

## Sytuacja wykonawców inwestycji energetycznych w związku ze wzrostem cen i utrudnionym dostępem do materiałów budowlanych

### Spis treści

- I. Wstęp
- II. Wzrost cen
- III. Możliwe działania wykonawcy inwestycji energetycznych
  1. Roszczenia o podwyższenie należnego wynagrodzenia na podstawie art. 357<sup>1</sup> lub art. 632 § 2 k.c.
  2. Przesłanki zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*
  3. Zakres modyfikacji umowy przez sąd
  4. *Rebus sic stantibus* jako podstawa ugody/aneksu przy realizacji inwestycji energetycznej
  5. Brak materiałów jako siła wyższa w inwestycjach energetycznych
- IV. Roszczenie odszkodowawcze
  1. Przesłanki roszczenia odszkodowawczego
- V. Podwyższenie ceny kontraktowej na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3) pzp, względnie art. 15r ust. 4 ustawy covidowej
- VI. Obrona wykonawcy przed ewentualnymi karami umownymi nałożonymi za (wynikłe z ww. okoliczności) brak zrealizowania/nieterminowe zrealizowanie danej umowy
- VII. Podsumowanie

### Streszczenie

Wzrost cen energii, paliwa, surowców do produkcji, a także rosnąca inflacja, dysproporcja między rosnącym popytem i niewystarczającą podażą oraz koszty związane z transformacją klimatyczną powodują znaczny wzrost cen materiałów budowlanych niezbędnych dla realizacji inwestycji energetycznych. Występujące poważne zaburzenia w łańcuchu dostaw wywierają istotny wpływ, również na dostępność materiałów, co może przyczynić się do dalszych wzrostów cen.

W związku z występującymi problemami związanymi ze wzrostem cen oraz ograniczoną dostępnością materiałów budowlanych wykonawcy inwestycji energetycznych stają przed dylematem czy kontynuować realizację nierentownej umowy, narażając się na poniesienie straty, czy zdecydować się na zaprzestanie jej realizacji, przyjmując ryzyko związanych z tym konsekwencji. Kontynuacja nierentownej umowy rodzi pytanie, czy podejmować próbę doprowadzenia do zmiany

\* Doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego; adres e-mail: [michal.pater@jdp-law.pl](mailto:michal.pater@jdp-law.pl); ORCID <https://orcid.org/0000-0001-6867-3293>.

jej treści w zakresie umożliwiającym zniwelowanie straty, czy też ograniczyć się do dochodzenia roszczeń po zakończeniu umowy na drodze sądowej.

Artykuł ma na celu przedstawienie możliwych ścieżek działania wykonawców inwestycji energetycznych w związku z wydłużeniem czasu realizacji umowy bądź wystąpienia straty na skutek wzrostu cen materiałów budowlanych lub braku dostępności materiałów. Przeanalizowana zostanie kwestia potencjalnej zmiany umowy w zakresie wydłużenia czasu realizacji i/lub podwyższenia wynagrodzenia, a także zagadnienie dochodzenia roszczeń wykonawcy w przypadku braku doprowadzenia do zmiany umowy. Przeanalizowana zostanie również kwestia obrony wykonawcy przed ewentualnymi karami umownymi nałożonymi za (wynikłe z ww. okoliczności) brak zrealizowania/nieterminowe zrealizowanie danej umowy

**Słowa kluczowe:** prawo budowlane; prawo energetyczne; inwestycje energetyczne; wykonawca inwestycji energetycznych; wzrost cen materiałów budowlanych; roszczenia wykonawcy inwestycji budowlanych; *rebus sic statibus*; roszczenie odszkodowawcze; zmiana umowy; podwyższenie wynagrodzenia.

