

Warszawa, 28.05.2018

Sz. P. Renata Krok
Kierownik kontraktu
PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Szanowna Pani,

W odpowiedzi na prośbę spółki PKP Polskie Linie Kolejowe, wyrażoną w piśmie z 24 stycznia br. oraz na podstawie §5 pkt. 6a umowy z 8 listopada 2017 r. (Paktu Uczciwości), zespół pracowników i konsultantów Fundacji im. Stefana Batorego przygotował opinię w sprawie roszczenia Wykonawcy nr 5 (stanowiącą załącznik do niniejszego pisma) i przesłał jej pierwszą wersję w dn. 27 kwietnia br. . Dokument, na mocy ustaleń między stronami Paktu Uczciwości został również przekazany Departamentowi Projektów Infrastrukturalnych Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju.

Jednocześnie w trakcie spotkania kwartalnego 23 maja br. w Fundacji im. Stefana Batorego jego uczestnicy wymienili poglądy na temat przyczyn i możliwości rozwiązania problemu podniesionego w roszczeniu nr 5. Biorąc pod uwagę przebieg tej dyskusji oraz fakt, że treść dokumentu przygotowanego przez Fundację nie była znana wszystkim uczestnikom spotkania kwartalnego (w tym w szczególności Wykonawcy), przesyłamy ją ponownie wszystkim zainteresowanym stronom.

Uwzględniamy przy tym sugestię Państwa, aby nadać dokumentowi nazwę „analizy”, jako że lepiej oddaje ona jego charakter. Poza tym, nie decydujemy się na zmianę jego treści w stosunku do wersji z dn. 27 kwietnia.

Niemniej uwzględniając wnioski ze spotkania oraz wyrażoną w jego trakcie potrzebę zorganizowania odrębnej dyskusji nt. roszczenia nr 5, dla której analiza Fundacji mogłaby być punktem wyjścia, chcemy zasygnalizować jeszcze kilka wątków, które powinny być zostać szerzej omówione, a które pojawiły się w trakcie spotkania kwartalnego, mianowicie:

1. głębsza analiza problemu wzrostu cen w kontekście zamówienia objętego Paktem Uczciwości (przyznajemy, że w analizie Fundacji większy nacisk został położony na systemowy charakter problemu – wykraczający poza ten konkretny przypadek);
2. skutki ewentualnego uwzględnienia (choćby częściowego) roszczenia nr 5 w kontekście zgodności z zasadami przyznawania i rozliczania dotacji unijnych (w szczególności w związku z możliwym naruszeniem zasady konkurencyjności);
3. problem niedoszacowania przez Wykonawcę, na etapie konstruowania oferty, ryzyka zmian cen na rynku, które było do przewidzenia;
4. problem nieuwzględnienia w umowie (także w kontekście spodziewanego wzrostu cen) przez Zamawiającego możliwości zapisania bardziej elastycznych limitów kwot

warunkowych oraz zniesienia ograniczeń dotyczących pozyskiwania i transportu materiałów;

5. możliwości zachęcenia decydentów politycznych, aby możliwie szybko zostały przyjęte systemowe rozwiązania pomagające w zarządzaniu zmieniającymi się kosztami inwestycji i wynikającymi stąd problemami.

W ślad za niniejszym pismem Fundacja proponuje termin i miejsce spotkania, które byłoby poświęcone przygotowanej przez nas analizie i wymienionym wyżej kwestiom. Wnioski z tego spotkania powinny zostać udokumentowane i stanowić uzupełnienie analizy.

Na spotkaniu kwartalnym ustalono również, że analiza przygotowana przez Fundację, w obecnej wersji zostanie upubliczniona, natomiast w gronie stron biorących udział w rozmowach na temat problemu wraz z analizą udostępniamy także korespondencję Wykonawcy dotyczącą roszczenia nr 5, za jego uprzednią zgodą.

Z wyrazami szacunku,



Grzegorz Makowski
Fundacja im. Stefana Batorego

Załącznik:

- Analiza Fundacji im. Stefana Batorego na temat roszczenia nr 5 z 27.04.2018

Do wiadomości:

1. PKP Polskie Linie Kolejowe, Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, ul. Joannitów 13, 50-525 Wrocław
2. Biuro Inżyniera Projektu
3. ZUE S.A.
4. Departament Programów Infrastrukturalnych Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju
5. Centrum Unijnych Projektów Transportowych

**Analiza dot. roszczenia nr 5 zgłoszonego przez Wykonawcę inwestycji
„Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa-Zawiercie” dotyczącym
„ograniczenia dostępności dóbr, środków transportu, sprzętu i robocizny
stanowiącej Siłę Wyższą”**

Na wstępie pragniemy podkreślić, że rolą Fundacji jako społecznego monitora biorącego udział w pilotażu Paktu Uczciwości w Polsce jest przede wszystkim obserwacja procesu inwestycyjnego a nie angażowanie się w działania konsultingowe, czy doradcze. Generalnym celem Paktu Uczciwości jest ochrona interesu publicznego, a prowadzony w tym celu monitoring ma charakter prewencyjny, edukacyjny i ewaluacyjny. Monitoring ten ma także zwiększyć społeczne zainteresowanie realizacją objętego paktem zamówienia publicznego i przyczynić się do lepszej organizacji zamówień publicznych w przyszłości (np. poprzez wskazanie ryzyk, sformułowanie rekomendacji, wygenerowanie dobrych praktyk, etc.). Dlatego też niniejszą opinię należy traktować jako materiał poglądowy. W żaden sposób nie można zawartych tutaj stwierdzeń traktować jako próby wywarcia wpływu na Inżyniera, Wykonawcę bądź Zamawiającego w celu rozstrzygnięcia (zatwierdzenia lub odrzucenia) lub podjęcia konkretnej decyzji w zakresie przedmiotowego roszczenia.

