

Maciej Bochenek

ORCID: 0009-0000-5323-0262

Uniwersytet Wrocławski

<https://doi.org/10.19195/1733-5779.46.7>

Analiza środków prawnych pozwalających na dokonanie waloryzacji umowy zamówienia publicznego

Słowa kluczowe: waloryzacja zamówień publicznych, Tarcza Prawna, prawo zamówień publicznych

Keywords: indexation of public procurement contracts, Legal Shield, Public Procurement Law

Abstrakt: W artykule przedstawiono środki prawne, które pozwalają na dokonanie waloryzacji zamówienia publicznego. Autor obejmuje analizą zarówno środki prawne zawarte w ustawie kodeks cywilny, jak i te zawarte w ustawie prawo zamówień publicznych. Artykuł szczegółowo opisuje przesłanki stosowania klauzul waloryzacyjnych, klauzuli *rebus sic stantibus* i dokonywania zmian w umowie zamówienia publicznego w przypadkach wskazanych w umowie. Część artykułu poświęcona została na przedstawienie i ocenę zmian wprowadzonych Tarczą Prawną w zakresie waloryzacji zamówień publicznych.

Analysis of legal measures allowing for the indexation of public procurement contracts

Abstract: The article presents legal measures that allow for the valorization of a public procurement contract. The author's analysis covers both legal measures contained in the Civil Code and those contained in the Public Procurement Law. The article describes in detail the conditions for applying valorization clauses, the *rebus sic stantibus* clause, and making changes to a public procurement contract in cases specified in the contract. Part of the article is devoted to presenting and evaluating the changes introduced by the Legal Shield regarding the valorization of public orders.

Wstęp

Środki pozwalające na dokonanie waloryzacji zamówienia publicznego, mimo że istnieją w różnej formie już od lat, do tej pory nie budziły nadmiernego zainteresowania, i to zarówno ze strony ustawodawcy, jak i doktryny. Głównym powodem był fakt, że konieczność dokonania waloryzacji zamówienia publicznego

występowała stosunkowo rzadko. Pierwszym wydarzeniem, które zmieniło ten stan rzeczy, był wybuch pandemii COVID-19, a zwłaszcza spowodowany nim lockdown. Skutkował on nie tylko brakiem określonych towarów na rynku, uniemożliwiającym wykonanie niektórych zamówień publicznych bez ich zmiany, lecz także drastycznym wzrostem cen i inflacją¹, co przy rosnącej liczbie przedsiębiorstw zagrożonych upadłością także rodziło konieczność waloryzacji niektórych zamówień publicznych². Kolejnym znaczącym czynnikiem powodującym konieczność waloryzacji zamówień publicznych była eskalacja wojny rosyjsko-ukraińskiej w lutym 2022 roku, przede wszystkim poprzez drastyczną zmianę dostępności towarów na rynkach dotkniętych sankcjami wprowadzającymi ograniczenia importowe i eksportowe³. Ustawodawca, zauważywszy potrzebę dostosowania przepisów regulujących waloryzację zamówień publicznych do potrzeb rynku, wprowadził niezbędne regulacje prawne, które nie tylko ułatwiały waloryzację zamówień publicznych będących w realizacji, lecz także odznaczały się charakterem prewencyjnym i polegały na nałożeniu na zamawiającego obowiązku zawierania w treści umowy odpowiednich klauzul waloryzacyjnych, mających w przyszłości ograniczyć komplikacje związane z waloryzacją już realizowanych zamówień publicznych. Niniejszy artykuł skupi się na całościowym omówieniu narzędzi pozwalających na dokonanie waloryzacji zamówienia publicznego, unormowanych zarówno w przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych⁴ (dalej: p.z.p.), jak i ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny⁵ (dalej: k.c.), ze szczególnym uwzględnieniem najnowszych zmian dokonanych ustawą z dnia 7 października 2022 roku o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców⁶ (dalej: Tarcza Prawna) oraz przepisów przejściowych dotyczących waloryzacji zamówień publicznych zawartych w tejże ustawie.

1. Środki pozwalające na dokonanie waloryzacji zamówień publicznych

Jeżeli w toku realizacji zamówienia publicznego okaże się, że równowaga ekonomiczna między stronami umowy została naruszona, w określonych ustawowo

¹ J. Kubiczek *et al.*, *Uwarunkowania prawno-ekonomiczne rynku zamówień publicznych w czasach wysokiej inflacji w Polsce*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 85, 2023, nr 1.

² E. Wiktorowska, B. Kacprzyk, *Geneza i prawne podstawy waloryzacji umów o zamówienia publiczne*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2022, nr 3, s. 23

³ *Akty prawne ustanawiające sankcje wobec Rosji (decyzje podjęte od dnia 23.02.2022, stan na 15.03.2022) i na Białoruś (decyzje podjęte od 02.03.2022, stan na 09.03.2022) w związku z agresją na Ukrainę*, Parp.gov.pl, <https://www.parp.gov.pl/attachments/article/78859/Akty%20prawne%20ustanawiaj%C4%85ce%20sankcje%20wobec%20Rosji%20i%20Bia%C5%82orusi.pdf> (dostęp: 09.03.2022).

⁴ Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.

⁵ Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.

⁶ Dz.U. z 2022 r. poz. 2185.

przypadkach możliwe jest dokonanie waloryzacji umowy. Waloryzacji można dokonać za pomocą:

- klauzul waloryzacyjnych;
- zmiany umowy;
- zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*.

1.1. Klauzula waloryzacyjna

Objawem profilaktycznego podejścia ustawodawcy do problemu zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówień publicznych było wprowadzenie obligatoryjnej klauzuli waloryzacyjnej. Stało się to wraz z wejściem w życie 1 stycznia 2021 roku nowej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 roku. W aktualnym brzmieniu art. 439 p.z.p. ustanawia obowiązek zawierania postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (klauzula waloryzacyjna) w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, a więc w każdym zamówieniu publicznym⁷, o ile zawierana jest ona na okres dłuższy niż sześć miesięcy⁸. Jeżeli wynagrodzenie wykonawcy zostanie zmienione poprzez zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej, jest on zobowiązany do odpowiedniego podwyższenia wynagrodzenia podwykonawcy w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy⁹.

