



Wytyczne
określające sposób postępowania przez wojewódzkie
samorządowe jednostki organizacyjne podległe
Samorządowi Województwa Mazowieckiego przy
rozpatrywaniu wniosków wykonawców robót
budowlanych i usług wyłonionych na podstawie
postępowań o udzielenie zamówień publicznych
wszczętych przed i po wybuchu konfliktu w Ukrainie,
dotyczących waloryzacji wynagrodzenia spowodowanej
nadzwyczajnym wzrostem cen materiałów i usług, z
odniesieniem do dokumentu wydanego
przez Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej
*„Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen
(waloryzacja wynagrodzenia)- podstawowe
zagadnienia”.*

WARSZAWA, WRZESIEŃ 2022

Spis treści

1.	Wprowadzenie.....	3
1.1.	Opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych - „Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp”	3
1.2.	Rekomendacje Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia) - podstawowe zagadnienia”	4
1.3.	Projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców	4
2.	Dopuszczalność zaspokojenia roszczenia wykonawcy o waloryzację wynagrodzenia na podstawie przepisów prawa zamówień publicznych w drodze zmiany umowy o zamówienie – uwagi wstępne	6
3.	Ocena Wniosku Wykonawcy.....	7
4.	Badanie, czy po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego zaistniały okoliczności, których nie można było przewidzieć, mimo dochowania przez zamawiającego należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.....	8
4.1.	Badanie, czy zaistniałe okoliczności powodują konieczność modyfikacji umowy.....	9
4.2.	Analiza, czy wnioskowany przez wykonawcę zakres i wartość zmiany wynagrodzenia są zasadne	12
4.2.1.	Wytyczne pomocne dla obliczenia rynkowej zmiany wynagrodzenia na podstawie ogólnodostępnych wskaźników cenowych	13
4.2.2.	Wytyczne pomocne dla ustalenia wartości ryzyka, które wykonawca powinien był uwzględnić w ofercie.....	14
4.2.3.	Wytyczne pomocne dla ustalenia podziału skutków ryzyka związanego z nieprzewidywalną zmianą cen na strony umowy	15
5.	Określenie sposobu zmiany wynagrodzenia	16
	W wyniku negocjacji strony umowy dokonują podziału skutków ryzyka nieprzewidywalnej zmiany cen i budują klauzulę, w której określają sposób zmiany wynagrodzenia.....	16
6.	Ocena zasadności zawarcia aneksu do umowy	18
7.	Ocena, czy zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy	21
8.	Weryfikacja, czy wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą umowy nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy (ceny oferty)	22
9.	Przygotowanie projektu aneksu do umowy	22
10.	Publikacja ogłoszenia o zmianie umowy	23

1. Wprowadzenie

1.1. **Opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych - „Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp”¹ (dalej „Opinia UZP”)**

Po wybuchu konfliktu zbrojnego w Ukrainie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wydał opinię dotyczącą dopuszczalnych zmian wynagrodzenia umownego wykonawcy zaistniałych po zawarciu umowy, w szczególności w związku z tym konfliktem. Wytyczne z tej opinii zamawiający powinien brać pod uwagę przy rozpoznawaniu wniosku wykonawcy o waloryzację wynagrodzenia.

Z Opinii UZP wynikają w szczególności następujące wnioski:

- 1) co do zasady, okolicznościami niemożliwymi do przewidzenia i niezależnymi od stron umowy w kontekście przesłanek zmiany umowy są m.in. gwałtowna dekoniunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów. Takim zdarzeniem będzie też konflikt zbrojny w Ukrainie, jego zasięg oraz transgraniczne, gospodarcze skutki;
- 2) strony mogą dokonać zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o przepis art. 455 ust. 1 pkt 4 „nowej” Pzp² zarówno w przypadku, w którym w umowie nie przewidziano klauzul waloryzacyjnych bądź adaptacyjnych, jak i gdy klauzule takie przewidziano, ale są one niewystarczające do zniwelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności realizacji umowy lub niemożliwym do przewidzenia zakresem zmiany;
- 3) dla wprowadzenia zmiany umowy niezbędne jest m.in. ustalenie, czy określone nieprzewidywalne zjawiska rzeczywiście wpływają na realizację umowy i z tego względu jej zmiana jest konieczna, a także jaki jest konieczny zakres tej zmiany;
- 4) zmiana w zakresie wynagrodzenia wykonawcy ma prowadzić do przywrócenia równowagi ekonomicznej stron, jaka istniała w momencie zawarcia umowy, a która została zakłócona przez określone zjawiska – nie zaś kompensacji wszelkich strat wykonawcy;
- 5) przesłanka zmiany umowy z art. 455 ust. 2 „nowej” Pzp nie jest właściwa dla przypadków, gdy zmiana umowy dotyczy tylko zmiany (podwyższenia) wynagrodzenia wykonawcy, a nie wiąże się ze zmianą wartości umowy (poprzez zmianę zakresu zamówienia).

¹<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>

² ustawa z dnia 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. (dalej „nowa” Pzp));

1.2. Rekomendacje Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia) - podstawowe zagadnienia”³ (dalej „Rekomendacje PGRP”)

Z Rekomendacji PGRP wynikają w szczególności następujące wnioski:

- 1) gwałtowne, zdecydowanie przewyższające dotychczasowe trendy rynkowe i nieprzewidywalne zmiany cen materiałów i robót budowlanych w wyniku wojny w Ukrainie pozwalają na dokonanie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego (dalej umowy) na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 „nowej” Pzp albo art. 144 ust. 1 pkt 3 „starej” Pzp⁴ (Rekomendacje PGRP, pkt (1) podsumowania, str. 8);
- 2) dla dokonania zmiany umowy ws. zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy) nie jest konieczne oparcie roszczenia wykonawcy wyłącznie o przepisy art. 357(1) lub art. 632 § 2 Kodeksu cywilnego⁵ – wystarczające w tym zakresie będzie stwierdzenie, czy w okolicznościach sprawy zaistniały przesłanki zmiany umowy przewidziane art. 455 ust. 1 pkt 4 „nowej” Pzp albo art. 144 ust. 1 pkt 3 „starej” Pzp i zmiana taka spełnia kryterium gospodarności działania zamawiającego (Rekomendacje PGRP, pkt I (7), str. 3; pkt III, str. 6-7);
- 3) waloryzacja może mieć miejsce w sytuacji, gdy umowa nie zawiera w ogóle klauzuli waloryzacyjnej - możliwe jest wprowadzenie do umowy klauzuli waloryzacyjnej. Waloryzacja może mieć miejsce również wtedy, gdy klauzula taka została wprawdzie przewidziana, ale jest ona niewystarczająca (Rekomendacje PGRP, pkt I (3), str. 2, pkt I (8), str. 3);
- 4) celem zmiany umowy na podstawie ww. przepisów nie jest kompensacja wszelkich strat wykonawcy (Rekomendacje PGRP, pkt II (18), str. 5);
- 5) ryzyko wynikające z niemożliwych do przewidzenia wzrostów cen i kosztów powinno być rozłożone równomiernie na obie strony umowy, co nie oznacza, że ryzyko to musi być zawsze rozłożone po równo (Rekomendacje PGRP, pkt III (22), str. 7);
- 6) niedokonanie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy może nie tylko poważnie zachwiać równowagą ekonomiczną stron na niekorzyść wykonawcy, ale częstokroć może prowadzić do negatywnych konsekwencji dla zamawiającego, tj. do skutków mniej korzystnych niż stosowna zmiana umowy (Rekomendacje PGRP, pkt I (1), str. 1).

