauzule-przegladowe-A.pdf

Niewątpliwie w każdej umowie powinny się znaleźć postanowienia szczegółowo regulujące procedurę dokonywania zmian, nawet gdy są to klauzule negocjacyjne. Co najważniejsze – postanowienia te muszą być jasne, precyzyjne i jednoznaczne.

Klauzule przeglądowe możemy podzielić na klauzule:

- obligatoryjne
- rewizyjne.

Klauzule obligatoryjne mają charakter automatyczny, nie wymagają składania przez strony umowy dodatkowych oświadczeń i kreują roszczenie danej strony. Natomiast klauzule rewizyjne nie kreują roszczenia dla żadnej ze stron, ale mają charakter negocjacyjny.

Można rozważyć także trzecią kategorię klauzul przeglądowych – „klauzule imperatywne” lub „klauzule renegocjacyjne”², czyli wymuszające zmianę treści umowy, ale w trybie negocjacji i w oparciu o ściśle określoną procedurę. W przypadku tego rodzaju klauzul możemy przyjąć ukształtowanie procedury ewentualnej następcej kontroli sądu lub sądu polubownego – w zakresie należytej staranności stron np. przez pryzmat art. 354 KC – w zakresie celu społeczno-gospodarczego, zasad współżycia społecznego czy przyjętych zwyczajów.

Należyte ukształtowane klauzule waloryzacyjne pozwalają inwestorowi już na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zapytania ofertowego w ramach inwestycji prywatnych zabezpieczyć prawidłowy tok realizacji umowy, poprzez wprowadzenie klauzul umożliwiających dostosowywanie warunków jej realizacji do zmieniającego się otoczenia gospodarczego, lub aktualnych warunków rynkowych.

Niewątpliwie w każdej umowie powinny się znaleźć postanowienia szczegółowo regulujące procedurę dokonywania zmian, nawet gdy są to klauzule negocjacyjne. Co najważniejsze – postanowienia te muszą być jasne, precyzyjne i jednoznaczne.

Często jednak można spotkać umowy – głównie w zamówieniach publicznych – w ogóle pozbawione klauzul dopuszczających wprowadzenie zmian w umowie lub też zawierające postanowienia, które de facto uniemożliwiają ich

rzeczywistą zmianę, co – w odniesieniu np. do zmian wynagrodzenia – nazywamy w branży „waloryzacją pozorną”. Taka sytuacja powoduje, że w trakcie realizacji kontraktu, gdy dochodzi do typowych dla branży budowlanej zakłóceń, jak np. odkrycie znaleziska archeologicznego lub natrafienie na odmienne warunki geologiczne lub gdy wystąpią nieprzewidziane okoliczności takie jak np. wybuch wojny lub pandemia, w praktyce brak jest możliwości sprawnego przeprowadzenia zmiany umowy. Dochodzi wtedy do sporu, który z poziomu kontraktowego najczęściej trafia do sądu i kończy się długoletnim procesem. Wielu zamawiających publicznych przejawia na tym polu niezrozumiałą beztroskę, być może wydaje im się, że brak klauzul przeglądowych lub wprowadzenie ich, wyłącznie w celu wypełnienia obowiązków ustawowych, zabezpiecza ich interesy, jest wyrazem szczególnej dbałości o finanse publiczne i jest jedynym słusznym rozwiązaniem w przypadku „mitycznej” kontroli ze strony wszelkiego rodzaju instytucji czy służb publicznych. Tymczasem brak klauzul przeglądowych lub przygotowanie ich w nienależyty sposób, powoduje, że inwestycje realizowane są najczęściej w atmosferze permanentnego i nieuchronnego sporu. Z pewnością takie ukształtowanie treści umowy nie ma nic wspólnego z KULTURĄ KONTRAKTOWANIA, o której propagowanie walczą nie tylko organizacje branżowe; ale również Prezes UZP i część środowiska zamawiających publicznych.