Przechodząc do meritum sprawy, generalnie na obecnym etapie procedowania roszczenia nr 5 w ocenie Fundacji nie ma jeszcze wystarczających informacji pozwalających na podjęcie decyzji ani co do jego przyjęcia ani co do jego odrzucenia. Wykonawca zgłosił „jedynie” powiadomienie o wydarzeniu powodującym roszczenie (wraz ze składanymi w okresach miesięcznych roszczeniami przejściowymi). Jednocześnie biorąc pod uwagę cele Paktu oraz zważywszy, że zagadnienie poruszone tym powiadomieniem jest skomplikowane i wykraczające poza ramy jednego kontraktu objętego Paktem, należy naszym zdaniem głębiej przeanalizować potencjalne konsekwencje jego uznania lub odrzucenia dla całego rynku zamówień, a w szczególności dla branży kolejowej.

Z punktu widzenia orzecznictwa dotyczącego roszczeń Wykonawców w różnych branżach, związanych ze zmianą cen towarów i usług, na przestrzeni ostatnich kilku(nastu) lat, w większości przypadków Zamawiający odrzucali tego typu roszczenia, co następnie było potwierdzane w wyrokach sądowych.

Co do kwestii powołania się przez Wykonawcę na siłę wyższą, w cywilistycznych stosunkach zobowiązaniowych może ono przybrać dwojaki charakter rozpatrywany pod kątem jego odpowiedzialności jak i uprawnień. Strony na podstawie art. 357 [1], art. 358 [1] oraz art. 632 § 2 kodeksu cywilnego mogą wnosić o zmianę sposobu wykonania kontraktu, zmianę wysokości wynagrodzenia (także ryczałtowego) czy nawet rozwiązanie umowy, jeśli okaże się, że realizacja kontraktu może prowadzić do rażących

strat. Zgodnie z podstawowymi regułami odpowiedzialności kontraktowej mającej zastosowanie w stosunku do podmiotu zobowiązanego do realizacji umowy powołanie się na siłę wyższą oznaczać będzie brak po jego stronie obowiązku naprawienia szkody, w sytuacji jeżeli wykaze, że nienależyte wykonanie lub niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Do okoliczności stanowiących przyczynę niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, zalicza się właśnie siłę wyższą rozumianą w doktrynie i orzecznictwie jako zdarzenie pochodzące z zewnątrz, które ma charakter nadzwyczajny (nie da się go przewidzieć), a którego skutkom nie można zapobiec nawet przy zachowaniu najwyższej staranności. Z kolei patrząc na problematykę siły wyższej z punktu widzenia uprawnień Wykonawcy podnieść należy, iż stanowić ona może podstawę roszczenia na drodze sądowej dotyczącego zwiększenia należnego mu wynagrodzenia.

W związku z tym to czy wystąpienie danych okoliczności będzie mogło być uznane w określonej sprawie za spełnienie przesłanki siły wyższej zależeć będzie od oceny całokształtu okoliczności danego przypadku.

Warto przy tym dostrzec zmiany orzecznictwa w tego typu sprawach sądowych. Przykładowo na początku listopada 2017 r. GDDKiA przegrała spór z Wykonawcą, dotyczący roszczeń związanych ze wzrostem cen materiałów budowlanych, używanych w latach 2009-2012 do budowy obwodnicy Zambrowa¹. Warty zwrócenia uwagi jest fakt bardzo podobnej do ww. roszczenia argumentacji Wykonawcy robót, która w postępowaniu sądowym udowodniła, że wzrost cen był nagły i nieprzewidywalny. Jak zostało wykazane w okresie trzech lat przed EURO 2012 ceny asfaltu rosły o 20-25 proc. rocznie, a we wcześniejszych latach dynamika była na poziomie 2-4 proc. Według opinii ekspertów, należy się spodziewać kolejnych analogicznych spraw sądowych, a dotyczących ówczesnego skoku cen. Oznaczać to może zmianę w podejściu sądów do oceny roszczeń Wykonawców na temat „skokowego” wzrostu cen materiałów i usług, co w konsekwencji może się przełożyć na ewentualne spory w innych kontraktach².

Należy jednocześnie pamiętać, że pomimo konkretnych standardów umów przyjmowanych przez poszczególnych Zamawiających (GDDKiA czy PKP PLK), większość kontraktów „Projektuj i Buduj” różni się pomiędzy sobą szczegółowymi postanowieniami. Ponadto zapisy kontraktowe oparte o standardy FIDIC nie są „zerojedynkowe” i pozwalają na ich właściwe zastosowanie w świetle wystąpienia konkretnych sytuacji na danym kontrakcie. W swojej intencji taka formuła kontraktów FIDIC pozwala stronom na pewnego rodzaju elastyczność, gdyż nie ma możliwości przewidzenia wszystkich wydarzeń w czasie trwania poszczególnych inwestycji, a każda inwestycja to tak naprawdę „inny świat”. A co najważniejsze, takie podejście pozwala

¹ <http://jara-law.pl/precedensowy-wyrok-wielkim-sukcesem-kancelarii-jara-drapala-partners-zmiana-cen-przed-euro-2012-2/> [dostęp: 27 kwietnia 2018 r.]

² <https://www.pb.pl/zielone-swiatlo-dla-drogowych-rozsczen-897471> [dostęp: 27 kwietnia 2018 r.]

samemu Zamawiającemu na rozważenie potencjalnych konsekwencji podejmowanych decyzji.