**JEL:** K12, K21, K32, K33

## I. Wstęp

Rosnące ceny energii, paliwa, surowców do produkcji, a także inflacja, dysproporcja między rosnącym popytem i niewystarczającą podażą oraz koszty związane z transformacją klimatyczną powodują znaczny wzrost cen materiałów budowlanych niezbędnych dla realizacji inwestycji energetycznych. W stosunku do cen z grudnia 2020 roku ceny materiałów wzrosły średnio znacznie ponad 20% we wszystkich grupach. Ekspertki zgodnie twierdzą, że pod względem kosztów realizacji inwestycji końcówka 2022 oraz cały rok 2023 nie będzie dla wykonawców łatwiejszy, mimo że w okresie wakacyjnym roku 2022 wzrost cen wyhamował. Występujące poważne zaburzenia w łańcuchu dostaw wywierają istotny wpływ, również na dostępność materiałów, co może przyczynić się do dalszych wzrostów cen. Nie ulega wątpliwości iż wzrost cen materiałów budowlanych stanowi obecnie jedną z głównych barier, które dotyczą działalności firm budowlanych.

W związku z występującymi problemami związanymi ze wzrostem cen oraz ograniczoną dostępnością materiałów budowlanych wykonawcy inwestycji energetycznych muszą podjąć decyzje czy kontynuować realizację nierentownej umowy, narażając się na poniesienie dotkliwej straty, czy być może zdecydować się na zaprzestanie jej realizacji, przyjmując ryzyko związanych z tym konsekwencji. Kontynuacja nierentownej umowy rodzi pytanie, czy podejmować próbę doprowadzenia do zmiany jej treści w zakresie umożliwiającym zniwelowanie straty, czy też być może ograniczyć się do dochodzenia roszczeń po zakończeniu umowy na drodze sądowej, czy też włącznie z nich w ogóle zrezygnować.

Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie możliwych ścieżek działania wykonawców inwestycji energetycznych w związku z wydłużeniem czasu realizacji umowy bądź wystąpienia straty na skutek wzrostu cen materiałów budowlanych lub braku dostępności materiałów. Omówiono

w nim kwestię potencjalnej zmiany umowy w zakresie wydłużenia czasu realizacji i/lub podwyższenia wynagrodzenia. Następnie przedstawiono zagadnienie dochodzenia roszczeń wykonawcy w przypadku braku doprowadzenia do zmiany umowy. Przeanalizowana została również kwestia obrony wykonawcy przed ewentualnymi karami umownymi nałożonymi za (wynikłe z ww. okoliczności) brak zrealizowania/nieterminowe zrealizowanie danej umowy.

## II. Wzrost cen

Biorąc pod uwagę specyfikę inwestycji energetycznych, skalę oraz popularność wykorzystywania określonych surowców, należy wskazać, że ceny w lipcu 2022 r. w porównaniu z lipcem 2021 r. wzrosły średnio o 29%. W analizie rok do roku aktualny jest wzrost cen wszystkich materiałów budowlanych. Poniższe dane ukazują zmiany cen w grupach towarowych wykorzystywanych przy realizacji inwestycji energetycznych (w nawiasie wskazany jest wzrost ceny w czerwcu 2022 r.):

- 1) izolacje termiczne +51% (+62%),
- 2) ściany, kominy +46% (+48%),
- 3) cement, wapno +39% (+34%),
- 4) izolacje wodochronne +37% (+41%),
- 5) dachy, rynny +37% (+43%),
- 6) sucha zabudowa +29% (+38%),
- 7) stolarka budowlana +28% (+25%),
- 8) wykończenia +25% (+30%),
- 9) motoryzacja +24% (+23%),
- 10) instalacje, ogrzewanie +23% (+25%),
- 11) farby, lakiery +23% (+20%),
- 12) chemia budowlana +22% (+21%),
- 13) narzędzia budowlane +21% (+21%),
- 14) oświetlenie, elektryka +18% (+18%),
- 15) płyty OSB +0,02% (+34%)<sup>1</sup>.

Oprócz znaczącego wzrostu cen, istotne znaczenie dla wykonawców ma również zakłócenie w łańcuchu dostaw, skutkujące utrudnioną dostępnością poszczególnych surowców.