Jednym z przejawów aktywnego szukania dobrych praktyk w zamówieniach publicznych jest przygotowanie opracowania: „Przykładowe klauzule przeglądowe z umów o roboty budowlane czyli klauzule dotyczące zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp” opublikowane przez UZP³. Z pewnością jest to krok w dobrą stronę, który powinien uświadomić zamawiającym publicznym (gospodarzom postępowania przetargowego), jak istotne, „z punktu widzenia efektywnej i prawidłowej realizacji kontraktów jest korzystanie w praktyce udzielania zamówień publicznych z przewidzianych przepisami ustawy

2 John Y. Gotanda, Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts, Revisited, 36 Vanderbilt Law Review 1461 (2021).
<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vjtl/vol36/iss4/11>

3 <https://www.gov.pl/attachment/7d368b57-10ce-4dba-abe5-2fccb4266153>



Pzp mechanizmów, które mogą zostać wykorzystane w celu usprawnienia realizacji planowanych umów”. Autorzy zachęcają by, klauzule przeglądowe były dostosowane do danego przypadku, zależnie od treści zobowiązania stron wynikającego z umowy. Zatem decydując się na konkretne rozwiązania w treści umowy, każdy „zamawiający powinien uwzględnić m.in. specyfikę przedmiotu umowy, stan faktyczny konkretnej sprawy, charakter wynagrodzenia, zakładane warunki jego zapłaty czy też sposób podziału ryzyka pomiędzy stronami umowy”⁴.

Niestety większość przykładów konkretnych zapisów umownych ma charakter klauzul rewizyjnych, brak jest propozycji klauzul imperatywnych, nie mówiąc o obligatoryjnych. W praktyce spowodować to może, że zamawiający publiczni nie będą korzystać z klauzul przeglądowych o automatycznym charakterze nawet w odniesieniu do pewnych kategorii zmian, które możemy dziś odnaleźć w niektórych wzorach umów (np. odnoszących się do waloryzacji wynagrodzenia). W konsekwencji obowiązującą praktyką będzie dotychczasowe występowanie z wnioskami, kserowaniem tysiąca dokumentów czy składaniem oświadczeń pod odpowiedzialnością karną, żeby udowodnić, że w połowie stycznia w Suwałkach przez tydzień były mrozy – 20°C i nie można było układać asfaltu lub robić nasadzeń. A żeby było ciekawiej – na koniec jeden z wykonawców graniczących ze sobą odcinków tej samej drogi – z tytułu zimowej przeszkody „dostanie” 7 dni przedłużenia terminu umownego; a drugi (z tej samej przyczyny) tylko 5 dni.

Nie jest tajemnicą, iż w działaniach biznesowych powszechnie wykorzystujemy procesy, które są swoistą mapą drogową dla wszystkich interesariuszy. Jasno wskazujemy, która z osób jest odpowiedzialna za poszczególne kroki procesu, do czego jest zobowiązana. Należy zatem pochwalić zamawiających, którzy zdecydowali się wdrożyć MATRYCĘ

RYZYK – z przypisaniem ryzyk do danej strony umowy. Idealnym rozwiązaniem byłoby stworzenie mechanizmów kontraktowych, które ryzyko mitygują na samym starcie procesu kontraktowego, a zapisane są już w warunkach umownych. Oczywiście ich naturalną konsekwencją byłoby odpowiednie ukształtowanie w umowie stosownych klauzul przeglądowych, z wykorzystaniem – jak najczęstszym – tych o automatycznym charakterze. Kiedy ich nie ma, a na dodatek wszystkie lub większość ryzyk przerzucona jest na wykonawców, wtedy do działania wkraczają komitety ryzyka, działy oceny ryzyka; które dla każdej inwestycji same tworzą odpowiednie matrixy i każde ryzyko wyceniają, co powoduje wzrosty cen na przetargach. Często takie analizy zawierające rekomendacje, że ryzyk jest zbyt dużo lub ryzyko występuje tylko jedno, ale oszacowane jako krytyczne, powoduje, że wielu wykonawców rezygnuje ze złożenia oferty. Efekt znamy wszyscy – średnio 2,59 oferty na 1 postępowanie⁵.

Czy dobra umowa tj. taka z automatycznymi lub chociaż imperatywnymi klauzulami przeglądowymi spowoduje, że znikną wszystkie bolączki rynku zamówień publicznych? Z całą pewnością nie, jednak konsekwencją kontraktowania w duchu dobrych praktyk będzie większa ilość składanych ofert. Zamawiający będą otrzymywać niższe oferty (niezawierające kwot na pokrycie niedookreślonych ryzyk), and last but not least unikniemy lub przynajmniej ograniczymy ilość sporów w ramach prowadzonych inwestycji budowlanych.