Zgodnie z ustawą klauzula waloryzacyjna musi zawierać:

- poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający do żądania zmiany wynagrodzenia;
- początkowy termin zmiany wynagrodzenia;
- sposób ustalania zmiany wynagrodzenia;
- sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia;
- 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 wynagrodzenia¹⁰.

⁷ Wynika to z treści art. 7 pkt 28 p.z.p., stanowiącego, że przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami.

⁸ W brzmieniu obowiązującym od 10 listopada 2022 roku. Przed nowelizacją termin ten wynosił dwanaście miesięcy.

⁹ Art. 439 ust. 5 p.z.p.

¹⁰ Art. 439 ust. 2 pkt 2 p.z.p.

Klauzula musi także mieć charakter symetryczny, a więc pokrywać sytuacje skutkujące zarówno zwiększeniem, jak i zmniejszeniem kwoty wynagrodzenia¹¹.

Ustawa nie determinuje, w jaki sposób obowiązkowe klauzule waloryzacyjne mają zmieniać wysokość wynagrodzenia, lecz pozostawia zamawiającemu swobodę w tym zakresie. W praktyce można wyróżnić między innymi¹²:

- klauzule automatycznego dostosowania — dokonujące waloryzacji samoistnie, a więc zawierające w swojej treści postanowienia pozwalające na automatyczną zmianę wartości wynagrodzenia. Tego rodzaju klauzula pozwala na zaistnienie zmiany od razu w momencie zajścia określonych przesłanek, bez konieczności zmiany umowy;
- klauzule skutkujące zmianą umowy bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia¹³;
- klauzule o charakterze mieszanym, zawierające w pewnym określonym zakresie postanowienia pozwalające na automatyczne dokonanie waloryzacji, w innym zaś zakresie — zawierające postanowienia pozwalające na zmianę umowy bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia;
- klauzule salwatoryjne, przewidujące, że w razie nieważności lub bezskuteczności określonych postanowień, pozostałe pozostają w mocy¹⁴;
- klauzule renegotjacyjne (klauzule *hardship*), obejmujące zdarzenia niezależne od woli stron, to jest zdarzenia, których nie brały one pod uwagę przy zawieraniu kontraktu, a które zasadniczo zmieniają równowagę kontraktową, sprawiając, że wykonanie zobowiązań staje się szczególnie uciążliwe dla jednej z nich¹⁵;
- klauzule jednostronnej zmiany (klauzule modyfikacyjne), uprawniające kontrahenta do jednostronnej zmiany umowy.

Oprócz obowiązkowych klauzul waloryzacyjnych, a więc klauzul spełniających wymogi określone w art. 439 ust. 1 p.z.p., zamawiający może zdecydować się na zastosowanie nieobowiązkowych klauzul waloryzacyjnych¹⁶. Znajdą

¹¹ J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski *et al.*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 439, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587860018/657458?tocHit=1&cm=URLATIONS> (dostęp: 12.03.2023).

¹² W. Robaczyński, *Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w okolicznościach kryzysowych — uwagi na tle najnowszych zmian legislacyjnych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2023, nr 1, s. 17.

¹³ Opisane szerzej w pkt 2.2 niniejszego artykułu.

¹⁴ R. Strugała, *Klauzule salwatoryjne*, [w:] R. Strugała, *Standardowe klauzule umowne: adaptacyjne, salwatoryjne, merger, interpretacyjne oraz pactum de forma*, Warszawa 2013.

¹⁵ H. Piątek, *Project finance w prawie polskim i angielskim. Cz. I*, „Monitor Prawniczy” 2001, nr 16.

¹⁶ D. Grześkowiak-Stojek, *Klauzula waloryzacyjna w umowach zawieranych na okres powyżej 12 miesięcy*, „Zamówienia Publiczne. Doradca. Dodatek — Nowe prawo zamówień publicznych” 2021, nr 5, s. 12.

one zastosowanie, jeżeli zamówienie nie będzie podlegało wymogom opisanym w art. 439 ust. 1 p.z.p., a zamawiający uzna, że specyfika zamówienia wymaga wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej. Z tego typu klauzul korzysta się analogicznie do klauzul obligatoryjnych, zwłaszcza zaś podlegają one także ograniczeniom wskazanym w art. 455 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

1.2. Zmiana umowy o zamówienie publiczne w celu przywrócenia adekwatności świadczenia bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia

Brak zawarcia klauzuli waloryzacyjnej w umowie nie pozbawia stron umowy możliwości dokonania waloryzacji zamówienia publicznego. W określonych ustawowo przypadkach, aby zneutralizować skutki wszelkiego rodzaju zmian okoliczności, skutkujących naruszeniem równowagi ekonomicznej między stronami, wystarczające będzie dokonanie zmian w zamówieniu na podstawie postanowień umownych przewidzianych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Jednak nawet jeżeli nie będzie takich postanowień bądź jeżeli w przypadku konkretnego zamówienia publicznego będą one niewystarczające, strony mogą dokonać zmiany umowy, powołując się na zajście okoliczności, których zamawiający działający z należytą starannością nie mógł przewidzieć.

1.3. Zmiana umowy ze względu na zajście nadzwyczajnych okoliczności

Stosownie do treści art. 455 ust. 1 pkt 4 p.z.p. możliwa jest zmiana umowy polegająca w szczególności na zmianie wysokości ceny, w przypadku gdy zachodzą następujące przesłanki¹⁷:

- zmiana umowy jest konieczna, szczególnie gdy konieczna jest zmiana ceny, i spowodowana okolicznościami, których zamawiający działający z należytą starannością nie mógł przewidzieć;
- zmiana umowy nie może modyfikować ogólnego charakteru umowy;
- wzrost cen spowodowany każdą kolejną zmianą nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy¹⁸.

