



# Stowarzyszenie Kosztorysantów Budowlanych

BIULETYN INFORMACYJNY

nr 1/2023



- I. Informacje SKB
- II. Sprawozdanie z XIV Konferencji SKB
- III. Artykuły problemowe
  - 1) mgr inż. Tomasz Pytkowski - Określenie wartości zamówienia na roboty budowlane w dynamicznej sytuacji rynkowej
  - 2) mgr inż. Ewa Wiktorowska - Klauzule waloryzacyjne w świetle regulacji Prawo zamówień publicznych, a postanowienia waloryzacyjne w praktyce
  - 3) adw. Maria Kacprzyk - Polubowne rozwiązanie sporów rozliczeniach umów w zakresie robót budowlanych
  - 4) mgr inż. Maciej Sikorski - Sposoby aktualizacji kontraktu na roboty budowlane w warunkach określonych przez ustawę z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców



# I. Informacje Stowarzyszenia

## 1. Walne Zgromadzenie Delegatów i Członków SKB

W dniu 15 czerwca 2023r. odbyło się w Warszawie, Walne Zgromadzenie Delegatów i Członków Stowarzyszenia Kosztorysantów Budowlanych.

W Walnym Zgromadzeniu uczestniczyło 27 członków i delegatów reprezentujących łącznie 119 mandatów co stanowiło 10,63% ogółu członków SKB.

Przewodniczącą Walnego Zgromadzenia wybrano jednogłośnie kol. Balbinę Kacprzyk, a sekretarzem, również jednogłośnie kol. Ryszarda Jakóbca.

Jednogłośnie przyjęto sprawozdanie Zarządu SKB z działalności w okresie sprawozdawczym, sprawozdanie Komisji Rewizyjnej SKB, sprawozdanie Koleżeńskiego Sądu Honorowego SKB, uchwałę dotyczącą przeznaczenia zysku z roku 2022.

Walne Zgromadzenie jednogłośnie udzieliło pokwitowania członkom Zarządu SKB i członkom Komisji Rewizyjnej SKB za działalność w 2022 r., i przyjęło uchwałę w sprawie kierunków i programu działania Stowarzyszenia w 2023 r., oraz w sprawie zatwierdzenia planu wydatków Stowarzyszenia w 2023 r.

W związku z wpływieniem do Komisji Uchwał i Wniosków, wniosku o zmianę w porządku obrad i dodanie do porządku obrad uchwały nr 9/2023 w sprawie podwyższenia rocznej składki od 1 stycznia 2024 r. do kwoty 300 zł, przeprowadzono głosowanie. Większością głosów przyjęto proponowaną zmianę i od przyszłego roku obowiązywać będzie składka 300 zł/rok.

Na tym zakończono obrady i Przewodnicząca kol. B. Kacprzyk zamknęła Walne Zgromadzenie. Szczegółowe sprawozdanie z Walnego Zgromadzenia znajduje się na stronie Stowarzyszenia.

## 2. Konferencja SKB

W dniach 16 – 16 czerwca 2023 r. odbyła się w Warszawie, w Krajowej Szkole Administracji Publicznej, XIV Konferencja Stowarzyszenia Kosztorysantów Budowlanych pt. „**Szacowanie, rozliczanie i waloryzacja wynagrodzenia za roboty budowlane w dynamicznej sytuacji rynkowej**”, której temat został podtyktowany zjawiskami gospodarczo - ekonomicznymi mającymi miejsce w polskim budownictwie, w ostatnich trzech latach.

Po powitaniu gości, m.in. przedstawicieli Urzędu Zamówień Publicznych oraz Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej i otwarciu konferencji przez Prezesa SKB – Tomasza Pytkowskiego wygłoszono, w trakcie dwóch dni trwania konferencji, 11 referatów oraz zaprezentowano działalność czterech firm wspierających Stowarzyszenie: ORGBUD-SERWIS, SEKOCENBUD, CAS i CCM.

Konferencja pozwoliła na skonfrontowanie celów wynikających z regulacji prawnych dotyczących określania wartości zamówienia na roboty budowlane, zawierania umów i postanowień w kwestii wynagrodzenia i jego waloryzacji z powszechnie stosowanymi praktykami oraz pozwoliła na dokonanie oceny rozbieżności pomiędzy stanem faktycznym a zamierzeniami i intencjami ustawodawcy, powstałymi m.in. na skutek przepisów dotyczących dyscypliny finansów publicznych i obaw zamawiających przed kontrolą zamówienia publicznego.

Stowarzyszenie ma nadzieję, że minioną konferencją, która była okazją dla poszerzenia wiedzy i wymiany doświadczeń stanie się inspiracją dla uczestników spotkania w dalszej pracy zawodowej i wpłynie na



jakość przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane i sprawność całego procesu inwestycyjnego.