## III. Możliwe działania wykonawcy inwestycji energetycznych

W związku ze wzrostem cen materiałów budowlanych oraz powiązaniem z nim wzrostem kosztów realizacji inwestycji energetycznej, a także zmniejszoną dostępnością poszczególnych surowców, wykonawca co do zasady ma kilka możliwości działania:

1. Wykonawca może dążyć do zmiany umowy (podwyższenia wynagrodzenia/wprowadzenia prac zamiennych/wydłużenia czasu realizacji umowy) w oparciu o jej postanowienia.
2. W przypadku braku uzyskania stosownej zmiany umowy, wykonawca może dochodzić roszczenia o podwyższenie należnego mu wynagrodzenia lub przedłużenie czasu realizacji umowy na podstawie art. 3571 lub art. 632 § 2 k.c. bądź roszczenia odszkodowawczego na podstawie art. 471 k.c.

<sup>1</sup> <https://www.muratorplus.pl/biznes/raporty-i-prognozy/wzrost-cen-materialow-budowlanych-wykres-lipiec-2022-kiedy-ceny-zaczna-spadac-aa-BpMb-Zs56-X6ie.html>

3. Również w przypadku braku uzyskania zmiany umowy, Wykonawca może dochodzić podwyższenia także ceny kontraktowej na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3) pzp, względnie art. 15r ust. 4 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<sup>2</sup> (dalej: ustawa covidowa).

Wykonawca może dążyć do zmiany umowy (podwyższenia wynagrodzenia/wprowadzenia prac zamiennych/wydłużenie terminu realizacji) w oparciu o jej postanowienia. Umowy o roboty budowlane, w oparciu o które realizowane są inwestycje energetyczne z reguły zawierają postanowienia przewidujące procedury dotyczące zmiany terminu realizacji umowy lub wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Umowy te przewidują zazwyczaj również okoliczności uzasadniające ww. zmiany umów. W głównej mierze umowy przewidują procedurę wystąpienia wykonawcy z wnioskiem do zamawiającego/inwestora o zmianę umowy w określonym terminie, w przypadku wystąpienia określonych okoliczności. Kompromisowym rozwiązaniem dla stron jest wprowadzenie do umowy adekwatnego mechanizmu waloryzacyjnego, który będzie dostosowywał wynagrodzenie do faktycznych fluktuacji kosztów realizacji umowy. Optymalnym rozwiązaniem jest również wprowadzenie do umowy adekwatnego do bieżącej sytuacji rynkowej (uwzględniającego utrudnioną dostępność materiałów) katalogu okoliczności uzasadniających przedłużenie terminu realizacji umowy. Często okazuje się jednak, że wprowadzane klauzule umowne są mało efektywne, a strony nie dochodzą do porozumienia. Wówczas jak się wydaje – należy szukać rozwiązań w ustawie – na właściwą treść umowy składają się bowiem nie tylko bezpośrednio uzgodnione postanowienia, lecz także normy ustawowe – w szczególności te zawarte w k.c. W tym kontekście wykonawca może skorzystać z klauzuli *rebus sic stantibus* czy roszczenia odszkodowawczego.

### **1. Roszczenia o podwyższenie należnego wynagrodzenia na podstawie art. 3571 lub art. 632 § 2 k.c.**

Roszczenie o podwyższenie wynagrodzenia wynika z ustawy (art. 3571 k.c., art. 632 § 2 k.c., art. 144 ust. 1 pkt. 3 pzp) nie zaś z postanowień umowy. Należy je zatem odróżnić od klauzul waloryzacji umownej (np. subkl. 13.8 FIDIC). Roszczenie to dotyczy zatem zarówno umów zawartych w reżimie zamówienia publicznego, jak i kontraktów z inwestorami prywatnymi.