Należy też mieć na względzie, że okres w jakim realizowany jest kontrakt objęty Paktem przypada w czasie realizacji największego programu inwestycyjnego w historii polskiej kolei (Krajowy Program Kolejowy 2014 – 2020). Prognozowana przez PKP PLK wartość prowadzonych inwestycji to ponad 66 miliardów złotych (9000 km linii kolejowych, 220 projektów). Na to nakładają się jeszcze inne, globalne okoliczności, jak odpływ pracowników z rynku (związany m.in. z obniżeniem wieku emerytalnego), czy rosnące koszty transportu. Te fakty nie pozostają bez wpływu na podaż i popyt w asortymentach rynku kolejowego.

Biorąc powyższe pod uwagę przedstawiamy dwa scenariusze dotyczące potencjalnych skutków przyjęcia lub odrzucenia ww. roszczenia nr 5.

1. Przy założeniu odrzucenia roszczenia nr 5 może zaistnieć ryzyko opóźnień w realizacji inwestycji. Co prawda ryzyko zejścia Wykonawcy z budowy oceniamy jako minimalne, ale przy negatywnym splocie wydarzeń może dochodzić do bankructwa podwykonawców (jak to miało miejsce w przypadkach w okresie inwestycyjnym przed Euro 2012). W krótszej perspektywie oznaczać to może pozorne „zaoszczędzenie” kwot niezbędnych na zaspokojenie roszczenia, przy ogromnych komplikacjach organizacyjnych, a w dłuższej perspektywie z dużym prawdopodobieństwem oznacza także wieloletnie i kosztowne procesy o odszkodowania. Taka decyzja może kosztować także Zamawiającego więcej niż wartość roszczenia Wykonawcy (która notabene nie jest jeszcze znana), nie mówiąc o kosztach społecznych związanych ze znaczącym przedłużeniem się realizacji samej inwestycji.

Z punktu widzenia Paktu Uczciwości ten scenariusz każe również zadać sobie pytanie o ryzyko naruszenia zasad tytułowej „uczciwości” – ang. *integrity*, które ma szersze znaczenie niż w języku polskim i zawiera w sobie zarówno zagadnienia odporności na nadużycia, ale też zdolności do efektywnego, zgodnego z interesem społecznym zarządzania środkami publicznymi. Nie byłoby w szeroko pojętym interesie społecznym, a w szczególności w interesie lokalnych społeczności będących beneficjentami tej inwestycji, gdyby jej realizacja została przerwana, drastycznie opóźniona, a wykorzystanie środków z funduszy europejskich mogłoby być zagrożone.

2. Z drugiej strony uznanie roszczenia nr 5 na tym kontrakcie (lub porównywalnego roszczenia na innej inwestycji zarówno kolejowej jak i drogowej) oznaczać może stworzenie precedensu i konieczność uznania wszystkich lub większości analogicznych roszczeń na kontraktach infrastrukturalnych realizowanych w systemie „Projektuj i buduj”. Pomimo wspomnianego powyżej faktu, że każda inwestycja to tak naprawdę „inna rzeczywistość”, w przypadku potencjalnych przyszłych spraw sądowych oznaczałoby to casus uprawdopodobniający pozytywny

wynik rozstrzygnięcia dla innego Wykonawcy. Jednakże w krótkiej perspektywie taka decyzja oznaczać mogłaby mitygację ryzyka związanego z odstąpieniem od kontraktu przez Wykonawcę i pomimo potencjalnych przesunięć w harmonogramie (które notabene nie są jeszcze znane) w miarę sprawną realizację inwestycji.

Także i w tym scenariuszu, z punktu widzenia Paktu Uczciwości rodzi się dylemat, czy stworzenie precedensu mającego konsekwencje w skali dużej części rynku zamówień publicznych, nie będzie miało negatywnych, systemowych konsekwencji z punktu widzenia wykorzystania środków z funduszy europejskich. W tym jednak przypadku wydaje się jednak, że ryzyko jest nieco bardziej hipotetyczne, zważywszy że (jak wspomniano wcześniej), że każde ewentualne, kolejne roszczenie trzeba jednak traktować indywidualnie, biorąc pod uwagę konkretne okoliczności. Także w przypadku ewentualnych postępowań sądowych, których liczba mogłaby wzrosnąć w wyniku uznania tego roszczenia, trudno z całą pewnością stwierdzić, że ten konkretny przypadek faktycznie stałby się uniwersalnym punktem odniesienia. W Polsce nie obowiązuje zasada precedensu w postępowaniach procesowych, sądy mogą zatem, ale nie muszą brać pod uwagę przypadku, który jest przedmiotem niniejszej opinii.

Biorąc powyższe pod uwagę, wydaje się, że na tym etapie podjęcie dialogu byłoby najbardziej pożądanym rozwiązaniem – w duchu standardów FIDIC. Oznaczałoby konsultacje między stronami kontraktu w zakresie podziału ryzyka potencjalnie niemożliwego do przewidzenia na etapie przygotowywania zamówienia, a nawet na wczesnym etapie realizacji inwestycji. Z punktu widzenia interesu społecznego rozpoczęcie dialogu wydaje się na obecnym etapie najkorzystniejszym rozwiązaniem dla wszystkich stron – zarówno kontraktowych jak i „trzecich” (tj. innych uczestników rynku zamówień publicznych). Fundacja jest gotowa uczestniczyć w tym procesie w roli niezależnego obserwatora.