1.3. Projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (dalej „Tarcza prawna”)

³<https://www.gov.pl/web/prokuratoria/zmiana-umowy-z-uwagi-na-nadzwyczajny-wzrost-cen-waloryzacja-wynagrodzenia---rekomendacje>

⁴ ustawa z dnia 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm. (dalej „stara” Pzp));

⁵ tzw. klauzule rebus sic stantibus;

W Senacie jest aktualnie procedowany projekt Tarczy prawnej dopuszczającej w art. 48 zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartej przed dniem wejścia jej w życie i umowy będącej w toku w tym dniu, bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia w związku z istotną zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć.

Na podstawie projektowanego przepisu strony umowy:

- 1) będą mogły dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, dodać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy – w przypadku umów, które nie zawierają takich postanowień, zmienić postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w szczególności w zakresie maksymalnej wartości zmiany tego wynagrodzenia – w przypadku umów, które zawierają takie postanowienia, w takim przypadku strony ponosić będą zwiększony koszt wykonania zamówienia publicznego w uzgodnionych częściach; sposób zmiany wynagrodzenia może być ustalony z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego; wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z tym przepisem, zobowiązany będzie do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę o podwykonawstwo, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy w taki sposób, aby warunki zmienionej umowy o podwykonawstwo nie były mniej korzystne dla podwykonawcy niż warunki wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, przepis dotyczy umów o podwykonawstwo zawartych przed dniem wejścia w życie Tarczy prawnej i będących w toku w dniu zmiany wynagrodzenia wykonawcy, a także stosuje się go do umowy o podwykonawstwo zawartej między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą;
- 2) zmienić postanowienia umowy dotyczące jej wykonania, w szczególności dotyczące zakresu świadczenia wykonawcy, z czym może wiązać się odpowiadająca jej zmiana wynagrodzenia wykonawcy lub sposobu rozliczenia tego wynagrodzenia, terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowego zawieszenia wykonywania umowy lub jej części, sposobu wykonywania umowy;
- 3) dokonując zmiany umowy na podstawie pkt 1 i 2 muszą przestrzegać, aby wzrost wynagrodzenia wykonawcy spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczył 50% wartości pierwotnej umowy.

2. Dopuszczalność zaspokojenia roszczenia wykonawcy o waloryzację wynagrodzenia na podstawie przepisów prawa zamówień publicznych w drodze zmiany umowy o zamówienie – uwagi wstępne

Rekomendacje PGRP:

„Jeżeli waloryzacja wynagrodzenia wymaga zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w pierwszej kolejności należy ustalić dopuszczalność zmiany w świetle prawa zamówień publicznych (dla umów zawartych przed dniem 1 stycznia 2021 r. - art. 144 ustawy z 29 stycznia 2004 r., „dPZP”, zaś dla umów zawieranych od 1 stycznia 2021 r. - art. 454 i art. 455 ustawy z 11 września 2019 r., „nPZP”). (..) Ta przesłanka dopuszczalności zmiany umowy jest wskazywana przez Urząd Zamówień Publicznych wprost jako możliwa do zastosowania w przypadku gwałtownego wzrostu cen materiałów i kosztów niezbędnych do realizacji umowy.”⁶

„Do zawarcia aneksu dopuszczalnego w świetle art. 455 ust. 1 pkt 4 nPZP (art. 144 ust. 1 pkt 3 dPZP) zamawiający nie musi poszukiwać innej podstawy w Kodeksie cywilnym niż art. 353¹ KC.”⁷

Zarówno Rekomendacje PGRP, jak i Opinia UZP jako kluczową podstawę prawną, wedle której można przeprowadzić zmianę umowy w celu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, wskazują art. 455 ust. 1 pkt 4 „nowej” Pzp albo art. 144 ust. 1 pkt 3 „starej” Pzp⁸.

Zamawiający rozpatrując wniosek wykonawcy o waloryzację wynagrodzenia analizuje dopuszczalność waloryzacji w oparciu o przesłanki wynikające z ww. przepisów Pzp⁹, tj. czy:

- a) konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć;
- b) wzrost ceny (wartość zmiany) spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy (ceny oferty);
- c) zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy.

Każda z ww. przesłanek powinna być zbadana przez zamawiającego w toku procedury weryfikacji wniosku wykonawcy. Ustalenia poczynione w tym zakresie należy opisać w możliwie jak najbardziej wyczerpujący sposób.

⁶ Rekomendacje PGRP: pkt I (5) (str. 2);

⁷ Rekomendacje PGRP: pkt I (7) (str. 3);

⁸ decydujące znaczenie co do tego, która z ustaw Pzp („stara” czy „nowa”) będzie miała zastosowanie dla danej umowy o zamówienie publiczne, ma data zawarcia umowy oraz data wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, wskutek którego umowa została zawarta – zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020 z późn. zm.);

⁹ pomiędzy brzmieniem art. 144 ust. 1 pkt 3 „nowej” Pzp i art. 455 ust. 1 pkt 4 „nowej” Pzp zachodzą wprawdzie pewne różnice brzmieniowe, jednak na cele omawiane w niniejszych wytycznych wskazane w nich przesłanki zmiany umowy można traktować analogicznie;

Powyższym przesłankom (oraz pozostałym działaniom, które powinien podjąć zamawiający) i sposobom ich badania oraz uzasadniania poświęcone są kolejne punkty niniejszych wytycznych.

Uwaga

Niniejsze wytyczne nie odnoszą się do wniosków wykonawcy o zmianę postanowień umowy dotyczących jej wykonania, w szczególności dotyczących:

- a) zakresu świadczenia wykonawcy, z czym może wiązać się odpowiadająca jej zmiana wynagrodzenia wykonawcy lub sposobu rozliczenia tego wynagrodzenia,
- b) terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowego zawieszenia wykonywania umowy lub jej części,
- c) sposobu wykonywania umowy.

3. Ocena Wniosku Wykonawcy

Rekomendacje PGRP:

„Kluczowe jest sprawdzenie, czy zaistniały przesłanki waloryzacji oraz uchwycenie właściwego (uzasadnionego w konkretnych okolicznościach) jej zakresu. W zależności od rodzaju okoliczności, które uzasadniają zmianę umowy (ich skali, możliwości ustalenia typowego wpływu na kontrakty danego rodzaju itp.), analizy w tym zakresie mogą mieć różny stopień szczegółowości.”¹⁰ (...)

„Zmiana umowy, stanowiąca skutek nieprzewidywalnego, nadzwyczajnego wzrostu cen, może polegać nie tylko na jednorazowym podwyższeniu wynagrodzenia, rekompensującym już zaistniałe skutki tego wzrostu. Możliwe jest również dokonanie zmiany umowy polegającej na wprowadzeniu do umowy klauzuli waloryzacyjnej (nowej lub modyfikującej stare postanowienia umowy), przewidującej cykliczną waloryzację wynagrodzenia.”¹¹

ZADANIE ZAMAWIAJĄCEGO

Pierwszym zadaniem zamawiającego po otrzymaniu wniosku wykonawcy o waloryzację wynagrodzenia jest jego **dokładne przeanalizowanie w celu ustalenia, o co konkretnie wnioskuje wykonawca**. Wyznaczać to będzie nie tylko dalszy zakres procedowania, ale także pozwoli na dochowanie w działaniach zamawiającego zasad efektywności, celowości i gospodarności. Brak precyzyjnego ustalenia na wstępie, jakie jest żądanie wykonawcy, generuje po stronie zamawiającego ryzyko wykroczenia w dalszych ustaleniach ponad roszczenie samego wykonawcy i zmianę wynagrodzenia wyższą niż oczekiwana.