Wykonawcy inwestycji energetycznej – na podstawie art. 3571 lub art. 632 § 2 k.c., czyli tzw. klauzuli *rebus sic stantibus*, przysługuje ustawowe roszczenie o podwyższenie przez sąd należnej ceny, tj. wynagrodzenia w przypadku kiedy:

- 1) po zawarciu umowy doszło do nadzwyczajnego (nieprzewidywalnego) wzrostu cen materiałów,
- 2) wykonanie umowy powoduje po stronie wykonawcy powstanie „rażącej straty”,
- 3) istnieje związek przyczynowy między powstałą stratą a wzrostem cen.

Omawiane roszczenie dotyczy kontraktów tak kosztorysowych (art. 3571 k.c.), jak i ryczałtowych (art. 632 § 2) i występuje w sytuacji braku możliwości przewidzenia przez strony zmiany cen materiałów w takiej skali w takim okresie. Zastosowanie klauzuli pozostaje w szczególnej relacji z postanowieniami umowy. Ewentualne wyłączenie klauzuli musi być jednoznacznie wskazane w treści umowy. Strony nie są zobowiązane do wprowadzania do umowy żadnych dodatkowych

<sup>2</sup> Ustawa 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 (t.j. Dz. U. 2021, poz. 2095).

klauzul, które dotyczą możliwości zmiany umów poprzez podwyższenie ceny na skutek zaistnienia nadzwyczajnej zmiany stosunków. Stanowisko takie znajduje uznanie w orzecznictwie, a w tonie tym wypowiedział się m.in. Sąd Apelacyjny w Warszawie w orzeczeniu z dnia 29 stycznia 2020 r., sygn. akt VII AGa 462/1, wskazując, że: „Postanowienie umowne „wynagrodzenie nie podlega waloryzacji” nie wyłącza możliwości zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*”. Z kolei w wyroku z dnia 6 listopada 2017 r., sygn. akt VI ACa 1462/13 wskazano, że „W braku więc zgodnych oświadczeń woli w tym przedmiocie, powód może domagać się w tej sprawie oznaczenia przez sąd wysokości należnego mu świadczenia, ze względu na zaistnienie okoliczności wskazanych w ww. przepisie [tj. art. 3571 k.c.]”.

Podmioty mogą dochodzić ww. ustawowego roszczenia bez względu to czy zostały wprowadzone w umowie. Strony mogą dochodzić roszczenia również w sytuacji, w której doszło do usunięcia takich klauzul z warunków ogólnych umowy. Istotnym jest, że ustalenie okresu związania ceną wskazaną w umowie oraz umożliwienie zwaloryzowania ceny po wskazanym okresie nie wyłącza możliwości skorzystania z klauzuli wobec świadczeń częściowych, które zostały już zrealizowane. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego „Ugruntowany został, akceptowany w rozpoznawanej sprawie pogląd, że art. 3571 k.c. nie wyłącza spod swego zakresu stosowania jakiegokolwiek rodzaju umowy” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2011 r., sygn. akt I CSK 727/10).

Wyżej omówione roszczenie obejmować może również żądanie wydłużenia terminu realizacji umowy, chociażby ze względu na utrudnienia w dostępności materiałów spowodowane przerwaniem łańcuchu dostaw, tj. zjawiskiem występującym obecnie na rynku.

## 2. Przesłanki zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*

By klauzula znalazła zastosowanie, dojść musi do nadzwyczajnej zmiany stosunków. Gwałtowny spadek podaży lub popytu i związana z nim zmiana cen – jako wynik zdarzeń o charakterze ekonomicznym – mogą być kwalifikowane jako nadzwyczajna zmiana stosunków. Przykładowo wskazać można, że wzrost cen stali w latach 2001–2003 (około 80%) czy wzrost asfaltu w latach 2009–2012 (około 90%) zostały przez orzecznictwo uznane za nadzwyczajne zmiany stosunków. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Białymstoku: „(...) należy stwierdzić, że zaistnienie nadzwyczajnej zmiany stosunków w postaci gwałtownego wzrostu cen stali (...) upoważniało Sąd Okręgowy do zmiany treści umowy łączącej strony i podwyższenia należnego powódce wynagrodzenia – art. 3571 k.c.” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 8 listopada 2007 r., sygn. akt I ACa 461/07).

