

# Państwo i społeczeństwo

Zamówienia publiczne na stalochłonne roboty budowlane

---

## Pozasądowa waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy

Dynamiczne wzrosty cen materiałów budowlanych i zakłócenia w łańcuchach dostaw – będące w znacznej mierze pochodną zdarzeń mających charakter sił wyższych – sprawiają, że realizacja umów pozbawionych skutecznych klauzul waloryzacyjnych bywa nieopłacalna. Mając na uwadze skalę tego problemu oraz negatywny wpływ na rozwój gospodarki, artykuł przybliży stosowanie art. 439 ustawy – Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup>. Omówiono związane z tym nieprawidłowości, przeanalizowano orzecznictwo sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej, opinie Urzędu Zamówień Publicznych oraz rekomendacje Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej dotyczące pozasądowej waloryzacji wynagrodzenia wykonawców działających w sektorze publicznym.

---

<sup>1</sup> Ustawa z 16.8.2022 – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, t.j.), dalej także Pzp.

**LIDIA WIĘCŁAW-BATOR****Zmiany cen wyrobów**

Przed przystąpieniem do analizy implementacji art. 439 Pzp w umowach o roboty budowlane warto zarysować tło otoczenia makroekonomicznego, w jakim działali krajowi wykonawcy od I kwartału 2020 r. do III kwartału 2022 r. W okresie styczeń-luty 2020 r. sytuacja gospodarcza w Polsce była relatywnie stabilna, mimo stanu epidemicznego w Chinach i w USA, które są największymi eksporterami. Zmieniło się to diametralnie po zdiagnozowaniu w Polsce przypadków zakażeń wirusem Sars-Cov-2 i wprowadzeniu 10.3.2020 r. ogólnokrajowych restrykcji przeciwepidemicznych, które w kolejnych miesiącach były luzowane bądź zaostrzane; kumulacji niekorzystnych zjawisk pogodowych; zawirowaniach i napięciach politycznych oraz wypadkach transportowych, w następstwie których zostały zablokowane strategiczne szlaki handlowe<sup>2</sup>. Skutkiem tych zdarzeń było zwyżkowanie od IV kwartału 2020 r. cen materiałów budowlanych (zwłaszcza wyrobów stalowych, asfaltów i kabli, patrz rys. 1, s. 100) oraz eksploatacji sprzętu i środków transportu technologicznego (z uwagi na wywindowanie cen oleju napędowego), jak też występowanie zakłóceń w łańcuchach dostaw

(zwłaszcza transportu towarów na szlaku morskim Chiny – Europa).

Wszystkie sektory budownictwa odczuły bezprecedensowe tempo wzrostu cen wyrobów stalowych, który był pochodną koincydencji wielu niekorzystnych zdarzeń o globalnym zasięgu:

- zwiększenia popytu na stal i metale wskutek realizacji rządowych programów pomocowych obejmujących różne gałęzie gospodarek, po zakończeniu lockdownu światowej gospodarki na początku 2020 r.<sup>3</sup>;
- zmniejszenia podaży<sup>4</sup>;
- wzrostu kosztów produkcji gotowych materiałów oraz surowców bazowych<sup>5</sup>;
- deprecjacji złotego względem walut dominujących w zagranicznej wymianie handlowej;
- wprowadzenia ceł przewozowych i środków protekcyjnych w odniesieniu do importu z krajów spoza Unii Europejskiej;
- wysokomarżowej polityki dystrybutorów stali;
- spekulacji cenowych.

Na początku 2022 r. wydawało się, że skutki zdarzeń z lat 2020–2021 już się zmaterializowały – ceny materiałów budowlanych ustabilizowały się, choć na wysokim poziomie – jednak wybuch wojny w Ukrainie w połączeniu z restrykcyjną polityką Chin „zero

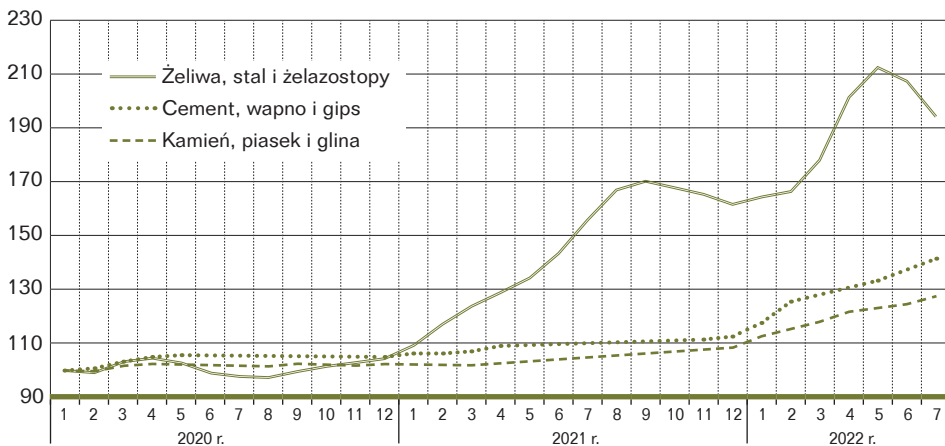
<sup>2</sup> Do najbardziej spektakularnych należy blokada Kanału Panamskiego oraz Kanału Sueskiego przez kontenerowiec Ever Given w marcu 2021 r.