W zależności od sytuacji, wniosek wykonawcy może przyjąć następujące formy¹²:

¹⁰ Rekomendacje PGRP: pkt I (2) (str. 2);

¹¹ Rekomendacje PGRP: pkt I (8) (str. 3);

¹² Rekomendacje PGRP: pkt (5) podsumowania, str. 8;

- 1) roszczenie o jednorazowe podwyższenie ceny umownej o określoną przez wykonawcę kwotę ze względu na wzrost wszystkich, wybranych lub pojedynczych cen materiałów lub urządzeń objętych przedmiotem umowy;
- 2) ogólne roszczenie o podjęcie negocjacji w celu zwiększenia wynagrodzenia, bez podania warunków obliczenia tego zwiększenia;
- 3) roszczenie o zwiększenie wynagrodzenia umownego na podstawie wskaźników cen GUS, a dla robót budowlanych również ORGBUD-SERWIS lub SEKOCENBUD. Możliwe są w tym zakresie w szczególności poniższe przypadki:
 - a) wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej, gdy w umowie taka klauzula nie była przewidziana (np. wykonawca proponuje konkretny algorytm albo pozostawia opracowanie algorytmu stronom w toku negocjacji);
 - b) modyfikacja klauzuli waloryzacyjnej, gdy w umowie klauzula taka była przewidziana, ale okazała się niewystarczająca.
Możliwe jest wnioskowanie przez wykonawcę o:
 - podniesienie przewidzianej klauzulą maksymalnej wartości (limitu), do jakiej może ulec zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
 - zmianę wskaźnika cen zastosowanego w klauzuli waloryzacyjnej, np. wskaźnika cen GUS na wskaźnik cen dla robót budowlanych ORGBUD-SERWIS lub SEKOCENBUD;
 - zmianę okresów, w których może następować waloryzacja;
 - zmianę terminu pierwszej waloryzacji na wcześniejszy niż przewidziany w umowie;
 - zmianę koszyka waloryzacyjnego lub zmianę wag przypisanych poszczególnym jego elementom;
 - zmianę podziału ryzyk;
 - c) hybrydy wniosków jak wyżej.

Sposób i zakres dalszego procedowania będzie determinować także fakt, czy wniosek wykonawcy dotyczy zmiany wynagrodzenia za niewykonaną lub wykonaną do dnia złożenia wniosku część przedmiotu umowy.

4. Badanie, czy po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego zaistniały okoliczności, których nie można było przewidzieć, pomimo dochowania przez zamawiającego należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Rekomendacje PGRP:

„Zdaniem Prokuratorii Generalnej RP gwałtowne, zdecydowanie przewyższające dotychczasowe trendy rynkowe i nieprzewidywalne zmiany cen materiałów i robót budowlanych obserwowane obecnie w Polsce w wyniku wojny w Ukrainie pozwalają na dokonanie zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 nPZP (art. 144 ust. 1 pkt 3 dPZP).”¹³

¹³ Rekomendacje PGRP, pkt (1) podsumowania, str. 8;

Jak wskazano już we Wprowadzeniu do niniejszych wytycznych, zarówno Rekomendacje PGRP, jak i Opinia UZP potwierdzają, że konflikt zbrojny w Ukrainie, jego zasięg oraz skutki gospodarcze i ekonomiczne spełniają kryterium nieprzewidywalności, pomimo zachowania przez zamawiającego należytej staranności.

W przypadkach, gdy we wniosku wykonawcy znajdujemy uzasadnienie waloryzacji wynagrodzenia związane ze zmianami cen robót lub usług wskutek konfliktu zbrojnego w Ukrainie, co do zasady ta przesłanka zmiany umowy może zostać uznana za spełnioną.

Nie ma potrzeby prowadzenia postępowania i dowodzenia o faktach powszechnie znanych i nie kwestionowanych przez strony umowy. Odróżnić natomiast należy kwestię wystąpienia samych zdarzeń jak agresja zbrojna, zakłócenie łańcuchów dostaw i wzrost cen od wpływu tych zdarzeń na realizację umowy.

4.1. Badanie, czy zaistniałe okoliczności powodują konieczność modyfikacji umowy

Rekomendacje PGRP:

„Zmiana konieczna w rozumieniu ww. przepisów to zmiana wymagana z punktu widzenia prawidłowego wykonania umowy, zgodnie z jej pierwotnymi celami i założeniami, lub usunięcia znacznej nierównowagi ekonomicznej stron, naruszonej wystąpieniem nowych okoliczności. Zmiany powinny być przy tym dokonywane z uwzględnieniem zasady proporcjonalności.”¹⁴

Z Rekomendacji PGRP i Opinii UZP wynika, że nawet wystąpienie zjawiska tak nadzwyczajnego i niespodziewanego, jak konflikt zbrojny w Ukrainie wymaga dokonania przez zamawiającego oceny, czy czynnik ten ma rzeczywisty wpływ na proces realizacji zawartej przez niego konkretnej umowy i czy powoduje konieczność jej zmiany. O zakresie koniecznej i dopuszczalnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy, decyduje wpływ powyższego zjawiska na wykonywanie danej umowy.

¹⁴ Rekomendacje PGRP: pkt II (16) (str. 5);

ZADANIE
ZAMAWIAJĄCEGO

Zamawiający powinien podchodzić z ostrożnością do dokonywania uogólnień w tym zakresie. Szczególnym przypadkiem, który wymagać może pogłębionej analizy zamawiającego, będą umowy zawierane już po wybuchu tego konfliktu, w tym przypadki, gdy wykonawca składał ofertę na wykonanie zamówienia po tej dacie. Zamawiający w takich sytuacjach powinien zbadać, czy i które z powoływanych przez wykonawcę we wniosku okoliczności, wypełniają kryterium nieprzewidywalności w toku postępowania o udzielenie zamówienia i powodują konieczność zmiany umowy.

Ustalenia, czy zmiana jest konieczna i w jakim zakresie zamawiający może dokonać na podstawie środków dowodowych załączonych do wniosku wykonawcy o zmianę wynagrodzenia. **Wykonawca powinien przedstawić argumentację pokazującą stan pierwotny, późniejsze okoliczności (potwierdzone odpowiednimi dokumentami) oraz ich dokładny wpływ na wzrost cen.**

ZADANIE
WYKONAWCY

Złożony przez wykonawcę wniosek o waloryzację wynagrodzenia powinien pozwolić zamawiającemu ustalić:

- 1) podstawę prawną, w oparciu o którą wykonawca występuje z wnioskiem o waloryzację (czy jest to postanowienie umowy, czy przepisy prawa),
- 2) jakiego okresu realizacji umowy dotyczy wniosek o waloryzację,
- 3) wartość oczekiwaną przez wykonawcę zmiany wynagrodzenia,
- 4) proponowany przez wykonawcę sposób dokonania zmiany: waloryzacja jednorazowa, czy cykliczna (wprowadzenie lub zmiana klauzuli waloryzacyjnej),
- 5) czy wniosek dotyczy robót lub usług wykonanych czy niewykonanych.