Zastosowanie klauzuli wymaga również wystąpienia po stronie uprawnionego podmiotu „rażącej straty”. Strata powinna być ponadprzeciętna, nieobjęta normalnym ryzykiem gospodarczym, prowadząca do zniweczenia pierwotnych kalkulacji strony umowy bądź naruszenia równowagi umownej. „Rażąca strata” powinna być wyższa od straty, której strona mogła i powinna spodziewać się już na etapie kalkulowania oferty. Pojęciem „rażącej straty” określa się zatem stratę mieszczącą się między rzeczywistym wzrostem cen a wzrostem, który można było przewidzieć na etapie kalkulowania oferty. Jak wskazał Sąd Najwyższy, „Nie musi to być strata, która zachwiałaby kondycją finansową wykonawcy bądź groziłaby mu upadłością, wystarczy zwykła rażąca strata transakcyjna” (wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2012 r., sygn. akt V CSK 366/11).

Konstrukcja klauzuli wymaga również zaistnienia związku przyczynowego pomiędzy zmianą stosunków a zagrożeniem powstania „rażącej straty”. Oznacza to, że zmiana cen materiałów będących niezbędnymi dla realizacji danej umowy musi stanowić przyczynę „rażącej straty”, która została doznana przez podmiot w związku z realizacją kontraktu, a także powodować jej rażącą wysokość.

### 3. Zakres modyfikacji umowy przez sąd

Sąd może dokonać modyfikacji umowy w następującym zakresie:

- 1) zmiany wysokości wynagrodzenia przewidzianego w umowie,
- 2) w związku z utrudnioną dostępnością materiałów budowlanych, zmiana umowy polegać może na wydłużeniu terminu realizacji umowy.

Umowa może także zostać przez sąd rozwiązana. Rozwiązanie może być połączone m.in. z rozłożeniem należnego zmienionego wynagrodzenia na raty czy też zmianą waluty, w jakiej ma dokonać się zapłata. Uprawnienie strony wynikające z art. 3571 oraz art. 632 § 2 k.c. ma charakter roszczenia procesowego i jest roszczeniem o zmianę umowy. Wygasa ono z chwilą całkowitego wykonania zobowiązania umownego. Przyjmując powyższą interpretację, strona byłaby uprawniona do skorzystania z instytucji zawartej w art. 3571 lub art. 632 § 2 k.c. do końca trwania rękojmi (gwarancji). Niekiedy gwarancja w orzecznictwie traktowana jest jako swojego rodzaju dodatkowa umowa, co skutkuje tym, że złożenie żądania podwyższenia wynagrodzenia w okresie gwarancji byłoby żądaniem spóźnionym. Zasadnym jest zatem wystąpienie z powództwem na drogę sądową najpóźniej przed wypłatą ostatniej części wynagrodzenia. Rozwiązaniem optymalnym wydaje się wystąpienie z powództwem jeszcze przed spełnieniem własnego świadczenia.

W postępowaniach sądowych pomiędzy przedsiębiorcami prymat przyznaje się dowodom z dokumentów. Jak wynika z treści art. 548 (10) k.p.c., „Dowód z zeznań świadków sąd może dopuścić jedynie wtedy, gdy po wyczerpaniu innych środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy”. Wykonawca powinien zatem wykazać roszczenie za pomocą dowodów z dokumentów (są nimi nie tylko „podpisane” dokumenty, lecz także inne nośniki informacji umożliwiające zapoznanie się z ich treścią – np. korespondencja e-mail). Istotnym jest, by wykonawca w toku realizacji umowy skrupulatnie gromadził dane oraz dokumenty, za pomocą których możliwe będzie odpowiednie wykazanie okoliczności uzasadniających roszczenie. Kluczowe będzie zatem przygotowanie odpowiednich dowodów, które będą przekonujące także dla sądu w zakresie każdego z powyższych roszczeń (w razie odmowy zawarcia aneksu i powstania sporu) – ewentualne zlecenie zewnętrznej opinii eksperckiej (prawnej i/lub technicznej) – w zależności od zawłości roszczenia i trudności wykazania jego podstaw.