Zainteresowanych przebiegiem Konferencji zapraszamy do zapoznania się ze sprawozdaniem zamieszczonym w niniejszym Biuletynie i na stronie Stowarzyszenia.

Po Konferencji, w Hotelu Lord odbyła się uroczysta kolacja koleżeńska z udziałem zaproszonych gości, prelegentów i oczywiście słuchaczy.

### **3. Warsztaty dla kosztorysantów – Warszawa 2023 r.**

W dniach 24-25 marca 2023 r. odbyły się w Hotelu Lord w Warszawie, VI Warsztaty dla kosztorysantów pt. **„Wynagrodzenie za roboty budowlane vs inflacja. Waloryzacja wynagrodzenia”**.

W trakcie dwóch dni trwania Warsztatów omówiono zmiany kosztów realizacji inwestycji w latach 2021 – 2022, prognozy dla rynku budowlanego, sposoby waloryzacji wynagrodzeń kontraktowych, ryzyko w kalkulacjach kosztorysowych.

Warsztaty były wspierane merytorycznie przez firmę ORGBUD-SERWIS sp. z o.o., Sekocenbud sp. z o.o. (zmiana nazwy firmy) i Athenasoft sp. z o.o.

### **4. Szkolenia, kursy, seminaria**

W 2023 r. Zarząd SKB zorganizował:

#### **4.1. Kursy kosztorysowania robót budowlanych - szkolenie podstawowe, w terminach :**

- 02-03 oraz 09-10.03.2023 r.
- 07-08 oraz 14-15.03.2023 r.
- 20-21 oraz 27-28.03.2023 r.
- 1-12 oraz 18-19.05.2023 r.

#### **4.2. Seminarium pt. "Kosztorys inwestorski i przedmiar robót w zamówieniach publicznych - zgodnie z nowymi rozporządzeniami MRIT. Weryfikacja formalna", w terminach:**

- 06.03.2023 r.
- 25.05.2023 r.

#### **4.3. VI Warsztaty dla kosztorysantów - Warszawa 2023, w terminie 24-25.03.2023 r.**

#### **4.4. XIV Konferencję Stowarzyszenia Kosztorysantów Budowlanych, w terminie 15-16.06.2023 r.**

### **5. Składki członkowskie**

Walne Zgromadzenie SKB, które miało miejsce w dniu 15 czerwca 2023 r. uchwaliło większością głosów, podniesienie składki członkowskiej od 1 stycznia 2024 r. z kwoty 240 zł/rok do kwoty 300 zł/rok.

Zarząd Stowarzyszenia zwraca się z prośbą do członków Stowarzyszenia o możliwe terminowe regulowanie składek członkowskich.

### **6. Patronaty**

Stowarzyszenie Kosztorysantów Budowlanych aktywnie działa na rynku budowlanym w sferze informacyjnej, organizując nie tylko szereg spotkań merytorycznych ale udzielając również patronatów merytoryczno - medialnych. SKB udzieliło w 2023 r. patronatów:

- X Forum Zamówień Publicznych na Roboty Budowlane, które odbyło się 13-15 marca 2023 r. w Toruniu,
- 26 Konferencji Naukowo – Technicznej pt. „Waloryzacja – możliwości, procedury, przykłady”, która odbędzie się 11-13 października 2023 r. w Ciechocinku.

## II. Sprawozdanie z XIV Konferencji SKB

W dniach 16 – 16 czerwca 2023 r. odbyła się w Warszawie XIV Konferencja Stowarzyszenia Kosztorysantów Budowlanych pt. „Szacowanie, rozliczanie i waloryzacja wynagrodzenia za roboty budowlane w dynamicznej sytuacji rynkowej”, której temat został podyktowany zjawiskami gospodarczo - ekonomicznymi mającymi miejsce w polskim budownictwie, w ostatnich trzech latach.

Po powitaniu gości, m.in. przedstawicieli Urzędu Zamówień Publicznych oraz Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej i otwarciu konferencji przez Prezesa SKB – Tomasza Pytkowskiego wygłoszono, w trakcie dwóch dni trwania konferencji, 11 referatów oraz zaprezentowano działalność czterech firm wspierających Stowarzyszenie: ORGBUD-SERWIS, SEKOCENBUD, CAS i CCM.



Dwa pierwsze wystąpienia, dr Arkadiusza Weremczuka oraz prof. dr hab. Andrzeja Borowicza, dotyczące sytuacji gospodarczej w Polsce w 2023r. ze szczególnym uwzględnieniem sektora budowlanego oraz konkurencyjności na rynku zamówień publicznych na roboty budowlane, przygotowały słuchaczy do odbioru zagadnień szeroko pojętych kosztów w budownictwie w dobie dynamicznie rosnących cen materiałów i robót budowlanych.



