

Inwestycje budowlane w samorządach a waloryzacja wynagrodzenia wykonawców

Specyfika inwestycji budowlanych powoduje, że ich realizacja wiąże się ze znacznym ryzykiem finansowym dla wszystkich stron procesu inwestycyjnego. W szczególności inwestycje infrastrukturalne, realizowane w długim okresie, narażone są na ryzyko zmian warunków rynkowych. W ostatnim czasie na rynku budowlanym można zaobserwować znaczną kumulację inwestycji z zakresu inżynierii lądowej, a także deficyt i gwałtowny wzrost cen materiałów i siły roboczej. Wobec takich zmian, wynagrodzenie ustalone w zawartej kilka czy kilkanaście miesięcy wcześniej umowie, nie gwarantuje wykonawcom rentowności inwestycji, a nawet zwrotu kosztów jej realizacji, co może łączyć się z zaangażowaniem zamawiających w występujące lawinowo spory sądowe w przedmiocie waloryzacji wynagrodzenia. Jak się przed nimi uchronić?

Zmiana umowy w drodze porozumienia stron – aneks do umowy

W przypadku braku odpowiednich klauzul adaptacyjnych, strony mają możliwość dokonania zmiany wynagrodzenia w umowie o roboty budowlane w drodze porozumienia (aneksu). Zgodnie z zasadą swobody umów, strony mogą kształtować dowolnie treść powoływanych przez siebie stosunków umownych w granicach wyznaczonych przez ustawy, zasady współżycia społecznego i naturę danego stosunku. Należy jednak pamiętać, że w przypadku umów zawieranych przez podmioty publiczne lub dysponujące środkami publicznymi, w szczególności umowy zawierane w trybie zamówień publicznych, swoboda umów podlega dodatkowym ograniczeniom, wynikającym zwłaszcza z przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej p.z.p.). W szczególności z art. 144 p.z.p., który wprowadza zasadę zakazującą zmian umowy względem treści złożonej oferty. Niemniej jednak, w ramach ostatniej kompleksowej nowelizacji Prawa zamówień publicznych, implementującej dyrektywy UE i orzecznictwo TSUE, zakaz ten uległ znacznej liberalizacji. Nowe przepisy weszły w życie 28 lipca 2016 r. i co do zasady znajdują zastosowanie do umów zawartych w ramach postępowań wszczętych po tej dacie. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 144 p.z.p. zmiana postanowień zawartej umowy jest dopuszczalna, jeżeli zachodzi co najmniej jedna ze

wskazanych w art. 144 ust. 1 pkt 1-6 p.z.p. okoliczności. I tak tytułem przykładu, zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 6 p.z.p. w przypadku zamówień na roboty budowlane zmiana postanowień umowy, w tym zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy, będzie dopuszczalna, gdy łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. i jednocześnie jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Z kolei art. 144 ust. 1 pkt 5 p.z.p. każdorazowo pozwala na zmiany umowy, niezależnie od ich wartości, jeżeli nie są one zmianami istotnymi w rozumieniu art. 144 ust. 1e p.z.p.

Zmiana umowy na podstawie art. 357 (1) i 632 § 2 Kodeksu cywilnego

W przypadku niepowodzenia negocjacji aneksu z zamawiającym, wykonawcy robót budowlanych mają możliwość zrealizowania w drodze powództwa sądowego uprawnień wynikających z instytucji zwanej klauzulą *rebus sic stantibus*. Narzędzie to zostało uregulowane w art. 357 (1) Kodeksu cywilnego (dalej k.c.) oraz w przepisach szczególnych dotyczących określonych typów stosunków zobowiązaniowych. Zgodnie z art. 357 (1) k.c., w przypadku gdy z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego stro-

ny nie przewidziały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Z kolei trochę inaczej skonstruowany art. 632 § 2 k.c. stanowi, że jeżeli wskutek nieprzewidywalnej zmiany stosunków, wykonanie umowy groziłoby wykonawcy rażąco strata, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. Przy czym, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, przepis ten dotyczący umowy o dzieło, ale w drodze analogii może znaleźć zastosowanie do umowy o roboty budowlane z ustalonym wynagrodzeniem ryczałtowym i stanowić podstawę do jego modyfikacji (zob. wyrok SN z 21 lutego 2013 r., sygn. IV CSK 354/12).

