

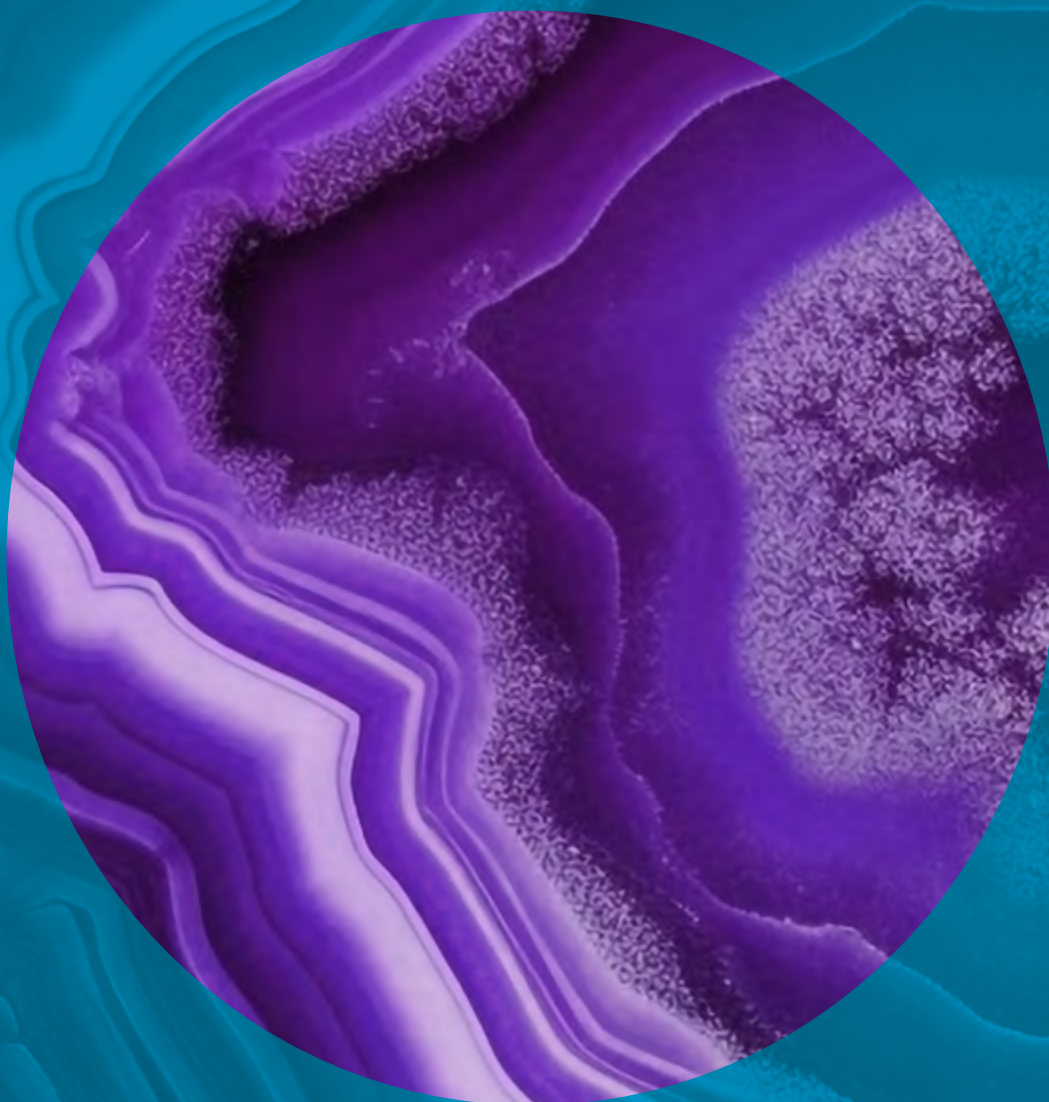
DENTONS

Waloryzacja kontraktów publicznych

Grow | Protect | Operate | Finance

Spis treści

3	...	Wstęp
4	...	Cena zwaloryzowana, to także korzyść dla zamawiającego
9	...	Klauzule waloryzacyjne i przeglądowe w przetargu publicznym
13	...	Waloryzować czy nie – decyzja, z której zarząd może być rozliczony
16	...	Zmiany w umowie z zamawiającym mogą stanowić pomoc publiczną
20	...	Waloryzacja poprzez restrukturyzację
25	...	Umowy długoterminowe i waloryzacja – praktyczne uwagi na gruncie podatku CIT



Wstęp

W dynamicznie zmieniającym się świecie gospodarki strony kontraktów publicznych stają w obliczu nowych wyzwań i trudności. Perturbacje rynkowe, zjawiska inflacyjne, wzrost cen energii, materiałów i usług to tylko niektóre z nich. Ich wpływ na dezaktualizację założeń i szacunków przyjętych przy składaniu ofert przetargowych wymaga wielowymiarowej analizy. Znaczące podniesienie kosztów realizacji kontraktów publicznych powoduje, iż dialog w sprawie waloryzacji wynagrodzenia i innych zmian umowy jest coraz częściej konieczny.

W niniejszej publikacji staramy się wspomóc ten dialog spojrzeniem na temat waloryzacji kontraktów publicznych z wielu perspektyw — nie tylko perspektywy prawa zamówień publicznych, ale również z perspektywy pomocy publicznej, podatkowej i restrukturyzacyjnej. Dla członków kadry zarządzającej zamawiających i wykonawców istotne są również kwestie ich odpowiedzialności. Tylko takie – wieloaspektowe – spojrzenie może doprowadzić do wypracowania optymalnego rozwiązania prawnego.

Kontakt



Aldona Kowalczyk

Radca prawny, partner, kieruje
Praktyką Prawa Zamówień Publicznych
i Kontraktów Rządowych w Polsce oraz
współkieruje w Europie
+48 22 242 56 62
aldona.kowalczyk@dentons.com



Anna Szymańska

Radca prawny, partner
w Zespole Prawa
Zamówień Publicznych
i Kontraktów Rządowych
+48 22 242 56 72
anna.szymanska@dentons.com

Cena zwaloryzowana, to także korzyść dla zamawiającego

Autorzy:



Aldona Kowalczyk

Radca prawny, partner, kieruje
Praktyką Prawa Zamówień Publicznych
i Kontraktów Rządowych w Polsce oraz
współkieruje w Europie



Sylwester Kuchnio

Radca prawny, counsel,
członek Zespołu Prawa Zamówień
Publicznych i Kontraktów Rządowych

Nadzwyczajne sytuacje takie jak pandemia Covid-19, czy wojna w Ukrainie, a w ich konsekwencji m.in. wysoka inflacja objawiająca się wzrostem cen surowców i materiałów, kosztów energii i robocizny uniemożliwiają realizowanie kontraktów na wcześniej ustalonych warunkach. Skutecznym sposobem na przywrócenie równowagi ekonomicznej stron umowy w sprawie zamówienia publicznego jest waloryzacja ceny.

Już w 2018 r., w ramach konsultacji koncepcji nowego prawa zamówień publicznych (Pzp), zwrócono uwagę na konieczność zmiany podejścia do koncepcji umowy w sprawie zamówienia publicznego jako jednostronnie narzuconego przez zamawiającego kontraktu, w którym zabezpieczony powinien być wyłącznie interes zamawiającego. Ustawodawca dostrzegł potrzebę ułożenia relacji na linii zamawiający – wykonawca na bardziej partnerskich zasadach. Wyraz tego stanowią m. in. wprowadzone do uchwalonej w 2019 r. ustawy Pzp¹ nowe rozwiązania prawne, takie jak m. in. określenie przez ustawodawcę katalogu niedozwolonych klauzul umownych (art. 433), zobowiązanie zamawiającego i wykonawcy do współdziałania przy wykonywaniu umowy (art. 431) czy też wyraźna zachęta ustawodawcy do pozasądowego rozwiązywania sporów między zamawiającymi a wykonawcami na tle umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 591 – 595).

Trend od którego nie ma odwrotu

Zmiana podejścia ustawodawcy, uwzględniająca konieczność większego poszanowania interesów obu stron umowy w sprawie zamówienia publicznego (a więc również interesu wykonawcy), która zaszła jeszcze przed wybuchem epidemii Covid-19 oraz wybuchem wojny w Ukrainie, wpisuje się w trend, od którego, jak się zdaje, nie ma już odwrotu. Trend ten został wzmocniony dalszymi działaniami legislacyjnymi dotyczącymi umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowiącymi reakcję i próbę łagodzenia skutków, a związanymi z bezprecedensowymi skutkami epidemii Covid-19, a następnie agresji Rosji na Ukrainę, m. in. takich jak zakłócenia łańcuchów dostaw i dostępności surowców czy wysoka inflacja objawiająca się wzrostem cen surowców i materiałów, zwiększeniem kosztów energii, robocizny i transportu.

Terminarz	Najważniejsze wydarzenia
11 września 2019 r.	Uchwalenie nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych (Pzp).
marzec 2020 r.	Wybuch epidemii Covid-19 w Polsce oraz uchwalenie tzw. specustawy Covid-19.
luty 2022 r.	Inwazja Rosji na Ukrainę.
marzec 2022 r.	Opinia Urzędu Zamówień Publicznych „Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego...”.
lipiec 2022 r.	Opinia Prokuraturii Generalnej RP „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia)...”.
październik 2022 r.	uchwalenie tzw. Tarczy Prawnej.

1. Ustawa z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. DZU z 2022 r., poz. 1710 ze zm.).

Klauzule umowne brakujące lub niewystarczające

Skala problemów, z jakimi przyszło mierzyć się obecnie wykonawcom przy realizacji umów w konsekwencji wojny na Ukrainie, wykracza z reguły poza tzw. zwykłe ryzyko kontraktowe, prowadząc do zaburzenia równowagi ekonomicznej stron umowy i generując ryzyko masowych odstępień wykonawców od realizowanych zamówień publicznych. Odpowiedzią na to stały się podjęte przez ustawodawcę działania legislacyjne w postaci tzw. Tarczy Prawnej z października 2022 r.¹, która odnosi się również do umów zawartych w reżimie Pzp (art. 44 i art. 48 Tarczy Prawnej).

Oprócz zmian dotyczących klauzul waloryzacyjnych, które obowiązkowo muszą być zawarte w umowie w sprawie zamówienia publicznego (objęcie tym obowiązkiem umów zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, w tym umów dostawy), Tarcza Prawna przewiduje zmiany, które stanowią potwierdzenie aprobaty ustawodawcy dla podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy. Dotychczasowy przepis Pzp (art. 455 ust. 1 pkt 4), dopuszczający zmianę umowy, jeżeli konieczność tej zmiany spowodowana jest okolicznościami niemożliwymi do przewidzenia przez zamawiającego, został wzbogacony o doprecyzowanie „w tym w szczególności zmiany wysokości ceny”. Jednoznacznie wskazuje to na wolę ustawodawcy rozwiania jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie. Niewątpliwie również zmiana wynagrodzenia wykonawcy może się odbyć, przy zachowaniu ustawowych przesłanek, na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp, a więc i wówczas, gdy zawarte w umowie postanowienia o jej zmianie, w tym o zmianie wynagrodzenia wykonawcy, są niewystarczające bądź ich brak.

Również art. 48 Tarczy Prawnej, wprost odnoszący dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego do istotnej zmiany cen materiałów lub kosztów, których zamawiający nie mógł przewidzieć, świadczy o dużej determinacji ustawodawcy, w odpowiedzi na potrzeby rynku, aby proces dostosowania umowy do obecnych okoliczności związanych z wysoką inflacją i bezprecedensowym wzrostem kosztów realizacji zamówienia publicznego, jak najbardziej usprawnić. Wpisuje się to we wskazany powyżej trend nowoczesnego podejścia do zamówień publicznych i dostrzeżenia, iż traktowanie kontrahenta – wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego, po partnersku i adekwatne reagowanie na wszelkie nieprzewidywalne zdarzenia, które zaburzają równowagę ekonomiczną stron, to dla obu stron umowy niejako rozwiązanie win-win.