<sup>3</sup> Według Polskiej Unii Dystrybutorów Stali (PUDS), w 2021 r. konsumpcja jawna stali w Polsce wyniosła 15,3 mln ton, co oznacza wzrost o 18,2% w stosunku do 2020 r.

<sup>4</sup> M.in. wąskich gardeł w łańcuchach dostaw surowców bazowych, wprowadzania przestojów produkcji w godzinach poboru najdroższej energii, restrykcji sanitarnych w hutach.

<sup>5</sup> Chodzi np. o wzrost kosztów wsadu do pieców, wywindowanie cen energii ze źródeł konwencjonalnych, wzrost kosztów osobowych.

Rysunek 1. Wskaźnik cen produkcji sprzedanej materiałów budowlanych według GUS (styczeń 2020 r. = 100)



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych GUS.

COVID-19” w I półroczu 2022 r., doprowadziły do kolejnych perturbacji na rynku wyrobów stalowych. Ograniczenie zdolności produkcyjnych ukraińskich hut, sankcje zakazujące importu półwyrobów do walcowania oraz rudy żelaza i złomu z Białorusi (od 3.3.2022 r.) i Rosji (od 1.1.2022 r.<sup>6</sup>) do krajów Unii Europejskiej, obawa przed potencjalnymi problemami z płatnościami za kęsy i kęsiki rosyjskiego i białoruskiego pochodzenia (nieobjęte unijnymi sankcjami) oraz konieczność poszukiwania alternatywnych źródeł dostaw (np. z Brazylii, Australii, Chin i Indii), to tylko niektóre z czynników wpływających na wyżki

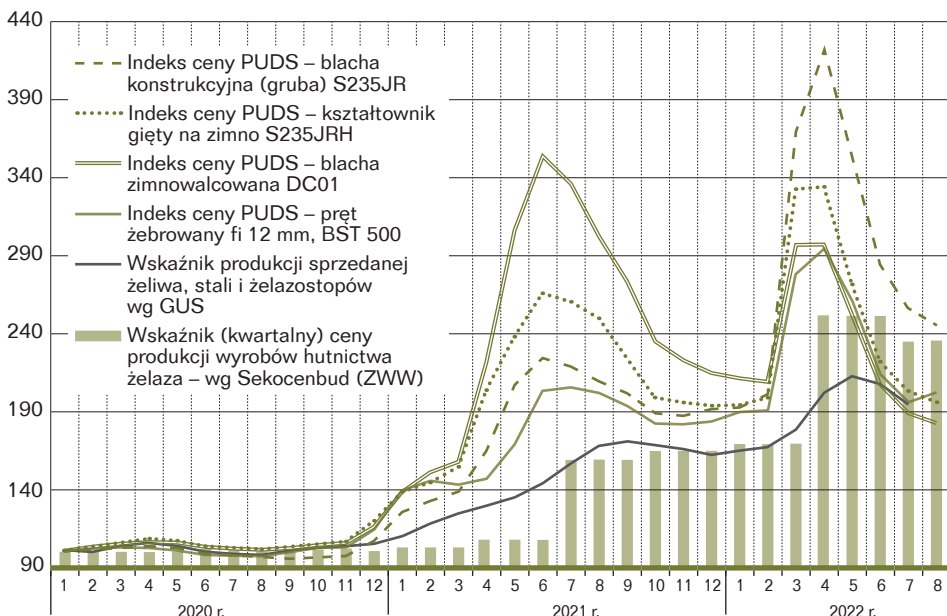
cen wyrobów stalowych w tempie niespotykanym dotąd w historii<sup>7</sup>.

Dopiero w kwietniu 2022 r. ceny wyrobów stalowych zaczęły spadać, co było wynikiem spadku cen wsadu do wielkich pieców, zwiększenia zdolności produkcyjnych ukraińskich hut oraz zapowiedzi zawieszenia na okres roku ceł importowych na wszystkie towary eksportowane przez Ukrainę do krajów Unii Europejskiej. W maju 2022 r. tymczasowa liberalizacja handlu z Ukrainą stała się faktem, ceny wyrobów stalowych i metali pozostały w trendzie spadkowym, jednakże do III kw. 2022 r. były na poziomie wyższym niż przed wybuchem pandemii

<sup>6</sup> Rozporządzenie Rady (UE) nr 428/2022 z 15.3.2022 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie. Zakaz nie dotyczy umów zawartych przed 16.3.2022 lub umów dodatkowych niezbędnych do ich wykonania.

<sup>7</sup> Według danych PUDS, w marcu 2022 r. średnie krajowe ceny blach konstrukcyjnych (grubych) S235JR były wyższe o 84,68% niż w lutym 2022 r. kształtowników giętych na zimno S235JRH o 67,45%, prętów żebrowanych ø12 mm, BST 500 o 46,15%, a blach zimnowalcowanych DC01 o 42,25% (rys. 2, s. 101).

Rysunek 2. Dynamika cen wybranych wyrobów stalowych według PUDS, GUS oraz Sekocenbud (w %, styczeń 2020 r. = 100)



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych PUDS, GUS i Sekocenbud (ZWW).