Propozycje i okoliczności opisane przez wykonawcę we wniosku o waloryzację wynagrodzenia powinny być potwierdzone stosownymi środkami dowodowymi.

ZADANIE
ZAMAWIAJĄCEGO

W przypadku, gdy złożone przez wykonawcę środki dowodowe są niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający może wezwać wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie; wymaganie złożenia środków dowodowych wynika m.in. z art. 6 Kodeksu cywilnego: ciężar dowiedzenia danego faktu spoczywa na osobie, która wywodzi z tego faktu określone skutki.

Przykładowe środki dowodowe, których zamawiający może wymagać od wykonawcy:

- 1) kosztorys ofertowy wraz z kalkulacjami szczegółowymi cen jednostkowych, na podstawie którego wykonawca obliczył cenę oferty; w przypadku umów na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych lub umów na usługi: inne formularze kalkulacji, z których będzie wynikać sposób obliczenia ceny oferty i wartości jej składowych elementów, w tym co najmniej tych materiałów lub kosztów, o zmianę których wykonawca wnioskuję;
- 2) oświadczenia wykonawcy o założonym w ofercie poziomie zysku i ryzyka lub dokumenty z polityki zakupowej danego wykonawcy, które ustalają tzw. narzuty, marże, wysokość zysku, itp. zatwierdzone przez odpowiednie organy wykonawcy;
- 3) oferty dostawców lub podwykonawców, na podstawie których wykonawca obliczył cenę oferty albo faktury z początkowego okresu realizacji umowy (rekomendowane, aby były przypisane do konkretnej pozycji kosztorysu ofertowego lub innego formularza kalkulacji) dotyczące co najmniej tych materiałów lub kosztów, o zmianę których wykonawca wnioskuję albo wybranych przez wykonawcę co najmniej tych, których zmiany cen potwierdzają wartość roszczenia wykonawcy¹⁵;
- 4) oferty, faktury dostawców lub podwykonawców w zakresie jak w pkt. 3 z okresu, który obejmuje wniosek wykonawcy o waloryzację;
- 5) informacje, czy i którzy z zaakceptowanych przez zamawiającego podwykonawców robót budowlanych, usług lub dostaw wystąpili z propozycją zawarcia aneksów o zmianę wynagrodzenia;
- 6) informacji, czy wykonawca badał rynek w celu znalezienia innych, tańszych dostawców lub podwykonawców¹⁶;
- 7) uzasadnienia, dlaczego wykonawca nie mógł materiałów i urządzeń objętych wnioskiem o zmianę zamówić wcześniej i zagwarantować sobie ich ceny, kupić wcześniej i składować, etc.;
- 8) informacji, jakie są podstawy i założenia do opracowania proponowanego przez wykonawcę wzoru waloryzacji, jeżeli wniosek wykonawcy odnosi się do wprowadzenia do umowy konkretnego wzoru waloryzacyjnego (lub modyfikacji dotychczasowego wzoru);
- 9) innych dowodów – adekwatnie do wniosku wykonawcy.

¹⁵ co najmniej oferty dostawców lub podwykonawców mających istotny wpływ na dodatkowe koszty ponoszone przez wykonawcę;

¹⁶ kontrola Prezesa UZP, KND/81/21/DKZP: „*Ponadto firmy nie są jedynymi dystrybutorami materiałów potrzebnych do realizacji inwestycji. Nie wykazano poszukiwania innych źródeł zaopatrzenia w materiały budowlane.*”;

Na podstawie przedłożonych przez wykonawcę środków dowodowych zamawiający weryfikuje, czy opisane przez wykonawcę nadzwyczajne okoliczności i spowodowane nimi zmiany cen rzeczywiście wpływają na koszty realizacji umowy oraz dokonuje weryfikacji wartości tych kosztów.

Brak rzetelnych, logicznych, wewnętrznie spójnych obliczeń popartych dowodami powoływanych przez wykonawcę okoliczności, co do zasady stanowi przeszkodę w dokonaniu waloryzacji wynagrodzenia.

4.2. Analiza, czy wnioskowany przez wykonawcę zakres i wartość zmiany wynagrodzenia są zasadne

Rekomendacje PGRP:

„Celem zastosowania art. 455 ust. 1 pkt 4 nPZP (art. 144 ust. 1 pkt 3 dPZP) nie jest kompensacja wszelkich strat wykonawcy, ale uwzględnienie w ramach obowiązującego stosunku zobowiązaniowego okoliczności zewnętrznych, jeśli mają one wpływ na jego wykonywanie, z uwzględnieniem ryzyk kontraktowych, jakie spoczywały na wykonawcy.

Podsumowując, nadzwyczajny wzrost cen, spowodowany okolicznościami zewnętrznymi, których przewidzenie było obiektywnie mało prawdopodobne (np. wybuch epidemii, konflikt zbrojny itp.), a przez to wykraczający poza zwykłe ryzyko kontraktowe wykonawcy, uzasadnia zmianę umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 nPZP (art. 144 ust. 1 pkt 3 dPZP), jeśli ma rzeczywisty wpływ na wykonanie konkretnej umowy. Zamawiający może dokonać zmiany koniecznej, to jest takiej, która jest wymagana w celu prawidłowego wykonania umowy zgodnie z jej pierwotnymi założeniami, zakłóconymi przez ww. okoliczności.”¹⁷

„Analizując gospodarność planowanej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy należy podkreślić, że zasadą jest równomierne rozłożenie na obie strony kosztów ryzyka niemożliwego do przewidzenia wzrostu cen materiałów i kosztów niezbędnych do wykonania umowy. Stwierdzenie to nie oznacza, że ryzyko to musi być zawsze rozłożone po równo, nieuzasadnione jest natomiast przerzucenie tego ryzyka w całości na zamawiającego.”¹⁸

Zmiana wynagrodzenia wykonawcy musi mieć charakter obiektywny i być wprowadzona w celu przywrócenia równowagi ekonomicznej stron, jaka istniała w momencie jej zawarcia, a która została zakłócona przez nieprzewidywalne zjawiska, jakie zaistniały na etapie realizacji. Zmiana nie może służyć „zrekompensowaniu” niedoszacowań czy błędów popełnionych przez wykonawcę na etapie sporządzania oferty.

¹⁷ Rekomendacje PGRP: pkt II (18) (str. 5-6);

¹⁸ Rekomendacje PGRP: pkt III (22) (str. 7);

Po zweryfikowaniu, czy i w jakim stopniu opisywane przez wykonawcę okoliczności wpływają na konieczność zmiany umowy kolejnym działaniem zamawiającego jest ustalenie, w jakiej wartości i zakresie zmiana umowy jest konieczna i zasadna.

W tym celu zamawiający oblicza na podstawie ogólnodostępnych wskaźników cenowych rynkową zmianę wynagrodzenia wykonawcy w okresie objętym wnioskiem i ustala, jaki poziom ryzyka zmiany cen wykonawca powinien uwzględnić w cenie oferty.