¹⁷ Przesłanki zawarte w tym przepisie są implementacją art. 72 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/24/UE.

¹⁸ W preambule do dyrektywy 2014/24/UE (motyw 109) wskazano, opisując powody dopuszczenia zmian koniecznych na skutek okoliczności nieprzewidywalnych, że: „Nie może to jednak mieć zastosowania w sytuacjach, w których 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”. Wobec braku definicji legalnych ogólnego charakteru umowy, posiłkując się stanowiskiem doktryny, można wskazać, że „ogólny charakter umowy (umowy ramowej) to zestaw cech indywidualizujących jej przedmiot na rynku zamówień publicznych. W tym ujęciu ogólny charakter umowy to określenie przyjęte przez zamawiającego dla zamawianego zamówienia”. J. Jerzykowski, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz...*, art. 455, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587860034/657474/dzierzanowski-wlodzimierz-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz?cm=URELATIONS> (dostęp: 12.03.2023).

Zastosowanie owego przepisu jest możliwe nie tylko w sytuacji, gdy nie ma jakichkolwiek klauzul waloryzacyjnych. Zmiana umowy w przypadku zajścia sytuacji nadzwyczajnych możliwa jest także, jeżeli w umowie przewidziano odpowiednie klauzule pozwalające na waloryzację umowy, ale są one niewystarczające do zniwelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności realizacji umowy lub niemożliwym do przewidzenia zakresem zmiany¹⁹.

Mimo wąskiego, wyznaczanego przez rygorystycznie sformułowane przesłanki, zakresu zastosowania przepisu należy wskazać, że przepis pozostawia dowolność w wyborze sposobu zmiany umowy. Możliwe jest więc nie tylko jednorazowe podniesienie ceny, lecz także na przykład „wprowadzenie do umowy klauzuli waloryzacyjnej (nowej lub modyfikującej stare postanowienia umowy), przewidującej cykliczną waloryzację wynagrodzenia”²⁰.

1.4. Zmiana umowy na podstawie tak zwanych klauzul przeglądowych

Zmiany umowy zamówienia publicznego można dokonać także na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który zezwala na wprowadzenie zmiany w umowie, jeżeli zmiana ta została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia w postaci tak zwanych klauzul przeglądowych²¹, czyli w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych. Warunkiem jest, aby takie postanowienia łącznie:

- określały rodzaj i zakres zmian;
- określały warunki wprowadzenia zmian;
- nie przewidywały takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy²².

Należy podkreślić, że wymogi zawarte w tym przepisie dotyczyć będą także obowiązkowych klauzul waloryzacyjnych, jeżeli nie będą one dokonywały automatycznej waloryzacji wynagrodzenia²³.

¹⁹ *Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia)*, Rekomendacja Prokuraturii Generalnej z dnia 2 sierpnia 2022 roku, s. 4, <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/zmiana-umowy-z-uwagi-na-nadzwyczajny-wzrost-cen-waloryzacja-wynagrodzenia> — rekomendacje (dostęp: 10.01.2023).

²⁰ *Ibidem*, s. 8.

²¹ „W praktyce nazywa się je klauzulami przeglądowymi (adaptacyjnymi) z uwagi na to, że są to klauzule stwarzające możliwość przystosowania (adaptacji) treści stosunku prawnego do warunków zmieniających się w trakcie trwania umowy”. A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska *et al.*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, art. 455 k.c.

²² Przesłanki zawarte w tym przepisie są implementacją art. 72 ust. 1 lit. a dyrektywy 2014/24/UE.

²³ Obowiązek wprowadzenia do umowy zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia na wypadek zajścia określonych okoliczności jest wprowadzany także przez art. 436 pkt 4 p.z.p.

1.5. Zmiana umowy poprzez wprowadzenie zmian o niskiej wartości

Możliwa jest sytuacja, w której zmiana cen materiałów albo innych kosztów związanych z realizacją zamówienia nie została przewidziana przez zamawiającego w sposób określony w art. 455 ust. 1 pkt 1 p.z.p., ale nie wpisuje się ona w przesłanki dotyczące nadzwyczajnej zmiany okoliczności opisane w art. 455 ust. 1 pkt 4 p.z.p. W takim wypadku jedynym sposobem przewidzianym w p.z.p. na przywrócenie adekwatności świadczenia będzie zastosowanie art. 455 ust. 2 p.z.p., dopuszczającego zmiany umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, których łączna wartość jest mniejsza niż progi unijne²⁴ oraz jest niższa niż 10% wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo 15% w przypadku zamówień na roboty budowlane, a zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy²⁵. Zmiana umowy dopuszczalna jest jednak tylko w sytuacji, gdy wraz z ceną zmieniona zostanie wartość umowy (a więc zwiększony lub zmniejszony zostanie zakres zamówienia)²⁶. Nie wyłącza to jednak możliwości równoczesnej waloryzacji wynagrodzenia, na co wskazuje A. Gawrońska-Baran wywodząca taką możliwość zwłaszcza z treści art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, będącego źródłem normy prawnej określonej w art. 144 ust. 1 pkt 6 p.z.p. z 2004 roku (obecnie art. 455 ust. 2 p.z.p.), który odwołuje się do zmiany „wartości modyfikacji”, a nie „wzrostu ceny”²⁷.

²⁴ Jako progi unijne należy rozumieć kwoty wartości zamówień lub konkursów, określone w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady wskazanych w art. 3 ust. 1 p.z.p. Ich aktualna wysokość wskazana jest w obwieszczeniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 roku w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. z 2021 r. poz. 1177).

²⁵ Przesłanki te są implementacją art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE.

²⁶ *Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy p.z.p.*, opinia Prezesa UZP z dnia 24 marca 2022 roku, s. 10–11, https://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: 6.04.2024).