COVID-19, z uwagi na: spadek podaży<sup>8</sup>; wysokie koszty produkcji wskutek wysokich cen surowców bazowych, rekordowych cen energii, będących pochodną bezprecedensowych zwwyżek cen węgłodorów<sup>9</sup> (przede wszystkim gazu<sup>10</sup> i węgla); wysokomarżową politykę dystrybutorów energii oraz presję płacową dynamizowaną

długotrwałą inflację<sup>11</sup> i rekordowo niską stopę bezrobocia<sup>12</sup>, bezprecedensowe ceny paliwa<sup>13</sup>; zatory w transporcie towarów; deprecjację złota względem dolara amerykańskiego i euro oraz ogólną destabilizację sytuacji gospodarczej na świecie i wynikające z tego spekulacje (m.in. związane z reglamentacją gazu i węgla w przemyśle).

<sup>8</sup> Według PUDS, w czerwcu 2022 r. produkcja stali w Unii Europejskiej spadła o 12,2% w relacji rok do roku. <<https://puds.pl/stal-tygodnik>> (dostęp 29.9.2022).

<sup>9</sup> M.in. efekt szybkiej reorientacji kierunków importu i niepokój w zakresie wystarczalności zgromadzonych zasobów gazu i węgla.

<sup>10</sup> Według Polskiego Instytutu Credit Management w sierpniu 2022 r. koszt 1 MWh gazu ziemnego wynosił około 314 euro, czyli ponad 15 razy więcej niż w styczniu 2021 r., kiedy koszt 1 MWh wynosił 20 euro.

<sup>11</sup> W lipcu 2022 r. wskaźnik CPI wyniósł 15,6% w relacji rok do roku.

<sup>12</sup> W lipcu 2022 r. 4,9%, czyli najniższa od 32 lat.

<sup>13</sup> M.in. w wyniku wysokich kosztów transportu morskiego, cen energii, ropy naftowej, gazu ziemnego, biodo-  
datków oraz deprecjacji złota względem dolara amerykańskiego.

## Skala i zasięg problemu

Według GUS w maju 2022 r. ceny produkcji sprzedanej żeliwa, stali i żelazostopów były wyższe o 112,08% niż w styczniu 2020 r. Z danych PUDS, reprezentującej branżę dystrybucji i przetwórstwa, wynika, że w maju 2022 r. średnie ceny wyrobów stalowych były wyższe o 151,31%<sup>14</sup>–252,75%<sup>15</sup> niż w styczniu 2020 r. Natomiast z analizy wskaźników publikowanych przez Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa Promocja sp. z o.o. (OWEOB) w kwartalniku „Zagregowane wskaźniki waloryzacyjno-prognostyczne ZWW” wynika, że w II kwartale 2022 r. ceny (grupy) wyrobów hutnictwa żelaza były o 151,83% wyższe niż w I kwartale 2020 r. (rys. 2, s. 101). Nawarstwiający się negatywne skutki sił wyższych w latach 2020–2022, których wynikiem był bezprecedensowy wzrost cen stali, wpływają na ogólny klimat koniunktury w budownictwie<sup>16</sup>, wypracowane marże wykonawców i podwykonawców robót budowlanych. Wysoce prawdopodobnym scenariuszem jest, że do czasu zwiększenia suwerenności energetycznej kraju i obniżenia cen energii elektrycznej nie doświadczymy drastycznego spadku cen materiałów budowlanych i wykonawcy wciąż będą działać w niepewnym otoczeniu gospodarczym, co przełoży się na ceny ofert

i spadek produkcji budowlano-montażowej, zwłaszcza w segmencie prywatnym.

## Granica pomiędzy ryzykiem zwykłym i nadzwyczajnym

Wykonawca jako profesjonalista, na podstawie własnego rozeznania, wiedzy, analizy trendów co do kierunków wzrostu cen i stawek czynników produkcji budowlanej czy też ich stabilizacji, powinien oszacować całkowity koszt realizacji przedmiotu umowy i złożyć ofertę odzwierciedlającą uwarunkowania rynkowe<sup>17</sup>. W orzecznictwie podnosi się, że: „W gospodarce rynkowej zmienność cen produktów i usług jest naturalna, z tym że chodzi tutaj o zmienność możliwą do przewidzenia w ramach standardowych instrumentów posiadanych przez dany podmiot”<sup>18</sup>. Zwraca się też uwagę, że: „(...) strony zawierające umowę muszą ponieść «zwykle ryzyko kontraktowe», jakie wiąże się ze stałymi, normalnymi zmianami zachodzącymi w stosunkach społeczno-gospodarczych”<sup>19</sup>.

W celu dochowania należytej staranności, przed dokonaniem kalkulacji ceny oferty, wykonawca powinien adekwatnie do sytuacji przeanalizować, m.in.:

- informację na temat skali planowanych i realizowanych zamówień determinujących popyt na czynniki produkcji budowlanej;

<sup>14</sup> Dotyczy cen blachy zimnowalcowanej DC01.

<sup>15</sup> Dotyczy cen blachy konstrukcyjnej (grubej) S235JR.

<sup>16</sup> Np. w sierpniu 2022 r. aż 75,3% przedsiębiorców działających w sektorze budownictwa i uczestniczących w badaniach ogólnego klimatu koniunktury w budownictwie przeprowadzanych przez GUS wykazało koszty materiałów jako barierę działalności.

<sup>17</sup> Wyrok KIO z 21.2.2022, KIO 235/22.

<sup>18</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 27.4.2018, XXV C 1697/12, LEX nr 2514816.

<sup>19</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 20.10.2017, I ACa 435/17, LEX nr 2418142.

