

Oczekiwania zamawiającego w stosunku do wykonawcy dotyczące waloryzacji umowy, związanej z działaniem siły wyższej

„Czego chcesz od nas zamawiający za twój hojny dar waloryzacji oraz prolongaty terminu w związku z działaniem siły wyższej?”

– to pytanie najczęściej zadawane przez wykonawców inwestorom publicznym, którzy opornie podchodzą do waloryzacji umowy o roboty budowlane oraz do prolongaty terminu w związku z działaniem siły wyższej (obecnie: konfliktu zbrojnego na Ukrainie).

ALDONA PAJOR

Owaloryzację i prolongatę terminu występują obecnie podmioty branży budowlanej, które stanęły w obliczu kolosalnego wzrostu kosztów inwestycji, przestoju w robotach z powodu niedoboru materiałów

i surowców, przerwy w ich dostawach, konieczności poszukiwania rozwiązań alternatywnych, przemodelowania procesu budowy, itd.

Praktyka pokazuje, że inwestorzy niechętnie wychodzą naprzeciw wykonawcom, co skutkuje brakiem uwzględnienia ich roszczenia o waloryzację czy przedłużenie terminu, bądź propozycją postępowania polubownego przed Prokuratorią Generalną Rzeczypospolitej Polskiej. Są to rozwiązania niepewne co do samego skutku i zakresu ewentualnego uwzględnienia roszczenia wykonawcy. Podstaw takiego podejścia inwestorów może być niezwykle dużo i o różnym podłożu.



ALDONA PAJOR
Radca prawny w Kancelarii Adwokackiej Agnieszka ZABOROWSKA. Doradca podmiotom prywatnym i publicznym na wszystkich etapach postępowania i realizacji zamówień publicznych.

PODSTAWA PRAWNA

Niezwykle istotne jest, że zamawiający mają jak na dłoni podstawy prawne do tego, aby zwaloryzować wynagrodzenie wykonawcy, czy też wydłużyć czas potrzebny na ukończenie inwestycji.

Prawo zamówień publicznych z 2004 r. (art. 144 ust. 1 pkt 3) stanowi, iż „zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności [...] zostały spełnione łącznie następujące warunki: a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej”.

Aktualnie obowiązująca ustawa (art. 455 ust. 1 pkt 4) mówi, iż „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.”

STANOWISKO UZP, PROKURATORII GENERALNEJ I ORZECZNICTWA

Potwierdzeniem możliwości wykorzystania tych instrumentów prawnych w dobie konfliktu zbrojnego (jako zjawiska noszącego znamiona siły wyższej) są dwie podstawowe opinie: Urzędu Zamówień Publicznych i Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej.

Pierwsza z nich nosi tytuł „Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2

ustawy Pzp”, druga – „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia) – podstawowe zagadnienia”. Potwierdzają one w swojej treści wprost, że konflikt zbrojny jest siłą wyższą, w oparciu o którą możliwe są zmiany umowy o zamówienie publiczne.

Przykładowo, pierwsza z nich, w swojej treści wskazuje: „Doświadczamy obecnie zjawiska zmieniających się warunków realizacji umów w sprawie zamówień publicznych, wywołanego czynnikami zewnętrznymi, m.in. konfliktem zbrojnym w Ukrainie. Za uważalne i problematyczne z punktu widzenia realizacji kontraktów są rynkowe konsekwencje tych zdarzeń, np. wzrost cen materiałów i kosztów pracowniczych, przerwanie łańcucha dostaw, ograniczenia w dostępności produktów i materiałów, czy też wyjazd z Polski pracowników, będących obywatelami Ukrainy. (...) „W kontekście powyższych wskazówek interpretacyjnych uznać należy, 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.”