### 4. *Rebus sic stantibus* jako podstawa ugody/aneksu przy realizacji inwestycji energetycznej

Art. 3571 oraz art. 632 § 2 k.c. mogą stanowić podstawę do polubownego zakończenia sporu, tj. zawarcia ugody/aneksu do umowy. Członek organu zarządzającego, który wyraża zgodę na zawarcie ugody/aneksu do umowy bez dostatecznego uzasadnienia w przedstawionych argumentach prawnych i dowodach, może ponosić odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną spółce na podstawie art. 293 § 1 lub art. 483 § 1 k.s.h. W ugodach będą uwzględniane kwoty korzystniejsze

dla drugiej strony niż miałyby to miejsce w przypadku postępowania sądowego. Należy dążyć do tego, by w ramach ugody zawarto postanowienie o zrzeczeniu się dalszych roszczeń, np. „ugoda wyczerpuje wszelkie roszczenia inwestora”; „Inwestor zrzeka się wszelkich (dalej idących) roszczeń z tytułu zdarzeń stanowiących podstawę ugody”.

## 5. Brak materiałów jako siła wyższa w inwestycjach energetycznych

W orzecznictwie wskazuje się, że za siłę wyższą uznane zostać może przerwanie łańcucha dostaw na skutek epidemii. Wystąpienie siły wyższej nie stanowi samoistnej podstawy do podwyższenia wynagrodzenia. Zwalnia jednak stronę umowy od odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Może mieć to znaczenie w kontekście kar umownych za opóźnienie w realizacji. Jak wskazuje Sąd Apelacyjny w Lublinie „(...) za siłę wyższą jest uznawane wyłącznie zdarzenie charakteryzujące się trzema następującymi cechami: zewnętrżnością, niemożliwością jego przewidzenia oraz niemożnością zapobieżenia jego skutkom” (Wyrok z dnia z dnia 19 listopada 2019 r., sygn. akt III APa 15/19).

## IV. Roszczenie odszkodowawcze

Wykonawcy na podstawie art. 471 k.c. przysługuje roszczenie odszkodowawcze. Wykonawca może domagać się naprawienia szkody powstałej na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy wskutek okoliczności, za obciążających zamawiającego. Przykładem okoliczności, w których wykonawcy należeć się będzie odszkodowanie może być opóźnianie realizacji prac z winy zamawiającego, przez co wykonawca musi nabywać materiały budowlane później niż gdyby miało to miejsce w przypadku robót prowadzonych planowo. Różnica pomiędzy kosztem zakupu materiałów przy planowej realizacji a ceną, za jaką faktycznie zostały nabyte stanowi szkodę wykonawcy. Określenie „okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający” obejmuje również działalność osób trzecich (np. projektanta czy inżyniera kontraktu), przy pomocy których wykonawca realizuje umowę.

Skutki gwałtownego wzrostu cen materiałów budowlanych, które ponosi wykonawca mogą zostać złagodzone w drodze podjętych w odpowiednim czasie działań poprzedzonych analizą sytuacji prawnej.

### 1. Przesłanki roszczenia odszkodowawczego

Nienależyte wykonanie zobowiązania stanowi pierwszą przesłankę aktualizacji roszczenia odszkodowawczego. W praktyce przesłanka ta polega z reguły na opóźnieniach w prowadzeniu nadzoru autorskiego, uzyskiwaniu decyzji administracyjnych, wydawaniu placu budowy czy przekazywaniu dokumentacji projektowej.

Przesłanka szkody polega na wystąpieniu różnicy pomiędzy rzeczywiście poniesionym kosztem a kosztem, który wykonawca poniósłby, gdyby nabywał materiały wcześniej (tj. po niższych cenach).