- prognozy prospektywne zmiany cen i stawek czynników produkcji budowlanej, ceny robót budowlanych oraz obiektów budowlanych (np. prognozy zawarte w kwartalniku „Zagregowane wskaźniki waloryzacyjno-prognostyczne” (ZWW), opracowywanym przez OWEOb na podstawie wieloletnich danych publikowanych w cyklicznych wydawnictwach Sekocenbud, przy użyciu metod statystyczno-ekonometrycznych, weryfikowanych i dopasowywanych do danych empirycznych w każdym kwartale z wykorzystaniem wiedzy i doświadczenia ekspertów);
- projekcję wskaźników makroekonomicznych opracowywanych przez instytucje finansowe i ośrodki analityczno-badawcze, np. przez Narodowy Bank Polski (NBP), Polski Instytut Ekonomiczny (PIE), Instytut Prognoz i Analiz Gospodarczych (IPAG) oraz banki. Biorąc pod uwagę, że w dobie kumulacji skutków sił wyższych prognozy te stają się być rozbieżne i obarczone bezprecedensowym wzrostem niepewności, ryzyko poniesienia skutków nadzwyczajnych zmian cen i stawek czynników produkcji budowlanej, w tym materiałów budowlanych, powinno być minimalizowane dzięki zastosowaniu efektywnych klauzul waloryzacyjnych, o których mowa w art. 439 Pzp lub innych rozwiązaniach prawnych, w zależności

od straty poniesionej przez wykonawcę. Jak zauważył Urząd Zamówień Publicznych (UZP): „Zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych”<sup>20</sup>.

### Umowna klauzula waloryzacyjna

Norma prawna wyrażona w art. 439 Pzp nakazuje zamawiającym przewidywać w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zmniejszenie lub zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy (i podwykonawcy) w wypadku zmiany cen i kosztów składowych wynagrodzenia za wykonanie zamówienia<sup>21</sup>. Prawodawca wymaga, aby postanowienia tych umów zawierały co najmniej:

- poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia<sup>22</sup>;
- sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
  - z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów,

<sup>20</sup> <[https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0014/52151/KLAUZULA-WALORYZACYJNA-W-USTAWIE-PRAWO-ZAMOWIEN-PUBLICZNYCH.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0014/52151/KLAUZULA-WALORYZACYJNA-W-USTAWIE-PRAWO-ZAMOWIEN-PUBLICZNYCH.pdf)> (dostęp 29.9.2022).

<sup>21</sup> Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się zarówno ich wzrost, jak i obniżenie względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

<sup>22</sup> Choć zgodnie z art. 439 ust. 1 p.z.p. określenie początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia pozostawiono swobodzie zamawiającego, to w art. 439 ust. 3 p.z.p. ustawodawca wyznaczył granicę tej swobody, mając na względzie czas trwania postępowania. W sytuacji gdy od upływu terminu składania ofert minie ponad 180 dni, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określił termin wcześniejszy.

w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (GUS) lub

– przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w wypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

- sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

- maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia;

- zobowiązanie wykonawcy, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z powyższymi zasadami, do dokonania zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy robót budowlanych lub usługi, z którym zawarł umowę na okres dłuższy niż 12 miesięcy, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy.

Z uwagi na zróżnicowanie zamówień publicznych na roboty budowlane, przepis art. 439 PZP nie jest nadmiernie kazuistyczny. Zamawiający mają swobodę, z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami umowy, w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej

uwzględniającej specyfikę danego zamówienia. W tabeli 1 (s. 105) przedstawiono przykładowe ramy mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego na roboty budowlane.

## Nieprawidłowości w kształtowaniu klauzul

Wyniki badań długoterminowych umów o roboty budowlane zawartych przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad (GDDKiA) oraz PKP Polskie Linie Kolejowe SA (PKP PLK SA) w latach 2016–2022, przeprowadzone przez autorkę (oraz Najwyższą Izbę Kontroli), wykazały nieprawidłowości i uchybienia w kształtowaniu klauzul waloryzacyjnych, polegające na<sup>23</sup>: a) formułowaniu pozornych, iluzorycznych klauzul waloryzacyjnych, które nie przywracają równowagi ekonomicznej stron umowy w wypadku wystąpienia nadzwyczajnych zmian kosztów wytworzenia zamawianego aktywa. Przykładem jest subklauzula 13.8. „Korekty wynikające ze zmian kosztu”, stosowana przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad, oparta na metodzie waloryzacji mieszanej (tzw. koszyku waloryzacyjnym), która jeszcze w styczniu 2022 r. zakładała waloryzację jedynie 50% wartości zaakceptowanej kwoty kontraktowej (ZKK) przy limicie indeksacji na poziomie +/-5% wartości ZKK netto. Mechanizm ten był obwarowany warunkami, które w praktyce uniemożliwiały adekwatne podwyższenie wynagrodzenia

<sup>23</sup> L. Więclaw-Bator, R. Sekunda: *Koszty robót budowlanych*, Warszawa 2022; L. Więclaw-Bator, M. Kajrukszt: *Waloryzacja wynagrodzenia*, „Przetargi Publiczne” nr 12/2021, s. 42-46; *Raport o kosztach w budownictwie 2016–2021, ze szczególnym uwzględnieniem wpływu pandemii COVID-19 w okresie 2020–2021*, CAS, Warszawa 2021, s. 23-26.