Podejście takie widać również w wydanej już w marcu 2022 r. opinii Urzędu Zamówień Publicznych² w sprawie dopuszczalności zmiany umowy, w której Urząd jasno wskazał, iż możliwa jest – w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp - zmiana umów dotkniętych negatywnymi skutkami konfliktu w Ukrainie również w przypadku, gdy sama umowa nie przewidywała klauzuli waloryzacyjnej lub gdy przewidziana w umowie klauzula waloryzacyjna nie pozwoli na przywrócenie równowagi ekonomicznej stron. Szerzej kwestie te rozwija opublikowane w lipcu 2022 r. stanowisko Prokuratury Generalnej RP³, wskazując dodatkowo, iż w konkretnych okolicznościach odmowa zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy mimo spełnienia przesłanek dopuszczalności zmiany umowy może być wręcz uznana za działanie niegospodarne ze strony zamawiającego.

1. Ustawa z 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (tekst jedn. DzU z 2022 r., poz. 2185).
2. „Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp” <https://www.gov.pl/web/uzp/dopuszczalnosc-zmiany-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego-na-podstawie-art-455-ust-1-pkt-1-i-4-oraz-art-455-ust-2-ustawy-pzp>.
3. Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia) – podstawowe zagadnienia”, Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia) - rekomendacje - Prokuratura Generalna Rzeczypospolitej Polskiej - Portal Gov.pl (www.gov.pl).



Perspektywa zamawiającego

Z punktu widzenia strony zamawiającej waloryzacja nie może być jednak oceniana jedynie przez pryzmat „klimatu” czy zachęt ze strony ustawodawcy, ale musi być zgodna z przepisami regulującymi działalność danych zamawiających, w szczególności formalnie zgodna z przepisami o zamówieniach publicznych, a także zasadami ogólnymi systemu finansów publicznych.

Jak już wskazano, najczęściej rozpatrywanymi podstawami aneksów waloryzujących cenę czy wynagrodzenie wykonawcy zamówienia publicznego czy też zawieranych ugód jest przepis art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp i zawarte w umowie klauzule przeglądowe oraz przepis art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp odwołujący się do nieprzewidzianej konieczności wprowadzenia zmian w umowie. Aktualnie, dodatkową podstawę czy też raczej potwierdzenie uprawnienia do wprowadzenia tego typu zmian, stanowią przepisy Tarczy Prawnej.

Zastosowanie do konkretnych stanów faktycznych określonych podstaw prawnych w praktyce dalej budzi obawy czy wątpliwości po stronie zamawiających, wskazujących, że aneksowanie umowy w sprawie zamówienia publicznego zawsze obarczone będzie pewną dozą niepewności co do możliwości innej kwalifikacji i oceny danej zmian przez organy kontrolujące działalność zamawiającego, szczególnie w odniesieniu do zakresu i wysokości dopuszczalnej zmiany, a także wykazania i dokumentowania okoliczności, w związku z którymi dana zmiana jest wprowadzana.

Jednakże wydaje się, iż w przypadku istnienia dobrej woli i możliwości finansowych po stronie zamawiającego, a także przy odpowiednim stopniu staranności wykonawcy przy ustaleniu i wykazaniu jego kosztów wykonania zamówienia, oraz jednocześnie pewnej dozie zdrowego rozsądku obu stron, wykazanie przesłanek i podstaw aneksu oraz osiągnięcie porozumienia, co do jego treści, nie powinny nastroczać problemów. Warto w tym kontekście odnotować, że w powoływanym wyżej stanowisku Prokuraturii Generalnej podkreślono również, iż zawarcie ugody w sprawie spornego żądania wykonawcy może zostać uznane za działanie nie tylko dopuszczalne, ale wręcz pożądane z punktu widzenia zasad gospodarowania środkami publicznymi, zwłaszcza zasady celowości i efektywności ich wydatkowania.

Ugoda sposobem na uniknięcie konfliktu

Natomiast w przypadkach, gdy po stronie zamawiającego ciągle występują wątpliwości co do legalności planowanego aneksu i jego treści, istnieją pewne instrumenty służące mitygacji ryzyk z tym związanych. Przede wszystkim tego typu sposobem może być zawarcie ugody w sprawie sporu dotyczącego waloryzacji. Przy braku porozumienia co do samej możliwości waloryzacji czy szczegółowej treści aneksu w tym zakresie, np. co do wysokości wzrostu wynagrodzenia, wykonawca zawsze bowiem może wystąpić z żądaniem takiego podniesienia, wykazując wzrost kosztów wykonania zamówienia oraz konsekwencje jego braku, zarówno dla danego kontraktu, jak i jego działalności (np. konieczność zejścia z kontraktu czy upadłość wykonawcy).



W takim wypadku strony znajdą się w sporze, który może eskalować w długotrwały i kosztowny proces sądowy, którego wynik będzie niepewny, a którego przewlekłość i brak szybkiego rozstrzygnięcia będzie paraliżować dalsze plany i działania stron.

Eskalacji takiej można uniknąć zawierając ugodę na podstawie art. 917 kodeksu cywilnego, w której strony poczynią sobie ustępstwa co do łączących je stosunków i w ten sposób usuną niepewność co do wynikających z nich roszczeń i zażegnają powstały spór. Można zaryzykować twierdzenie, iż właśnie tego typu formę rozstrzygania sporów na tle realizowanych kontraktów publicznych dopuszcza, a nawet wręcz promuje ustawodawca. W przepisach nowego Pzp wprost wskazano dopuszczalne sposoby polubownego rozwiązania sporu w sprawie umowy o zamówienie publiczne, prowadzące do zawarcia ugody, podkreślając m.in. możliwość prowadzenia mediacji, a nawet wskazując na Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej jako jeden z organów właściwych do jej prowadzenia.

Natomiast na gruncie przepisów dotyczących finansów publicznych już od roku 2017 obowiązują regulacje ustawy o finansach publicznych, które jednoznacznie przesądzają o możliwości zawierania ugód cywilnoprawnych przez jednostki sektora finansów publicznych. Zgodnie z art. 54a ustawy o finansach publicznych jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej w przypadku dokonania oceny, że skutki ugody są dla tej jednostki lub odpowiednio Skarbu Państwa albo budżetu

jednostki samorządu terytorialnego korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego. Jednocześnie przepis ten przewiduje wymóg sporządzenia uprzedniej pisemnej oceny skutków ugody, uwzględniającej okoliczności sprawy, w szczególności zasadności spornych żądań, możliwości ich zaspokojenia i przewidywanego czasu trwania oraz kosztów postępowania sądowego albo arbitrażowego.

Rzetelnie sporządzona analiza pokazująca korzyści ugody i skutki braku jej zawarcia (które mogą być ujmowane bardzo szeroko i nie ograniczają się bynajmniej wyłącznie do kosztów postępowania sądowego czy do innych następstw finansowych, ale mogą odnosić się również do skutków społecznych czy innych aspektów interesu publicznego), będzie trudna do podważenia, a tym samym zawarta uгода będzie trudna do zakwestionowania.

Jednocześnie do ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wprowadzono regulacje zwalniające z odpowiedzialności dyscyplinarnej za wydatkowanie środków publicznych dokonywanych w ramach obowiązujących ugód (art. 5 ust. 4, art. 11 ust. 2, art. 15 ust. 2).

Dodatkowe bezpieczeństwo prawne zamawiającego można osiągnąć przez sądowe zatwierdzenie ugody w trybie art. 184 kodeksu postępowania cywilnego, które prowadzi do sądowego potwierdzenia zgodności zawartej ugody z prawem, w tym również z przepisami o zamówieniach publicznych.

Sektor samorządowy

Sektorem szczególnie „paraliżowanym” przez działalność rozlicznych instytucji kontrolnych wydaje się samorząd terytorialny, którego działania niejednokrotnie są dodatkowo warunkowane przez wewnętrzne i zewnętrzne otoczenie polityczne. Jednostki samorządu terytorialnego często nie zdają sobie sprawy, iż dla zwiększenia bezpieczeństwa prawnego swoich działań mogą skorzystać z instytucji wyjaśnień przewidzianej w art. 13 pkt 11 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych¹. Zgodnie z tym przepisem regionalne izby obrachunkowe (RIO) są właściwe w sprawach udzielania wyjaśnień w odpowiedzi na wystąpienia jednostek samorządu terytorialnego w sprawach dotyczących stosowania przepisów o finansach publicznych. Pojęcie stosowania przepisów o finansach publicznych rozumiane jest w tym przypadku szeroko i nie dotyczy bynajmniej tylko i wyłącznie ustawy o finansach publicznych, ale wszystkich przepisów tworzących ład finansów publicznych, do kontrolowania których właściwie są regionalne izby obrachunkowe.

Jakkolwiek wyjaśnienia udzielane przez RIO nie mają wiążącego charakteru dla samych izb czy innych organów, a tym bardziej nie są źródłem prawa, jednakże trudno przecenić fakt zastosowania się do opinii wydanej przez organ nadzoru. Jest również mało prawdopodobne, aby organ odstąpił od swojego stanowiska, a inne organy kontrolne łatwo zignorowały jego autorytet.

Zdaniem autorów

Dialog między stroną zamawiającą a wykonawcą jest konieczny, szczególnie w obecnych czasach wysokiej inflacji i szalejących cen surowców, materiałów i robocizny. Rosnąca liczba zawieranych aneksów, a także ugód w zakresie waloryzacji wynagrodzenia i innych zmian umowy w sprawie zamówienia publicznych, wskazuje na zmianę dotychczas zachowawczej postawy zamawiających oraz daje nadzieję na złagodzenie skutków rysującego się kryzysu dla wszystkich uczestników rynku. Należy mieć bowiem na względzie, iż zamówienia publiczne oraz decyzje zamawiających w tym zakresie wywierają istotny wpływ na funkcjonowanie gospodarki narodowej.

Podejmowane przez zamawiających działania powinny charakteryzować się wysokim stopniem rozsądku, racjonalności, a nawet wizjonerstwa, a nie tylko ograniczać do doraźnych skutków finansowych. Zamawiający winni dokładnie rozważyć, jakie konsekwencje dla lokalnego rynku czy całej społeczności mieć będzie odmowa często niewielkiego podniesienia wynagrodzenia umownego, mogąca skutkować w szczególności niewykonaniem zamówienia, a nawet upadłością wykonawcy. Ponadto, biorąc pod uwagę inflację i ogólną sytuację rynkową, tak korzystnej ceny, jak cena zwaloryzowana, zamawiający w kolejnym, powtórzonym przetargu raczej nie uzyska.

1. Ustawa z 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jedn. DzU z 2022 r., poz. 1668).

Klauzule waloryzacyjne i przeglądowe w przetargu publicznym

Autorka:



Anna Szymańska

Radca prawny, partner w Zespole Prawa Zamówień Publicznych i Kontraktów Rządowych

Od 10 listopada 2022 r. obowiązek stosowania klauzul waloryzacyjnych został znacznie rozszerzony, a w przypadku już wykonywanych umów ustawodawca potwierdził dopuszczalność rewizji wysokości wynagrodzenia oraz innych zobowiązań umownych z uwagi na istotną zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Obecna sytuacja rynkowa spowodowała, iż kontrakty publiczne jak nigdy dotąd potrzebują skutecznych i efektywnych klauzul waloryzacyjnych. Truizmem jest przy tym stwierdzenie, iż mowa tu najczęściej o zobowiązaniach znacznej wartości oraz doniosłości społecznej. Od 2021 r. obowiązuje normatywny konsensus co do ich stosowania przy realizacji zamówień na roboty budowlane i usługi o okresie obowiązywania dłuższym niż 12 miesięcy. Skutki pandemii Covid-19 oraz agresji Rosji przeciwko Ukrainie w wielu przypadkach uruchomiły także konieczność zastosowania klauzul przeglądowych oraz modyfikacji treści stosunku umownego z uwagi na zmiany okoliczności, których w normalnym toku działalności wykonawca ani zamawiający nie przewidywał.