Konflikt zbrojny jest siłą wyższą, również tą zdefiniowaną w orzecznictwie, np. Sąd Apelacyjny w Lublinie, w wyroku z dnia 19 listopada 2019 r.¹ podkreślił: „Za siłę wyższą jest uznawane wyłącznie zdarzenie charakteryzujące się trzema następującymi cechami: zewnętrżnością, niemożliwością jego przewidzenia oraz niemożliwością zapobieżenia jego skutkom. Zdarzenie jest zewnętrzne wówczas, gdy następuje poza strukturą przedsiębiorstwa. Niemożliwość przewidzenia, że dane zdarzenie nastąpi, należy pojmować jako jego nadzwyczajność i nagłość. Niemożliwość zapobieżenia skutkom zdarzenia jest tłumaczona jako jego przemożność, a więc niezdolność do odparcia nadchodzącego niebezpieczeństwa. Za przejawy siły wyższej uznaje się katastrofalne zjawiska wywołane działaniem sił natury, np. powodzie, huragany, trzęsienia ziemi, pożary lasów. Jako siłę wyższą traktuje się także akty władzy publicznej oraz zjawiska społeczne lub polityczne o skali katastrofalnej.”

¹ Sygn. akt III APa 15/19.

Sąd Najwyższy, w wyroku z dnia 13 maja 2021 r.², potwierdza powyższe rozumienie siły wyższej: „Za siłą wyższą uważa się jedynie zdarzenia zewnętrzne w stosunku do uprawnionego, a zarazem nadzwyczajne i w konsekwencji nieuchronne oraz w danym układzie stosunków niemożliwe do przewidzenia, czyli o „przemiennej” mocy oddziaływania, przed którego skutkami nie było żadnej obrony [...] Jej źródłem mogą być – w określonych uwarunkowaniach politycznych – akty władzy publicznej (*vis imperii*), przybierające postać zarówno aktów normatywnych, jak i rozstrzygnięć indywidualnych (decyzje administracyjne, orzeczenia sądu) bądź też działań faktycznych (...).”

STANOWISKO ZAMAWIAJĄCYCH

Zamawiający nie boją się w procesie realizacji inwestycji o podstawy formalnoprawne swoich decyzji, ponieważ takie podstawy istnieją, a więc w tym zakresie nie narażają się na potencjalne zarzuty podmiotów kontrolujących. Główną przeszkodą decyzyjną ze strony inwestora jest wykazanie wpływu siły wyższej na ten konkretny kontrakt i roboty w ramach niego wykonywane – to zaś ciąży już na wykonawcy.

Prokuratoria Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej w przywołanej opinii wskazała na następujący kierunek działań zamawiających: „Skala okoliczności uzasadniających zmianę umowy i typowość ich wpływu na kontrakty danego rodzaju (np. łańcuch dostaw, ceny surowców) może powodować, że nie zaistnieje konieczność szczegółowego badania, czy wnioski prawdziwe dla wielu przypadków (kontraktów) będą prawdziwe dla rozpatrywanego przypadku, o takich samych cechach. Gdy mamy do czynienia ze zjawiskami o szerokim zasięgu oddziaływania, które ewidentnie i w sposób typowy wpływają na procesy gospodarcze, nie jest konieczne przeprowadzenie oddzielnej, indywidualnej analizy wystąpienia przesłanek uzasadniających waloryzację dla poszczególnych kontraktów.”

Prokuratoria stanęła więc na stanowisku, iż w przypadku takich zdarzeń jakie obecnie mają miejsce (siła wyższa – konflikt zbrojny), mających charakter

nie tylko krajowy, ale i międzynarodowy, zamawiający podejmując decyzje w przedmiocie waloryzacji czy prolongaty terminu powinni opierać się na informacjach ogólnie dostępnych i powszechnie wiadomych, bez uprzedniej konieczności szczegółowego badania dowodów wykonawcy w tym zakresie.

Praktyka jednak absolutnie nie przejęła takiego toku myślenia, jaki zaproponowała Prokuratoria.