Kolejna przesłanka obejmuje związek przyczynowy pomiędzy nienależytym wykonaniem a szkodą. Jej konkretyzacja polega na tym, że zachodzi okoliczność, która sprawia, że gdyby inwestor wykonywał zobowiązanie w sposób należyty, nie doszłoby do wyrządzenia szkody.

Ostatnia przesłanka polega na wystąpieniu okoliczności, za które inwestor ponosi odpowiedzialność. Chodzi tu o sytuację, w której inwestor nie postępował w sposób wymagany od

inwestora działającego z należytą starannością, tj. ponosi winę, a także kiedy inwestor przyjął odpowiedzialność również za niezawinione, inne okoliczności.

Spełnienie ww. przesłanek stanowi postawę do wystąpienia na drogę sądową z roszczeniem odszkodowawczym przeciwko inwestorowi/zamawiającemu.

## **V. Podwyższenie ceny kontraktowej na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3) pzp, względnie art. 15r ust. 4 ustawy covidowej**

W przypadku istotnego wzrostu cen materiałów budowlanych zastosowanie znaleźć może art. 144 ust. 1 pkt 3 pzp, zgodnie z którym zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zostały spełnione łącznie następujące warunki: po pierwsze, konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć. Po drugie, wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Istotna w tym zakresie jest uchwała KIO z dnia 26 maja 2020 r. sygn. akt KIO/KD/20, w której wskazano, że art. 144 ust. 1 pkt 3 stanowi samoistną przesłankę zmiany umowy i nie wymaga przewidzenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub SWZ. Wobec tego, dla dokonania zmiany umowy w oparciu o ww. przepis nie jest konieczne by umowa zawierała postanowienia dopuszczające jej modyfikacje po zaistnieniu przesłanek określonych w tym przepisie.

Z kolei art. 15 r ust. 4 ustawy covidowej przewiduje, że zamawiający po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 (w tym wzrost cen materiałów i ograniczona ich dostępność) wpływają na należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego, w uzgodnieniu z wykonawcą ma obowiązek dokonać zmiany umowy, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt ustawy z dnia 11 września 2019 r – Prawo zamówień publicznych (art. 144 ust. 1 pkt 3 pzp w poprzednim brzmieniu) w szczególności przez: (i) zmianę terminu wykonania umowy lub jej części lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części; (ii) zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia lub sposobu rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy – o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

Regulacja ta zdaje się potwierdzać, że okoliczności, takie jak wzrost cen oraz utrudniona dostępność materiałów mają charakter okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć.

## **VI. Obrona wykonawcy przed ewentualnymi karami umownymi nałożonymi za (wynikłe z ww. okoliczności) brak zrealizowania/nieterminowe zrealizowanie danej umowy**

Z reguły, katalogi okoliczności uzasadniających naliczenie kary umownej wykonawcom są rozbudowane. Standardowo, w umowach znajdują się postanowienia zastrzegające karę umowną na wypadek opóźnienia/zwłoki w realizacji umowy. Nie ulega wątpliwości, że przerwy w łańcuchu dostaw i wywołane nimi utrudnienia w dostępności materiałów – mogą prowadzić do znacznego wydłużenia czasu realizacji umowy. Wykonawca może jednak skutecznie bronić się przed naliczaniem przez zamawiającego/inwestora kar umownych.



Pierwszym podstawowym krokiem jest dokładna analiza zdarzeń towarzyszących naliczeniu kary umownej. Jeśli kara umowna została naliczona za zwłokę w realizacji inwestycji energetycznej, a analiza okoliczności potwierdzi, że wykonawca nie dopuścił się zwłoki, kara umowna jest zwyczajnie nienależna inwestorowi.

