

Rozliczenie dodatkowych kosztów realizacji inwestycji energetycznej

– podwyższenie umówionego wynagrodzenia

Realizacja inwestycji energetycznej to proces niezwykle skomplikowany i obciążony dużym ryzykiem finansowym. W praktyce, pomimo skrupulatnego i szczegółowego opracowania zarówno dokumentacji projektowej, jak i przygotowanej na jej podstawie oferty, wykonawca niejednokrotnie ponosi znaczne koszty realizacji inwestycji, które nie zostały przewidziane na etapie ofertowania, wynikające m.in. z konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych, realizacji kontraktu w czasie przedłużonym czy wzrostu cen materiałów budowlanych. W takiej sytuacji naturalnym staje się pytanie, czy, a jeśli tak to na jakiej podstawie prawnej, wykonawca może domagać się dodatkowej płatności od zamawiającego, w tym czy możliwe jest podwyższenie umówionego przez strony wynagrodzenia?

Zawarcie aneksu przyznającego dodatkową płatność

Najszybszym oraz najbardziej pożądanym przez wykonawców sposobem uzyskania płatności pozwalającej na zrekompensowanie dodatkowych kosztów realizacji inwestycji nieujętych w kalkulacji wynagrodzenia jest zawarcie aneksu do umowy przyznającego wykonawcy prawo do wynagrodzenia dodatkowego.

Co do zasady, w przypadku umowy zawartej poza reżimem ustawy Prawo Zamówień Publicznych¹ zawarcie aneksu finansowego podwyższającego wynagrodzenie wykonawcy w związku z wykonaniem robót dodatkowych lub zamiennych czy przedłużoną realizacją kontraktu jest możliwe zawsze, na zasadzie porozumienia stron. W przypadku umowy zawartej w reżimie przepisów PZP, zmiana umowy w zakresie należnego wykonawcy wynagrodzenia jest dopuszczalna jedynie wówczas, gdy umowa zawarta przez strony przewiduje takie

¹ Ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019; „PZP”);

rozwiązanie albo – w braku takiego postanowienia umownego – jeżeli zostały spełnione warunki szczegółowo określone w art. 454 i 455 PZP.

Umowa zawarta przez strony może wprost określać zasady rozliczenia dodatkowych kosztów realizacji kontraktu. W szczególności, umowa może wskazywać, w jaki sposób ma zostać skalkulowane wynagrodzenie dodatkowe z tytułu wykonania robót dodatkowych i zamiennych, poniesionych kosztów bezpośrednich i pośrednich realizacji umowy w czasie przedłużonym czy kosztów związanych ze zmianą cen materiałów budowlanych.

Analiza postanowień wzorców umów o roboty budowlane zawieranych przez zamawiających publicznych z sektora energetycznego wskazuje, że częstą praktyką jest rozliczenie wykonanych robót dodatkowych i zamiennych w oparciu o zaakceptowaną przez zamawiającego wycenę sporządzoną przez wykonawcę na takich samych podstawach cenotwórczych, jakie zostały zastosowane przez wykonawcę do opracowania kosztorysu dla wynagrodzenia podstawowego. W zakresie sposobu rozliczeń zwiększonych kosztów realizacji inwestycji energetycznej spowodowanych wzrostem cen produkcji budowlanej, takich jak materiały, sprzęt i robocizna, często stosowanym rozwiązaniem jest ich rozliczenie według rzeczywistej różnicy pomiędzy kosztem zakładanym według oferty a kosztem rzeczywiście poniesionym, wyliczonej w oparciu o ceny aktualne na dzień dokonywania odbioru prac. Jednakże, stosowane klauzule waloryzacyjne zazwyczaj przewidują, że wynagrodzenie wykonawcy będzie podlegało zwiększeniu z powodu wzrostu cen czynników produkcji budowlanej jedynie w pewnych ściśle określonych przypadkach oraz w ograniczonym zakresie. Wśród przykładów takich postanowień umownych można wskazać regulację, w myśl której wynagrodzenie wykonawcy będzie korygowane dla oddania wzrostu cen surowców, jednak jedynie wówczas, gdy wzrost ten wyniesie minimum określony % w porównaniu do cen z dnia złożenia oferty, a także regulację wprowadzającą maksymalny dopuszczalny limit umownej waloryzacji do określonego % wynagrodzenia². W większości przypadków limit ten pozwala jedynie na częściowe zrekompensowanie rzeczywistych zwiększonych kosztów realizacji inwestycji powstałych z ww. przyczyny i nie jest wystarczający do pokrycia realnej straty po stronie wykonawcy. Co do zasady jednak, zamieszczenie w umowie przedmiotowego postanowienia nie stanowi przeszkody do dochodzenia dalszych – rzeczywistych – zwiększonych kosztów realizacji inwestycji spowodowanych

² Por. np. wybrane wzory umów o roboty budowlane stosowane w zakresie inwestycji energetycznych opublikowane przez zamawiającego PGE Dystrybucja S.A., dostępne pod adresem www.pgedystrybucja.pl/przetargi);

wzrostem cen produkcji budowlanej na drodze postępowania sądowego zainicjowanego powództwem opartym o niżej opisane klauzule *rebus sic stantibus*.