Należy także odnotować, że monitorowany przez nas kontrakt wychodzi naprzeciw ograniczeniu ryzyka związanego z potencjalnym zawirowaniem cenowym na rynku materiałów i usług. Po pierwsze zapisy kontraktowe wymagają, aby znaczne ilości urządzeń i materiałów zostały zakupione i zmagazynowane w pierwszym okresie trwania kontraktu tj. wyprzedzająco co do ich fizycznego zapotrzebowania na kontrakcie. Ponadto warunki kontraktowe przewidują waloryzację wartości umowy w oparciu o wskaźnik cen dóbr inwestycyjnych. Niestety, może okazać się, iż żaden z powyższych mechanizmów nie jest ani idealnym ani wystarczającym rozwiązaniem zaistniałej sytuacji, gdyż obecna sytuacja branży budowlanej pokazuje duży wzrost popytu na materiały, urządzenia i usługi związane z tym sektorem gospodarki przy jednoczesnym ograniczeniu podaży.

Wprowadzenie zakupów materiałów w pierwszym okresie kontraktu tj. projektowania, czyli ze znacznym okresem ich magazynowania przez Wykonawcę, ma z jednej strony pozytywny skutek realizacji zakupów materiałów wyprzedzająco do potencjalnej „górki

cenowej” przy dużym natężeniu realizacji projektów kolejowych, jednakże z drugiej strony niesie ze sobą ryzyko konieczności uzupełnienia części już raz zakupionych materiałów w momencie ich fizycznego użycia ze względu na ich utratę (np. na skutek kradzieży, zniszczenia). Jednocześnie (nieskoordynowane przez Zamawiającego) skumulowanie zakupów przez wielu Wykonawców na początku trwania ich kontraktów, samo w sobie może powodować ograniczenie w dostępie do tych materiałów a w konsekwencji wzrost ich cen. Ponadto mechanizm ten nie uwzględnia innych elementów cenotwórczych inwestycji (usługi, środki transportu, robocizna), które w sposób bezpośredni lub pośredni również drożeją.

Natomiast wprowadzony mechanizm waloryzacji pomimo pozytywnego aspektu „podzielenia” się ryzykiem wzrostu cen pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą nie może w tym przypadku spełnić pokładanych w nim oczekiwań, gdyż zawarty w kontrakcie wskaźnik nie jest precyzyjnym odzwierciedleniem tego co się dzieje na rynku materiałów i usług w branży infrastruktury, w szczególności przy „skokowym” wzroście cen.

Jednocześnie należy zaznaczyć, iż przedmiotowy problem należy rozpatrywać w aspekcie nie tylko wzrostu cen ale w aspekcie zmian cen. Systemowe rozwiązanie problemu powinno dotyczyć zmian cen, czyli zarówno wzrostu jak i spadku cen. Oznacza to, że gdybyśmy mieli do czynienia z sytuacją odwrotną, czyli spadkiem cen, wówczas należałoby się zastanowić, czy z tego tytułu Zamawiający, w interesie społecznym, nie powinien mieć szansy na wyegzekwowanie oszczędności na kontrakcie. Sądzymy, że ewentualna odpowiedź na to roszczenie powinna wskazywać na tę kwestię.

Kończąc, wzięwszy pod uwagę złożony charakter tego roszczenia jak i potencjalne konsekwencje zarówno przyjęcia jak odrzucenia tego roszczenia zdecydowanie wykraczające swoim oddziaływaniem poza ten kontrakt, należałoby się zastanowić czy jednoznaczne stanowisko dotyczące tego typu roszczeń na różnych kontraktach PKP PLK nie powinno zostać wypracowane przy udziale przedstawicieli szerokiego środowiska podmiotów zaangażowanych (lub mających wpływ) w inwestycje infrastrukturalne, np.:

1. Producentów, wytwórców oraz dostawców materiałów oraz urządzeń wykorzystywanych przy realizacji projektów kolejowych i infrastrukturalnych,
2. Forum Inwestycyjne przy PKP PLK (jednocześnie Forum to mogłoby przeanalizować i przygotować nowe zapisy do kontraktów projektuj i buduj, które brałyby pod uwagę możliwość wystąpienia analogicznych „skoków cenowych” w przyszłości jak również równomierne rozdzielenie tego typu (i innych) ryzyk pomiędzy Zamawiającego a Wykonawcę),
3. GDDKiA – jako instytucja publiczna która w latach ubiegłych borykała się z podobnymi zagadnieniami jak i w najbliższych latach może spotkać się z analogicznymi roszczeniami Wykonawców mogłaby zostać poproszona o przedstawienie swojej opinii,

4. CUPT – z uwagi na fakt, iż Kontrakt jest współfinansowany z funduszy Unii Europejskiej (którymi to właśnie ten organ zarządza) również powinien móc się wypowiedzieć w rzeczonym sprawie,
5. Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju oraz Ministerstwo Infrastruktury – jako instytucje odpowiedzialne za realizację projektów kolejowych i wykorzystanie środków do tego przeznaczonych,
6. Inne, takie jak Polski Związek Pracodawców Budownictwa, Izba Gospodarcza Transportu Lądowego.

Jeśli dialog dotyczący rzeczonym problemu zostanie podniesiony na poziom angażujący także inne podmioty, Fundacja także deklaruje swoje zainteresowanie możliwością obserwowania tego procesu.

Niniejsza opinia została przygotowana przez zespół konsultantów Fundacji im. Stefana Batorego na prośbę PKP PLK z 24 stycznia 2018 r. na podstawie §5 pkt. 6a umowy z 8 listopada 2017 r. (Paktu Uczciwości) i ma charakter wyłącznie pomocniczy. Wyrażone w niej poglądy w żadnym stopniu nie mogą być utożsamiane z oficjalnym stanowiskiem Komisji Europejskiej. Punktem wyjścia do przygotowania niniejszej opinii były następujące wystąpienia Wykonawcy:

- pismo znak ZAW/2017/11/151/TF/AWO z 30.11.2017 - Powiadomienie o wydarzeniu powodującym roszczenie nr 5;
- pismo znak ZAW/2017/12/179/TF/AWO z 22.12.2017 - Roszczenie Przejściowe nr 5.1;
- pismo znak ZAW/2018/01/230/TF/AWO z 22.01.2018 wraz z załącznikiem - Roszczenie Przejściowe nr 5.2;
- pismo znak ZAW/2018/02/303/AWO z 21.02.2018 wraz z załącznikiem - Roszczenie Przejściowe nr 5.3;
- pismo znak ZAW/2018/03/382/AWO z 21.03.2018 – Roszczenie Przejściowe nr 5.4;
- pismo znak ZAW/2018/04/469/AWO z 20.04.2018 – Roszczenie Przejściowe nr 5.5.