Zmiany w przepisach

W dobie skumulowanych turbulencji gospodarczych, w tym galopującej inflacji (statystyki zarówno konsumenckie jak i producenckie są w tym zakresie nieubłagane), dostępne mechanizmy prawne w praktyce okazały się niewystarczające do skutecznego stymulowania działań mających na celu przywrócenie równowagi ekonomicznej stron umowy o zamówienie publiczne.

Dalsze zaadresowanie tych kwestii znalazło więc wyraz w ustawie z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (DzU poz. 2185). W konsekwencji od 10 listopada 2022 r. ustawowy obowiązek stosowania klauzul waloryzacyjnych został znacznie rozszerzony, natomiast w odniesieniu do zmian wykonywanych już umów publicznych ustawodawca potwierdził wprost dopuszczalność rewizji wysokości wynagrodzenia oraz innych zobowiązań umownych w związku z nieprzewidzianą istotną zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego.

Warto przypomnieć doniosłość funkcji klauzul waloryzacyjnych, obejmujących w szczególności:

- przywrócenie równowagi ekonomicznej stron kontraktu oraz ekwiwalentności świadczeń (w stosunku do stanu na dzień ofertowania),
- urealnienie wynagrodzenia wskutek wzrastających kosztów realizacji i zmiany siły nabywczej pieniądza, podział ryzyk niezależnych od stron,
- przeciwdziałanie negatywnym konsekwencjom dla zamawiającego,
- przeciwdziałanie nieadekwatności oferowanych cen (niedoszacowanie, przeszacowanie) spowodowanej niestabilnością okoliczności zewnętrznych.

Wytyczne co do treści

Obecnie każda umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, powinna zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Wyjątkiem są postępowania o udzielenie zamówienia (oraz konkursy) wszczęte i niezakończone przed dniem 10 listopada 2022 r., w stosunku do których zastosowanie mają przepisy dotychczasowe o węższym zakresie zastosowania obowiązkowe waloryzacji.

Wytyczne co do treści klauzuli waloryzacyjnej przewidują przepisy prawa zamówień publicznych (dalej Pzp). Z natury rzeczy mają one jednak charakter ramowy, co oznacza, że wypełnienie klauzuli konkretną treścią merytoryczną zależy od okoliczności danego przypadku, w tym między innymi, rodzaju i czasu realizacji kontraktu, okoliczności rynkowych charakterystycznych dla danej branży, struktury kosztów realizacji zamówienia, możliwości zamawiającego. Niemniej, lege artis, każda umowa na roboty, dostawy lub usługi zawierana na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zasady zmian wynagrodzenia powinna regulować.

Należy także zwrócić uwagę na występujące w praktyce dodatkowe zobowiązania umowne wydłużające okres realizacji umowy (np. różnego rodzaju usługi posprzedażowe, wsparcie techniczne, itp.). Regulacje odnoszą się do samej okoliczności zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją, przy czym może to dotyczyć zarówno ich wzrostu jak i obniżenia.

Klauzula waloryzacyjna w umowie o zamówienie publiczne powinna określać w szczególności:

- minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów,
- początkowy termin ustalenia wynagrodzenia (np. termin otwarcia ofert lub wcześniejszy, termin zawarcia umowy),
- sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia,
 - wskaźnikowy (np. wskaźnik GUS),
 - w oparciu inną podstawę (np. wykaz rodzajów materiałów/kosztów),
- częstotliwość zmian,
- sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów/kosztów na koszt wykonania zamówienia,
- limit zmian wynagrodzenia.

Wykonawcy powinni także odpowiednio regulować lustrzane klauzule waloryzacyjne z niektórymi podwykonawcami z uwagi na ustawowy obowiązek adekwatnej zmiany wynagrodzenia dla podwykonawcy w przypadku zastosowania waloryzacji w umowie głównej.

Jak uniknąć błędów?

Na zamawiającym ciąży obowiązek należytej staranności na etapie przygotowania postępowania w postaci opracowania odpowiedniej klauzuli waloryzacyjnej. Z kolei wykonawca z uwagi na zawodowy charakter prowadzonej działalności powinien już na wstępnym etapie przeanalizować treść projektu umowy w tym zakresie, a w przypadku dostrzeżonych nieprawidłowości, zaadresować je w postaci wniosków o modyfikację treści projektowanych postanowień umowy. Ważnym narzędziem kształtowania treści przyszłej umowy oraz szerzej odpowiednich standardów oraz praktyki, są także odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Wykonawca ma prawo do wniesienia odwołania do Izby na niezgodne z przepisami prawa zamówień publicznych projektowane postanowienia umowy, w tym wobec treści projektu klauzuli waloryzacyjnej.

W tym kontekście należy podkreślić, że prawidłowa klauzula waloryzacyjna powinna być:

- **formalnie zgodna z przepisami Pzp** – określać wszystkie jej wymagane elementy, oraz
- **materialnie zgodna z zasadami Pzp** – w tym z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności oraz efektywności, co oznacza, iż powinna być adekwatna do sytuacji rynkowej oraz przedmiotu zamówienia, odpowiednio rozkładająca ryzyka kontraktowe.

Przykładowo, może okazać się niegodną z zasadą równego traktowania klauzula premiująca w sposób nieuzasadniony jeden z kilku dopuszczonych sposobów realizacji zamówienia, właściwy danemu wykonawcy. Innymi kwestiami problematycznymi napotykanymi w praktyce są zagadnienia waloryzacji pozornej, waloryzacji nieodpowiadającej strukturze kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, waloryzacji niewystarczającej, o zbyt niskim limicie, zbyt późnej czy o zbyt wysokim progu wejścia.

Przedmiotem odwołań wykonawców są także tzw. okresy waloryzacyjne. Przykładem w niektórych okolicznościach może być uznanie za naruszający prawo zapisu o pierwszej adaptacji wynagrodzenia dopiero w trzecim roku obowiązywania długoterminowej umowy, czy o maksymalnym limicie waloryzacji na poziomie kilku procent wynagrodzenia. W każdym wypadku istotne są przy tym zasady rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym i związana z tym konieczność udowodnienia twierdzeń, np. co do zbyt niskiego rocznego limitu waloryzacji, nieprawidłowych wag wskaźników waloryzacyjnych, zbyt wysokiego progu wejścia do waloryzacji czy też konieczności częstszej adaptacji niż wskazana w projekcie.

Roszczenie o zmianę umowy

Innym zagadnieniem pojawiającym się w praktyce jest kwestia automatyzmu zmian wynagrodzenia względem obowiązku zawarcia aneksu potwierdzającego, a także kwestii wykazywania we wniosku waloryzacyjnym okoliczności uzasadniających zmianę wynagrodzenia. Niezależnie od przyjętego rozwiązania (na co może mieć wpływ szereg okoliczności, w tym m.in. zastosowana metoda waloryzacji), należy mieć na względzie, że zaistnienie wskazanych w umowie podstaw do waloryzacji kreuje po stronie uprawnionej roszczenie o zmianę. Nie będą zatem prawidłowe regulacje warunkujące waloryzację swobodną, arbitralną decyzją zamawiającego pomimo wystąpienia okoliczności wskazanych w klauzuli.

Przepisy przejściowe

Przepisy tarczy prawnej zawierają także swoiste normy przejściowe dla umów będących w toku w dniu 10 listopada 2022 r. Wskazują wprost na dopuszczalność szeregu zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego, która została zawarta przed tym dniem, a modyfikacja jest dokonywana w związku z – co należy podkreślić istotną – zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć. Ustawa nie ogranicza zakresu stosowania wskazanych zasad jedynie do umów zawartych w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec czego obejmują one wszelkie zamówienia publiczne.

Dopuszczalne modyfikacje umów w toku mogą obejmować w szczególności:

- zmianę wysokości wynagrodzenia,
- wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej,
- zmianę klauzuli waloryzacyjnej (np. limitu),
- zmiany przedmiotowe, np. zakres świadczenia, sposób rozliczenia świadczenia, termin realizacji, czasowe zawieszenia wykonywania.

W powyższym przypadku zmiany wysokości wynagrodzenia, niezależnie czy w postaci bezpośredniej czy za pośrednictwem klauzul waloryzacyjnych, nie powinny przekraczać 50 proc. wartości umowy, natomiast uzgodnienie zmiany powinno opierać się na odpowiednim podziale zwiększonego kosztu wykonania zamówienia pomiędzy stronami. Sposób zmiany może być ustalony w sposób uproszczony poprzez odesłanie do odpowiedniego wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów (np. GUS), a ponadto powinien zostać adekwatnie odniesiony do umów podwykonawczych będących w toku.

Zdaniem autorki

Opisane tekście ustawowe przesłanki zmian niektórych kontraktów należy uznać za potwierdzenie oraz uszczegółowienie dotychczasowych (oraz nadal obowiązujących) regulacji przewidujących dopuszczalność zmiany umowy, jeżeli jest to konieczne z uwagi na okoliczności, 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 proc. wartości pierwotnej umowy. Oznacza to, że korzystają z ochrony prawnej także umowy zawarte po 10 listopada 2022 r. w wyniku postępowań wszczętych przed tą datą. Mimo, iż ta grupa umów nie jest objęta nowymi regulacjami w zakresie klauzul waloryzacyjnych, to nadal mają do nich zastosowanie ogólne przesłanki zmiany umów, w szczególności wyżej wskazana norma ogólna adresująca nieprzewidziane okoliczności.

Na etapie realizacji umowy o zamówienie publiczne stosowanie klauzul waloryzacyjnych lub rewizyjnych także wymaga należytej staranności po stronie obu stron, przejawiającej się przede wszystkim w obowiązku współdziałania z zamawiającego i wykonawcy przy realizacji umowy w celu jej należytego wykonania. Okoliczności sprawy mogą także wymagać odpowiedniego monitoringu, ewidencji, przeciwdziałania oraz informowania o sytuacjach uzasadniających zastosowanie mechanizmów adaptacyjnych.

Można więc skonkludować, że narzędzia prawne w celu przeciwdziałania nieprzewidzianym, nowym wyzwaniom rynkowym istnieją, natomiast ich odpowiednie stosowanie nadal nabiera kształtu. Czasy wymagają w pewnym uzasadnionym zakresie odejścia od zasady nominalizmu. Warto dodać, iż już w 2014 r. Sąd Najwyższy wskazał, że w istocie klauzula waloryzacyjna nie prowadzi do zmiany, lecz jedynie realizacji woli stron z chwili zawarcia umowy, przywracając pierwotną równowagę ekonomiczną świadczeń stron i tym samym zapobiegając pokrzywdzeniu jednej ze stron stosunku umownego (II CSK 773/13).

Waloryzować czy nie – decyzja, z której zarząd może być rozliczony

Autor:



Wojciech Łysek

Adwokat, counsel,
członek Zespołu Postępowañ Sądowych
i Arbitrażu oraz Praktyki Sporów Korporacyjnych


Jeżeli kontrakt przestał się spółce opłacać, zarząd ma obowiązek podjąć decyzję: jak w takiej sytuacji się zachować i co z tą umową zrobić.

Temat waloryzacji kontraktów stał się tematem szeroko dyskutowanym na przestrzeni ostatnich kilku lat. Pandemia, wojna na Ukrainie, przerwane łańcuchy dostaw oraz inflacja sprawiły, że równowaga licznych umów została zachwiana, co w konsekwencji skutkowało koniecznością postawienia pytania o sposoby przywrócenia tej równowagi. Szereg instytucji prawnych do tej pory zapomnianych i rzadko stosowanych (np. klauzula rebus sic stantibus) zyskał na aktualności. Co oczywiste rzeczony wahnięcia rynkowe i problemy nie ominęły stron umów zawartych w trybie prawa zamówień publicznych. Członkowie organów spółek kapitałowych będących stronami tych umów – tak występujących w roli zamawiających jak i wykonawców – stoją przed dokładnie tymi samymi wyzwaniem, co ich koledzy z sektora prywatnego. Podlegają też tym samym zasadom odpowiedzialności, a ze swoich decyzji mogą zostać w analogiczny sposób rozliczeni.