²⁷ „W opinii UZP wydanej na podstawie Prawa zamówień publicznych z 2004 r. podniesiono, że zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 p.z.p. 2004 (jego odpowiednikiem jest art. 455 ust. 2 p.z.p.) jest dopuszczalna, w sytuacji gdy pociąga za sobą zmianę wartości umowy, np. wynikającą ze zwiększenia lub zmniejszenia zakresu zamówienia. Niewłaściwe byłoby zastosowanie tego przepisu w okolicznościach, gdy zmiana umowy polegałaby tylko na podwyższeniu wynagrodzenia wykonawcy, które miałyby na celu wyłącznie zmianę ceny realizacji świadczenia. Powyższe znajduje uzasadnienie w szczególności w treści art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE będącego źródłem normy prawnej określonej w art. 144 ust. 1 pkt 6 p.z.p. 2004 (obecnie art. 455 ust. 2 p.z.p.), który odwołuje się do zmiany »wartości modyfikacji«, a nie »wzrostu ceny«”. A. Gawrońska-Baran, [w:] E. Wiktorowska *et al.*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*..., art. 455, <https://>

2. Zmiana umowy poprzez zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus*

Opisywane w trzech powyższych podpunktach sposoby zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego to jedynie uprawnienia do konsensualnego dokonania zmian w umowie. Co prawda, można by próbować wywodzić z ustawy obowiązek zamawiającego do podjęcia prób konsensualnej waloryzacji zmiany umowy, tak jak doradza to Prokuratoria Generalna. W swojej rekomendacji Prokuratoria Generalna wskazuje, że 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*²⁸. Takie stanowisko nie jest jednak usprawiedliwione faktycznymi podstawami prawnymi, a opinia ta miała najprawdopodobniej być bodźcem dla zamawiających do częstszego dokonywania waloryzacji²⁹, jednakże w żadnym wypadku p.z.p. nie przyznaje wykonawcy środków prawnych pozwalających na wysunięcie roszczenia waloryzacji umowy.

Dzięki odniesieniu z art. 8 ust. 1 p.z.p., wskazującemu, że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy k.c., jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, zamawiający może więc skorzystać z klauzuli *rebus sic stantibus*, zawartej w art. 357¹ § 1 k.c.³⁰ W judykaturze panują zgodne poglądy na to, że brzmienie art. 455 ust. 1 pkt 4 p.z.p. nie wyłącza możliwości dochodzenia zmiany umowy na podstawie art. 357¹ k.c.:

Nie można podzielić poglądu, jakoby dla przepisu art. 142 ust. 5 p.z.p. alternatywę stanowił art. 357¹ k.c. zawierający tzw. klauzulę *rebus sic stantibus*. Czym innym jest bowiem nadzwyczajna zmiana stosunków jako przesłanka zastosowania przepisu kodeksowego, a ponadto jest to przepis poddający jego stosowanie rozstrzygnięciu sądu, a nie stron umowy³¹.

Zgodnie z art. 357¹ § 1 k.c., jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziło jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia

sip.lex.pl/#/commentary/587871341/713126/gawronska-baran-andrzela-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz-aktualizowany?cm=URELATIONS (dostęp: 12.03.2023).

²⁸ *Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen...*, s. 7

²⁹ J. Ojczyk, *Prokuratoria: Brak waloryzacji kontraktów to niegospodarność*, Prawo.pl, 16.08.2022, <https://www.prawo.pl/biznes/waloryzacja-w-zamowieniach-publicznych-mozliwa,516698.html> (dostęp: 17.12.2023).

³⁰ L. Piotr-Krajecka, *Klauzula rebus sic stantibus w zamówieniach publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2023, nr 1, s. 60.

³¹ Wyrok KIO z 25 maja 2016 roku, KIO 748/16, LEX nr 2054053.

społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Przy rozwiązywaniu umowy sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym.

W określonych warunkach, jeżeli strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, wykonawca może domagać się rozwiązania umowy lub zwiększenia wynagrodzenia na podstawie art. 632 § 2 k.c., stanowiącego *lex specialis* do art. 357¹ k.c.³² Przesłanką zastosowania tego przepisu jest wystąpienie takiej zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, a w której przypadku wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą. Przepis ten w literalnym brzmieniu odnosi się do wynagrodzenia z tytułu umowy o dzieło, lecz orzecznictwo od lat dopuszcza stosowanie go w drodze analogii do umów o roboty budowlane³³.

3. Przepisy wprowadzone tak zwaną Tarczą Prawną

Poruszając tematykę waloryzacji zamówień publicznych, za celowe należy uznać dokonanie analizy zmian wprowadzonych w tej materii przez ustawodawcę. Przeanalizowana zostanie tylko ostatnia nowelizacja w zakresie zmian co do waloryzacji zamówień publicznych wprowadzona ustawą z dnia 7 października 2022 roku o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców, zmieniająca treść przepisów zawartych w art. 439 p.z.p. i 455 p.z.p. i wprowadzająca odpowiednie przepisy przejściowe.

3.1. Ocena zmian wprowadzonych do p.z.p.

3.1.1. Zmiana art. 439 p.z.p.

We wspominanej już ustawie z dnia 7 października 2022 roku o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców wprowadzono dwie zmiany bezpośrednio dotyczące waloryzacji zamówień publicznych.

W art. 439 ust. 1 p.z.p. rozszerzono obowiązek stosowania klauzul waloryzacyjnych także na umowy, których przedmiotem są dostawy, równocześnie

³² W. Wyrzykowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4. *Zobowiązania. Część szczególna* (art. 535–764(9)), red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2018, art. 632, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587768924/566364/fras-mariusz-red-habdas-magdalena-red-kodeks-cywilny-komentarz-tom-iv-zobowiazania-czesc...?cm=URELATIONS> (dostęp: 12.03.2023).

³³ Wyrok SN z 20 listopada 2008 roku, III CSK 184/08, LEX nr 479317, uchwała SN (7) z 29 września 2009 roku, III CZP 41/09, OSNC 2010, nr 3, poz. 33.

skrócono termin, od którego zawarcie klauzuli waloryzacyjnej jest obowiązkowe, z dwunastu do sześciu miesięcy³⁴.