4.2.1. Wytyczne pomocne dla obliczenia rynkowej zmiany wynagrodzenia na podstawie ogólnodostępnych wskaźników cenowych

Zamawiający w celu obliczenia rynkowej zmiany wynagrodzenia powinien:

- 1) ustalić wartość wynagrodzenia dla okresu realizacji umowy, którego dotyczy wniosek wykonawcy o waloryzację: według faktur za roboty budowlane lub usługi wykonane, planowanych terminów płatności za roboty lub usługi nie wykonane;
- 2) wybrać wskaźnik cen: miesięczny, kwartalny lub roczny, adekwatny do przedmiotu zamówienia i warunków płatności przewidzianych w umowie; rekomendowane w szczególności za ustawodawcą wskaźniki zmian cen ogłaszane przez Główny Urząd Statystyczny (dalej „GUS”);
- 3) przeprowadzić co najmniej uproszczone obliczenie zmiany wartości wynagrodzenia dla okresu, o którym mowa w pkt 1 z wykorzystaniem jednego wybranego wskaźnika zmian cen. Tam gdzie to możliwe, dla robót budowlanych, rekomenduje się przeprowadzenie obliczeń w dwóch wariantach według różnych wskaźników cen, uzyskane wartości zmiany wynagrodzenia (z uwagi na metody i terminy zbierania danych do publikacji) pozwolą na ustalenie referencyjnego przedziału zmian cen: od poziomu według wskaźników ogłaszanych przez GUS do poziomu obliczonego według wskaźników cen publikowanych w informatorach wydawanych przez komercyjne, specjalistyczne wydawnictwa. Z praktyki rynkowej wynika, że zmiany obliczone na podstawie komercyjnych informatorów cenowych są prawie dwukrotnie wyższe niż obliczenia na podstawie wskaźników cen ogłaszanych przez GUS;

Metodyka wykonania ww. obliczeń:

- określenie początkowego terminu, do którego odnosimy zmiany wynagrodzenia: termin otwarcia ofert, termin podpisania umowy lub inny termin adekwatnie do wniosku wykonawcy;

- ustalenie wartości wskaźnika składanego dla poszczególnych terminów i wartości dokonanych lub planowanych płatności zgodnie z warunkami określonymi w umowie;

Zasady obliczenia wskaźnika składanego rekomendowane przez GUS:¹⁹

do obliczenia wskaźnika dotyczącego innego okresu niż opublikowany przyjmuje się metodę nawiązań łańcuchowych²⁰, przy wykorzystaniu wskaźników mających za podstawę okres poprzedni = 100. Metoda ta polega na mnożeniu pierwszego wskaźnika w łańcuchu wykorzystywanym do nawiązań przez kolejny wskaźnik, pamiętając o podzieleniu przez 100. Tak otrzymany wskaźnik zaokrąglany jest do trzech miejsc po przecinku i mnożony przez kolejny wskaźnik, analogicznie jak w poprzednim kroku. Kolejne operacje mnożenia, dzielenia przez 100 i zaokrąglania należy powtarzać aż do ostatniego wskaźnika w łańcuchu nawiązań²¹;

- dokonanie obliczenia zmiany rynkowej wynagrodzenia o wskaźnik składany.

Zamawiający dysponujący specjalistami ds. kosztów mogą dokonać obliczeń zmiany rynkowej wynagrodzenia wykonawcy poprzez ustalenie poziomu zmian wybranych materiałów lub kosztów, które mają istotny wpływ (znaczący udział) na wartość wynagrodzenia, z wykorzystaniem kilku odpowiednio dobranych wskaźników lub też ich obliczeń na podstawie zmian cen rynkowych.

W przypadku wniosku wykonawcy o zmianę wybranych lub pojedynczych cen materiałów lub urządzeń objętych przedmiotem umowy, zamawiający może w celu obliczenia rynkowej zmiany cen posłużyć się dla celów porównawczych zmianami cen rynkowych ogłaszanymi przez GUS lub zmianami cen rynkowych publikowanymi w informatorach wydawanych przez komercyjne, specjalistyczne wydawnictwa.

4.2.2. Wytyczne pomocne dla ustalenia wartości ryzyka, które wykonawca powinien być uwzględnić w ofercie

Aby ustalić, jaką wartość ryzyka wykonawca powinien założyć w ofercie, zamawiający na bazie danych historycznych (z okresu np. pięciu lub trzech lat przed terminem składania ofert) na podstawie wskaźników cen materiałów lub kosztów, w szczególności ogłaszanych przez GUS ustala jak zmieniały się ceny (stopniowo wzrastały lub malały lub zmiany były dynamiczne) i jaki był poziom

¹⁹ zwanego także skumulowanym lub globalnym

²⁰ Patrz odpowiedź na pytanie: W jaki sposób obliczyć wskaźnik za okres inny niż opublikowane wskaźniki? <http://swaid.stat.gov.pl/SitePagesDBW/faqCeny.aspx>

²¹ Obliczając przykładowo wskaźnik cen za okres od marca 2021 r. do sierpnia 2022 r., należy użyć miesięcznych wskaźników cen mających w podstawie miesiąc poprzedni=100. Pierwszym wykorzystanym wskaźnikiem cen towarów i usług konsumpcyjnych w metodzie nawiązań łańcuchowych będzie wskaźnik miesięczny za kwiecień 2021 r. (marzec 2021 r.=100), ostatnim zaś zastosowanym wskaźnikiem będzie wskaźnik miesięczny za sierpień 2022 r. (lipiec 2022 r.=100).

tych zmian oraz jakie – wedle posiadanych na moment składania oferty – informacje co do przyszłych zmian w tym zakresie racjonalnie były dostępne dla wykonawcy. Co najmniej analogicznie obliczoną wartość ryzyka wykonawca powinien założyć w ofercie.

4.2.3. Wytyczne pomocne dla ustalenia podziału skutków ryzyka związanego z nieprzewidywalną zmianą cen na strony umowy

Ze względu na wiele czynników mających wpływ na ustalenie podziału skutków takiego ryzyka, strony muszą podjąć negocjacje. W wyniku analiz i negocjacji strony powinny każdorazowo indywidualnie wypracować sposób zmiany wynagrodzenia, jego ostateczną wartość oraz uzgodnić w jakich częściach strony poniosą zwiększone wartość lub koszt wykonania umowy.

W ramach negocjacji powinny zostać uwzględnione również dane uzyskane z analizy dokumentów zamówienia i warunków realizacji umowy, w szczególności takie dane jak:

- 1) informacje z dokumentów zamówienia SWZ (SIWZ) w celu ustalenia, czy projekt umowy zawierał klauzule waloryzacyjne i w jakim zakresie jest możliwe ich zastosowanie, a w jakim konieczna modyfikacja;
- 2) informacje z otwarcia ofert w celu ustalenia, czy wykonawca nie zaniżył ceny oferty w stosunku do wartości zamówienia i innych ofert;
- 3) informacje przedstawione przez wykonawcę w ramach procedury badania rażąco niskiej ceny na etapie postępowania o udzielenie zamówienia (jeżeli zaistniała taka sytuacja);
- 4) ocenę realizacji umowy w celu ustalenia, czy są opóźnienia w stosunku do harmonogramu rzeczowo-finansowego, jeżeli tak - jakie są przyczyny opóźnień, przestojów, czy odpowiedzialny za ich powstanie jest zamawiający czy wykonawca, czy do umowy zawierano aneksy i zlecano wykonawcy roboty dodatkowe lub zamiennie;
- 5) stopień zaawansowania robót, wartość robót wykonanych i pozostałych do wykonania.