4 Tamże.

5 Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2021r. <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-za-2021-rok-przyjete-przez-rade-ministrow>

Zasady prawnego bezpieczeństwa i higieny pracy



ELŻBIETA VIROUX
radca prawny, Kancelaria Viroux & Partners

Rozmowa z mec. Elżbietą Viroux
Rozmawia: Rafał Bałdys Rembowski – redaktor naczelny

RBR: Pani mecenas podczas waszego panelu prezes SIDiR Tomasz Latawiec, żeby zilustrować problem dostępności dowodów, wyciągnął szklaną kulę. Czy w tej metaforze jest pewna przesada, do czego on tak naprawdę się odwoływał do tego, że zagadnienie jest enigmatyczne i trzeba wróżyć ze szklanej kuli?

Elżbieta Viroux: Taka metafora może szokować, ale wynika ze skali problemów związanych z dochodzeniem i udowadnianiem roszczeń, które wynikają z nieprzewidywalnych okoliczności. Wydaje mi się, że ona właśnie najlepiej ilustruje zależność, że im lepiej te dowody będą przygotowane i opracowane taki sposób, że da się nimi zarządzać, tym mniej miejsca będzie na wróżenie z kuli. Gdybyśmy wzięli pod uwagę praktykę i statystyki, to stan faktyczny na dziś jest taki, że większość procesów, roszczeń waloryzacyjnych jest rzeczywiście oparta o wróżenie z kuli.

To chyba nie jest obserwacja dotycząca tylko wykonawców, tylko wszystkich stron w kontrakcie. Na co zamienić szklaną kulę?

Posłużę się metaforą tym razem mecenasa Dąbrowskiego „trzeba zbierać kwity” on dosłownie tak to ujął, przy czym zbieranie kwitów jest też skumulowaną potrzebą przygotowania materiału, zabezpieczenia materiału oraz zarządzania procesem zabezpieczania tego materiału w ogóle. Zarządzanie projektem to jest jedno, ale zarządzanie tym całym materiałem jego gromadzeniem później jakaś sensowna strukturyzacja tych danych, możliwość ich katalogowania a następnie wyciągania tego to, co jest nam potrzebne, to dziś jest kwintesencja potrzeb, które są na dziś. Powiedziabym statystycznie przy dużych projektach, lub nawet średnio dużych – zależy co dla kogo jest dużym projektem – ale weźmy nawet średnie zamówienie na powiedzmy 5 milionów PLN, to nie jest tak, że nikt tych dokumentów nie ma albo nikt nie ma żadnego dowodu. Na pewno coś gdzieś jest w jakiejś formie, natomiast żeby w sytuacji problematycznej czy wtedy, kiedy ta potrzeba zaistnieje to coś zamienić na coś innego niż tylko kulę, to potrzeba odpowiedniego narzędzia.

W Pani ocenie problem tego, że często tych informacji wykonawca danych informacji wykonawca nie posiada, tylko bardzo często nawet może nie wiedzieć, że je posiada albo nie zadbał o ich zgromadzenie. To są trochę dwa różne wątki: bo albo nie zadbał i ich nie ma – tych danych – albo je ma i o tym nie wie.

Informacje z reguły wszyscy mają, ale my w procesie musimy zawsze musimy je poprzeć dowodami. Czyli po pierwsze ten materiał musi być, a po drugie ten wykonawca czy strona musi wiedzieć, gdzie i co ma i w jakim celu te dane gromadzi. Klienci na ogół dysponują czymś, co ma różną jakość, ale oczekują bardzo określonego efektu.



Może zrobimy klasyczne case-study: przychodzi na przykład wykonawca do kancelarii / do doradcy i mówi ok, potrzebuję żebyś mi zwaloryzował ten kontrakt, bo musiałem dołożyć na 20 milionowym kontrakcie dodatkowe 5 milionów. I co wtedy?