W art. 439 ust. 5 p.z.p. wprowadzono zmiany odpowiadające zmienionemu ust. 1, a więc nałożono na wykonawcę obowiązek zmiany wynagrodzenia podwykonawcy w umowach nie tylko na roboty budowlane lub usługi, lecz także na dostawy, a których to umów okres obowiązywania przekracza sześć miesięcy (wcześniej dwanaście).

Należy docenić kierunek zmian wprowadzonych przez prawodawcę. Praktyka zamówień publicznych wykazała, że zamawiający nie zawierali w umowach klauzul waloryzacyjnych nieobowiązkowych, a chwiejna sytuacja gospodarcza potrafiła wpływać nawet na realizację zamówień publicznych zawieranych na okres krótszy niż rok. Rozszerzenie obowiązku zawierania klauzuli waloryzacyjnej zdecydowanie nie jest nadmiernym obciążeniem, a pozwala na potencjalne uniknięcie kłopotliwych skutków zaburzonej równowagi ekonomicznej stron umowy, tym bardziej że dobrze sformułowana klauzula waloryzacyjna jest zabezpieczeniem dla obu stron umowy. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza:

Proces realizacji zamówienia publicznego [...] niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływania zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. [...] Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych³⁵.

Oprócz tego wskazuje się, że należyte dostosowanie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich rzeczywistych wartości skutkuje również zmniejszeniem ryzyka nienależytej realizacji świadczenia³⁶.

Skoro jednak ustawodawca zdecydował się na skrócenie wyżej wspomnianych terminów z dwunastu do sześciu miesięcy, jako przeoczenie ustawodawcze należy uznać pozostawienie terminu dwunastomiesięcznego w treści art. 436 ust. 4 p.z.p. W swojej treści art. 436 p.z.p. określa elementy obligatoryjne umowy zamówienia publicznego, a jego ust. 4 określa dodatkowo elementy obligatoryjne umowy zawieranej na okres dłuższy niż dwanaście miesięcy. W takim wypadku umowa musi zawierać także postanowienia określające wysokość kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej

³⁴ Aktualnie przepis stanowi: „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”.

³⁵ Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2023 roku, KIO 134/23, LEX nr 3490795 (dostęp: 11.03.2023).

³⁶ Wyrok KIO z dnia 10 września 2021 roku, KIO 2355/21.

zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 (art. 436 pkt 4 lit. a p.z.p.), i zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmian stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych (art. 436 pkt 4 lit. b p.z.p.). Podczas gdy pozostawienie dwunastomiesięcznego terminu wobec zmian określonych w art. 436 pkt 4 lit. b nie spowodowało żadnego rodzaju niespójności w kontekście zmiany terminu określonego w art. 439 ust. 5 p.z.p., pozostawienie go niezmienionego w art. 436 pkt 4 lit. a p.z.p. powoduje, że powstaje pewnego rodzaju luka. Rodzi się bowiem pytanie, jakie konsekwencje ponosić będzie wykonawca wykonujący zamówienie publiczne na podstawie umowy, której okres obowiązywania przekracza sześć miesięcy, ale nie jest dłuższy niż dwanaście miesięcy, jeśli nie wypłaciłby podwykonawcy wynagrodzenia należnego mu w związku z waloryzacją zamówienia publicznego bądź wypłaciłby je nieterminowo, skoro nie będzie odpowiednich kar umownych wpisanych do umowy zamówienia. Oczywiście brak ten nie pozbawi podwykonawcy możliwości domagania się wypłaty należnego mu wynagrodzenia, jednak jego sytuacja będzie słabsza, między innymi dlatego że w przypadku określenia kary umownej w umowie zamówienia publicznego przysługiwałaby ona podwykonawcy również w przypadku braku poniesionej przez niego szkody, a także działałaby ona prewencyjnie, mobilizując wykonawcę do prawidłowego spełnienia świadczenia. Brak konieczności poniesienia szkody do wypłaty kary umownej wynika z art. 484 k.c. i jest potwierdzony orzecznictwem³⁷. Osłabienie sytuacji takiego podwykonawcy jest niepożądane, tym bardziej że w przeszłości rzeczywistym problemem była kwestia niewypłacania przez wykonawców wynagrodzenia należnego podwykonawcom³⁸.

W doktrynie wskazuje się również na problemy związane z błędnym stosowaniem w praktyce znowelizowanego artykułu 439 p.z.p., wręcz wypaczającym sens regulacji. Jak wskazuje D. Koba, przepis w znowelizowanym brzmieniu: „Jest szkodliwy, miesza ludziom w głowach, niweczy istotę i prostotę problemu zmiany siły nabywczej pieniądza w czasie”³⁹.

³⁷ Uchwała Sądu Najwyższego mająca moc zasady prawnej z dnia 6 listopada 2003 roku, III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69.

³⁸ K. Gołębiowski, *Problem istnienia uprawnienia podwykonawcy do domagania się od zamawiającego zapłaty wynagrodzenia w sytuacji regulowanej w art. 143c ust. 1 p.z.p.*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego” 2018, nr 540, s. 151–152.

³⁹ D. Koba, *Waloryzacja. Rewolucje*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2023, nr 8, s. 44.

3.1.2. Zmiana art. 455 p.z.p.

Zmiana art. 455 p.z.p. polegała na modyfikacji treści ust. 1 pkt 4 poprzez wskazanie wprost, że zmiana umowy dokonywana ze względu na zajście nadzwyczajnych okoliczności⁴⁰ może polegać na zmianie wysokości ceny zamówienia publicznego.