W celu podjęcia decyzji, jaki poziom zmiany wynagrodzenia wykonawcy jest zasadny oraz jaki poziom ryzyka związanego z nieprzewidywalną zmianą cen i kosztów zamawiający weźmie na siebie, **zamawiający może kierować się w szczególności poniższymi wytycznymi:**

- 1) gdy w toku analiz zamawiający stwierdzi, że zweryfikowana przez zamawiającego wartość roszczenia wykonawcy po jej porównaniu z dokonanymi przez zamawiającego obliczeniami rynkowej wartości zmian cen jest zawyżona, powinien w toku negocjacji dążyć do wynegocjowania wzrostu wynagrodzenia zbliżonego do wzrostu cen rynkowych;
- 2) gdy w toku analiz zamawiający stwierdzi, że w swoich obliczeniach wykonawca nie uwzględnił co najmniej wartości rynkowej ryzyka zmian cen,

- którą wykonawca powinien założyć w cenie oferty, nie powinien tej wartości uwzględniać w wartości waloryzacji;
- 3) gdy w toku analiz zamawiający stwierdzi, że wzrost cen pojedynczego lub kilku materiałów lub kosztów, o których wzrost wykonawca wnioskuję jest jednocześnie rekompensowany spadkiem cen innych materiałów lub kosztów wzrost tych kosztów nie powinien być uwzględniony w wartości waloryzacji;
 - 4) gdy w toku analiz zamawiający stwierdzi, że wykonawca zaniżył w ofercie ceny materiałów lub kosztów objętych wnioskiem o waloryzację w stosunku do cen rynkowych, zamawiający spowodowany tym wzrost cen powinien proporcjonalnie przypisać wykonawcy;
 - 5) gdy w toku realizacji umowy wykonawca jest w zwłoce i z tego powodu zamówienie jest wykonywane po wyższych cenach, zamawiający spowodowany tym wzrost cen powinien proporcjonalnie przypisać wykonawcy;
 - 6) gdy w toku realizacji umowy doszło do opóźnień, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający (np. konieczność wykonania robót dodatkowych, zamiennych, przerwy i przestoje) i z tego powodu zamówienie jest wykonywane po wyższych cenach, zamawiający spowodowany tym wzrost cen powinien proporcjonalnie przypisać sobie;
 - 7) gdy w toku realizacji umowy wykonawcy powierzano realizację prac dodatkowych, zamiennych etc., które wyceniane były według wartości bieżących, wartości te nie powinny być waloryzowane.

5. Określenie sposobu zmiany wynagrodzenia

W wyniku negocjacji strony umowy dokonują podziału skutków ryzyka nieprzewidywalnej zmiany cen i budują klauzulę, w której określają sposób zmiany wynagrodzenia.

Wytyczne co do możliwych sposobów zmiany wynagrodzenia:

- 1) gdy w umowie jest klauzula waloryzacyjna, zamawiający w pierwszej kolejności powinien dążyć do niezbędnej modyfikacji tej klauzuli, np. podwyższyć limit waloryzacyjny, przyspieszyć termin pierwszej waloryzacji, zwiększyć częstotliwość waloryzacji, a dopiero gdy to okaże się niemożliwe, wyrazić zgodę na odmienną metodę zmiany wynagrodzenia;
- 2) gdy umowa jest na końcowym etapie realizacji i wykonawca składa oświadczenie, że nie będzie występował z kolejnymi wnioskami o waloryzację wynagrodzenia, rekomenduje się jednorazową zmianę wynagrodzenia obliczoną z wykorzystaniem klauzuli waloryzacyjnej z zastosowaniem wskaźników zmian cen, w szczególności ogłaszanych przez GUS;
- 3) gdy do zakończenia umowy pozostało co najmniej kilka miesięcy rekomenduje się wprowadzenie do umowy cyklicznej klauzuli

waloryzacyjnej z zastosowaniem wskaźników cen, o których mowa w pkt 2;

- 4) gdy wykonawca wnioskuję o zmianę jednego lub kilku wybranych materiałów lub kosztów i wykonawca składa oświadczenie, że nie będzie występował z kolejnymi wnioskami o zmianę wynagrodzenia, nie jest zasadne budowanie klauzuli waloryzacyjnej.

Dodatkowo w klauzuli zmiany wynagrodzenia należy zobowiązać wykonawcę do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę o podwykonawstwo, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli zakres umowy objęty waloryzacją realizowany jest przez podwykonawcę: zmiany umowy o podwykonawstwo należy dokonać w sposób zapewniający, aby warunki wykonania tej umowy przez podwykonawcę nie były mniej korzystne dla podwykonawcy niż warunki wykonania umowy zmienionej dla wykonawcy. Powyższe zobowiązanie powinno dotyczyć także umowy o podwykonawstwo zawartej między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą.

Wytyczne do budowy nowej klauzuli waloryzacyjnej lub modyfikacji istniejącej:

Strony umowy:

- 1) wybierają wskaźnik zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy, adekwatny do przedmiotu umowy i warunków płatności w niej przewidzianych; rekomendowane w szczególności za ustawodawcą wskaźniki zmian cen materiałów lub kosztów ogłaszane przez GUS;
- 2) przewidują w przypadku likwidacji wybranego wskaźnika zmian cen lub zmiany podmiotu, który go publikuje, że zasady zmiany wynagrodzenia określone w umowie stosuje się odpowiednio do najbardziej zbliżonego wskaźnika i podmiotu, który zastąpi dotychczasowy wskaźnik lub podmiot;
- 3) określają początkowy termin, od którego będą ustalać zmiany wynagrodzenia, np. termin zawarcia umowy, termin otwarcia ofert, inny termin;
- 4) określają zakres wykonanych lub planowanych do wykonania robót budowlanych albo usług, za wykonanie których wynagrodzenie będzie waloryzowane, np. roboty lub usługi wykonane po 24 marca 2022 r.;
- 5) sposób zmiany wynagrodzenia mogą ustalić z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego przez GUS z zastosowaniem wskaźnika składanego opisanego w pkt 4.2.1. niniejszych wytycznych;
- 6) po przeprowadzeniu obliczeń zmiany wynagrodzenia zgodnie z pkt 5 dokonują podziału skutków ryzyka istotnej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy; wytyczne pomocne dla ustalenia podziału skutków ryzyka zawarto w pkt 4.2.3. niniejszych wytycznych;
- 7) ustalają maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia na podstawie dodanej klauzuli waloryzacyjnej; wzrost wynagrodzenia wykonawcy spowodowany

- każdą kolejną zmianą umowy nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy;
- 8) ustalają terminy zapłaty zwaloryzowanego wynagrodzenia wykonawcy: cyklicznie zgodnie z warunkami umowy w terminach płatności w niej przewidzianych, jednorazowo, część jednorazowo, część cyklicznie, przed zakończeniem umowy, inne terminy;
 - 9) przewidują zobowiązanie wykonawcy do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy i dalszego podwykonawcy, z którymi zawarto umowy o podwykonawstwo, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy; warunki wykonania umowy przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę nie mogą być mniej korzystne dla podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy niż warunki wykonania umowy zmienionej dla wykonawcy.