Kiedy zarząd odpowiada?

Nowelizacja Kodeksu spółek handlowych (k.s.h.), która weszła w życie w październiku ubiegłego roku, obok implementacji tzw. prawa holdingowego przyniosła zmiany w zasadach odpowiedzialności członków organów spółek kapitałowych. W szczególności nowelizacja, w zamierzeniu ustawodawcy, miała wprowadzić do polskiego porządku prawnego tzw. zasadę biznesowej oceny sytuacji (business judgment rule). Zasada ta stanowić ma swoistą gwarancję bezpieczeństwa dla członków organów i zapewniać brak odpowiedzialności wobec spółki za działania (lub zaniechania), które co prawda finalnie okazały się dla spółki niekorzystne, ale które zostały podjęte przy zachowaniu należytej staranności.

Zgodnie z art. 209[1] § 1 k.s.h. (oraz art. 377[1] § 1 k.s.h.) członek zarządu powinien przy wykonywaniu swoich obowiązków dołożyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności oraz dochować lojalności wobec spółki. Zgodnie natomiast z art. 293 § 1 k.s.h. (i art. 483 § 1 k.s.h.) członek zarządu odpowiada wobec spółki za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami statutu spółki, chyba że nie ponosi winy.



Na gruncie Kodeksu spółek handlowych nie było przy tym jasne, czy członek zarządu odpowiada jedynie w sytuacji, w której jego działanie (lub zaniechanie) narusza konkretny przepis prawa, czy też członek zarządu może ponieść odpowiedzialność wobec spółki także za takie działanie (lub zaniechanie), które co prawda nie stanowi naruszenia przepisu prawa, ale było lekkomyślne, a przy jego podejmowaniu członek zarządu nie dochował należytej staranności. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach stanął ostatecznie na stanowisku, że zawinione działanie członka zarządu dokonane z przekroczeniem granic ryzyka gospodarczego jest sprzeczne z interesem spółki i jako takie narusza prawo.

Na mocy wspomianej wyżej nowelizacji Kodeksu spółek handlowych wprowadzono art. 293 § 3 k.s.h. (i art. 493 § 3 k.s.h.), zgodnie z którym członek zarządu nie narusza obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności, jeżeli postępując w sposób lojalny wobec spółki działa w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, w tym na podstawie informacji, analiz i opinii, które powinny być w danych okolicznościach uwzględnione przy dokonywaniu starannej oceny. Ww. przepis daje zatem pewne wskazówki co do tego czym decyzje członka zarządu powinny zostać podparte, aby można było uznać, że zostały podjęte w sposób należyty.

Co zrobić z tym kontraktem?

Jeżeli umowa zawarta przez spółkę przestała się tej spółce opłacać, obowiązkiem zarządu jest podjęcie decyzji jak w takiej sytuacji się zachować i co z tą umową zrobić. Sytuacje, w których strona może samodzielnie podnieść swoje wynagrodzenie są przy tym właściwie niespotykane i w tym zakresie konieczna jest współpraca drugiej strony. Co oczywiste druga strona nie jest najczęściej zainteresowana zmianą umówionych wcześniej warunków.

W sytuacji braku współpracy drugiej strony zarząd powinien rozważyć możliwość zastosowania instrumentów waloryzacyjnych mających swoje źródło w Kodeksie cywilnym, przy czym wymagających ingerencji sądu w zawartą umowę (np. art. 357[1] k.c. czy art. 632 § 2 k.c.). Jakkolwiek wiąże się to z koniecznością wszczęcia i prowadzenia postępowania sądowego, to może finalnie dać korzystny dla spółki rezultat (zwłaszcza w sytuacji, w której spółce udałoby się wcześniej uzyskać sądowe zabezpieczenie swojego roszczenia poprzez tymczasowe unormowanie przez sąd praw i obowiązków stron na czas procesu).

Postępowanie sądowe jest jednak długotrwałe, a jego wynik zawsze niepewny, stąd przed jego wszczęciem wydaje się, że zarząd powinien podjąć próby wynegocjowania z drugą stroną ewentualnej zmiany umowy. Na gruncie umów zawieranych w ramach udzielenia zamówienia publicznego z pomocą idą art. 439 i 455 Prawa zamówień publicznych. Pierwszy z nich nakłada obowiązek zawierania w umowach tzw. klauzul waloryzacyjnych. Drugi reguluje kwestię zmian w umowie, które nie wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Członkowie zarządów spółek będących wykonawcami w ramach umów zawartych w trybie Prawa zamówień publicznych dysponują zatem zarówno umową jak i ustawową podstawą do domagania się zmiany umowy, która stała się nieopłacalna z przyczyn od wykonawcy niezależnych.

Dylematy zamawiającego

Jak jednak powinien postąpić członek zarządu spółki kapitałowej będącej zamawiającym, do której wykonawca skierował oczekiwanie zmiany umowy? Po stronie zamawiających istnieje naturalna tendencja do powściągliwości, jeżeli chodzi o zmianę umów, zwłaszcza w zakresie wynagrodzenia wykonawcy. Co więcej, członkowie organów spółek

– zamawiających, wyrażają częstokroć obawy, że ewentualna zgoda na zmianę umowy narazi ich na odpowiedzialność. Myślenie takie jest jednak błędne – zaniechanie dokonania zmiany umowy również może w określonych okolicznościach stanowić czyn członka zarządu, który uzasadnia jego odpowiedzialność odszkodowawczą wobec spółki.

Podejmując decyzję w przedmiocie zmiany umowy, członkowie zarządów zamawiających powinni każdorazowo wziąć pod uwagę całokształt okoliczności faktycznych i prawnych towarzyszący danej umowie.

Przykład

Jeżeli wynagrodzenie należne generalnemu wykonawcy na podstawie umowy o roboty budowlane stało się (na skutek np. znacznego wzrostu cen materiałów budowlanych) niewystarczające, co skutkuje groźbą przerwania prac przez generalnego wykonawcę albo groźbą wytoczenia przez niego powództwa o zmianę umowy, czy wręcz groźbą jego upadłości, to zmiana umowy może okazać się, w perspektywie zadań, które zamawiający ma realizować, działaniem pożądanym, natomiast zaniechanie dokonania zmiany umowy czynem, który spółce finalnie zaszkodzi (i za który to czyn członek zarządu może ponieść odpowiedzialność).

Nie jest przy tym oczywiście możliwe wytyczenie granicy pomiędzy tymi sytuacjami, w których zmiana umowy będzie „dobra”, a tymi, w których zmiana umowy będzie „zła”. Oczekiwać należałoby, że członek zarządu przeprowadzi symulację możliwych scenariuszy, kosztów każdego scenariusza oraz jego prawdopodobieństwa. Najczęściej wymagać to będzie również zasięgnięcia opinii zewnętrznych ekspertów (o czym wprost mówią znowelizowane przepisy Kodeksu spółek handlowych).

Metodyka postępowania

Wskazówkę co do metodyki postępowania może również stanowić art. 54a ust. 1 ustawy o finansach publicznych (jakkolwiek spółki prawa handlowego, nawet te komunalne, nie należą do sektora finansów publicznych). Zgodnie z ww. przepisem jednostki sektora finansów publicznych mogą zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej w przypadku dokonania oceny, że skutki ugody są dla tej jednostki lub odpowiednio Skarbu Państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego. Ocena ta powinna być dokonywana przy uwzględnieniu okoliczności sprawy, w szczególności zasadności spornych żądań, możliwości ich zaspokojenia i przewidywanego czasu trwania oraz kosztów postępowania sądowego albo arbitrażowego.

Innymi słowy, członek zarządu spółki powinien dokonać oceny, czy zmiana umowy z wykonawcą, nawet jeżeli oznaczać będzie konieczność zapłaty większego wynagrodzenia, całościowo nie okaże się bardziej korzystna, aniżeli np. upadłość wykonawcy, konieczność zgłoszenia wierzytelności w ramach postępowania upadłościowego, konieczność wyboru nowego wykonawcy oraz, co naturalne w takiej sytuacji, przesunięcie w czasie zakończenia danej inwestycji.

Zdaniem autora

Decyzja co do waloryzacji kontraktu oraz sposobu dokonania tej waloryzacji (sądowa, polubowna) powinna każdorazowo zostać podjęta przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy. Nie jest przy tym zasadą, że zamawiający zawsze powinien dążyć do utrzymania pierwotnych warunków umowy, a wykonawca do ich zmiany (np. poprzez wszczynanie postępowań sądowych, które nie mają szans powodzenia).

Zmiany w umowie z zamawiającym mogą stanowić pomoc publiczną

Autor:



dr Michał Bernat

Radca prawny, managing counsel,
członek zespołów Doradztwa Podatkowego
oraz Prawa Konkurencji

Przepisy zezwalają, a wręcz nakazują w określonych przypadkach następczą zmianę zamówienia. Jednak nie przesądzają, czy dokonanie takiej zmiany ma formę pomocy publicznej.

Zgodnie z klasyczną definicją ustanowioną w prawie unijnym przez pomoc publiczną rozumie się każde wsparcie udzielane selektywnie określonej przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców (przesłanka selektywności) przez państwo członkowskie lub ze środków publicznych (przesłanka publicznego pochodzenia środków), które może zniekształcać warunki konkurencji (przesłanka wpływu na konkurencję) w handlu na rynku wewnętrznym (przesłanka wpływu na handel wewnątrzunijny).

Zamówienia formą pomocy publicznej

W tym kontekście przyjmuje się powszechnie, że formą pomocy publicznej może być także nabycie przez państwo, jego organy lub instytucje towarów lub usług od przedsiębiorcy. Takie nabycie jest bowiem z zasady finansowane ze środków publicznych (a zatem spełniona jest przesłanka publicznego pochodzenia środków), a nadto środki te trafiają do konkretnego przedsiębiorcy, dostarczającego towary lub usługi (zrealizowana jest więc przesłanka selektywności). Ponadto, w zależności od wielkości dostaw oraz rynku, którego dane zamówienie dotyczy mogą być również spełnione przesłanki wpływu na konkurencję oraz wpływu na handel wewnątrzunijny; w praktyce Komisji Europejskiej w zasadzie praktycznie zawsze przyjmuje się, że te ostatnie dwie przesłanki są zrealizowane, za wyjątkiem wsparcia o wartości bagatelnej (zwanego pomocą de minimis) lub specyficznych, ściśle lokalnych rynków lub infrastruktur.

W konsekwencji, nabywanie przez państwo towarów lub usług od przedsiębiorcy może prowadzić do udzielenia mu pomocy publicznej. W szczególności, formą pomocy publicznej może być udzielenie przedsiębiorcy zamówienia na dostawę określonych towarów, roboty budowlane, zaprojektowanie, budowę lub zarządzanie określoną infrastrukturą czy też świadczenie usług publicznych.

Uznanie takich zamówień za formę pomocy publicznej ma natomiast szereg istotnych implikacji prawnych, w tym przede wszystkim w postaci obowiązku uprzedniej notyfikacji powyższej pomocy publicznej przez właściwe państwo członkowskie do Komisji oraz obowiązku wstrzymania się z udzieleniem pomocy do czasu pozytywnej decyzji Komisji (obowiązek zawieszenia; standstill obligation).