**KANCELARIA PRAWA PRYWATNEGO I GOSPODARCZEGO
TOGATUS SŁAWOMIR TROJANOWSKI**

10-544 Olsztyn, ul. Warmińska 7/1
tel./fax. 89-535 34 35, www.togatus.pl



FUNDACJA
BATOREGO



PAKT UCZCIWOŚCI



Niniejszy materiał został przygotowany na zlecenie Fundacji im. Stefana Batorego przez jej konsultanta prawnego w ramach projektu „Pakty Uczciwości – mechanizm obywatelskiej kontroli na rzecz ochrony funduszy UE, etap II” (paktuczciwosci.pl). Ma on charakter uzupełniający w stosunku do analizy Fundacji Batorego na temat roszczenia nr 5 zgłoszonego przez Wykonawcę inwestycji „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa-Zawiercie” dotyczącego „ograniczenia dostępności dóbr, środków transportu, sprzętu i robocizny stanowiące Siłę Wyższą”, opracowanej na prośbę PKP Polskie Linie Kolejowe 27 kwietnia 2018 r.

Olsztyn, dnia 21 czerwca 2018 r.

OPINIA PRAWNA

I. Wstęp.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż istotna kwestia odnosząca się do „*Roszczenia przejściowego Wykonawcy 5.1 - Ograniczenia dostępności dóbr, środków transportu, sprzętu i robocizny stanowiące Siłę Wyższą oraz nadzwyczajną zmianę stosunków*”, tj. pojęcie Siły Wyżej została przez Konsultanta prawnego wyjaśniona i w jego ocenie dalsza analiza przedmiotowego pojęcia jest

zbyteczna, przynajmniej na obecnym etapie zgłaszanego roszczenia.

W ocenie Konsultanta prawnego należy skupić się nad kwestią możliwości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w świetle obowiązujących przepisów prawa krajowego oraz Unii Europejskiej, a także podać pod analizę pojęcie nadzwyczajnej zmiany stosunków gospodarczych.

II. Analiza.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE¹, po raz pierwszy na poziomie prawodawstwa unijnego wprowadziła przepisy dotyczące realizacji zamówienia, w tym dotyczące modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Analogicznie kwestię reguluje art. 89 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE.

Ustawodawca dostosowując przepisy krajowe do przedmiotowych dyrektyw wprowadził nowelizację art. 144 ust. 1–3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, który w sposób stosunkowo wierny przenosi podstawy zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego do polskiego porządku prawnego.

Według „nowego” art. 144 ust. 1 PZP *„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:*

- 1) zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian;*
- 2) zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:*
 - a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,*
 - b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,*

c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;

3) 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;

4) wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca:

a) na podstawie postanowień umownych, o których mowa w pkt 1,

b) w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy,

c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców;

5) zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e;

6) łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie."

W tym miejscu za zasadne jest wskazanie, iż Strony kontraktu wprowadziły zapisy umowne (§ 5 i § 6 Umowy), które wskazują w sposób szczegółowy kiedy może nastąpić zmiana umowy. Ponadto Strony zobowiązały się do stosowania SWK w tym Klauzuli 13 – Zmiany i korekty. W tych to zapisach Strony przewidziały możliwość zmiany umowy zgodnie z art. 144 ust. 1 PZP, z wyłączeniem przypadków zaistnienia ograniczenia dostępności dóbr, środków transportu, sprzętu i robocizny, a tym samym w tym trybie zmiana wynagrodzenia Wykonawcy jest niedopuszczalna.

W ocenie Konsultanta prawnego w niniejszej sprawie konieczne jest poszukiwanie uzasadnienia dla zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w sytuacji, gdy konieczność ich wprowadzenia wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Tym samym, w sytuacji wzrostu cen materiałów budowlanych, kosztów robocizny etc., niezbędne jest ustalenie, czy przytoczonych zjawisk gospodarczych nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz

zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne. Obowiązek przewidywania takich zdarzeń przez strony zawierające umowę powinien być postrzegany w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować, w świetle art. 355 Kodeksu cywilnego, dłużnik. Niemożność przewidzenia okoliczności powodujących konieczność zmiany umowy powinna być oceniana także z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności konkretnego zamawiającego oraz wykonawcy, będącego, co do zasady, przedsiębiorcą. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych co do zasady za okoliczności niemożliwe do przewidzenia mogą być jednak uznane m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwałtowna dekoniunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów.

Należy również podkreślić, iż Strony zawartej umowy mogą także zmienić jej treść w wyniku waloryzacji sądowej. Taka zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego może być podyktowana np. nadzwyczajną zmianą stosunków (*rebus sic stantibus*), uregulowaną w art. 357¹ Kodeksu cywilnego¹.