6. Ocena zasadności zawarcia aneksu do umowy

Rekomendacje PGRP:

„Planowana zmiana umowy powinna podlegać nie tylko na analizie pod kątem dopuszczalności w świetle PZP, ale także, równolegle, weryfikacji przez jednostkę sektora finansów publicznych pod kątem kryteriów gospodarności działania. Zmiana umowy nie może więc mieć charakteru dowolnego, ale musi być zgodna z zasadami dokonywania wydatków publicznych tj. powinna mieć charakter celowy i oszczędny (o czym szerzej w pkt III). Znaczne prawdopodobieństwo skutecznego dochodzenia przez wykonawcę zmiany umowy na podstawie klauzul rebus sic stantibus stanowi typowy (choć potencjalnie nie jedyny możliwy) sposób uzasadnienia gospodarności zmiany umowy, zarazem zgodny ze wskazanymi przepisami nPZP i dPZP.²² (...)

Porównanie prawdopodobnych w konkretnych okolicznościach scenariuszy może prowadzić do wniosku, że działaniem, które można ocenić jako niegospodarne byłaby odmowa podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy mimo spełnienia przesłanek dopuszczalności zmiany umowy, zwłaszcza, gdy wykonawca może choćby potencjalnie, skutecznie żądać podwyższenia wynagrodzenia na podstawie klauzul rebus sic stantibus.²³

Jakkolwiek zamawiający nie jest z formalnego punktu widzenia zobowiązany do zmiany umowy, jego decyzja w tym zakresie musi być poprzedzona analizą korzystności (gospodarności) zastosowania takiego rozwiązania z punktu widzenia jego interesów w tym interesu publicznego. Pozwoli to na dochowanie

²² Rekomendacje PGRP: pkt I (7) (str. 3);

²³ Rekomendacje PGRP: pkt III (24) (str. 7);

spoczywających na zamawiającym obowiązków dokonywania wydatków ze środków publicznych w sposób oszczędny, celowy i efektywny²⁴.

ZADANIE ZAMAWIAJĄCEGO

Dokonując oceny korzystności (gospodarności) zmiany umowy, zamawiający nie powinien wychodzić z góry z założenia, że wyrażenie przez niego zgody na zmianę umowy w wyniku waloryzacji będzie zawsze rozwiązaniem niekorzystnym. W zależności od przypadku, to właśnie odmowa dokonania waloryzacji może być potencjalnie oceniona jako działanie na niekorzyść zamawiającego. Analiza i finalna ocena w tym zakresie nie może zatem ograniczać się tylko do wąskiej perspektywy porównania pierwotnej i proponowanej kwotowej wartości wynagrodzenia wykonawcy, a powinna mieć znacznie szerszy charakter. **Zamawiający powinien wziąć pod uwagę wszystkie konsekwencje obydwu sytuacji, tj. konsekwencje (zarówno pozytywne, jak i negatywne, bezpośrednie i pośrednie): braku dokonania dobrowolnej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy oraz dokonania takiej waloryzacji, porównać je ze sobą i podjąć decyzję w oparciu o efekt takiego porównania.**

W celu dokonania takiej analizy i podjęcia decyzji, czy wyrażenie zgody na zawarcie aneksu zmieniającego wysokość wynagrodzenia wykonawcy jest korzystne, oprócz działań podjętych zgodnie z poprzednimi punktami niniejszych wytycznych, **zamawiający powinien udzielić odpowiedzi m.in. na następujące pytania:**

- 1) Czy prawdopodobna jest sytuacja, w której brak dokonania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy skutkować będzie w dalszej perspektywie odstąpieniem od umowy (przez wykonawcę lub przez zamawiającego), np. wskutek wstrzymania przez wykonawcę realizacji zamówienia? Jeżeli tak:
 - a) czy zamawiającemu lub wykonawcy przysługiwać będą z tego tytułu określone roszczenia (np. kary umowne)? Jeśli takie przysługiwałyby zamawiającemu: czy realna jest możliwość zaspokojenia takich roszczeń przez zamawiającego i w jaki sposób zaspokojenie takie może nastąpić (np. czy konieczne jest w tym celu wystąpienie na drogę sądową)?
 - b) jakie będą konsekwencje dla realizowanej inwestycji: czy powstanie konieczność jej wykonania (dokończenia) przez inny podmiot? Jeśli tak:
 - jakie będą przewidywane koszty takiego wykonania, uwzględniając aktualną sytuację rynkową?
 - jaki będzie czas, o który przedłuży się ukończenie inwestycji (w tym czas potrzebny na inwentaryzację dotychczasowych prac, rozliczenie z wykonawcą dotychczasowym za prace wykonane, wyłonienie nowego

²⁴ wynikających m.in. z art. 44 ust. 3 i art. 54a ustawy z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych czy art. 17 „nowej” Pzp;

podmiotu, jego mobilizację i realizację inwestycji)? Jaki będzie dodatkowy koszt wynikający z tego wydłużenia?

- 2) Czy prawdopodobna jest sytuacja, w której brak dokonania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy skutkować będzie w dalszej perspektywie upadłością wykonawcy? Jeżeli tak:
 - a) czy będzie to oddziaływać negatywnie na inne inwestycje, które są realizowane na rzecz zamawiającego?
 - b) czy będzie to miało wpływ na konkurencję na rynku, którego beneficjentem jest zamawiający (np. wyeliminowanie wykonawcy z danego rynku wpłynie na powstanie monopolu innego podmiotu lub będzie istotnym zmniejszeniem kręgu konkurujących ze sobą na rynku podmiotów), a wskutek tego w dalszej kolejności na zmianę (wzrost) rynkowych kosztów realizacji tego typu zamówień?
- 3) Czy zachodzą inne niż określone w pkt 1-2 okoliczności (np. dodatkowe kwestie społeczne, organizacyjne, etc.), które wpływają na decyzję zmiany umowy obejmującej wynagrodzenie wykonawcy?

W przypadku, gdy zmiana umowy dokonywana jest na podstawie ugody zawartej w wyniku polubownego rozwiązania sporu niezbędne jest także udzielenie odpowiedzi na poniższe dodatkowe pytania w celu przygotowania oceny korzystności, o której stanowi art. 54a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych²⁵:

- 1) Czy wykonawca wystąpił z roszczeniem dotyczącym waloryzacji opierając roszczenie o przepisy art. 357(1) lub art. 632 § 2 Kodeksu cywilnego? Jeśli tak:
 - a) czy okoliczności sprawy potwierdzają, że wykonawca mógłby potencjalnie skutecznie dochodzić swojego roszczenia na drodze sądowej? (w tym, czy potwierdzono rażąca stratę wykonawcy?)
 - b) jakie jest prawdopodobieństwo (zarówno co do zasady, jak i co do wysokości) uznania żądania wykonawcy w procesie sądowym za uzasadnione?
 - c) jakie byłyby dodatkowe konsekwencje dla zamawiającego w przypadku przegranego postępowania sądowego (np. wartość dodatkowych należności ubocznych, jakie zamawiający zobowiązany byłby zapłacić wykonawcy, wartość kosztów postępowania sądowego – zarówno kosztów przysługujących wykonawcy od zamawiającego, jak i koszty poniesione wewnętrznie przez samego zamawiającego w związku z obsługą i prowadzeniem postępowania sądowego)?

Jeżeli z uzyskanych odpowiedzi wyniknie, że opisane pytaniami skutki są prawdopodobne - zawarcie aneksu w celu zmiany wynagrodzenia wykonawcy

²⁵ tekst jednolity: Dz. U. z 2022 r. poz. 1634;

z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen należy uznać za zasadne i korzystne dla zamawiającego.