Zmiana ta w istocie nie zmieniała zawartości normatywnej przepisu, który już wcześniej, ze względu na swoją otwartą treść, pozwalał na wszelkiego rodzaju zmiany, w tym na zmianę wynagrodzenia, co do tej pory nie budziło wątpliwości. Stanowisko takie wyrażał J. Jerzykowski:

Omawiana przesłanka nie jest jednak ograniczona przedmiotowo. *Lege non distinguente* konieczność zmiany może spowodować każdą rodzajową zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym nawet zmianę wynagrodzenia. Wyraźnie potwierdzają to pierwowzory art. 455 ust. 1 pkt 4 p.z.p., czyli art. 72 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 89 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/25/UE, które wprost uznają zmianę ceny za zmianę tego rodzaju⁴¹.

Podobnie odniósł się do tej kwestii prezes Urzędu Zamówień Publicznych w swojej opinii:

Możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. wymaga zatem ustalenia, że konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć, pomimo dochowania przez zamawiającego należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁴².

3.1.3. Przepisy przejściowe dotyczące zmian wprowadzonych w tak zwanej Tarczy Prawnej

Odpowiednio do brzmienia art. 75 Tarczy Prawnej w przypadku postępowań wszczętych i niezakończonych przed 10 listopada 2023 roku należy stosować przepisy w brzmieniu dotychczasowym.

Natomiast wobec zamówień publicznych zawartych przed wejściem w życie ustawy zmieniającej i będących w tym dniu w toku ustawodawca zezwala na wprowadzenie zmian w umowie bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, polegających na:

- zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy;
- dodaniu postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy — w przypadku umów, które nie zawierają takich postanowień;

⁴⁰ W razie spełnienia wymagań opisanych w pkt 2.2.1. niniejszego artykułu.

⁴¹ J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski *et al.*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz...*, art. 455, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587860034/657474/dzierzanowski-wlodzimierz-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz?cm=URELATIONS> (dostęp: 12.03.2023).

⁴² *Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego...*

- zmianie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, zwłaszcza w zakresie maksymalnej wartości zmiany tego wynagrodzenia — w przypadku umów, które zawierają takie postanowienia;
- zmianie postanowień umowy dotyczących jej wykonania, zwłaszcza dotyczących:
 - zakresu świadczenia wykonawcy, z czym może się wiązać 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.

Zmiany te są dopuszczalne, o ile wzrost wynagrodzenia wykonawcy spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy, a potrzeba dokonania zmiany umowy wynika z istotnej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, których zamawiający, działający z należytą starannością, nie mógł przewidzieć.

W dalszej części przepis reguluje sposób ponoszenia kosztów przez strony i sposób zmiany wynagrodzenia (art. 48 ust. 2. Tarczy Prawnej), nakłada obowiązek zmiany wynagrodzenia podwykonawcy w razie zmiany wynagrodzenia (art. 48 ust. 3 Tarczy Prawnej), ustanawia obowiązek zmiany umowy z podwykonawcą w razie zmiany postanowień umownych innych niż wynagrodzenie (art. 48 ust. 5), a także wskazuje odpowiednie stosowanie art. 48 ust. 3 i ust. 4 Tarczy Prawnej do dalszych podwykonawców.

Przepis ten należy ocenić krytycznie. Ust. 1 w swoim brzmieniu niesie za sobą skutki dokładnie takie same jak aktualnie obowiązujący art. 455 ust. 1 pkt 4 p.z.p.⁴³, jednak sformułowane są one w sposób znacznie bardziej rozbudowany, przez co zostają naruszone zasady prawidłowej legislacji. Przesłanki zastosowania art. 48 ust. 1 Tarczy Prawnej są takie same jak art. 455 ust. 1 pkt 4 p.z.p., wyjątkami są jednak brak zakazu zmiany ogólnego charakteru umowy zamówienia publicznego i brak wymagania, aby zmiana umowy zamówienia publicznego była konieczna. Braki te należy jednak uznać raczej za niestaranną legislację niż za zamierzone działanie prawodawcy. Obie przesłanki mają swoje źródła w legislacji unijnej⁴⁴ implementowanej do polskiego porządku prawnego, a ich pominięcie

⁴³ G. Klich, *O konstrukcji klauzul waloryzacyjnych w umowach dotyczących zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2023, nr 1, s. 34

⁴⁴ Zakaz zmiany ogólnego charakteru umowy sformułowany jest w art. 72 ust. 1 lit. c pkt ii dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, s. 65 z późn. zm.) oraz w art. 89 ust. 1 lit. c pkt ii dyrektywy 2014/25/UE (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych,

w przepisach przejściowych skutkuje niczym nieuzasadnionym różnicowaniem sytuacji prawnej stron objętych zakresem zastosowania tego przepisu względem stron podlegających aktualnym przepisom.

4. Zasady zamówień publicznych a waloryzacja

Przy udzielaniu zamówienia publicznego zamawiającego ograniczają, oprócz przepisów nakładających na niego konkretne obowiązki, także zasady ogólne udzielania zamówień publicznych. Należą do nich⁴⁵:

- zasada efektywności ekonomicznej⁴⁶;
- zasada pisemności i prowadzenia postępowania w języku polskim⁴⁷;
- zasada jawności postępowania⁴⁸;
- zasada uczciwej konkurencji⁴⁹;
- zasada przejrzystości⁵⁰;
- zasada proporcjonalności⁵¹.

Jednak zasady te obowiązują jedynie podczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc nie będą miały one odniesienia do jego waloryzacji. Postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się bowiem zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem (art. 7 pkt 18 *in fine* p.z.p.)⁵². Niestosowanie tych reguł do waloryzacji zamówień zdaje się jednak nie powodować negatywnych skutków, skoro ich istotą jest ochrona prawidłowości udzielania, a nie wykonywania zamówienia publicznego.