Z punktu widzenia art. 357¹ Kodeksu cywilnego, konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego uzależniona jest od zajścia kilku przesłanek. Trzeba ustalić, kiedy umowa została zawarta i na ten dzień ocenić, czy rzeczywiście okoliczności powodujących konieczność jej zmiany nie można było przewidzieć. Należy mieć na względzie, jakie materiały budowlane są potrzebne do realizacji umowy, jak również czy wzrost ich cen był istotny i znaczący. Konieczne jest sprawdzenie, czy okoliczności te skutkują poniesieniem przez wykonawcę zamówienia publicznego straty oraz czy ma ona rażący charakter. Celem przepisu art. 357¹ Kodeksu cywilnego jest najogólniej mówiąc przywrócenie zachwianej niespodziewanymi zdarzeniami ekwiwalentności świadczeń. Nie może on jednak stanowić podstawy do zdjęcia z wykonawcy ryzyka prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Może on służyć wyłącznie do zapobieżenia powstania po stronie wykonawcy rażącej straty.

Możliwe jest również zastosowanie art. 632 § 2 KC², zgodnie z którym, jeżeli z powodu

¹Art. 357¹ Kodeksu cywilnego:

Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym.

²Art. 632 Kodeksu cywilnego:

§1. Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy.

Do modyfikacji stosunku umownego w omawianych okolicznościach wyłącznie właściwy jest sąd powszechny. Strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą jednak zapobiec postępowaniu sądowemu dochodząc wcześniej do kompromisu w tej materii. Należy jednak mieć na uwadze, iż przywołany przepis stanowi wyjątek od zasady pacta sunt servanda. Ta kwalifikacja determinuje konieczność ścisłej jego interpretacji zapewniającej utrzymanie pewności i bezpieczeństwa obrotu oraz stabilności systemu umów, w tym także w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Należy jednak pamiętać, że wysokość ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy powinna być określona w wyniku rozważenia w okolicznościach konkretnej sprawy zgodnie z zasadami współżycia społecznego interesów zamawiającego i wykonawcy. Wydaje się także, iż zmiana umowy powinna służyć wyłącznie usunięciu rażącej straty poniesionej przez wykonawcę w związku z wykonaniem zamówienia publicznego.

Ponieważ art. 632 §2 KC ma zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane i może stanowić podstawę do modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy, to także w przypadku umów o roboty budowlane zawieranych w trybie zamówień publicznych przepis ten ma zastosowanie (zob. np. wyroki SN: z dnia 16.05.2007 r., III CSK 452/06, niepubl. i z dnia 4.02.2011 r. III CSK 143/10, Lex nr 785535).

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wyklucza możliwości zmiany umowy, w sytuacji niemożliwej do przewidzenia w chwili jej zawarcia zmiany cen, które skutkują rażąca stratą jednej ze stron. Dopuszczalność zmian należy jednak rozpatrywać indywidualnie z uwzględnieniem okoliczności faktycznych konkretnej sprawy.

Jednocześnie zwrócić uwagę należy na fakt, iż w inwestycji, której dotyczą niniejszej rozważania wykorzystywane są środki unijne na dofinansowanie prac na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa – Zawiercie. Wobec tego PKP PLK S. A. zobowiązana jest także wymaganiami

§2. Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

dofinansowania unijnego do zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W praktyce oznacza to, że beneficjenci, dokonując wyboru dostawców towarów i usług, czy wykonawców robót budowlanych, muszą przestrzegać określonych warunków i procedur (w zależności od wartości zamówienia). Mają one zagwarantować wybór najkorzystniejszej oferty i efektywne wydatkowanie środków.

Udzielenie zamówienia publicznego (co ma miejsce w analizowanym przypadku) jest sposobem na spełnienie tego obowiązku. Można je zrealizować zgodnie z ustawą Prawo Zamówień Publicznych (PZP) lub z zasadą konkurencyjności. W przypadku zamówień, których wartość przekracza 30 tys. euro, beneficjenci stosujący przepisy PZP, są zobowiązani do realizacji postępowań o udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami tej ustawy.

Fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. W momencie przystąpienia Polski do Unii Europejskiej zasady te nabrały dodatkowego znaczenia, gdyż stosowane są nie tylko do wykonawców krajowych, lecz także zapewniają przestrzeganie odpowiednich regulacji dyrektyw oraz przepisów traktatowych³.

Za zasadne jest również wskazanie, iż przedmiotowa inwestycja jest objęta dotacją pochodzącą ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, dlatego też istotne znaczenie mają Wytyczne co do kwalifikowalności wydatków. Wytyczne w treści sekcji 6.2. **Ocena kwalifikowalności** wydatku, zawierają wyliczenie warunków, których łączne spełnienie przez dany wydatek pozwala na uznanie go za kwalifikowalny.

W kontekście udzielania zamówień – czy też może dokonywania wydatków - należałoby zwrócić uwagę na dwa warunki zawarte w tej części wytycznych, mianowicie: pkt. 3 lit b), który stanowi, że wydatek może być uznany za kwalifikowalny jeżeli *jest zgodny z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz krajowego, w tym przepisami regulującymi udzielanie pomocy publicznej, jeśli mają zastosowanie oraz pkt. 3 lit g) został dokonany w sposób przejrzysty, racjonalny i efektywny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów*. Z jednej strony wydatek musi być zgodny z

³ Dzierżanowski, Włodzimierz, Jerzykowski, Jarosław i Stachowiak, Małgorzata. Art. 7. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII. Wolters Kluwer Polska, 2018.

przepisami prawa – w kontekście udzielania zamówień będzie to zgodność z powszechnie obowiązującymi prawami w zakresie zamówień publicznych (dyrektywy zamówieniowe oraz ustawa Prawo zamówień publicznych wraz z aktami wykonawczymi), natomiast z drugiej będzie to wymóg udzielenia zamówienia przy zapewnieniu ze strony zamawiającego, którym jest beneficjent, że wydatek zostanie poniesiony prawidłowo – tj. będzie można uznać, że został dokonany zgodnie z zasadami, których wymagają wytyczne. Ocena tego, czy dany wydatek został dokonany ze wskazanymi zasadami będzie dokonywana w stosunku do każdego przypadku indywidualnie. Postępowanie składa się z kilku etapów i na każdym z nich należy badać spełnianie tych warunków, żeby w konsekwencji móc stwierdzić w stosunku do całego postępowania – od jego wszczęcia do zawarcia umowy z wykonawcą (ewentualnie do zmian w treści zawartej umowy), że postępowanie przeprowadzono zgodnie z warunkami kwalifikowalności.