Naruszenie tego obowiązku może mieć dla dostawcy (wykonawcy) poważne konsekwencje takie jak oparty na prawie unijnym obowiązek zwrotu pomocy publicznej (jeżeli zostanie ona uznana decyzją Komisji za niezgodną z rynkiem wewnętrznym), wynikający ewentualnie z prawa krajowego obowiązek zwrotu pomocy publicznej (niezależnie od ewentualnej niezgodności z rynkiem wewnętrznym oraz wydania przez Komisję decyzji w tym przedmiocie), ryzyko stwierdzenia nieważności odnośnej umowy o zamówienia publiczne, etc.

Aneks do umowy o zamówienie publiczne

O tym, że powyższy reżim prawny nie ma charakteru teoretycznego czy marginalnego przekonał się chociażby wykonawca w znanym sporze dotyczącym Autostrady Wielkopolskiej. W powyższej sprawie na podstawie przetargu i stosownej umowy koncesyjnej polskie władze powierzyły w 1997 r. prywatnej polskiej spółce Autostrada Wielkopolska S.A. budowę i eksploatację autostrady. Jednakże, po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej polskie regulacje zostały znowelizowane w celu implementacji określonych przepisów unijnych dotyczących autostrad płatnych. Ponieważ nowelizacja ta spowodowała utratę dochodów przez koncesjonariuszy

autostrad, w polskim prawie przewidziano dla nich również odpowiednią rekompensatę, wypłacaną z dedykowanego funduszu krajowego, której zasady miały być uszczegółowione w załączniku do odnośnej umowy koncesyjnej.

W związku z powyższym spółka Autostrada Wielkopolska i władze polskie w drodze negocjacji wypracowały i zawarły aneks do umowy koncesyjnej, wskazujący sposób obliczenia wspomnianej rekompensaty, który zdaniem władz polskich miał na celu postawienie spółki Autostrada Wielkopolska ponownie w sytuacji, w jakiej znajdowałaby się, gdyby polskie przepisy dotyczące opłat za autostrady płatne nie zostały znowelizowane.

Naruszenie obowiązku notyfikacji

Z czasem jednak władze polskie doszły do przekonania, że metodologia obliczania rekompensaty przewidziana w załączniku do umowy koncesji była wadliwa i doprowadziła do przyznania spółce nadmiernej rekompensaty. W rezultacie władze polskie zażądały od spółki Autostrada Wielkopolski zwrotu rekompensaty, a ponadto notyfikowały tę rekompensatę Komisji jako formę pomocy publicznej.

Spółka odmówiła zwrotu odszkodowania, a także wystąpiła przeciwko polskim władzom przed trybunałem arbitrażowym ad hoc (UNCITRAL), który w 2013 r. orzekł, że aneks do umowy koncesji jest ważny i powinien być respektowany przez polskie władze. Te ostatnie wniosły jednak w 2013 roku sprawę do polskiego sądu cywilnego o uchylenie wyroku arbitrażowego.

Tymczasem na podstawie wspomnianej notyfikacji pomocy publicznej z 2012 r. dokonanej przez władze polskie Komisja wszczęła w 2014 r. formalne postępowanie wyjaśniające w sprawie tej pomocy i uznała w 2017 r. w swojej decyzji, że kwota nadmiernej rekompensaty stanowi pomoc bezprawną i niezgodną z rynkiem wewnętrznym oraz że powinna zostać odzyskana przez polskie władze od spółki Autostrada Wielkopolska wraz z odsetkami.

Sądy potwierdzają decyzję Komisji

Spółka odwołała się od decyzji Komisji do Sądu Ogólnego UE, który jednak skargę spółki oddalił. Nieskuteczne okazało się także odwołanie spółki od wyroku Sądu Ogólnego do Trybunału Sprawiedliwości UE, który potwierdził decyzję Komisji swoim wyrokiem z dnia 11 listopada 2021 r. w sprawie Autostrada Wielkopolska v Commission and Poland (C-933/19 P).

W międzyczasie postępowania toczące się przed polskimi sądami w sprawie wyroku sądu arbitrażowego z 2013 r. doprowadziły (po wyroku sądu pierwszej instancji oddalającym powództwo polskich władz) do wydanego w 2019 r. wyroku Sądu Apelacyjnego (sygn. I ACa 457/18). Sąd przyznał w nim rację polskim władzom uchylając wyrok arbitrażowy. W tym zakresie Sąd Apelacyjny zauważył przede wszystkim, że zgodnie z zasadami polskiej procedury cywilnej wyrok sądu arbitrażowego może zostać uchylony przez sąd, jeżeli jest on sprzeczny z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego.

Jednakże, jak zauważył Sąd Apelacyjny, prawo unijne stało się również częścią tego krajowego porządku prawnego. W szczególności, także unijne prawo konkurencji (w tym prawo pomocy publicznej) stanowi część krajowego porządku publicznego, co sądy krajowe powinny brać pod uwagę dokonując kontroli orzeczeń arbitrażowych.

Sąd Apelacyjny podkreślił ponadto, powołując się na wyroki TSUE - z dnia 26 października 2006 r. w sprawie Mostaza Claro (C-168/05) oraz z dnia 1 czerwca 1999 r. w sprawie Eco Swiss (C-126/97), że jeśli krajowe przepisy państwa członkowskiego dotyczące procedury sądowej wymagają uchylenia wyroku sądu arbitrażowego niezgodnego z krajowymi zasadami porządku publicznego, to ze względu na zasadę równoważności takie uchylenie powinno nastąpić także w przypadku, gdy wyrok sądu arbitrażowego jest niezgodny z odnośnymi zasadami prawa unijnego tego samego rodzaju.

Na tej podstawie Sąd Apelacyjny uznał, że przedmiotowe orzeczenie arbitrażowe w ogóle nie uwzględniało aspektów sprawy związanych z przepisami o pomocy państwa. W szczególności Sąd Apelacyjny zauważył, że powołanego orzeczenia arbitrażowego nie da się pogodzić z ostateczną decyzją Komisji z 2017 r., w której zakwalifikowano nadmierną rekompensatę – zaaprobowaną w orzeczeniu arbitrażowym – jako pomoc publiczną niezgodną z prawem, przyznaną z naruszeniem obowiązku zawieszenia (jako że aneks do umowy koncesyjnej został zawarty przed jego notyfikacją do Komisji).

Ponadto w ocenie Sądu Apelacyjnego sąd arbitrażowy nie zwrócił uwagi, że w prawie polskim za nieważne uważa się umowy sprzeczne z ustawą, a zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów polskich pojęcie ustawy w tym znaczeniu obejmuje również reguły unijnego prawa konkurencji, w tym w szczególności art. 108 ust. 3 zd. 3 TFUE formułujący obowiązek zawieszenia. Sąd stwierdził więc wprost, że „sprzeczność z art. 108 ust. 3 zd. 3 TFUE będzie powodować nieważność czynności prawnej niezgodnej z tym przepisem jako sprzecznej z ustawą”.

Warto odnotować, iż wyrok Sądu Apelacyjnego został zaskarżony do Sądu Najwyższego, przed którym sprawa jest obecnie nadal zawieszona.

Transakcje na warunkach rynkowych

Niemniej, w prawie unijnym przyjmuje się również, że nabycie przez państwo towarów lub usług od przedsiębiorcy nie stanowi pomocy publicznej, jeżeli jest dokonywane na warunkach rynkowych. Warto przy tym zauważyć, że Komisja postrzega rynkowość zamówienia dość restrykcyjnie, dopuszczając jedynie, by zamówienie „zapewniało zwycięskiemu oferentowi normalną stopę zwrotu, ale nic więcej” („leave the successful bidder with a normal return, not more”).

W tym kontekście uważa się, że udzielenie przedsiębiorcy zamówienia publicznego z pełnym zachowaniem reguł i przepisów prawa zamówień publicznych jest jednym ze sposobów zapewnienia rynkowego charakteru transakcji. Przedsiębiorca uzyskujący zamówienie w tym trybie i z pełnym zachowaniem jego wymogów nie musi zatem co do zasady troszczyć się o ryzyka związane z uzyskaniem bezprawnej pomocy publicznej. Jest przy tym osobnym zagadnieniem, podnoszonym w bogatej praktyce decyzyjnej Komisji oraz orzecznictwie sądów unijnych, które konkretnie z różnorodnych procedur przewidzianych w prawie zamówień publicznych wystarczająco zapewniają rynkowość transakcji i czy zawsze zastosowanie pełnego przetargu pozwala na uniknięcie udzielenia pomocy publicznej dostawcy czy wykonawcy.

Co jednak istotne, na gruncie powyższych zasad źródłem pomocy publicznej może być nie tylko zamówienie pierwotnie udzielone, ale również zmiana tego zamówienia, w tym zwłaszcza zmiana na korzyść przedsiębiorcy, na przykład zwiększenie wynagrodzenia należnego mu za pierwotnie ustalony zakres dostaw lub robót. Także w tym przypadku zarzutu wystąpienia pomocy publicznej (związanego nie z pierwotnym zamówieniem, lecz z następczą zmianą jego warunków) można uniknąć, jeżeli zostanie wykazane, że zmiana zamówienia odpowiadała warunkom rynkowym.

Ponieważ, jak wspomniano powyżej, zgodność zamówienia z pełnymi rygorami prawa zamówień publicznych zasadniczo zapewnia jego rynkowy charakter (dla omawianych potrzeb związanych z analizą występowania pomocy publicznej), to jeśli zmiana zamówienia zostanie dokonana w pełni z zachowaniem wymogów prawa zamówień publicznych, ze względu na jej rynkowy charakter nie powinna ona stanowić źródła pomocy publicznej.

Zmiana, która nie jest formą pomocy publicznej

W oparciu o powyższe zasady można zatem przyjąć, że w przypadku, gdy wyraźne, uniwersalne i powszechnie obowiązujące przepisy prawa zamówień publicznych zezwalają czy wręcz nakazują określoną następczą zmianę zamówienia, to dokonanie takiej zmiany w indywidualnym przypadku w pełni zgodnie z tymi przepisami tworzy pole do argumentacji, iż taka zmiana nie jest formą pomocy publicznej udzielanej wykonawcy czy dostawcy.

Można uznać, iż przepisem tego rodzaju – dającym właśnie podstawę dla uznania zmiany zamówienia za rynkową – jest obowiązujący obecnie, znowelizowany art. 439 ust. 1 prawa zamówień publicznych (PZP). Przepis ten stanowi, iż umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, musi zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Niemniej, warto zauważyć, że sam ten przepis jedynie nakazuje określenie - w odniesieniu do pewnych umów - reguł dokonywania w przyszłości zmiany zamówienia w przypadku zajścia określonych w tym przepisie okoliczności. Można zatem obrazowo powiedzieć, że jest to przepis delegujący - upoważniający i zarazem zobowiązujący strony zamówienia do uzgodnienia pewnych reguł (wskazujących, w jakim zakresie i w jaki sposób warunki zamówienia mogą ulec zmianie), lecz nie dotyka i nie kształtuje samej materialnej treści tych reguł pozostawiając to zadanie stronom.

W konsekwencji, powołany art. 439 ust. 1 PZP daje podstawę dla twierdzenia, że ustalenie w umowie o zamówienie publiczne reguł zmiany warunków zamówienia, czy też późniejsza zmiana warunków zamówienia w wykonaniu odnośnych postanowień umownych, w przypadkach objętych tym przepisem jako taka nie stanowi jeszcze formy pomocy publicznej. Niemniej, co szczególnie istotne, samo tylko działanie stron w oparciu i w granicach powyższego przepisu nie przesądza jeszcze, czy ustalone przez nie w umowie reguły zmiany warunków zamówienia, czy też konkretna zmiana warunków zamówienia, rzeczywiście ma charakter rynkowy i tym samym nie stanowi pomocy publicznej.