Klasyk, wykonawca często jeszcze dodaje: „czytałem w Internecie, że generalna dyrekcja na przykład udziela waloryzacji z automatu na 2, 5, czy 10 procent na podstawie danych GUS” i wszystkim się wydaje, że taka jest zasada. Tymczasem, choć zasada jest jasna i skoro można waloryzować, to należy zabiegać o zwiększenie wynagrodzenia, dopłatę za roboty dodatkowe, etc. , ale żeby z niej skorzystać, to musi być coś do środka. W przypadku klasycznego małego przedsiębiorcy z sektora MŚP, on wie, że było opóźnienie nie z jego winy, że nie było ZRID’u, że długo trwało opiniowanie, więc on wiedzę o tych informacjach ma, ale – oczywiście z pewnymi wyjątkami – ale większość z nich nie ma zebranych i przygotowanych materiałów na moment wystąpienia zdarzenia X. I nie mam tutaj na myśli nieprzewidywalnych zdarzeń, o których na konferencji też mówiliśmy typu: wojna, pandemia, inflacja, brak rąk do pracy. Przez zdarzenie X rozumiem takie, w którym wykonawca musiał dołożyć te 5 milionów. Jeżeli te czynniki nie wpłynęłyby na budżet czy wynik projektu, to nikt by się w analizę tych czynników nie angażował. Natomiast jeżeli okazuje się, że muszę dołożyć 5, MPLN z bieżących przepływów, żeby w ogóle ukończyć projekt to właśnie jest zdarzeniem X, na które klient musi być przygotowany.

To jest pierwsza potrzeba w takich sytuacjach, po prostu trzeba wyłożyć kasę, potrzebą numer dwa jest właśnie

zabezpieczenie materiału dowodowego, żeby na dalszych etapach, albo w przyszłości ktoś mu tego wynagrodzenia umownego nie obciął. Klienci na takie zdarzenia są na ogół nie przygotowani. Oni wprawdzie wiedzą, że „coś było”, ale kiedy proszę o korespondencję, opinie, wezwania zmawiającego do przyspieszenia złożenia wytycznych do projektowania, czy jeżeli nie można było korzystać z terenu budowy to jak to jest udowodnione? – „a no bo nie przyszli i nie podpisali protokołu”, ale wykonawcy muszą pamiętać, że sama informacja to nie jest dowód.

Nie wiem czy się pani mecenas zgodzi, ale to jest chyba szersza refleksja na temat sposobu, w jaki w ogóle prowadzone są inwestycje w Polsce. To jest nie tylko uwaga pod adresem wykonawców, ale również zmawiających, bo tu chyba wszyscy niedostatecznie dbają o higienę pracy – takiej kancelaryjnej.

Niestety muszę się z tym zgodzić. Niestety dla wykonawców, stety oczywiście dla kancelarii, no bo wiadomo, że im bardziej te materiały są nieprzygotowane, tym więcej pracy mają kancelarie. Analizując problem z czysto finansowego punktu widzenia dla wykonawcy, to wydaje mi się, że za jakiś czas wykonawcy dostrzegą wartość w inwestycji w zarządzalność tym procesem. W ujęciu długookresowym będzie o to wiele bardziej opłacalne i podniesie jakość dowodów niż takie działania aranżowane ad-hoc w sytuacji zagrożenia.

Każde rozwiązanie, dzięki któremu któremu strona może dokumentować historię własnych działań to nie jest koszt, to jest inwestycja.

To jest bardzo cenna obserwacja, tylko jako przekonać wykonawców do zmiany? Zawsze tak robiłem, więc dlaczego mam to zmieniać, komu to przeszkadza?

Ale pytanie, czy zawsze występowały takie problemy, czy zawsze obserwowaliśmy takie skoki cen, czy w końcu zawsze były takie nadzwyczajne okoliczności, które wymagają nadzwyczajnych niezwłocznych działań? Historycznie na przestrzeni ostatnich 15 lat nie mieliśmy w Polsce aż tak drastycznych i skumulowanych czynników zakłócających. Wykonawcy więc do tej pory nie musieli wiele w tym kierunku robić, bo te uwarunkowania gospodarcze nie miały aż tak znaczącego wpływu, ale dziś wiele firm staje w obliczu poważnego dylematu, albo dołoży do interesu, albo nie dowiezie tematu, a proszę zwrócić uwagę, że mówimy na razie o problemach wykonawcy, ale problem ma lub może mieć inwestor, jeśli odstąpi od umowy. Ryzyko strat na jednym takim kontrakcie może w obecnej sytuacji rynkowej poważnie zagrozić płynności wykonawcy.