Tabela 1. Przykładowe ramy mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego na roboty budowlane

Element klauzuli waloryzacyjnej	Przykładowe rozwiązanie
Poziom zmiany cen lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początku terminu jego ustalenia (tzw. aktywator klauzuli waloryzacyjnej).	Zmiana wynagrodzenia po kumulatywnym spełnieniu dwóch warunków: zmiana wynagrodzenia nastąpi nie wcześniej niż X miesięcy od dnia złożenia oferty, zmiana wynagrodzenia nastąpi w wypadku gdy (miesięczny) wskaźnik X przekroczy X% w relacji rok do roku.
Sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia.	Wskaźniki korelujące z rzeczywistymi kosztami wykonania umowy, odnoszące się do cen kluczowych materiałów budowlanych, stawek robocizny kosztorysowej oraz cen najmu, pracy sprzętu i środków transportu technologicznego.
Sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia, w którym może nastąpić zmiana wynagrodzenia.	Metoda determinant/dominat – wzór matematyczny wskazujący, że wartość robót budowlanych wykonanych w okresie rozliczeniowym zostanie zmieniona (zwiększona lub zmniejszona) o mnożnik korygujący określony na podstawie: sumy iloczynów zdefiniowanych wskaźników/ indeksów i przypisanym im wag oddających udział kosztów pozyskania poszczególnych czynników produkcji budowlanej w wartości pierwotnej umowy, oraz wskaźnika 0,5, limitującego miesięczną/kwartalną zmianę wynagrodzenia, w celu równomiernego rozłożenia ryzyka gospodarczego/kontraktowego pomiędzy strony umowy.
Wskazanie okresów, w których może nastąpić zmiana wynagrodzenia.	Zmiana wynagrodzenia nastąpi raz w miesiącu/kwartale, jeśli kumulatywnie zostaną spełnione warunki brzegowe aktywujące mechanizm waloryzacji wynagrodzenia.
Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia.	Łączna wartość zmian wynagrodzenia nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

Źródło: Opracowanie własne.

wykonawcy stalowego obiektu inżynierskiego realizującego roboty budowlane w latach 2021–2022. I choć w wyroku z 11 lutego 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że tak ukształtowana klauzula nie cechuje się pozornością<sup>24</sup>, to z uwagi na rekomendacje NIK oraz apele wykonawców (reprezentujących m.in. Polski Związek Pracodawców Budownictwa,

Ogólnopolską Izbę Gospodarczą Budownictwa oraz Związek Zawodowy Pracowników Drogownictwa Rzeczypospolitej Polskiej), GDDKiA podniosła limit indeksacji w zawieranych oraz w zawartych już umowach do poziomu +/-10% wartości ZKK netto;  
b) stosowaniu zwrotów (np. „zamawiający może dokonać zmiany wynagrodzenia

<sup>24</sup> Sygn. akt KIO 230/22.



wykonawcy”) wskazujących, że w przypadku zmaterializowania się przesłanek określonych w klauzuli waloryzacyjnej wykonawca ma prawo, nie zaś obowiązek do zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Postanowienia umowy ukształtowane w ten sposób niweczą cel przyświecający prawodawcy, jakim jest zrównoważenie stron; c) stosowaniu wskaźników, które nie oddają realiów rynkowych w przypisanym im okresie. Gremium wykonawców, odwołując się do otrzymywanych ofert dystrybutorów wyrobów stalowych lub indeksów cen stali PUDS (rys. 2, s. 101) podnosi, że: wskaźniki cen produkcji sprzedanej żeliwa, stali i żelazostopów ogłaszane przez Prezesa GUS w Dziedzinowej Bazie Wiedzy oraz wskaźniki zmiany cen wyrobów hutnictwa żelaza publikowane przez Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa PROMOCJA sp. z o.o. (OWEOB) w kwartalniku „Zagregowane wskaźniki waloryzacyjno-prognostyczne” – nie oddają zmian cen zachodzących na krajowym rynku po wybuchu wojny na Ukrainie. Tezę tę potwierdza komunikat OWEOB: „(...) wydawnictwa SEKOCENBUD I kwartał 2022: Informacja o cenach materiałów budowlanych (IMB), instalacyjnych (IMI), elektrycznych (IME) oraz Informacja o stawkach robocizny do kosztorysowania i cenach pracy sprzętu budowlanego (IRS) ukazały się w sprzedaży w miesiącu lutym, w związku z tym nie mogą uwzględniać wzrostów cen, które z dużą dynamiką wystąpiły po wybuchu działań

wojennych w Ukrainie. Przypominamy, że ceny publikowane w tych wydawnictwach notowane są zawsze w 1 miesiącu kwartału. Dlatego też ceny materiałów w 1 kwartale 2022, zbierane jeszcze przed wybuchem wojny, wykazały tylko niewielkie wzrosty w granicach 2,3–2,5%, w stosunku do 4 kw. 2021. Możemy już teraz ocenić, na podstawie danych aktualizowanych w miesiącu marcu przez zespół SEKOCENBUD, że znaczną dynamikę cen zobaczymy w wydawnictwach 2 kwartału”<sup>25</sup>. Innymi słowy, bardziej miarodajne wydaje się korzystanie ze wskaźników publikowanych przez OWEOB w miesięczniku pt. „Błyskawica”. Niemniej, mając na uwadze odmienne wartości wskaźników cen wyrobów stalowych opublikowanych przez Prezesa GUS i ośrodki analityczno-badawcze (z uwagi na przyjęcie odmiennej metodologii pozyskiwania danych wyjściowych do ich wyliczenia), zamawiający winni rozważyć stosowanie wskaźników hybrydowych (średnia arytmetyczna wskaźników pozyskanych z dwóch lub trzech źródeł, wiarygodnych i niezależnych od stron umowy); d) formułowaniu klauzul waloryzacyjnych w sposób niejasny, nieprecyzyjny i niejednoznaczny, budzący wątpliwości interpretacyjne nawet w instytucji zamawiającego. Jako przykład można tu wskazać subklauzulę 13.8 „Korekty wynikające ze zmian kosztu”, stosowaną przez PKP PLK SA od 2016 r. do 31.1.2019 r., w której posłużono się nieprecyzyjnymi terminami („wskaźnik”, „wzrost wartości wskaźnika”,