Zdaniem autora

Przepis art. 439 ust. 1 PZP jest niewątpliwie istotny dla omawianej tematyki i tworzy dla stron zamówienia punkt wyjścia dla zmiany kontraktu w sposób pozwalający na uniknięcie zarzutu pomocy publicznej. Niemniej, nadal kluczowe jest dokonanie oraz udokumentowanie przez strony rzetelnej i pogłębionej analizy ekonomicznej pozwalającej na wykazanie, na płaszczyźnie art. 439 ust. 1 PZP, iż dokonywana zmiana warunków zamówienia ma charakter rynkowy i z tego względu nie stanowi pomocy publicznej. Zasada ta będzie miała tym bardziej zastosowanie w przypadku zamówień, które z różnych względów – w tym przedmiotowych czy też intertemporalnych – nie są objęte zakresem powołanego art. 439 ust. 1 PZP czy też podobnych wcześniej obowiązujących regulacji prawa zamówień publicznych. Tego rodzaju pogłębiona analiza rynkowości zmian w umowie o zamówienie byłaby także rekomendowana w zakresie, w jakim dane zamówienie jest finansowane ze środków unijnych – zmiana warunków takiego zamówienia dokonana w pełni zgodnie ze standardami wyznaczanymi prawem zamówień publicznych powinna bowiem być także wolna od ryzyka uznania przez właściwe instytucje kosztów ponoszonych przez beneficjenta (jako zamawiającego) w ramach zmienionej umowy za wydatki niekwalifikowane.

Waloryzacja poprzez restrukturyzację

Autor:



Piotr Bartosiewicz
Adwokat, senior associate,
członek Zespołu Restrukturyzacji
i Prawa Upadłościowego

Przedsiębiorca będący w kryzysie, mający problem z realizacją umów, może skorzystać z jednego z postępowań restrukturyzacyjnych. Każde z nich gwarantuje ochronę zawartych już kontraktów, chociaż najdalej idące możliwości oferuje postępowanie sanacyjne.

W ostatnich latach, na skutek pandemii i wojny w Europie, byliśmy świadkami zdarzeń o charakterze nadzwyczajnym. Zdarzenia te ujawniły, że w sposób niespodziewany i w stosunkowo niedługim czasie, mogą wpłynąć na gospodarkę, poszczególne jej sektory, a następnie na firmy i sytuację konsumentów. Rosnące ceny paliw, towarów, usług oraz materiałów w sposób oczywisty powodują, że obsługa zawartych wcześniej umów, w tym kontraktów publicznych, może nie być tak rentowna jak wcześniej, co negatywnie może odbić się na rentowności samej firmy-wykonawcy.

Obligatoryjne klauzule waloryzacyjne

Jakkolwiek ustawodawca przewidział obligatoryjne klauzule waloryzacyjne w umowach o zamówienie publiczne, zaś wykonawcy dokładają starań, by w kontrakcie znalazły się odpowiednie klauzule adaptacyjne i zabezpieczenia co do zarządzania zmianą lub ryzykiem, rozwiązania te mogą okazać się niewystarczające. Wahania rynkowe w gospodarce lub jej sektorach mogą być na tyle głębokie w stosunku do etapu zawierania kontraktu, że obsługa umowy może nadal generować dla wykonawcy zbyt wysokie koszty. Klauzula waloryzacyjna może zatem nie spełnić swojej roli i okazać się zbyt asekuracyjna w stosunku do zachodzących zmian gospodarczych.

Oczywiście naturalnym ruchem w takim momencie jest podjęcie negocjacji nad zmianą kontraktu i dostosowaniem go do aktualnych warunków rynkowych. Przede wszystkim będzie to waloryzacja ceny wykonania kontraktu. Rozmowy takie nie muszą jednak zakończyć się pomyślnie dla wykonawcy. Zamawiający może bowiem bądź całkowicie odmówić waloryzacji, bądź zgodzić się na nią w dalece niewystarczającym dla wykonawcy zakresie.

Gdy negocjacje zawiodą

Wydaje się, że w takiej sytuacji jedynym narzędziem jest waloryzacja sądowa i wszczęcie typowego procesu cywilnego, prowadzącego do modyfikacji kontraktu. Może ona być optymalnym rozwiązaniem dla przedsiębiorcy, którego problemy płynnościowe nie dotyczą, zaś kontrakt publiczny, nawet nierentowny, jest tylko jednym z obszarów działalności i nie rzuca na sytuację całej firmy. Wówczas taki wykonawca może pozwolić sobie na prowadzenie procesu sądowego, który przyniesie prawomocne rozstrzygnięcie nawet po dłuższym czasie, np. za kilka lat.

Jednak w sytuacji wykonawców, których portfel projektowy skonstruowany jest w ten sposób, że kontrakty publiczne są elementem krytycznym dla funkcjonowania firmy i stały się nierentowne, typowa waloryzacja sądowa może okazać się działaniem ryzykownym i przynoszącym pożądane rozwiązania w zbyt odległej perspektywie. Proces sądowy może być bowiem długotrwały i niekoniecznie musi być wygrany, zaś konieczne narzędzia reagowania dla firmy potrzebne są tu i teraz. W sytuacji inwestowania zbyt dużych środków na obsługę kluczowych kontraktów, firma w niedalekiej przyszłości może stać się niewypłacalna. To zaś spowoduje prawny obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

Nie oznacza to jednak, że wykonawca znalazł się w sytuacji bez wyjścia. Odpowiednich narzędzi reagowania dla przedsiębiorcy w kryzysie, w tym również co do modyfikacji zawartych kontraktów, może dostarczyć postępowanie restrukturyzacyjne.

W obecnym stanie prawnym istnieją cztery rodzaje postępowań restrukturyzacyjnych, z których każde ma na celu uniknięcie ogłoszenia upadłości przez przedsiębiorcę oraz umożliwienie mu zawarcia układu, czyli porozumienia z wierzycielami. Owo porozumienie ma układać na nowo sposób realizacji przez firmę niewykonanych zobowiązań – zarówno pieniężnych jak i niepieniężnych. Rodzaj postępowania będzie natomiast zależał m.in. od skali problemów działalności spółki, zakresu potrzebnych działań naprawczych oraz ilości spornych długów.

Kontrakty będą bezpieczne

Podstawowym narzędziem osłonowym dla przedsiębiorcy w restrukturyzacji jest ochrona zawartych umów. Art. 225 i 247 Prawa restrukturyzacyjnego (dalej p.r.) przewidują, że wszelkie klauzule umowne, które dopuszczają zmianę lub rozwiązanie kontraktu na wypadek złożenia wniosku o zatwierdzenie układu, zatwierdzenia układu, dokonania obwieszczenia o ustaleniu dnia układowego, a także złożenia wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego lub samego otwarcia takiego postępowania, są nieważne z mocy prawa. Zamawiający nie będzie mógł z nich zatem skorzystać, nawet jeżeli znalazły się w kontrakcie. Powyższe rozwiązanie ma stanowić gwarancję dla przedsiębiorcy, że skorzystanie przez niego z procedur restrukturyzacyjnych samo przez się nie będzie powodować negatywnych konsekwencji dla bytu wiążących go kontraktów. Zatem zawarte już kontrakty, które są dla wykonawcy dochodowe, będą mogły być nadal realizowane.

Jakkolwiek każde z postępowań restrukturyzacyjnych gwarantuje ochronę zawartych już kontraktów, tak jednak gdy wykonawca potrzebuje zmodyfikować sposób ich realizacji lub nawet od nich odstąpić, najdalej idące możliwości oferuje postępowanie sanacyjne. Oprócz pełnej ochrony przed egzekucją, możliwości sprzedaży zbędnego majątku firmy bez obciążeń oraz redukcji personelu pracowniczego, postępowanie to pozwala również odstąpić od nierentownych kontraktów. Instytucja ta może być szczególnie istotna, jeżeli odstąpienie nie jest możliwe w oparciu o postanowienia samego kontraktu, a dożtej pory zwaloryzować go się nie udało.

Czy na pewno odstąpić?

Art. 298 p.r., regulujący procedurę odstąpienia od kontraktu, wyposaża zarządcę masy sanacyjnej w możliwość złożenia odpowiedniego wniosku o odstąpienie. Ponieważ świadczenie zamawiającego jest podzielne, jako wyrażone w pieniądzu, możliwość odstąpienia od kontraktu dotyczy tej jego części, która miała być wykonana po otwarciu postępowania. Przepis nie narzuca kryteriów co do rodzaju umowy, osoby kontrahenta lub przyczyn dla których możliwe jest odstąpienie od kontraktu. W praktyce jednak zdecydowana większość wniosków dotyczy umów, których obsługa jest zbyt kosztowna i negatywnie wpływa na odzyskanie przez firmę płynności finansowej, a dotychczasowe próby waloryzacji kontraktu w drodze negocjacji nie przyniosły rezultatów.

Wniosek o odstąpienie od kontraktu kierowany jest do sędziego-komisarza, który jest podmiotem nadzorującym postępowanie restrukturyzacyjne. Zarządca, jako organ wyznaczony przez sąd do działania na rzecz dłużnika, nie jest zatem autonomiczny w zakresie decyzji o odstąpieniu od kontraktu. Decyzja taka musi być zaakceptowana przez organ sądowy.

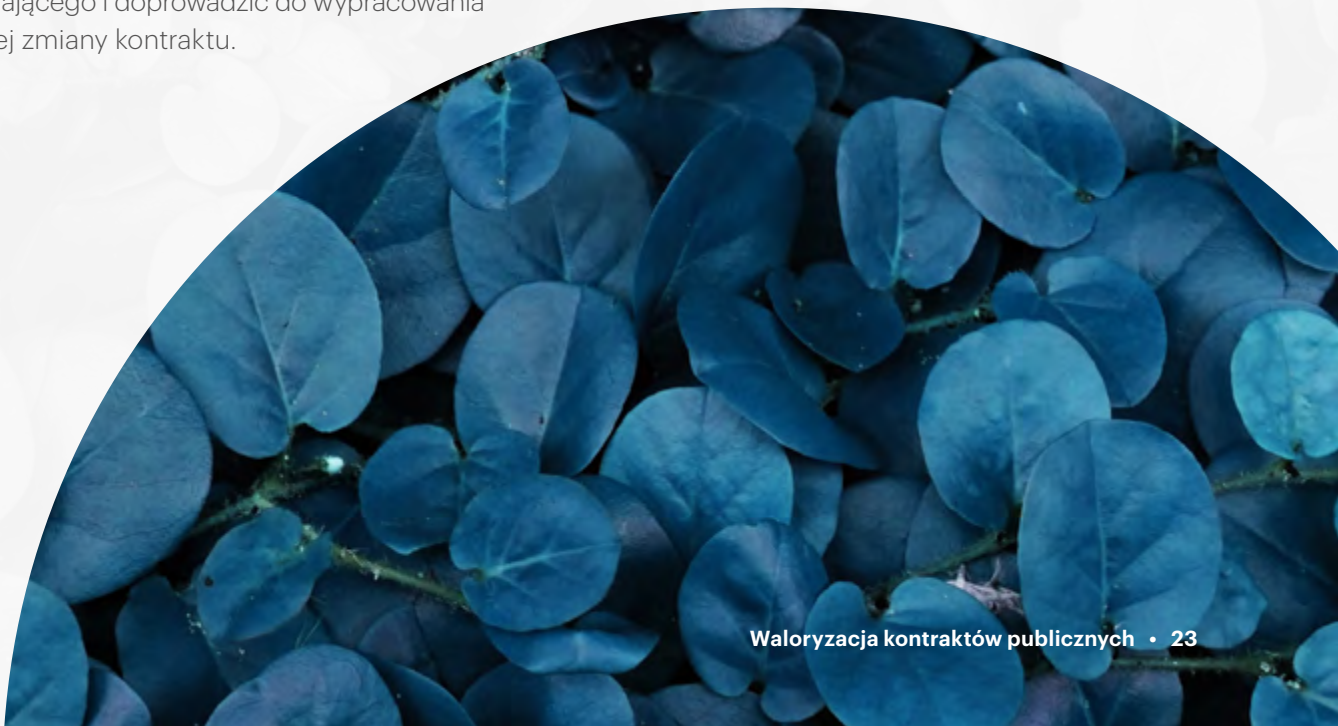
Na pierwszy rzut oka wydawać by się mogło, że w sytuacji gdy sędzia-komisarz prawomocnym postanowieniem udzieli zarządcy zgody na odstąpienie od kontraktu, dalszym scenariuszem jest jedynie wyjście z kontraktu na skutek złożenia przez zarządcę odpowiedniego odstąpienia. Druga strona jest wówczas takim oświadczeniem związana.