Na szczególną uwagę zasługuje jednak stosowanie zasady efektywności ekonomicznej. Jest ona przecież podstawowym celem zamówienia publicznego, jak słusznie wskazuje się w doktrynie: „Celem systemu zamówień publicznych jest, po pierwsze, zapewnienie, aby nabywanie dóbr i usług odbywało się w sposób optymalny z ekonomicznego punktu widzenia, zapewniając jak najlepsze wykorzystanie środków, którymi dysponuje państwo”⁵³. Zasada ta wyrażona jest

uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 243, ze zm.). Wymóg „konieczności” modyfikacji sformułowany jest w art. 72 ust. 1 lit. c pkt i dyrektywy 2014/24/UE oraz w art. 89 ust. 1 lit. c pkt i dyrektywy 2014/25/UE.

⁴⁵ *Najważniejsze reguły zamówień publicznych*, rozdział *Zasady zamówień publicznych*, Biznes.gov.pl, <https://www.biznes.gov.pl/pl/porta1/00223> (dostęp: 15.11.2023).

⁴⁶ Zawarta w art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p.

⁴⁷ Zawarta w art. 20 ust. 1 i 2 p.z.p.

⁴⁸ Zawarta w art. 18 ust. 1 i 2 p.z.p.

⁴⁹ Zawarta w art. 16 p.z.p. ust. 1 p.z.p.

⁵⁰ Zawarta w art. 16 p.z.p. ust. 2 p.z.p.

⁵¹ Zawarta w art. 16 p.z.p. ust. 3 p.z.p.

⁵² Wynika to także z treści art. 254 p.z.p., tożsamie określającego termin zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia.

⁵³ M. Zaborowski, *Cel i funkcje zamówień publicznych*, „Optimum. Studia ekonomiczne” 2019, nr 3, s. 152.

wprost w art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p. i nakłada na zamawiającego obowiązek udzielania zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych uzasadnioną charakterem zamówienia w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskania najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Nie oznacza to jednak, że zamawiający nie musi brać pod uwagę ekonomicznego aspektu dokonywanej waloryzacji zamówienia. W większości przypadków zasada efektywności będzie znajdowała swoje zastosowanie jeszcze w trakcie udzielania zamówienia, na etapie tworzenia odpowiednich klauzul waloryzacyjnych lub postanowień umownych regulujących kwestię waloryzacji zamówienia.

Jednakże w sytuacji, gdy w umowie nie ma takich postanowień, zasada efektywności ekonomicznej nie znajdzie bezpośredniego zastosowania. Brak ten nie przyznaje jednak zamawiającemu pełnej swobody do dokonywania zmian w umowie, niezależnie od tego, czy do takiej sytuacji dojdzie przy zmianie umowy zamówienia publicznego ze względu na zajście nadzwyczajnych okoliczności, czy poprzez wprowadzenie zmian o niskiej wartości. Taka konkluzja pozostawałaby w sprzeczności z fundamentalnymi założeniami zamówień publicznych, które bez wyjątku powinny zapewniać gospodarne dysponowanie środkami publicznymi. Jedynym racjonalnym wnioskiem, przy braku dotychczasowego orzecznictwa w tym zakresie, powinno być odpowiednie stosowanie zasady efektywności ekonomicznej przy dokonywaniu wyżej wspomnianej waloryzacji zamówienia publicznego, w szczególności jeśli wziąć pod uwagę, że niezależnie od zagadnienia stosowania zasady efektywności ekonomicznej przy waloryzacji zamówienia publicznego zamawiającym jest podmiot publiczny, na którym ciąży obowiązek dokonywania wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań i w wysokości, i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań, zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych⁵⁴.

Stosowanie tej zasady, zarówno przy tworzeniu klauzul waloryzacyjnych i klauzul przeglądowych, jak i przy dokonywaniu zmian w umowie zamówienia publicznego, oznacza przede wszystkim zakaz dowolnego ustalania ich treści. Zamawiający powinien zbadać, do jakich zmian i w jakiej skali może dojść w toku wykonywania zamówienia, i wprowadzić środki adekwatne do tych przewidywań. Wprowadzenie postanowień reagujących w sposób niewłaściwy na zachodzące okoliczności (na przykład wprowadzenie przeszacowanej klauzuli waloryzacyjnej prowadzącej do nieproporcjonalnych zysków wykonawcy, wprowadzenie klauzuli

⁵⁴ Tekst. jedn.. Dz. U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.

przeglądowej nadmiernie przedłużającej termin wykonania zamówienia) skutkować może nie tylko odpowiedzialnością wynikającą z przepisów p.z.p., lecz także stwierdzeniem naruszenia dyscypliny finansów publicznych ze względu na naruszenie art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 17 grudnia 2004 roku⁵⁵.

Podsumowanie

Analiza zagadnienia waloryzacji zamówień publicznych prowadzi do konkluzji, że aktualne uregulowania w tym zakresie zapewniają stronom umowy o zamówienie publiczne wystarczające narzędzia do przywrócenia zaburzonej równowagi ekonomicznej. Problemem jest jednak interwencja prawodawcy w tę materię, będąca prawdopodobnie objawem inflacji prawa w Polsce⁵⁶, i jak udowodniono w artykule — nie tylko niepotrzebna, lecz także wprowadzająca przepisy naruszające art. 72 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 89 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/25/UE i powodująca nieuzasadnione różnicowanie sytuacji prawnej podwykonawców wykonujących zamówienie publiczne na podstawie umowy, której okres obowiązywania przekracza sześć miesięcy, ale jest nie dłuższy niż dwanaście miesięcy, względem podwykonawców wykonujących zamówienie publiczne przekraczające dwanaście miesięcy.

Interwencji prawodawczej wymaga natomiast kwestia ustawowego obowiązku gospodarności zamawiającego przy dokonywaniu waloryzacji zamówienia publicznego. Mimo że w piśmiennictwie nie jest poruszany brak odpowiedniego uregulowania tej kwestii⁵⁷, celowe jest nałożenie takiego obowiązku wprost w p.z.p., tym bardziej że to właśnie naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych jest podstawą do unieważnienia umowy⁵⁸, nałożenia na zamawiającego kary pieniężnej⁵⁹ i odpowiedzialności z tytułu stwierdzenia naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

⁵⁵ Art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 17 grudnia 2004 roku (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 289 z późn. zm.): „Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy na usługi społeczne i inne szczególne usługi lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych”.