<sup>25</sup> <<http://www.raportsekocenbud.pl/artukul/n/pokaz/news/wysokie-wzrosty-cen-materialow-na-ryнку-budowlanym/>> (dostęp 29.9.2022).

„średnia”, „średni wzrost wartości wskaźnika”, „na podstawie średniej wskaźników”), odmiennie interpretowanymi przez regiony CRI. Jak ustaliła NIK<sup>26</sup>, stanowiło to podstawę zlecenia przez PKP PLK S.A. zewnętrznych opinii interpretacyjnych. W ocenie Izby takie działanie Spółki „(...) świadczy o braku dbałości o efektywność dokonywanych wydatków. Koszty sześciu opinii prawnych, opracowanych na zlecenie Regionu Południowego CRI, wyniosły łącznie 24,4 tys. zł”.<sup>27</sup>;

e) zastrzeżeniu, że umowna waloryzacja wynagrodzenia wyłącza możliwość sądowej zmiany wynagrodzenia na podstawie art. 357<sup>1</sup> k.c. oraz art. 632 k.c. Tego rodzaju zabieg zniekształcający stosunek zobowiązaniowy był wzorcowo stosowany przez GDDKiA przez okres 15 miesięcy, poczynając od października 2017 r. Dopiero w styczniu 2019 r. centralny urząd administracji rządowej przywrócił tę ścieżkę prawną w umowach o roboty budowlane, co było konsekwencją rozstrzygnięć KIO<sup>28</sup> w sprawie odwołań skarżących (wykonawców inwestycji drogowych), na rzecz których zasądzone od GDDKiA zwrot kosztów postępowań w łącznej kwocie 248,5 tys. zł. Wobec powyższego NIK

oceniła działania GDDKiA w tym zakresie jako „(...) nielegalne, niecelowe i niegospodarne, ponieważ skutkowały wprowadzeniem do wzorów umów zapisu pozbawionego umocowania w polskim porządku prawnym (...)”<sup>29</sup>.

## Opinia UZP oraz rekomendacje PGRP

W związku z nadzwyczajnymi zmianami cen materiałów budowlanych wywołanymi kumulacją skutków sił wyższych, powstają pytania: czy w dobie nadzwyczajnego wzrostu kosztów cen materiałów budowlanych strony umowy są uprawnione do wprowadzenia w zawartej umowie klauzuli waloryzacyjnej lub podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy do poziomu przewyższającego maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp? Według opinii Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) oraz rekomendacji Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej (PGRP), art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp uprawnia strony umowy w sprawie zamówienia publicznego do wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej lub podwyższenia pierwotnego limitu waloryzacji określonego na podstawie art. 439

<sup>26</sup> Informacja o wynikach kontroli NIK: *Zabezpieczenie interesu skarbu państwa w zakresie waloryzacji i solidtarnej odpowiedzialności inwestora w umowach na realizację obiektów infrastruktury liniowej*, nr ewid. 29/2021/P/20/031/KIN.

<sup>27</sup> Informacja o wynikach kontroli NIK: *Zabezpieczenie interesu...*, op.cit., s. 11-12.

<sup>28</sup> M.in. w wyroku KIO z 15.2.2018, KIO 145/18, wskazano, że „Za nieuprawnione należy uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz wyłącza możliwość sądowej oceny, czy dane nadzwyczajne sytuacje zaistniały, a także, czy i w jakim stopniu miały znaczenie dla prawidłowego wykonania umowy przez wykonawcę. Nie można bowiem przerzucać na jedną stronę umowy ciężaru poniesienia konsekwencji zaistnienia sytuacji, których strony nie mogły wcześniej przewidzieć. Wyłączenie z góry dopuszczalności sądowej modyfikacji treści stosunku prawnego przez zamawiającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowi nadużycie jego pozycji”.

<sup>29</sup> Informacja o wynikach kontroli NIK: *Zabezpieczenie interesu...*, op.cit., s. 30.

ust. 2 pkt 4 Pzp, czyniącego klauzulę waloryzacyjną niewystarczającą, gdy:

- „(...) zamawiający przewidział klauzulę waloryzacyjną lub określone klauzule pozwalające na zmianę umowy w oparciu o dyspozycję art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ale są one niewystarczające do zniewelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności realizacji umowy lub niemożliwym do przewidzenia zakresem zmiany”, strony umowy mogą skorzystać z „możliwości wprowadzenia modyfikacji do umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp”<sup>30</sup>;

- „(...) 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 Pzp”<sup>31</sup>.