Za celowe wydaje się również zwrócenie uwagi na Subklauzulę 13.8 SWK – Korekty wynikające ze zmiany kosztu. Zgodnie z powyższą Subklauzulą dopuszczalna jest waloryzacja ceny kontraktowej netto o Wskaźnik waloryzacji, który oznacza wskaźnik cen dóbr inwestycyjnych (kwartalny), ogłaszany w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na podstawie ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji. Wskaźnik ten odzwierciedla zmiany cen dóbr inwestycyjnych (środków trwałych) w badanym kwartale w stosunku do ich cen w kwartale poprzednim. Obliczany jest w oparciu o prowadzone w GUS badania cen producentów:

- wyrobów i usług, uwzględniając reprezentacje rodzajów środków trwałych w zakresie maszyn, urządzeń technicznych, narzędzi i środków transportu,
- produkcji budowlano-montażowej, uwzględniając reprezentacje dla budynków i budowli.

Wynikające z badania indeksy cen dla poszczególnych rodzajów środków trwałych, zagregowanych w grupy środków trwałych dotyczące budynków i budowli, maszyn, urządzeń technicznych oraz środków transportu, są następnie ważone przy zastosowaniu wag tj. wartości brutto środków trwałych w przedsiębiorstwach państwowych dla analogicznych grup.

Zgodnie z deklaracją Wykonawcy, GUS na dzień dzisiejszy nie opracował odpowiedniego wskaźnika waloryzacji, który odzwierciedlałby w sposób rzetelny koszt ograniczenia dostępności dóbr, środków transportu, sprzętu i robocizny.

III. Podsumowanie.

Wykonawca zgłaszając Roszczenie przejściowe 5.1 wskazał, iż ograniczenia w dostępności dóbr,

środków transportu, sprzętu i robocizny może – i najprawdopodobniej – wpłynię na wzrost kosztów po jego stronie, co wynika z siły wyższej. W ocenie Konsultanta prawnego w niniejszym przypadku przesłanka wystąpienia Siły Wyżej nie występuje, a jedynie przedmiotowe roszczenie można analizować pod kątem (nadzwyczajnej) zmiany stosunków gospodarczych.

Niezależnie od powyższego stanowiska wskazać również należy, iż w Subklauzuli 19.1 SWK zawarto definicję siły wyższej, rozumianej jako wyjątkowe wydarzenie lub okoliczność, na którą Strona nie ma wpływu, przed którą taka Strona nie mogłaby się rozsądnie zabezpieczyć przed momentem zawarcia Kontraktu, której, gdyby wystąpiła, taka Strona nie mogłaby uniknąć lub przewyciężyć, oraz której nie można w istocie przypisać drugiej Stronie. Wskazana definicja posługuje się bardzo nieostrychmi pojęciami i zwrotami, które mogą być odmiennie interpretowane zarówno przez Zamawiającego, jak i Wykonawcę, a także przez Sąd w przypadku kiedy doszłoby do sporu sądowego w kontekście zasadności powoływania się na wystąpienie siły wyższej. W konsekwencji nie jest wykluczone, iż Sąd uzna argumentację Wykonawcy, iż w oparciu o ww. zapisy jego roszczenie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ w okolicznościach niniejszej sprawy wystąpiły ww. przesłanki siły wyższej.

Podnieść także należy, iż praktyka Zamawiającego w materii wprowadzania istotnych zmian umowy w szczególności podwyższenie wynagrodzenia powoduje prawdopodobny brak możliwości wprowadzenia przedmiotowej zmiany, gdyż Zamawiający nie podejmie „ryzyka” wypłacenia znacznych środków, których na dzień dzisiejszy nie jest nawet w stanie oszacować, a potencjalne roszczenie Wykonawcy nie jest oparte o wiarygodne np. urzędowe dane (GUS). Ponadto Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić czy nadzwyczajna zmiana stosunków gospodarczych wystąpiła lub czy zmiana stosunków gospodarczych, której nie można było przewidzieć doprowadzić może do rażącej straty po stronie Wykonawcy (art. 632 §2 KC).

Zmiana wysokości istotnego elementu umowy, jakim jest wysokość wynagrodzenia, może nastąpić w oparciu o art. 357¹ KC, który z mocy art. 139 ust. 1 PZP ma zastosowanie w zakresie nieuregulowanym przez ustawę o zamówieniach publicznych. W tym jednak celu musi zostać zgłoszone żądanie zmiany treści stosunku łączącego strony, bowiem orzeczenie sądu, w zależności od treści żądania, może odmiennie niż w umowie oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, odmiennie oznaczyć wysokość świadczenia lub orzec o rozwiązaniu umowy.

Na marginesie zaznaczyć należy, iż w niniejszej wypowiedzi nie brano pod uwagę czy Wykonawca, jako profesjonalista winien/mógł przewidzieć ograniczenia w dostępności dóbr, środków

transportu, sprzęt i robocizny przy składaniu oferty.