Z punktu widzenia konfliktu zbrojnego, jako siły wyższej, wykonawcy powinni pamiętać, że nie tylko Prawo zamówień publicznych czy wskazane wyżej opinie dają im podstawy do waloryzacji. Nie ma żadnych przeszkód, aby strony, jeszcze na etapie udzielenia zamówienia, wprowadziły do umowy treść art. 357¹ Kc (*rebus sic stantibus*). Pozwala on na zmianę sposobu wykonania zobowiązania, zmianę wysokości wynagrodzenia czy nawet na rozwiązanie stosunku prawnego pomiędzy stronami, kiedy z powodu nadzwyczajnej zmiany okoliczności, której strony umowy nie przewidywały przy jej zawarciu, wykonanie umowy byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata.

Na takiej samej zasadzie strony mogą wprowadzić do umowy postanowienia odzwierciedlające treść art. 632 § 2 Kc – zmiana stosunków, której nie można było przewidzieć. Wówczas, wskazane przepisy mogą stać się podstawą waloryzacji kontraktu, w związku z wystąpieniem siły wyższej w postaci konfliktu zbrojnego, który wpisuje się w ich dyspozycję.

WPŁYW SIŁY WYŻSZEJ NA REALIZACJĘ KONTRAKTU

Co jednak najbardziej istotne, inwestorzy żądają przedłożenia przez wykonawców dowodów potwierdzających realny wpływ siły wyższej (tu: przerwy w dostawie materiałów, produkcji, braków surowców, pracowniczych) na realizowaną przez nich umowę, w szczególności z uwzględnieniem stanu zaawansowania robót na moment wystąpienia siły wyższej.

² Sygn. akt V CSKP 83/21.

Zadanie to wymaga podjęcia bardzo żmudnej i drobiazgowej pracy, polegającej na zebraniu szeregu dokumentów, które w dużej części należy pozyskać również od podmiotów trzecich – ale jak się okazuje niezbędnej by w ogóle doszło do rozpoczęcia jakichkolwiek negocjacji między uczestnikami procesu inwestycyjnego.

Powstaje więc pytanie, jakie dokumenty zagwarantują wykonawcy podjęcie rozmów z inwestorem oraz uwzględnienie jego roszczenia chociażby w części. Wykonawcy nie znajdują na to gotowej odpowiedzi, bowiem wszystko zależy od konkretnego stanu faktycznego.

Na podstawie przeprowadzonych dotychczas procesów roszczeniowych o waloryzację i prolongatę terminu, można jednak zbudować bazę przykładowych dowodów, które mieszczą się w pojęciu „właściwych dokumentów” dla inwestorów służących wykazaniu wpływu siły wyższej na kontrakt. W zakresie roszczenia o prolongatę terminu, wykonawcy mogą przedłożyć:

1. Oświadczenia podwykonawców o opóźnieniach w dostawie materiałów, surowców lub świadczeniu określonych usług;
2. Oświadczenia producentów o przerwach w produkcji materiałów, surowców lub w świadczeniu określonych usług;
3. Oświadczenia producentów o niedostępności określonych materiałów, surowców lub usług;
4. Oświadczenia producentów potwierdzające, że określone materiały pochodziły z, były transportowane przez Rosję, Białoruś lub Ukrainę;
5. Oświadczenie producentów i/lub podwykonawców czy w wyniku wojny możliwe było zamawianie materiałów z wyprzedzeniem;
6. Oświadczenie samego wykonawcy, jaki procent jego personelu stanowią pracownicy posiadający obywatelstwo ukraińskie, ilu pracowników wyjechało w związku z wojną, ilu wróciło, ile zajęło pozyskanie nowych pracowników;
7. Oświadczenie samego wykonawcy o konieczności wypracowania w ramach procesu budowy alternatywnych rozwiązań w związku z niedostępnością / opóźnieniem / przerwami w dostawie materiałów / surowców / usług ze wskazaniem, jakie to były rozwiązania.
8. Oświadczenie samego wykonawcy o wstrzymaniu określonych robót lub o konieczności przemodelowania procesu wykonania robót w ramach procesu budowy w związku z niedostępnością / opóźnieniem / przerwami w dostawie materiałów / surowców / usług;
9. Przełożenie ilości opóźnienia na wykres (np. wykazanie opóźnienia na ścieżce krytycznej);
10. Oświadczenie samego wykonawcy o konieczności dłuższego zakontraktowania podwykonawców, dostawców, usługodawców w związku z wojną (opóźnieniami w dostawach, przerwami produkcji itd.);
11. Porównanie harmonogramu terminowego robót przed wojną i po wojnie;
12. Druki ze stron internetowych firm, z usług których korzystał wykonawca (istotne z punktu widzenia realizacji umowy), jak też ze stron internetowych pokazujących analizy rynku, potwierdzające wstrzymanie produkcji, przerwy w produkcji, itp.;
13. Wnioski podwykonawców o przedłużeniu terminu realizacji robót.