Zmiana stosunków a rażąca strata

Podstawową przesłanką zastosowania art. 357(1) k.c. i 632 § 2 k.c. jest wystąpienie „zmiany stosunków”. W przytoczonych powyżej przepisach ustawodawca używa pojęcia „stosunków”, które w doktrynie interpretowane jest szeroko i odnosi się m.in. do wszelkich stosunków społecznych i gospodarczych. Nie ulega wątpliwości, że gwałtowny wzrost cen materiałów i usług budowlanych może być uznany za zaistnienie sytuacji nadzwyczajnej i nieprzewidywalnej w chwili zawierania umowy, umożliwiając zastosowanie powyższych przepisów (zob. wyrok SN z 20 listopada 2008 r., sygn. III CSK 184/08, wyrok SN z 12 kwietnia 2013 r., sygn. IV CSK 568/12, wyrok SN z 29 października 2015 r., sygn. I CSK 901/14).

W ostatnich latach większość spraw sądowych, w których wykonawcy robót budowlanych występowali z żądaniem zmiany umowy, kończyła się oddaleniem powództwa. W szczególności wykonawcy mieli trudności z wykazaniem przesłanki zagrożenia rażąco strata. Sądy uznawały m.in. za niewystarczający sam fakt nieosiągnięcia oczekiwanego zysku czy poniesienia straty przez wykonawcę, wskazując, że strata musi być rażąca i powinno odnosić się ją każdorazowo do zakresu działalności podmiotu, który żąda podwyższenia wynagrodzenia (zob. wyrok SA w Szczecinie z 17 marca 2016 r., sygn. I ACa 894/15). Aktualnie można zaobserwować zmianę linii orzeczniczej i pojawienie się wyroków uznających zasadność żądań wykonawców. Jako istotne określane jest orzeczenie wydane przez Sąd Apelacyjny w Warszawie 6 listopada 2017 r. (sygn. VI ACa 1462/13). W przedmiotowej sprawie powód porównał wielkość straty do zakładanego przez

wykonawcę zysku z realizacji inwestycji, nie zaś tylko do wartości kontraktu i sąd co do zasady podzielił jego stanowisko, uznając udowodnioną stratę za rażąco.

Zamawiający odmawiając uznania powództwa o zmianę stosunku zobowiązaniowego, zwracali uwagę na to, że profesjonalny wykonawca był zobowiązany do uwzględnienia w ofercie możliwych wahań cen materiałów i robocizny. W tym przedmiocie należy jednak podzielić stanowisko SN, który stwierdził, że „nawet starannie kalkulujący przedsiębiorca budowlany nie zawsze jest w stanie przewidzieć nagły wzrost cen materiałów budowlanych o znacznej skali, mimo określonych, wcześniejszych zaszczości na rynku budowlanym. Nie ma bowiem powodu do sugestii, że są to przewidywalne zmiany cykliczne” (zob. wyrok SN z 29 października 2015 r., sygn. I CSK 901/14).

Dyspozytywny charakter – możliwość wyłączenia zastosowania art. 357 (1) i 632 § 2 k.c.