Zawarta przez strony umowa może także przewidywać tzw. procedurę notyfikacyjną, tj. szczegółowe zasady zgłoszenia roszczenia finansowego wobec zamawiającego, których niedochowanie przez wykonawcę może skutkować utratą prawa do zawarcia aneksu. Najczęściej stosowanym elementem takiej procedury jest konieczność poinformowania zamawiającego o powstaniu podstawy do dodatkowej płatności w określonym – zazwyczaj krótkim – terminie od jej wystąpienia.

Chcąc więc doprowadzić do zawarcia aneksu finansowego, a tym samym uniknąć konieczności dochodzenia zapłaty na drodze postępowania sądowego, wykonawca powinien od razu po wystąpieniu okoliczności, które w jego ocenie mogą go uprawniać do dodatkowego wynagrodzenia, zweryfikować postanowienia umowy pod kątem dopuszczalności i zasad zawarcia aneksu podwyższającego należne mu wynagrodzenie oraz zawczasu zadbać o ich przestrzeganie i udokumentowanie faktu wykonania wszelkich wymaganych w tym zakresie czynności.

Pozaumowne podstawy podwyższenia wynagrodzenia

Nawet jeżeli zawarcie aneksu finansowego przyznającego wykonawcy prawo do dodatkowej płatności okaże się niemożliwe - np. z powodu niespełnienia się przesłanek umownych umożliwiających jego zawarcie lub ze względu na brak porozumienia stron, w pewnych sytuacjach wykonawca będzie uprawniony do żądania podwyższenia wynagrodzenia w oparciu o podstawy ustawowe, określone w art. 630 i art. 632 § 2³ oraz 357¹ ustawy Kodeks Cywilny⁴.

Jeżeli strony uregulowały wynagrodzenie należne wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu umowy jako wynagrodzenie kosztorysowe, tj. takie, którego ostateczna wartość jest wyliczona obmiarowo, po wykonaniu prac objętych umową, podstawę prawną roszczenia wykonawcy o podwyższenie należnego mu wynagrodzenia może stanowić art. 630 KC. Przepis ten znajduje zastosowanie

³ Por. uchwała SN z 29.09.2009 r., sygn. akt III CZP 41/09, w której Sąd Najwyższy orzekł, że „Przepisy art. 629 i 632 § 2 KC mogą mieć zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane.”

⁴ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2020 poz. 1740; dalej „**KC**”);

do rozliczenia kosztów wykonania robót dodatkowych, nieobjętych zakresem umowy łączącej strony.

Zgodnie z ww. przepisem, warunkiem podwyższenia uzgodnionego przez strony wynagrodzenia kosztorysowego z tytułu realizacji prac dodatkowych jest wyrażenie zgody na ich wykonanie przez zamawiającego. Zgoda ta może być wyrażona w jakiegokolwiek formie, także dorozumianej⁵, przy czym na potrzeby sporu z zamawiającym, dla celów dowodowych należy zadbać o to, by zgoda ta była wyrażona w formie pisemnej lub przynajmniej dokumentowej. Dodatkowo, jeżeli zestawienie prac koniecznych do wykonania celem realizacji inwestycji zostało sporządzone przez wykonawcę, podwyższenie wynagrodzenia kosztorysowego będzie możliwe jedynie wówczas, gdy mimo zachowania należytej staranności, wykonawca nie mógł przewidzieć konieczności wykonania prac dodatkowych. Oceniając, czy wykonawca dochował należytej staranności przygotowując ww. zestawienie, sądy stosują wysoki miernik staranności. W tym kontekście szczególnie istotne znaczenie może mieć to, czy wykonawca – powziawszy wątpliwość czy dane prace wchodzą w zakres przedmiotu umowy, czy też nie – podjął działania zmierzające do wyjaśnienia tej wątpliwości, w szczególności poprzez zadanie zamawiającemu odpowiednich pytań, mających na celu sprecyzowanie katalogu robót niezbędnych do realizacji inwestycji⁶. Istnieje bowiem ryzyko, że w przypadku sporu sądowego z zamawiającym, niepodjęcie takich działań przez wykonawcę może zostać potraktowane przez sąd jako przejaw braku należytej staranności w przygotowaniu zestawienia prac, a w konsekwencji może skutkować oddaleniem powództwa wykonawcy o podwyższenie wynagrodzenia umownego należnego mu w związku z wykonaniem prac dodatkowych.