Uzupełniająco należy wskazać, że konkretyzację art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi art. 15r ust. 4 ustawy z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych<sup>32</sup>. Na jego podstawie zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 wpływają na należyte wykonanie umowy,

w uzgodnieniu z wykonawcą dokonuje jej zmiany, która może polegać na zmianie wynagrodzenia lub sposobu rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy, o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

Wbrew często forsowanemu stanowisku zamawiających, w opinii PGRP zmiana umowy poprzez zawarcie aneksu waloryzacyjnego (niezależnie od tego, czy w drodze zapłaty pojedynczej, określonej kwoty, czy wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej) nie wymaga wykazania przez wykonawcę zmaterializowania się przesłanek z art. 357<sup>1</sup> k.c. (tzw. klauzula ogólna *rebus sic stantibus*) lub art. 632 § 2 k.c. (tzw. klauzula szczególna *rebus sic stantibus*), które to stanowią podstawę do wytoczenia powództwa.

Stanowiska UZP oraz PGRP są krokiem ku większej otwartości zamawiających na urealnienie wynagrodzeń umów o roboty budowlane<sup>33</sup>. Niezależnie od tego, każdorazowo wnioszek wykonawcy o podwyższenie wynagrodzenia musi podlegać rzetelnej ocenie zamawiającego, o której mowa w art. 54a ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (aneksu stanowi wówczas formę lub skutek ugody). W wypadku żądania spornego (np. z uwagi na brak właściwej argumentacji faktycznej

<sup>30</sup> <[https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0018/54162/Dopuszczalnosc-zmiany-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego-na-podstawie-art.-455-ust.-1-pkt-1-i-4-oraz-art.-455-ust.-2-ustawy-Pzp.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0018/54162/Dopuszczalnosc-zmiany-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego-na-podstawie-art.-455-ust.-1-pkt-1-i-4-oraz-art.-455-ust.-2-ustawy-Pzp.pdf)> (dostęp 29.9.2022).

<sup>31</sup> <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/zmiana-umowy-z-uwagi-na-nadzwyczajny-wzrost-cen-waloryzacja-wynagrodzenia--rekomendacji> (dostęp 29.9.2022).

<sup>32</sup> Dz.U. z 2020 r. poz. 1842, ze zm.

<sup>33</sup> <<https://jdp-law.pl/wojna-w-ukrainie-jak-waloryzowac-kontrakty-budowlane-artykul-adw-marcina-chojnackiego-w-rzeczpospolitej/>> (dostęp 29.9.2022).

przemawiającej za dopuszczalnością i zasadnością zmiany umowy lub wiarygodnego wyliczenia straty spowodowanej zmianą realiów rynkowych<sup>34</sup>) zamawiający winien w sposób klarowny wskazać wykonawcy powód odmowy zawarcia aneksu do umowy.

Zawarcie ugody pomiędzy stronami umowy może zostać uznane – w określonych w art. 54a u.o.f.p. okolicznościach – za działanie nie tylko dopuszczalne, ale wręcz pożądane z punktu widzenia zasad gospodarowania środkami publicznymi, zwłaszcza zasady celowości i efektywności ich wydatkowania<sup>35</sup>. Do podobnych wniosków prowadzi:

- rekomendacja PGRP z 2 sierpnia 2022 r., w której wskazano, że: „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”;
- stanowisko NIK po przeprowadzeniu kontroli w GDDKiA w latach 2017–2020 (I półrocze), wskazujące, że stosowanie nieskutecznych klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych przez tę instytucję przed styczniem 2019 r. wpłynęło „(…) na pogorszenie rentowności realizowanych zadań, płynności finansowej wykonawców, a nawet skutkowało ich niewypłacalnością, co w konsekwencji prowadziło

do zaległości finansowych wobec podwykonawców. Powstałe zatory płatnicze narażały interes Skarbu Państwa nie tylko na skutki roszczeń z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora, ale przede wszystkim zakłócały ciągłość procesu inwestycyjnego”<sup>36</sup>.

Wynika z tego, że wykonawcy, którzy akceptują wielomiesięczne umowy pozbawione adekwatnych klauzul waloryzacyjnych narażają się na obniżenie zakładanej marży z tytułu realizacji umowy, pogorszenie płynności finansowej, a w skrajnych przypadkach nawet do niewypłacalności i ogłoszenia upadłości. Zamawiający muszą natomiast liczyć się ze zwiększeniem prawdopodobieństwa zmaterializowania się ryzyka: otrzymania ofert z wyższymi cenami, co w ostatecznym rozrachunku może zostać uznane za działanie niegospodarne; wydłużenia postępowania o udzielenie zamówienia w przypadku złożenia odwołania do KIO w związku z naruszeniem przez zamawiającego art. 439 Pzp (pozornym implementowaniem w umowie art. 439 Pzp); wystąpienia sporu ekonomicznego pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, który może doprowadzić do odstąpienia przez wykonawcę od nierentownej umowy i konieczności dokonania wyboru wykonawcy.

## Wnioski końcowe

Fluktuacje kosztów pozyskania czynników produkcji budowlanej są zjawiskiem naturalnym, w związku z tym każdy wykonawca

<sup>34</sup> Obliczenia straty mogą dotyczyć zagregowanych pozycji kosztotwórczych. Oczekiwanie przez zamawiających wykazania zmian cen najdrobniejszych elementów robót może być działaniem zbytecznym i komplikującym negocjacje.

<sup>35</sup> <<https://www.gov.pl/web/prokuratoria/rekomendacje-i-wzory-postanowien-umow2>> (dostęp 29.9.2022).