Jeżeli nasze średnie i małe spółki budowlane, które są przeważnie podwykonawcami dla generalnych wykonawców lub generalnymi wykonawcami średnich inwestycji, powiedzmy, że mówimy o firmie średniej wielkości – nie wszyscy muszą budować autostrady i drogi ekspresowe, która ma rocznie 150–200 mln PLN obrotów. Jeżeli taka firma realizuje kontrakt za powiedzmy 30 mln PLN, który w jej portfelu jest jednym z większych, to odstąpienie od takiej umowy przerywa przepływ gotówki, odcina linie gwarancyjne, kumuluje kary i uruchamia egzekucje gwarancji bankowych. Abstrahując na razie od regulacji, które mogłyby taką egzekucję powstrzymać, to takie okoliczności narażają wykonawcę „na dzień dobry” na utratę kilku milionów. Przy czym pamiętajmy, że to nie są przeważnie krezusi, którzy mają łatwy dostęp do finansowania i zaprzyjaźnione instytucje finansowe, które łaskawie na to patrzą. Mówimy o sytuacji, w której taki wykonawca stoi w obliczu prawdopodobnego bankructwa lub restrukturyzacji.

Nawet jeżeli przedsiębiorstwo wejdzie w fazę restrukturyzacji, taki podmiot i tak przestaje działać w sposób przewidywalny, tym bardziej w tak niestabilnym otoczeniu. Ale jak to zrobić? Ja zakładam, że istnieją metody i narzędzia, które wykonawca powinien zastosować, żeby lepiej dokumentować po prostu własną aktywność zawodową, nie tylko na wypadek chyba wystąpienia jakiegoś sporu bądź jakiejś okoliczności „X”

Oczywiście. Każde rozwiązanie, dzięki któremu może dokumentować historię własnych działań to nie jest koszt, to jest

inwestycja. To jest pewnego rodzaju inwestycja w prewencję zapobiegania problemom i sporom. Zamawiający jak zauważy, że wykonawca jest dobrze przygotowany i jak organizacyjnie zabezpiecza dowody i własne działania, a sam nie będzie w stanie w przyczyn organizacyjnych przygotować się tak samo – wówczas do takiego sporu w ogóle nie dojdzie.

Wykonawcy ponadto muszą traktować takie inwestycje jak niezbędny element rozwoju przedsiębiorstwa i wykorzystywać zarządzanie informacją o projekcie z równą uwagą jak zarządzanie samym projektem. W dłuższej perspektywie te informacje mogą pomóc w procesie np. wejścia na giełdę, połączeniu z innym podmiotem zaciągania obligacji korporacyjnych na rozwój etc. etc. Wtedy takie informacje będą decydujące o danej transakcji, wobec czego traktowałabym takie wdrożenia absolutnie jako inwestycję powiedziałabym czysto kapitałową, a nie doraźnym wydatkiem na ugaszenie pożaru.

Czy tu cyfryzacja może jakoś pomóc?

To jest moim zdaniem absolutna konieczność. W żaden inny sposób tą informacją o projekcie nie da się zarządzać. Pamiętajmy jednak, że cyfryzacja to nie przepisanie pisma lub danych do komputera, bo łatwo jest coś zarchiwizować, czy zeskanować i wrzucić na serwer, ale tu ponownie pojawia się problem jakości danych i możliwości ich wykorzystania na wypadek X. W ten sposób zebrane dane są tylko trochę bardziej przystępne niż pisma w segregatorze. Natomiast cyfryzacja pozwoli na to, że te wszystkie dane będzie można strukturyzować przez co dostęp do cennej dla nas informacji będzie natychmiastowy i zaoszczędzi mnóstwo czasu pracy takiej czysto chałupniczej, czy to wewnętrznych zespołów realizacyjnych projektowych czy zespołów prawników czy zespołów biegłych. Ten materiał będzie dostępny niemalże na tacy, a to jest podstawa do tego, żeby efektywniej wszyscy wykonywali swoją pracę.



ARBITRAŻOWY
SĄD BUDOWLANY
PRZY STOWARZYSZENIU
INŻYNIERÓW DORADCÓW
I RZECZOWNICÓW

Sąd dedykowany w sprawach budowlanych

www.arbitraz-sidir.pl