Brak podstaw do naliczenia kary umownej może być wprost konsekwencją treści umowy. Niejednokrotnie, prócz terminu zakończenia inwestycji energetycznej, w umowach przewidziane są terminy zakończenia jej poszczególnych etapów, tzw. kamieni milowych. Dotrzymanie terminu wykonania „kamienia milowego” zabezpiecza się karą umową. Postanowienia umowne wielokrotnie przewidują przy tym „zwolnienie” wykonawcy z zapłaty kary umownej związanej z osiągnięciem „kamienia milowego”, kiedy dotrzymany zostanie termin końcowy inwestycji energetycznej. Należy również zweryfikować ważność postanowienia umownego zastrzegającego możliwość naliczenia kary umownej. Istnieje wiele okoliczności świadczących o tym, że postanowienie jest nieważne i zamawiający nie może na jego podstawie skutecznie naliczyć kary umownej.

Powszechnym działaniem inwestorów jest naliczanie kary umownej, a następnie złożenie wykonawcy oświadczenia o jej potrąceniu z wynagrodzenia wykonawcy. Wówczas obroną powinno być podważanie skuteczności oświadczenia o potrąceniu.

Oprócz kwestionowania podstaw faktycznych, wykonawca może podważać również spełnienie się innych przesłanek wymaganych do skuteczności oświadczenia o potrąceniu (skuteczność doręczenia oświadczenia o potrąceniu, wymagalność kwot objętych potrąceniem – art. 498 k.c.). Umowa może również określać dodatkowe wymagania, od których uzależniona jest skuteczność oświadczenia o potrąceniu kary umownej. Przykładowo, może być to termin na złożenie oświadczenia bądź jego forma. Co istotne, w okresie zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19 istotne mogą okazać się postanowienia tzw. ustawy covidowej.

Kolejną możliwością obrony wykonawcy stanowi miarkowanie kary umownej przez sąd. W takiej sytuacji wykonawca powinien wykazać, iż zobowiązanie, które wynika z umowy wykonane zostało w znacznej części lub naliczona kara umowna jest rażąco wygórowana. Kryterium „znacznego” wykonania stanowi najczęściej przydatność dla inwestora przedmiotu umowy w określonym kształcie. Dążąc do ustalenia rażącego wygórowania kary, głównie dokonuje się jej porównania ze szkodą inwestora związaną z okolicznościami towarzyszącymi jej naliczeniu.

## VII. Podsumowanie

Niewątpliwie wzrost cen materiałów budowlanych, którego obecnie doświadcza rynek inwestycji energetycznych, na przestrzeni ostatniego roku, w szczególności zaś dynamika oraz wielkość wzrostu w określonym zakresie posiada cechy charakterystyczne dla nieprzewidywalnego i nadzwyczajnego wzrostu. Mając powyższe na uwadze, dążenie do wyrównania „rażącej straty” z zastosowaniem omawianych podstaw prawnych, w szczególności zaś art. 3571 k.c. lub art. 632 § 2 k.c. mogą okazać się uzasadnione.

Należy pamiętać, iż również po stronie inwestorów dostępnych jest wiele argumentów służących obronie przed roszczeniami wykonawcy. Obrona przed omawianymi roszczeniami może sprowadzać się m.in. do kwestionowania wysokości straty, spełnienia przesłanek danego roszczenia

(w tym w szczególności winy zamawiającego/inwestora) czy też w ogólności możliwości skorzystania z klauzuli *rebus sic stantibus*.

W sytuacji wystąpienia groźby rażącej straty istotnym działaniem wydaje się dokonywanie cyklicznych powiadomień do inwestora/zamawiającego o roszczeniu o podwyższenie wynagrodzenia w związku z nadzwyczajnym wzrostem cen i kosztów. Kluczowe jest również staranne zbieranie dowodów poniesienia dodatkowych kosztów (straty) w toku realizacji kontraktu. Kolejny istotny krok stanowi wystąpienie do inwestora z wnioskiem o zawarcie aneksu do umowy lub ugody podwyższającej wynagrodzenie stosowanie do straty. W przypadku zaś odmowy zawarcia aneksu – podjęcie decyzji o ewentualnym złożeniu pozwu do sądu o podwyższenie wynagrodzenia.

## Bibliografia

Jaworska M., Grześkowiak-Stajek D., Jarnicki J. i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 12, Warszawa 2020.