W literaturze i orzecznictwie nie wzbudzał i nie wzbudza wątpliwości dyspozytywny charakter art. 357 (1) k.c., jak i art. 632 § 2 k.c. W związku z tym przyjmuje się, że strony umowy mogą w jej treści wyłączyć ich zastosowanie (zob. wyrok SN z 18 września 2013 r., sygn. V CSK 436/12). Wykorzystując to stanowisko, zamawiający w treści ogłaszanych Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w części obejmującej projekt przyszłej umowy coraz częściej wyłączają zastosowanie art. 357 (1) k.c., jak i art. 632 § 2 k.c. Pomimo braku możliwości negocjacji umowy z zamawiającym, wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia przysługuje oczywiście możliwość złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”). Jednakże, jak pokazuje wyrok KIO z 15 lutego 2018 r. (sygn. KIO 173/18) wydany w sprawie dotyczącej przetargu organizowanego przez GDDKiA, którego przedmiotem była budowa odcinka drogi ekspresowej S1, umowne wyłączenie możliwości waloryzacji ustawowej może zostać uznane za niezgodne z p.z.p. W wyroku tym KIO stanęła na stanowisku, że zamawiający nie powinien przerzucać na wykonawcę konsekwencji zaistnienia nieprzewidywalnych sytuacji, wskazując, że w jej ocenie: „dyspozytywny charakter norm, na który kładł nacisk zamawiający, nie uprawnia go do jednostronnego kształtowania stosunków w sposób, który odbiera stronom prawo do niezależnego, obiektywnego uregulowania przez sąd wyjątkowych sytuacji, nieprzewidzianych w umowie”.

Jakie działania podjąć?

W polskim systemie prawnym strony umowy dysponują różnymi środkami umożliwiającymi zmianę wynagrodzenia ustalonego w umowie o roboty budowlane. Ocena możliwości ich zastosowania każdorazowo wymaga jednak gruntownej analizy sytuacji prawnej z perspektywy zaistniałych zmian rynkowych, postanowień zawartych umów, czy norm prawa. W braku powodzenia negocjacji aneksów z zamawiającymi wielu wykonawców będzie zmuszonych skorzystać z uprawnień przewidzianych w art. 357 (1) lub 632 par. 2 k.c. i wystąpić z powództwem o ukształtowanie stosunku obligacyjnego.

W obliczu ostatnich zmian linii orzeczniczej, dużo bardziej wyrozumiałej wobec wykonawców ponoszących jeszcze niedawno pełne ryzyko zmian zachodzących na rynku, należy przypomnieć, że w wypadku niepowodzenia negocjacji w przedmiocie zawarcia aneksu z wykonawcą i wszczęcia przez niego postępowania sądowego, nadal pozostaje możliwość rozwiązania sporu poprzez zawarcie ugody. Tzw. „pakiet wierzycielski”, który wszedł w życie w ubiegłym roku, stworzył jednoznaczną podstawę prawną dla zawierania ugód przez podmioty publiczne. Należy przypomnieć, że ugoda będzie dopuszczalna i zgodna z prawem, jeżeli jej skutki będą korzystniejsze dla podmiotu publicznego niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego lub arbitrażowego. Na podmiocie publicznym będzie spoczywał obowiązek uwzględnienia okoliczności danej sprawy, zasadności

spornych roszczeń (np. w drodze analizy orzecznictwa) i prawdopodobieństwa ich zaspokojenia, a także przewidywanego czasu trwania oraz kosztów postępowania. Ocena powinna zostać sporządzona na piśmie dla celów dowodowych. Wydaje się, że właściwą formą oceny byłaby opinia prawna uzupełniona o odpowiednie analizy techniczne i ekonomiczne spornych roszczeń, przy czym jej zakres powinien być każdorazowo uzależniony od przedmiotu sporu. Co istotne, zmiany dotyczą ugód zarówno sądowych jak i pozasądowych, niezależnie od stanu zaawansowania sporu (zarówno przed wszczęciem postępowania, jak i w jego trakcie). Ugoda może okazać się dla podmiotów publicznych rozwiązaniem znacznie szybszym i bardziej efektywnym, niż kilkuletni spór sądowy zakończony choćby częściową przegraną.



Weronika Sawik

Associate w Praktyce Infrastruktury i Energetyki w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka sp. k.



Kamil Pocięcha

Associate w Praktyce Infrastruktury i Energetyki w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka sp. k.

SAS SERWIS
ADMINISTRACYJNO
SAMORZĄDOWY

**TO DODATKOWY RADCA
PRAWNY DLA URZĘDU!**

**Bezpłatne porady przez cały rok
w ramach prenumeraty!**

www.doradcasamorzadu.pl