Jeżeli wynagrodzenie należne wykonawcy z tytułu realizacji inwestycji zostało uregulowane jako wynagrodzenie ryczałtowe, tj. takie, którego wysokość z założenia obejmuje wszystkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy, jego podwyższenie jest możliwe pod warunkiem spełnienia przesłanek określonych w klauzuli *rebus sic stantibus* zawartej w art. 632 § 2 KC. Zgodnie z ww. przepisem, sąd może podwyższyć ryczałt wówczas, gdy skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie przedmiotu umowy groziłoby wykonawcy rażącą stratą. O groźbie rażącej straty można mówić wówczas, gdy strata ta ma charakter ponadprzeciętny, nieobjęty zwykłym ryzykiem gospodarczym i prowadzi do zniweczenia pierwotnych kalkulacji wykonawcy w zakresie kosztów realizacji inwestycji, wyliczonych na etapie ofertowania. Dla uznania, że wykonawcy grozi rażąca strata w związku z wykonywaniem kontraktu nie wystarczy utrata planowanego zysku – konieczne

⁵ Por. P. Drapała, [w:] J. Gudowski, *Komentarz KC, ks. 3, cz. 2, 2013*, s. 238;

⁶ Por. wyrok SA w Gdańsku z 9.02.2017, sygn. akt I ACa 511/16;

jest zaistnienie takiej sytuacji, gdy koszty związane z realizacją inwestycji podważają zasadność ustalonego przez strony wynagrodzenia. Nie musi być to natomiast strata, która zachwiałyby kondycją finansową wykonawcy bądź groziła mu upadłością⁷. W orzecznictwie za rażącą stratę uznano np. wzrost podatku VAT o 15% w 2004 r.⁸, wzrost cen stali o 70-90% w latach 2001-2003⁹ oraz wzrost cen asfaltu o 80-100% w latach 2009-2012¹⁰.

Niezależnie od rodzaju umówionego wynagrodzenia, wykonawca może również żądać sądowego podwyższenia wynagrodzenia w oparciu o klauzulę *rebus sic stantibus*, uregulowaną w art. 357¹ KC, stosowaną wówczas, gdy z powodu zmiany stosunków o charakterze nadzwyczajnym, której nie można było przewidzieć, dalsze wykonywanie umowy na warunkach finansowych ustalonych przez strony groziłoby mu rażącą stratą. Omawiana regulacja znajdzie zastosowanie jedynie w przypadku, gdy zmiana stosunków, która doprowadziła do wzrostu kosztów realizacji kontraktu, była nadzwyczajna, tj. miała charakter powszechny i trwały¹¹ oraz wykraczała poza normalne ryzyko kontraktowe, z którym należy się liczyć przy zawieraniu umów danego rodzaju¹².

W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów powszechnych wydanego na gruncie klauzul *rebus sic stantibus*, przepisy art. 632 § 2 i art. 357¹ KC stanowią narzędzie pozwalające wykonawcy uzyskać rekompensatę w związku z wystąpieniem nieprzewidzianych zdarzeń, takich jak wzrost cen materiałów na rynku budowlanym czy wprowadzenie dodatkowych obciążeń publicznoprawnych¹³ i co do zasady nie służą rozliczeniu kosztów poniesionych przez wykonawcę w związku z wykonaniem robót dodatkowych lub zamiennych, czy kosztów przedłużenia.

Powyższe przepisy mają charakter dyspozytywny – na podstawie zgodnej woli stron umowy ich zastosowanie może zostać zmienione lub wyłączone, choć dla swej skuteczności, wszelkie modyfikacje i wyłączenia ww. przepisów muszą zostać dokonane w sposób wyraźny i jednoznaczny. Wobec tego, zanim wykonawca powoła się na którąkolwiek z powyższych regulacji, powinien sprawdzić, czy zawarta przez niego umowa nie modyfikuje lub nie wyłącza jej zastosowania.