W zakresie roszczenia o prolongatę terminu wykonawcy zobowiązani są dodatkowo w piśmie będącym nośnikiem roszczenia, opisać konkretne okoliczności, które zaistniały w ramach konkretnej umowy w wyniku działania siły wyższej, a które powodowały wydłużenie terminu jej realizacji. Mogą też przedłożyć:

1. Wnioski podwykonawców o zwiększenie wynagrodzenia;
2. Oświadczenia producentów o podwyżkach materiałów, usług, surowców istotnych z punktu widzenia realizacji umowy;
3. Wydruki ze stron internetowych o podwyżkach materiałów, usług, surowców istotnych z punktu widzenia realizacji umowy;
4. Wyliczenie kosztów (tabelaryczne, Excel, Word) alternatywnych rozwiązań, jakie wykonawca musiał wypracować w związku z niedostępnością / opóźnieniem / przerwami w dostawie materiałów / surowców / usług;
5. Wyliczenie kosztów (tabelaryczne, Excel, Word) dłuższego zakontraktowania podwykonawców, itd.;
6. Dowody zapłaty wyliczonych kosztów, np. faktury VAT wraz z potwierdzeniem ich zapłaty.

W zakresie roszczenia waloryzacyjnego, wykonawcy zobowiązani są dodatkowo w piśmie będącym nośnikiem roszczenia, opisać konkretne okoliczności, które zaistniały w ramach konkretnej umowy w wyniku działania siły wyższej, a które powodowały wzrost kosztów jej realizacji.

Doświadczenie pokazuje, że bez przedłożenia właściwej dokumentacji, chociażby w minimalnym zakresie, wykonawca nie ruszy do przodu, a powoływanie się w odniesieniu do siły wyższej na podstawy prawne, pomimo, iż są solidne i niekwestionowalne, nie przyniesie zamierzonego skutku.

Szanowni Czytelnicy!

Informujemy o możliwości zakupu archiwalnych numerów miesięcznika „Zamówienia Publiczne Doradca” po preferencyjnych cenach.

Każde wydanie miesięcznika jeszcze długo po jego ukazaniu się zawiera informacje nie ulegające dezaktualizacji, pomocne w codziennej pracy zamawiających i wykonawców działających w ramach zamówień publicznych. Zapraszamy zatem do składania zamówień na numery archiwalne.

Spis roczników oraz ceny poszczególnych wydań dostępne są na stronie www.zamowieniapublicznedoradca.pl/archiwum

Zamówienia na archiwalne wydania miesięcznika „Zamówienia Publiczne Doradca” przyjmujemy pod nr tel.: **22 610 10 99** oraz adresem e-mail: wydawnictwo@publicus.pl lub za pośrednictwem formularza zamieszczonego na stronie www.zamowieniapublicznedoradca.pl

Koszty wysyłki numerów archiwalnych pokrywa Zamawiający, zgodnie z cennikiem Poczty Polskiej. Wysyłka jest realizowana po otrzymaniu przez Wydawcę zamówienia i zaksięgowaniu wpłaty.