Praktyka postępowań sanacyjnych pokazuje jednak, że owa zgoda sędziego-komisarza może nadal tworzyć przestrzeń do dalszych negocjacji z zamawiającym. Zarządca, dysponując

prawomocnym orzeczeniem sędziego-komisarza, nie ma bowiem obowiązku wykonania takiego orzeczenia. Nie stanowi ono bezwarunkowego polecenia dla zarządcy do odstąpienia od kontraktu, lecz stanowi swoiste „zielone światło” do takich działań. Tym niemniej orzeczenie takie może być użyte jako silny argument zarządcy w dalszych rozmowach na rzecz modyfikacji kontraktu w sposób bardziej korzystny dla wykonawcy. W sposób szczególnie wykorzystanie takiego narzędzia może być dla wykonawcy użyteczne gdy realizuje on zamówienie publiczne stanowiące projekt inwestycyjny. Projekty takie, w szczególności projekty technologiczne, bardzo mocno oparte są na wiedzy, kompetencjach i know-how wykonawcy. Niekiedy wykonawca w ramach realizacji zamówienia publicznego wnosi do takiego projektu elementy swoich własnych aktywów, jak np. odsprzedaż posiadanych licencji. W takim układzie odstąpienie od umowy i całkowite przerwanie kontraktu może być dla zamawiającego nieopłacalne, ponieważ będzie zmuszony powierzyć projekt nowemu wykonawcy, dla którego zrozumienie specyfiki danego projektu, a następnie jego wytworzenie, będzie procesem długotrwałym. W związku z powyższym, sama możliwość odstąpienia od kontraktu przez zarządcę wykonawcy znajdującego się postępowaniu sanacyjnym może powodować zmianę stanowiska negocjacyjnego u zamawiającego i doprowadzić do wypracowania korzystnej zmiany kontraktu.

Restrukturyzacja poprzez układ

Drugim narzędziem, jakie oferuje nie tylko postępowanie sanacyjne, ale wszystkie postępowania restrukturyzacyjne, to możliwość restrukturyzacji niewykonanych przez firmę zobowiązań na zasadach opisanych w przegłosowanym przez wierzycieli i zatwierdzonym prawomocnie przez sąd układzie. Pomimo, że układy w postępowaniach restrukturyzacyjnych w znakomitej większości dotyczą niewykonanych zobowiązań pieniężnych (przykładowo: zakładają odroczenie terminu płatności, rozłożenie płatności na raty, spłatę należności głównej w 80%, umorzenie odsetek itp.), to jednak mogą one dotyczyć również niewykonanych zobowiązań o charakterze niepieniężnym, które wynikają z niewykonanych przed otwarciem postępowania restrukturyzacyjnego umów. Możliwość taką daje art. 150 ust. 2 p.r. Warunkiem objęcia takich zobowiązań niepieniężnych układem jest fakt, że kontrakt, z którego to zobowiązanie wynika, nie został w całości wykonany, a zamawiający spełnił swoje świadczenie i nie otrzymał świadczenia wzajemnego przed otwarciem postępowania restrukturyzacyjnego, a w przypadku postępowania o zatwierdzenie układu – przed dniem układowym. Wówczas roszczenie zamawiającego



o wykonanie opłaconej części kontraktu staje się jego wierzytelnością niepieniężną, która jest objęta układem. Ustawa nie narzuca żadnych ogólnych sposobów restrukturyzacji takiej wierzytelności, pozostawiając je całkowicie negocjacom pomiędzy dłużnikiem i wierzycielem, czyli w omawianym przypadku – między zamawiającym a wykonawcą. Propozycje układowe mogą zatem, przykładowo, przewidywać odroczenie wykonania danej części kontraktu publicznego, w przypadku projektów infrastrukturalnych - zmianę harmonogramu i zasad wykonania przedsięwzięcia, a w przypadku projektów technologicznych – zmianę funkcjonalności produktu. Ponieważ w praktyce postępowań restrukturyzacyjnych znane są przypadki, by restrukturyzacja wierzytelności niepieniężnej odbywała się za odpowiednią dodatkową dopłatą ze strony wierzyciela, nie sposób wykluczyć i takiej formy modyfikacji kontraktu. W ten sposób prawomocnie zawarty układ może doprowadzić do zmiany wykonania określonej części kontraktu publicznego na korzyść wykonawcy.

Modyfikacja na czas restrukturyzacji

Uzupełnieniem powyższych narzędzi restrukturyzacyjnych w zakresie sposobu wykonywania kontraktu może być art. 248 p.r. Przepis ten stanowi, że postanowienie umowy (kontraktu), której stroną jest dłużnik, uniemożliwiające albo utrudniające osiągnięcie celu postępowania restrukturyzacyjnego, jest bezskuteczne wobec masy układowej. Oznacza to, że określone postanowienie kontraktowe może nie być realizowane w trakcie postępowania restrukturyzacyjnego, jeżeli utrudnia pomyślną restrukturyzację. Przepis jest napisany na tyle szeroko, że może być zastosowany do bardzo wielu stanów faktycznych. Jeżeli zatem odpowiednie uregulowania kontraktu nie zawierały optymalizacji przedmiotu umowy i podejścia do jego realizacji, przywołany przepis może być przez wykonawcę użyty, by taki cel osiągnąć na czas trwania postępowania restrukturyzacyjnego.

Zdaniem autora

Opisane w tekście możliwości mogą być jedną z metod na waloryzację kontraktów publicznych, w szczególności, gdy firmie grozi niewypłacalność, a dotychczasowe próby zmiany kontraktu nie przyniosły rezultatów. Nie oznacza to jednak, że restrukturyzacja to ścieżka pozbawiona ryzyk i trudności. W przypadku postępowania sanacyjnego przedsiębiorca traci bowiem, co do zasady, zarząd swoim majątkiem na rzecz wyznaczonego przez sąd zarządcy. W przypadku pozostałych postępowań restrukturyzacyjnych musi mieć z kolei zgodę nadzorca sądowego na podejmowanie czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu. Każde postępowanie restrukturyzacyjne to czas na intensywne działania przedsiębiorcy, by podjąć kroki naprawcze i zrestrukturyzować nie tylko swoje zobowiązania, ale też funkcjonowanie firmy. Kluczowe jest także przekonanie wierzycieli do poparcia przedstawionych propozycji układowych, ponieważ w przypadku nie poparcia przez nich układu, postępowanie restrukturyzacyjne zostanie umorzone i realne stanie się ogłoszenie upadłości. Swoista „druga szansa” dla przedsiębiorcy, jaką oferuje postępowanie restrukturyzacyjne, nie jest zatem bezwarunkowa i powinna być wypełniona aktywną pracą dłużnika - nie tylko w trakcie samego postępowania restrukturyzacyjnego, ale również na jego przedpolu. Tylko wówczas przyniesie sukces w postaci odzyskania stabilności finansowej i pełnej zdolności regulowania zobowiązań.

Umowy długoterminowe i waloryzacja – praktyczne uwagi na gruncie podatku CIT

Autor:



Dariusz Stolarek
Doradca podatkowy, partner,
członek Zespołu Prawa Podatkowego

Kontrakty długoterminowe stanowią podstawę realizacji dużych projektów infrastrukturalnych w ramach zamówień publicznych. Z uwagi na strategiczny charakter oraz długi okres obowiązywania takich kontraktów należy uważnie rozważyć ich konsekwencje podatkowe, które w pewnym stopniu mogą być uzależnione od konkretnych postanowień umownych.

W praktyce kontrakty takie oparte są na różnych formatach. W Polsce coraz więcej inwestycji infrastrukturalnych realizowanych jest na podstawie międzynarodowego standardu umów budowlanych – Warunków Kontraktowych FIDIC. W tym zakresie, szczególne uwarunkowania standardu FIDIC mogą mieć wpływ na moment rozpoznania przychodów i kosztów z tytułu realizowanego kontraktu długoterminowego.

Standard FIDIC

Warunki Kontraktowe w standardzie FIDIC, opracowane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów w latach 90 (w Polsce wydawane przez Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR)), są powszechnie stosowanymi w świecie wzorcami umów w sektorach budowlanym i inżynieryjnym. Również w Polsce zaobserwować można rosnącą w ostatnich latach popularność stosowania standardu FIDIC, w szczególności na potrzeby dużych inwestycji budowlanych, choćby takich jak inwestycje drogowe (FIDIC był od wielu lat powszechnie stosowany np. przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad).

Wzorce umów FIDIC ustalają standard umowny wielu elementów kontraktu budowlanego (które to elementy mogą oczywiście podlegać dalszej modyfikacji przez strony danej umowy), m.in. w zakresie zarządzania procesem inwestycyjnym, czy też podziału ryzyk i kosztów. Tym samym stosowanie Warunków Kontraktowych FIDIC może stanowić istotne ułatwienie w toku kształtowania wzajemnych relacji stron w procesie inwestycyjnym.

Podatkowe rozliczenie kontraktu – strona przychodowa

Dla ustalenia właściwego momentu rozpoznania przychodu z kontraktu długoterminowego, każdorazowo kluczowe jest ustalenie zasad rozliczeń zawartych w treści danego kontraktu. W szczególności przeanalizowane zostać powinno to, czy strony określiły wiążące je okresy rozliczeniowe. Dodatkowo, istotnym dla każdego kontraktu (zarówno z perspektywy formalnej, jak i podatkowej) jest to jakie zdarzenie strony uznają za wykonanie usługi. W tym zakresie szeroko przyjętymi okolicznościami, które są istotne z perspektywy prawnej (a tym samym podatkowej), jest np. zgłoszenia prac do odbioru albo akceptacja protokołu zdawczo-odbiorczego.

Z perspektywy podatkowej należy bowiem zauważyć, że na gruncie podatku CIT za datę powstania przychodu z działalności gospodarczej w przypadku odpłatnego świadczenia usług uważa się zasadniczo dzień wykonania usługi albo częściowego wykonania usługi (przy czym rozpoznanie przychodu z tytułu świadczenia usług nie może jednak nastąpić później niż dzień wystawienia faktury albo uregulowania należności).

Okresy rozliczeniowe

Z perspektywy podatkowej dla prawidłowego rozpoznania momentu powstania przychodu istotny jest również aspekt kontraktowy. Jeżeli bowiem strony ustalą, iż usługa jest rozliczana w okresach rozliczeniowych, za datę powstania przychodu uznaje się ostatni dzień okresu rozliczeniowego określonego w umowie lub na wystawionej fakturze (jednak nie rzadziej niż raz w roku).

Choć ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych nie definiuje pojęć „usług rozliczanych w okresach rozliczeniowych” oraz „częściowego wykonania usług”, to przyjmuje się, że pojęcie „okres rozliczeniowy” oznacza umownie zdefiniowany powtarzalny przedział czasowy, którego upływanie pociąga za sobą obowiązek uregulowania wzajemnych zobowiązań finansowych (i może to być oczywiście np. miesiąc, kwartał, rok).

Należy jednak pamiętać, że samo formalne wskazanie w kontrakcie, że strony uznają usługi za rozliczane w danych okresach (np. miesięcznych) może nie być wystarczające. Organy podatkowe w tym zakresie wskazują, że dla określenia danych usług jako usług rozliczanych w okresach rozliczeniowych kluczowe są postanowienia dot. płatności za wykonywaną usługę. Innymi słowy mogą one wykluczyć uznanie usługi za rozliczaną w okresach rozliczeniowych, gdy np. umowa wprost przewiduje jednorazową płatność uiszczaną z góry.