Reasumując, Konsultant prawny na obecnym etapie bierze pod uwagę trzy możliwości rozwiązania kwestii związanej z ewentualną zmianą wynagrodzenia Wykonawcy wskazaną w ofercie, tj.:

1. podwyższenie wynagrodzenia przez sąd powszechny na zasadzie reguły „rebus sic stantibus” w oparciu o art. 357¹ KC w zw. z art. 139 ust. 1 PZP, na skutek powództwa wytoczonego przez Wykonawcę;
2. podwyższenie wynagrodzenia przez sąd powszechny na podstawie art. 632 §2 KC, na skutek wykazania, że doszło do zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, a wykonanie umowy groziłoby dla Wykonawcy rażącą stratą, na skutek powództwa wytoczonego przez Wykonawcę;
3. zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej SWK 13.8 – co jest możliwe w trakcie realizacji umowy, w oparciu o Wskaźnik waloryzacji (kwartalny), ogłaszany w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

Zwrócić należy uwagę na to, że z jednego z powyższych rozwiązań może skorzystać samodzielnie Zamawiający, a mianowicie z formuły podwyższenia wynagrodzenia w oparciu o klauzulę waloryzacyjną. Do podwyższenia wynagrodzenia według podstawy prawnej wskazanej powyżej w pkt 1 i 2 uprawniony jest jedynie sąd.

Wszystkie wskazane wyżej możliwości nie gwarantują ostatecznie podwyższenia wynagrodzenia Wykonawcy albowiem w przypadku dwóch pierwszych trybów konieczna będzie opinii biegłych rzeczoznawców i ekonomistów, którzy potwierdzą nadzwyczajną zmianę stosunków gospodarczych, możliwość przewidzenia wzrostu cen, stratę Wykonawcy oraz jej wartość. W trzecim przypadku warunkiem skutecznej realizacji formuły jest istnienie wskaźników, które odzwierciedlają wzrost cen danych dóbr tj. towarów i usług, których ceny w danej inwestycji uległy wzrostowi.

W tym miejscu podkreślić również należy, iż w toku wszczętego postępowania sądowego po rozważeniu przez Zamawiającego i Wykonawcę własnych stanowisk, a także po ocenie zebranego materiału dowodowego możliwa jest decyzja obu stron o celowości zawarcia ugody sądowej i zakończeniu sporu. Nie jest wykluczone również, iż na etapie przedsądowym Zamawiający i Wykonawca w wyniku prowadzonych rozmów uznają, iż istnieje możliwość zakończenia sporu bez inicjowania postępowania sądowego. Wówczas wspólnie wypracowane stanowisko przez Zamawiającego i Wykonawcę co do zgłoszonego roszczenia będzie mogło być zatwierdzone przed Sądem w ramach postępowania o zawiązanie do próby ugodowej, co w odróżnieniu od standardowego postępowania będzie znacznie tańsze i zdecydowanie krótsze, gdyż pozwoli na zakończeniu sporu na jednym posiedzeniu.

W obu opisanych powyżej przypadkach kluczową kwestią będzie wola zawarcia ugody przez Zamawiającego, jak i Wykonawcę. Na obecnym etapie nie sposób przewidzieć jakie będą ostateczne stanowiska stron w tym zakresie.

W ocenie Konsultanta celowym jest, aby w przyszłości w zapisach umów na realizację inwestycji zamieszczać dodatkowo zapis, który wskazywać będzie również na możliwość waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o indywidualne badanie statystyczne dla poszczególnych dóbr w trybie ustawy o statystyce publicznej z dnia 29 czerwca 1995r. Celowe jest to ze względu na to, że zdarza się, iż wskaźnik wzrostu cen dóbr danego rodzaju/branży jest nieadekwatny do wzrostu cen niektórych towarów z tej branży, a które to dobra mogą mieć istotne znaczenie dla kosztów realizacji inwestycji. Tym samym wskaźnik wzrostu dóbr danego rodzaju/branży nie pozwoli na odpowiednią korektę wynagrodzenia Wykonawcy, co w konsekwencji wpłynie na realizację umowy, w szczególności w zakresie jej należytego i starannego wykonania.

Podczas opracowywania opinii oraz spotkań ze stronami zainteresowanymi analizą przedmiotowej kwestii, kilkakrotnie padała deklaracja o możliwości niekwalifikowalności wydatków". W takim przypadku każda sytuacja jest badana indywidualnie. Jednak, aby móc uchronić się przed niekwalifikowalnością wydatku należałoby, jako ostateczność, zwrócić się z pytaniem do Komisji Europejskiej w przedmiotowej kwestii. Niewątpliwie, udzielona odpowiedź pozwoliłaby podjąć racjonalne decyzje w tym zakresie.

Kolejną przyszłościową alternatywą jest możliwość wypracowania przez GUS indywidualnych wskaźników waloryzacji dla rynku kolejowego. Jak wskazano powyżej, wskaźnik wzrostu cen dóbr danego rodzaju/branży jest nieadekwatny do wzrostu cen niektórych towarów z branży kolejowej, co wynika z jej specyfiki. Wobec powyższego, opracowanie skonkretyzowanego wskaźnika pozwoliłoby zmienić w sposób adekwatny wynagrodzenie (podwyższyć lub obniżyć).

Ponadto wskazać należy na celowość wprowadzania do kontraktów podobnych zapisów jak Subklauzula 20.2 FIDIC tj. zapisów dotyczących powołania komisji rozjemczej. Obecnie w Polsce duży nacisk kładzie się na polubowne rozwiązywanie sporów m.in. poprzez wprowadzanie mediacji czy sądów polubownych (arbitrażowych). Niewątpliwie pozasądowe metody rozwiązywania sporów są szybsze, mniej kosztowne i także toczą się za zamkniętymi drzwiami. Oczywiście w takich przypadkach musi być wola dwóch stron na zawarcie ugody, co jednak często jest trudne do wypracowania.

radca prawny
Sławomir Trojanowski