7. Ocena, czy zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy

Opinia UZP:

„W ślad za motywem 109 dyrektywy 2014/24/UE, za zmianę charakteru umowy można uznać zmianę, która w zasadzie doprowadzi do zawarcia nowego kontraktu publicznego. Modyfikacja powoduje zmianę charakteru całego zamówienia, na przykład przez zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub przez całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik postępowania. Nie ulega wątpliwości, że pojęcie „charakter umowy” obejmuje w szczególności zakres przedmiotowy umowy. W ramach oceny umowy bierze się pod uwagę jej najistotniejsze elementy, w tym w szczególności to, czy mamy do czynienia z zastąpieniem zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub całkowitą zmianą rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik postępowania. Przykładem zmiany charakteru umowy może być: 1) zmiana przedmiotu zamówienia z usług na roboty budowlane i odwrotnie, 2) zmiana umowy na czas określony na umowę na czas nieokreślony, 3) zmiana zamówienia publicznego na koncesję.”²⁶

Zmianą ogólnego charakteru umowy będzie co do zasady przypadek, gdy skutek zmiany umowy o zamówienie jej przedmiot lub jego rodzaj różniłby się tak znacząco od przedmiotu lub rodzaju w umowie pierwotnej, że skutek zmiany mielibyśmy właściwie do czynienia z zawarciem całkowicie nowej umowy. Przykładami takich sytuacji może być również (oprócz przypadków wskazanych w Opinii UZP) zastąpienie przedmiotu świadczenia głównego innym przedmiotem, który nie był wcześniej przewidziany czy zmiana kwalifikacji prawnej umowy²⁷.

²⁶ Opinia UZP: pkt III (str. 9);

²⁷ red. H. Nowak, M. Winiarz, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2021 (komentarz do art. 455 „nowej” Pzp);

Gdy zmiana umowy związana jest wyłącznie z kwestią waloryzacji wynagrodzenia z powodu zmiany spowodowanej nadzwyczajnym wzrostem cen materiałów i usług, wystąpienie sytuacji, w której zmiana ta prowadziłaby do zmiany charakteru samej umowy o zamówienie publiczne, wydaje się mało prawdopodobne. Kwestia ta powinna stanowić jednak przedmiot indywidualnej weryfikacji i potwierdzenia przez zamawiającego. W tym celu zamawiający może przede wszystkim porównać treść umowy w dwóch wersjach: sprzed planowanej zmiany i z jej uwzględnieniem, oraz w oparciu o zachodzące między nimi różnice potwierdzić, czy ogólny charakter umowy nie uległ modyfikacji. Warto uwzględnić przy tej ocenie również kluczowe informacje na temat zamówienia zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu.

8. Weryfikacja, czy wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą umowy nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy (ceny oferty)

Rekomendacje PGRP:

„Wartość każdej kolejnej zmiany umowy nie może przekroczyć 50% pierwotnej wartości zamówienia. Zasadą jest przy tym równomierne rozłożenie na obie strony kosztów ryzyka nadzwyczajnego wzrostu cen.”²⁸

W tym zakresie niezbędne jest potwierdzenie przez zamawiającego, że ustalona przez strony umowy w drodze negocjacji maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia nie przekracza 50% pierwotnej wartości umowy i mieści się w możliwościach finansowych zamawiającego.

Pierwotną wartością umowy będzie co do zasady wartość brutto wynagrodzenia wykonawcy określona w umowie²⁹, przy czym jeżeli umowa zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości cen (wynagrodzenia), dopuszczalną wartość zmiany ustala się w oparciu o zmienioną cenę (wynagrodzenie)³⁰.

9. Przygotowanie projektu aneksu do umowy

²⁸ Rekomendacje PGRP: pkt 4 podsumowania (str. 8); również: pkt II (11) ppkt (ii) (str. 4);

²⁹ Opinia UZP: pkt III (str. 9);

³⁰ Podstawa prawna: art. 144 ust. 1d „starej” Pzp / art. 455 ust. 4 „nowej” Pzp

Efektem opisanych wyżej kroków i ustaleń jest sporządzenie projektu aneksu do umowy określającego zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. W aneksie (lub w załączniku do aneksu, np. protokole konieczności) zamawiający może dokonać podsumowania ustaleń poczynionych przez Strony, których efektem jest sporządzany aneks. Załącznikiem do aneksu powinny być również dokumenty, w oparciu o które ustalono sposób i wartość zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

10. Publikacja ogłoszenia o zmianie umowy

ZADANIE ZAMAWIAJĄCEGO

Po podpisaniu aneksu do umowy, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie umowy odpowiednio w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym UE.³¹

Przepisy nie określają terminu do zamieszczenia ogłoszenia – w praktyce rekomendowanym jest przyjęcie terminu nie dłuższego niż 30 dni od dnia zmiany umowy (analogicznie do terminów dla publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia wynikających z art. 95 ust. 1 i 2 „starej” Pzp oraz art. 265 ust. 1 i art. 309 ust. 1 „nowej” Pzp).

Wzory ogłoszeń:

- 1) Załącznik nr 6 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 2439);
- 2) Załącznik XVII do rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L z 2015 r., nr 296, s. 1) – Uwaga: rozporządzenie traci moc z dniem 25.10.2023 r. oraz od dnia 14.11.2022 r. stosowane jest rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2019/1780 z dnia 23.09.2019 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1986 ("e-formularze").

Autorzy opracowania:

Ewa Wiktorowska

– mgr inż. budownictwa, członek Rady Zamówień Publicznych przy Prezesie UZP, biegły sądowy ds. zamówień publicznych przy Sądzie Okręgowym w Warszawie, trener i były arbiter z listy Prezesa UZP, założyciel i wieloletni prezes Zarządu

³¹ Podstawa prawna: art. 144 ust. 1c „starej” Pzp / art. 455 ust. 3 pkt 2 „nowej” Pzp

Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych, doradca w zakresie zamówień publicznych na prace projektowe i roboty budowlane, autor i współautor wielu publikacji nt. interpretacji przepisów prawa zamówień publicznych i praktyki postępowań, w tym 2 Komentarzy prawa zamówień publicznych Wydawnictwo Wolters Kluwer Sp. z o.o..

Agnieszka Suchecka

- radca prawny, specjalizacja prawo zamówień publicznych, mediator i koncyliator z listy stałych mediatorów i koncyliatorów przy Sądzie Polubownym Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, członek SIDiR, arbiter i mediator Sądu Arbitrażowego przy SIDiR, członek OSKZP, ekspert w Radzie Ekspertów ds. inwestycji kolejowych powołanej przez Ministerstwo Infrastruktury, biegły sądowy z zakresu zamówień publicznych przy Sądzie Okręgowym w Poznaniu i Sądzie Okręgowym w Warszawie, ekspert merytoryczny w IGTL, Lider Grupy Roboczej Forum Inwestycyjnego powołanego przez Ministerstwo Infrastruktury przy współdziale PKP Polskich Linii Kolejowych SA i wykonawców kontraktów, wykładowca, publicysta.

Balbina Kacprzyk

- mgr inż. budownictwa, członek Rady Zamówień Publicznych przy Prezesie UZP, Rzeczoznawca Kosztorysowy Stowarzyszenia Kosztorysantów Budowlanych, wykładowca na kursach kosztorysowania oraz zamówień publicznych na roboty budowlane, autor licznych ekspertyz i opinii oraz publikacji związanych z kosztorysowaniem i zamawianiem robót budowlanych, prezes honorowy Stowarzyszenia Kosztorysantów Polskich.