Ponadto, uprawnienie wynikające z art. 357¹ oraz art. 632 § 2 KC ma charakter roszczenia procesowego o zmianę umowy, co oznacza, że wygasa z chwilą

⁷ Por. wyrok SN z 09.08.2012 r., sygn. akt V CSK 366/11;

⁸ Por. wyrok SN z 17.01.2008 r., sygn. akt III CSK 202/07;

⁹ Por. wyrok SA w Białymstoku z 8.11.2007 r., sygn. akt I ACa 461/07;

¹⁰ Por. wyrok SA w Warszawie z 6.11.2017 r., sygn. akt VI ACa 1462/13;

¹¹ Por. wyrok SN z 13.01.2016 r., sygn. akt V CSK 277/15;

¹² Por. wyrok SN z 9.12.2015 r., sygn. akt III CK 305/05;

¹³ Por. wyrok SN z 17.01.2008 r., sygn. akt III CSK 202/07; wyrok SA w Warszawie z 6.11.2017 r., sygn. akt VI ACa 1462/13;

całkowitego wykonania zobowiązania. Rekomendowanym jest zatem wystąpienie na drogę sądową z powództwem opartym o klauzule *rebus sic stantibus* przed wypłatą ostatniej części wynagrodzenia, a najlepiej przed spełnieniem własnego świadczenia przez wykonawcę.

Obowiązkowe dokumentowanie stanu faktycznego

Niezależnie od tego, na której z ww. podstaw prawnych wykonawca oprze swe roszczenie o podwyższenie należnego mu wynagrodzenia, kluczowe znaczenie ma prawidłowe dokumentowanie przez wykonawcę zdarzeń, które stanowią podstawę żądania dodatkowej płatności od zamawiającego. Jak bowiem wynika z art. 458² § 1 pkt 5) ustawy Kodeks postępowania cywilnego¹⁴, postępowanie sądowe w zakresie dochodzenia roszczeń wynikających z umowy o roboty budowlane jest postępowaniem gospodarczym. Przepis art. 458¹¹ KPC stosowany w postępowaniu gospodarczym wprowadza natomiast prymat dowodu z dokumentu, tj. zasadę, w myśl której czynności strony, z którą prawo łączy nabycie, utratę lub zmianę uprawnienia w zakresie danego stosunku prawnego może być wykazana tylko dokumentem, o którym mowa w art. 77³ KC, chyba że strona wykaże, że nie mogła przedstawić dokumentu z przyczyn od niej niezależnych. Na podstawie art. 77³ KC, przez dokument należy rozumieć nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią – tym samym za dokument w rozumieniu ww. przepisu można uznać m.in. pismo, e-mail czy wiadomość sms.

Ponadto, warto podkreślić, że zgromadzenie kompletnego materiału dowodowego nie tylko zwiększy szansę na uzyskanie wyroku zasądającego dodatkową zapłatę na rzecz wykonawcy, lecz również może skłonić zamawiającego – także publicznego – do zawarcia ugody. Należy bowiem pamiętać, że art. 54a ustawy o finansach publicznych¹⁵ wprost przewiduje, że jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej w przypadku dokonania oceny, że skutki ugody są bardziej korzystne dla tej jednostki lub Skarbu Państwa niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego.

Nawet gdy poniesienie dodatkowych kosztów realizacji inwestycji nie uzasadnia żądania wykonawcy o podwyższenie należnego mu wynagrodzenia, nie wyklucza to możliwości dochodzenia przez wykonawcę dodatkowej płatności w związku z poniesieniem zwiększonych kosztów realizacji inwestycji w oparciu o przepisy dotyczące roszczeń odszkodowawczych (art. 471 i nast. KC), względnie przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 i nast. KC). Powyższe podstawy prawne zostaną omówione w kolejnych artykułach dotyczących rozliczenia dodatkowych kosztów realizacji inwestycji energetycznej.

¹⁴ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1575; dalej „KPC”);

¹⁵ Ustawa z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 305).

Kontakt :

W przypadku dodatkowych pytań zachęcamy do bezpośredniego kontaktu z naszymi ekspertami.



Andrzej Sokołowski

Radca Prawny

Partner

andrzej.sokolowski@jdp-law.pl



Magdalena Nasiłowska

Radca Prawny

Associate

magdalena.nasilowska@jdp-law.pl

Wszelkie informacje zawarte w niniejszym newsletterze są dostępne nieodpłatnie. Publikacja nie ma charakteru reklamowego i służy wyłącznie celom informacyjnym. Żadnej z informacji zawartych w niniejszym materiale nie należy traktować jako porady prawnej ani ofert handlowej, w tym w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. JDP DRAPAŁA & PARTNERS Sp. j. niniejszym wyłącza swoją odpowiedzialność tytułem jakichkolwiek roszczeń, strat, żądań lub szkód wynikających lub związanych z korzystaniem z informacji, treści lub materiałów zawartych w newsletterze.