W konsekwencji, w odniesieniu do kontraktów długoterminowych (w tym opartych o standard FIDIC), należy stwierdzić, że – dla możliwości zakwalifikowania usług, jako rozliczanych w okresach rozliczeniowych, nie zaś jako usług częściowych – każdorazowo należy przeanalizować, czy zawierane kontrakty wyraźnie przewidują dokonywanie rozliczeń w zaakceptowanych przez strony okresach.

Usługi wykonywane etapami

Odmienne sytuacja wygląda w przypadku usług wykonywanych częściowo i rozliczanych etapami na podstawie poziomu zaawansowania faktycznie wykonanych prac. Zgodnie bowiem z dominującą praktyką organów podatkowych w odniesieniu do kontraktów długoterminowych – w sytuacji gdy nie doszło jeszcze do wystawienia faktury lub uregulowania należności – momentem powstania przychodu z tytułu wykonywanych robót jest:

- dzień wystawienia przez inżyniera odpowiednio przejściowego świadectwa płatności, końcowego świadectwa płatności oraz ostatecznego świadectwa płatności w przypadku umów opartych na warunkach FIDIC;
- dzień podpisania przez inspektora nadzoru odpowiednio protokołu częściowego odbioru robót oraz protokołu końcowego odbioru robót (lub innych równorzędnych dokumentów przewidzianych w umowie), w przypadku pozostałych umów.

Niemniej, organy podatkowe wskazują, że jeżeli nie można w sposób pewny ustalić ostatecznego momentu wykonania usługi, to decydować o tym będzie wystawienie faktury z tego tytułu (np. w przypadku, gdy przy podpisie protokołu nie ma naniesionej daty podpisu).

Co istotne, w praktyce organy podatkowe również w odniesieniu do usług rozliczanych w miesięcznych okresach rozliczeniowych (np. każdorazowo do ostatniego dnia każdego miesiąca) przyjmują niekiedy, że dla określenia momentu powstania przychodu istotny jest dzień podpisania protokołu przez zamawiającego, tak jak przy usługach rozliczanych etapami.

Płatności zaliczkowe

Ponadto nie każda płatność otrzymana w danym okresie rozliczeniowym stanowić musi przychód wykonawcy. Powszechne jest bowiem otrzymywanie zaliczek na poczet robót kontraktowych, które zostaną wykonane dopiero w następnych okresach sprawozdawczych.

Niemniej, organy podatkowe podkreślają, że fakt, iż dana wpłata stanowi w istocie zaliczkę (przedpłatę) na poczet konkretnej usługi, która zostanie wykonana w następnym okresie sprawozdawczym, musi wynikać z postanowień zawartej przez strony umowy i znajdować odzwierciedlenie w treści dokumentacji. W przypadku uznania, że dana płatność za materiały budowlane nie ma charakteru zaliczkowego, przychód należy rozpoznać na koniec danego okresu rozliczeniowego/z chwilą rozliczenia danego etapu prac.

W konsekwencji każdorazowo warto przeanalizować jak najdogodniej ukształtować postanowienia umowne istotne dla przyjętego modelu rozliczeń, które – przy akceptacji kontrahenta – pozwoliłyby na uproszczenie bądź ujednoczenie rozliczeń dokonywanych przez podatnika.

Podatkowe rozliczenie kontraktu – strona kosztowa

Organy podatkowe oraz sądy administracyjne zajmują stanowisko, zgodnie z którym koszty uzyskania przychodów poniesione w związku z realizacją kontraktów długoterminowych należy rozliczać proporcjonalnie do uzyskanych przychodów z tytułu realizacji tych kontraktów.

Oznacza to, że podatnik powinien ujmować ponoszone wydatki w momencie wykazania odpowiadających im przychodów z każdego zakończonego etapu prac, przyjmując odpowiednią metodę alokacji tych kosztów, umożliwiającą ich współmierne rozliczenie. W tym zakresie należy dostrzec, że Krajowa Informacja Skarbowa słusznie w swych interpretacjach zasadniczo akceptuje niektóre z proponowanych przez podatników metodologii rozliczania kosztów w czasie (np. w oparciu o zasady rachunkowości).

W przypadku kosztów bezpośrednio związanych z przychodami, ponoszonych w kolejnych latach podatkowych, należy ująć je w roku podatkowym, w którym osiągnięte zostały odpowiadające im przychody. Jeżeli jednak koszt bezpośredni został poniesiony po dniu sporządzenia sprawozdania finansowego (terminie do złożenia zeznania) po zakończonym roku podatkowych, to jest on potrącalny w roku podatkowym następującym po roku, którego dotyczy.

Jednocześnie do czasu zakończenia kontraktu (prace w toku), koszty powinny być uwzględniane w wysokości nie wyższej niż koszty rzeczywiście poniesione tak, aby przyjęta metodologia nie prowadziła do uchybienia zasadzie faktycznie poniesionego kosztu. W praktyce interpretacyjnej Krajowej Informacji Skarbowej wskazywane jest również, że istotne jest, aby koszty te nie wpływały sztucznie na zawyżenie bądź zaniżenie wyników finansowych podatnika i tym samym na wysokość straty lub dochodu.

Ponadto organy podatkowe dopuszczają zasadniczo zaliczanie do kosztów uzyskania przychodów wydatków na usługi, które na moment rozpoznania odpowiadającego tym wydatkom przychodu zostały wykonane, ale – w okresie, za który rozpoznawany jest przychód – podatnik nie otrzymał faktury dokumentującej poniesienie tych wydatków. W takim przypadku możliwe jest ujęcie przez podatnika kosztów (bezpośrednich) wykonanych usług, poniesionych (ujętych w księgach rachunkowych) przez podatnika w danym okresie, w oparciu o wewnętrzne dokumenty księgowo-podatnika, takie jak polecenie księgowania.

Podwyższenie wynagrodzenia

Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Zasadniczo Warunki Kontraktowe FIDIC przewidują mechanizmy bieżącego korygowania wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy (waloryzacji). W tym zakresie zwiększone przychody również powinny być podatkowo rozpoznawane na bieżąco, zgodnie z regułami opisanym w pierwszej części tego artykułu.

Począwszy od 1 stycznia 2016 r. również waloryzacja wynagrodzenia dotycząca przeszłych okresów – jeżeli nie jest spowodowana błędem rachunkowym lub inną oczywistą omyłką – dokonywana jest na bieżąco, tj. w okresie rozliczeniowym, w którym została wystawiona faktura korygująca lub, w przypadku braku faktury, inny dokument potwierdzający przyczyny korekty.

Powyższe uwagi znajdują analogiczne zastosowanie do rozpoznania przychodu z tytułu zwiększenia wynagrodzenia kontraktowego dokonanego na skutek rozstrzygnięcia sądowego.

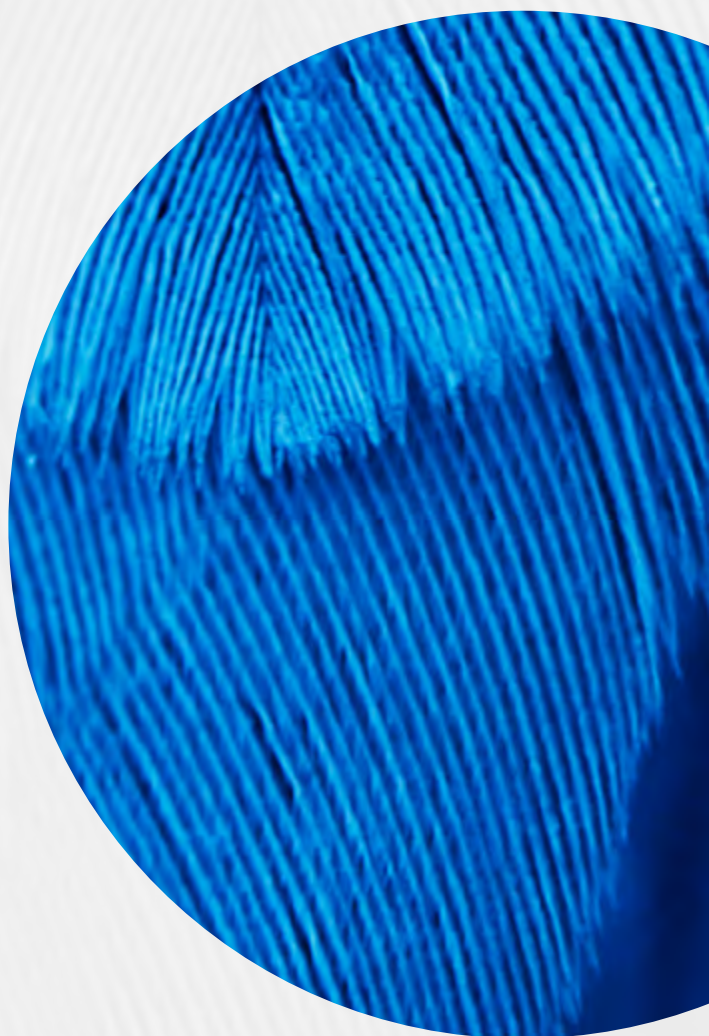
Ponadto warto mieć na uwadze kilka nieoczywistych konsekwencji zmiany wysokości wynagrodzenia w toku trwania kontraktu. W zależności od okoliczności, w niektórych przypadkach wzrost wysokości wynagrodzenia może również skutkować zmianą rentowności, której poziom będzie miał znaczenie dla określenia ewentualnych obowiązków wżminimalnym podatku dochodowym od osób prawnych (w praktyce stosowanie regulacji dot. tego podatku zostało zawieszane do dnia 1 stycznia 2024 r.).

Podatek ten mają obowiązek płacić spółki i podatkowe grupy kapitałowe w wysokości 10% podstawy opodatkowania (obliczanej jako suma określonego procentu przychodów operacyjnych i niektórych rodzajów kosztów), które poniosły w roku podatkowym stratę ze źródła przychodów innych niż z zysków kapitałowych albo osiągnęły udział dochodów z tych źródeł w przychodach w wysokości nie większej niż 2%. Tym samym, w przypadku waloryzacji rozumianej jako mechanizm zabezpieczenia interesu wykonawcy, w niektórych przypadkach może ona pomóc w utrzymaniu odpowiedniego poziomu rentowności, a tym samym w uniknięciu minimalnego podatku dochodowego.

Dodatkowo waloryzacja wynagrodzenia (kontraktowa lub sądowa) może istotnie wpłynąć na wysokość EBITDA, a tym samym mieć znaczenie dla potrzeb kalkulacji limitu kosztów finansowania dłużnego zaliczanych do kosztów uzyskania przychodów.

Zdaniem autora

Złożony charakter kontraktów długoterminowych w ramach zamówień publicznych sprawia, że powinny być one każdorazowo analizowane również pod kątem podatkowym, w szczególności w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych. Dokonanie takiej analizy przed zawarciem danego kontraktu lub przyjęciem danego modelu kontraktowego w spółce (np. w oparciu o standard FIDIC) pozwoli uniknąć w przyszłości negatywnych konsekwencji.





O KANCELARII DENTONS

Działając w ponad 80 krajach, Dentons pomaga rozwijać, chronić, prowadzić i finansować działalność naszych klientów poprzez dostarczanie unikalnych, globalnych i lokalnych rozwiązań prawnych. Koncentrujemy się na tym, co dla klientów najważniejsze - na integracji, różnorodności, równości i zrównoważonym rozwoju.

www.dentons.com

© 2023 Dentons. Dentons is a global legal practice providing client services worldwide through its member firms and affiliates. This publication is not designed to provide legal or other advice and you should not take, or refrain from taking, action based on its content. Please see dentons.com for Legal Notices.