<sup>36</sup> Informacja o wynikach kontroli NIK: *Zabezpieczenie interesu...*, op.cit., s. 8.

powinien uwzględnić zwykle ryzyko gospodarcze/kontraktowe. Określenia granicy między ryzykiem zwykłym a nadzwyczajnym należy upatrywać w alokacji ryzyka przypisanego stronom oraz w trendach rynkowych w okresie poprzedzającym złożenie oferty i zawarcie umowy, odpowiadającym pierwotnemu okresowi realizacji zamówienia. Skutki nadzwyczajnego ryzyka gospodarczego/kontraktowego, wynikającego z wystąpienia zjawisk trudnych lub nawet niemożliwych do przewidzenia na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, powinny być minimalizowane klauzulami adaptacyjnymi/przeglądowymi (w tym klauzulami waloryzacyjnymi), dającymi możliwość uelastyczniania treści umowy w związku ze zmieniającymi się w jej trakcie warunkami<sup>37</sup>. Oznacza to, że umowy mechanizm waloryzacyjny musi sprowadzać się do ograniczenia a nie wyłączenia ryzyka wykonawcy związanego z rzeczywistym wzrostem cen i stawek czynników produkcji budowlanej wobec cen i stawek tych czynników przyjętych w kalkulacji ceny oferty, stanowiącej jeden z kryteriów oceny ofert, lub wręcz jedynej. Innymi słowy, klauzula waloryzacyjna winna służyć zachowaniu ekwiwalentności

świadczeń, będącej naturą stosunku zobowiązaniowego, nie zaś pełnemu pokryciu straty wykonawcy.

Nie zmienia tego, że w uzasadnieniu projektu ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (druk nr 3624) wskazano, iż „możliwe jest waloryzowanie wynagrodzenia od nawet zerowego poziomu”<sup>38</sup>. Istotne jest, aby klauzula waloryzacyjna była adekwatna do sytuacji rynkowej<sup>39</sup>. Odmienna implementacja art. 439 Pzp do umowy długoterminowej byłaby pozorna i niweczyłoby cele jakie przyświecały ustawodawcy – zwiększenie liczby ofert składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwiększenie udziału MŚP w postępowaniach, zmniejszenie liczby sporów sądowych dotyczących zamówień publicznych, ograniczenie liczby upadłości przedsiębiorstw w trakcie ich realizacji.

**LIDIA WIĘCŁAW-BATOR\***  
wykładowca Wojskowej Akademii  
Technicznej w Warszawie,  
biegły sądowy przy Sądzie Okręgowym  
Warszawa-Praga

<sup>37</sup> <<https://www.gov.pl/web/prokuratoria/zmiana-umowy-z-uwagi-na-nadzwyczajny-wzrost-cen-waloryzacja-wynagrodzenia---rekomendacji>> (dostęp 29.9.2022).

<sup>38</sup> <<https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>> (dostęp 29.9.2022).

<sup>39</sup> Zob. wyrok KIO z 4.2.2022, KIO 3589/21., 5.1.2022, KIO 3600/21, 6.5.2022, KIO 1048/22.

**Słowa kluczowe:** waloryzacja, klauzula waloryzacyjna, zamówienie na roboty budowlane, wyroby stalochłonne, inflacja

\* *Autorka jest biegłym w zakresie budownictwa i zamówień publicznych, rzeczoznawcą zamówień publicznych Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Rzeczoznawców i Konsultantów Zamówień Publicznych.*

### Bibliografia:

1. *Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp*, Urząd Zamówień Publicznych.
2. Informacja o wynikach kontroli NIK: *Zabezpieczenie interesu skarbu państwa w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora w umowach na realizację obiektów infrastruktury liniowej*, Najwyższa Izba Kontroli, Warszawa 2021.
3. Kajrukszto M., Kajrukszto D., Więclaw-Bator L.: *Koszty robót budowlanych w latach 2016–2021*.
4. Kajrukszto M., Więclaw-Bator L.: *Waloryzacja wynagrodzenia*, „Przetargi publiczne” nr 12/2021.
5. *Raport o kosztach w budownictwie 2016–2021 ze szczególnym uwzględnieniem wpływu pandemii COVID-19 w okresie 2020–2021*, CAS, Warszawa, wrzesień 2021.
6. Więclaw-Bator L.: *Wynagrodzenie za realizację zamówienia na roboty budowlane*, „Kontrola Państwowa” nr 3/2018.
7. Więclaw-Bator L., Sekunda R.: *Koszty robót budowlanych. Ustalanie wartości i rozliczanie zamówień publicznych*, Warszawa 2022.
8. *Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia) – podstawowe zagadnienia*, Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2022.

### ABSTRACT

#### **Non-judicial Valorisation of Contractor's Remuneration – Public Procurement for Constant Construction Works**

Due to dynamic increases in prices of construction materials and disruptions in supply chains, mostly due to forces majeure, the implementation of contracts without valorisation clauses happens to be unprofitable. Considering the scale of the problem and its negative impact on the economy's development, the article presents the implementation of Article 439 of the Act – Public Procurement Law. It presents the irregularities of the contracting parties due to the application of this provision. The judicature of common courts was analysed as well as that of the National Appeal Chamber, opinions of the Public Procurement Office and the recommendation of the General Attorney of the Treasury of the Republic of Poland, related to non-judicial valorisation of remuneration of contractors operating in the public sector.

**Lidia Więclaw-Bator**, lecturer at the Technical Military Academy in Warsaw, expert witness in the District Court Warszawa-Praga

**Key Words:** valorisation, construction works procurement, constant construction works, inflation