⁵⁶ „Wyniki badania zasobu i strumienia prawa tworzonego w Polsce dowodzą wysokiej dynamiki przyrostu prawa, co skutkuje częstymi nowelizacjami obowiązującego już zasobu”. W. Rogowski, *Zasób i inflacja przepisów prawa w Polsce (z uwagami porównawczymi)*, „Głos Prawa. Przegląd prawniczy Allerhanda” 1, 2018, nr 1–2, s. 24.

⁵⁷ Prokuratoria Generalna w swojej rekomendacji z dnia 2 sierpnia 2022 roku *Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia)* całkowicie pomija ten temat, wskazując jedynie: „Dodatkowe wydatki, jakie na realizację umowy poniesie zamawiający (jednostka sektora finansów publicznych) powinny być zgodne z art. 17 n.p.z.p oraz z zasadami wynikającymi z UFP, w szczególności powinny być dokonane w sposób oszczędny, celowy i efektywny”, s. 6.

⁵⁸ Art. 457 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

⁵⁹ Art. 619 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Bibliografia

Literatura

- Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy p.z.p.*, opinia Prezesa UZP z dnia 24 marca 2022 roku, https://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.
- Gawrońska-Baran A., [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, art. 455.
- Gołębiowski K., *Problem istnienia uprawnienia podwykonawcy do domagania się od zamawiającego zapłaty wynagrodzenia w sytuacji regulowanej w art. 143c ust. 1 p.z.p.*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego” 2018, nr 540, s. 150–166.
- Grześkowiak-Stojek D., *Klauzula waloryzacyjna w umowach zawieranych na okres powyżej 12 miesięcy*, „Zamówienia Publiczne. Doradca. Dodatek — Nowe prawo zamówień publicznych” 2021, nr 5, s. 12.
- Jerzykowski J., [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 439.
- Jerzykowski J., [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 455.
- Klich G., *O konstrukcji klauzul waloryzacyjnych w umowach dotyczących zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2023, nr 1, s. 34–46.
- Koba D., *Waloryzacja. Rewolucje*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2023, nr 8, s. 44.
- Kubiczek J., Wydmański W., Morawska I., Jochymczyk P., *Uwarunkowania prawno-ekonomiczne rynku zamówień publicznych w czasach wysokiej inflacji w Polsce*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 85, 2023, nr 1, s. 139–154.
- Piątek H., *Project finance w prawie polskim i angielskim. Cz. I*, „Monitor Prawniczy” 2001, nr 16, s. 820.
- Piotr-Krajecka L., *Klauzula rebus sic stantibus w zamówieniach publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2023, nr 1, s. 60.
- Robaczyński W., *Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w okolicznościach kryzysowych — uwagi na tle najnowszych zmian legislacyjnych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2023, nr 1, s. 17–33.
- Rogowski W., *Zasób i inflacja przepisów prawa w Polsce (z uwagami porównawczymi)*, „Głos Prawa. Przegląd prawniczy Allerhanda” 1, 2018, nr 1–2, s. 13–33.
- Strugała R., *Klauzule salwatoryjne*, [w:] R. Strugała, *Standardowe klauzule umowne: adaptacyjne, salwatoryjne, merger, interpretacyjne oraz pactum de forma*, Warszawa 2013, s. 197–234.
- Wiktorowska E., Kacprzyk B., *Geneza i prawne podstawy waloryzacji umów o zamówienia publiczne*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2022, nr 3, s. 23.
- Wyrzykowski W., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4. *Zobowiązania. Część szczególna (art. 535–764(9))*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2018, art. 632.
- Zaborowski M., *Cel i funkcje zamówień publicznych*, „Optimum. Studia ekonomiczne” 2019, nr 3, s. 151–163.

Akty prawne i dokumenty

- Ustawa z dnia 7 października 2022 roku o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. z 2022 r. poz. 2185).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 11 września 2019 roku — Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 289 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.).

Obwieszczenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 roku w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. z 2021 r. poz. 1177).

Źródła internetowe

Akty prawne ustanawiające sankcje wobec Rosji (decyzje podjęte od dnia 23.02.2022, stan na 15.03.2022) i na Białoruś (decyzje podjęte od 02.03.2022, stan na 09.03.2022) w związku z agresją na Ukrainę, Parp.gov.pl, <https://www.parp.gov.pl/attachments/article/78859/Akty%20prawne%20ustanawiaj%C4%85ce%20sankcje%20wobec%20Rosji%20i%20Bia%C5%82orusi.pdf>.

Najważniejsze reguły zamówień publicznych, rozdział Zasady zamówień publicznych, Biznes.gov.pl, <https://www.biznes.gov.pl/pl/portal/00223>.

Ojczyk J., *Prokuratoria: Brak waloryzacji kontraktów to niegospodarność*, Prawo.pl, 16.08.2022, <https://www.prawo.pl/biznes/waloryzacja-w-zamowieniach-publicznych-mozliwa,516698.html>.

Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia), Rekomendacja Prokuraturii Generalnej z dnia 2 sierpnia 2022 roku, <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/zmiana-umowy-z-uwagi-na-nadzwyczajny-wzrost-cen-waloryzacja-wynagrodzenia-rekomendacja>.

Orzecznictwo

Uchwała SN z 6 listopada 2003 roku, III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69.

Wyrok SN z 20 listopada 2008 roku, III CSK 184/08, LEX nr 479317.

Uchwała SN (7) z 29 września 2009 roku, III CZP 41/09, OSNC 2010, nr 3, poz. 33.

Wyrok KIO z 25 maja 2016 roku, KIO 748/16, LEX nr 2054053.

Wyrok KIO z 31 stycznia 2023 roku, KIO 134/23, LEX nr 3490795.

Wyrok KIO z dnia 10 września 2021 roku, KIO 2355/21.