Sz szczególnie dużym zainteresowaniem cieszyła się tematyka związana z możliwościami waloryzacji wynagrodzeń za roboty budowlane w świetle uregulowań prawnych oraz z metodami obliczeń, jak również związana z postanowieniami umownymi umożliwiającymi zmianę wynagrodzenia kontraktowego. Z tymi zagadnieniami zmierzili się, znani w środowisku budowlanym specjaliści: dr Hubert Wysoczański, adw. Mateusz Fraszka, mgr inż. Maciej Sikorski i mgr inż. Ewa Wiktorowska.



Z kolei adw. Maria Kacprzyk podjęła się przybliżenia uczestnikom konferencji problematyki dotyczącej rozwiązywania sporów między stronami procesu inwestycyjnego powstałymi z tytułu niedoszacowania inwestycji w okresie gwałtownej dekoniunktury gospodarczej, wskazując na możliwe kierunki działań. Jednym z nich to zawarcie polubownej, pozasądowej ugody, która w świetle przyjętych w ustawach rozwiązań, jest pozytywnie oceniana przez prawników i coraz częściej stosowana przez strony w budownictwie.

Nie zabrakło również tematów związanych z określaniem wartości zamówienia na roboty budowlane przez zamawiających i określaniem wysokości wynagrodzenia przez oferentów. W tych zagadnieniach prym wiedli: mgr inż. Tomasz Pytkowski (Prezes SKB) oraz mgr inż. Balbina Kacprzyk (Prezes Honorowa SKB).



Uczestnicy corocznej konferencji zapoznali się również, dzięki wystąpieniu mgr. inż. Tomasza Żuchowskiego, z praktyką waloryzacji wynagrodzenia za roboty budowlane na przykładzie kontraktowania inwestycji w GDDKiA, oraz z kosztami cyklu życia obiektów budowlanych (prof. Vsevolod Nikolaiev) i z klasyfikacją robót budowlanych w BIM 5D (mgr inż. Paweł Kaczmarski).

Konferencja pozwoliła na skonfrontowanie celów wynikających z regulacji prawnych dotyczących określania wartości zamówienia na roboty budowlane, zawierania umów i postanowień w kwestii wynagrodzenia i jego waloryzacji z powszechnie stosowanymi praktykami oraz pozwoliła na dokonanie oceny rozbieżności pomiędzy stanem faktycznym a zamierzeniami i intencjami ustawodawcy, powstałymi m.in. na skutek przepisów dotyczących dyscypliny finansów publicznych i obaw zamawiających przed kontrolą zamówienia publicznego.

Wysoce merytoryczne wystąpienia oraz ożywione dyskusje uczestników konferencji pozwoliły na nakreślenie kierunków rozwiązywania obecnie występujących problemów pomiędzy stronami procesu inwestycyjnego. Chodzi przede wszystkim o możliwość, w aktualnym stanie prawnym, dokonywania korekt klauzul waloryzacyjnych przy kontraktach będących w toku i tym samym przeprowadzenia zmiany wynagrodzenia za roboty budowlane przywracającej równowagę ekonomiczną zamawiającego i wykonawcy, jak również możliwość zawarcia ugody sądowej lub pozasądowej bez konieczności przeprowadzenia procesu sądowego.

Działania te są możliwe dzięki wprowadzeniu szeregu zmian w istniejących regulacjach, jak np. w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych, w art.54a, ust.1 dotyczącymi ugody



w sprawie spornej, oraz wejściu w życie nowych regulacji, jak np. ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców. Znaczący głos w dyskusji na temat tej ustawy miała Pani Izabela Fundowicz – Dyrektor Departamentu Prawnego w Urzędzie Zamówień Publicznych, która podkreśliła spójność art.48 tejże ustawy dotyczącego możliwości zmiany wynagrodzenia za realizację inwestycji będącej w toku w dniu rozpoczęcia obowiązywania ustawy, z art.455, ust.1, pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącym zmiany umowy, a w szczególności zmiany wysokości ceny.



Obok środków zaradczych dla istniejących już spraw konfliktowych, występujący położyli nacisk na taki sposób przygotowania postępowań na roboty budowlane, który pozwoliłby w przyszłości uniknąć podobnych jak obecnie, sytuacji.

Stowarzyszenie ma nadzieję, że miniona konferencja, która była okazją dla poszerzenia wiedzy i wymiany doświadczeń stanie się inspiracją dla uczestników spotkania w dalszej pracy zawodowej i wpłynie na jakość przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane i sprawność całego procesu inwestycyjnego.





## III. Artykuły problemowe

mgr inż. Tomasz Pytkowski

### Określenie wartości zamówienia na roboty budowlane w dynamicznej sytuacji rynkowej

#### WSTĘP

„Obyś żył w ciekawych czasach” – brzmi znane przysłowie, a konkretnie przekleństwo chińskiego pochodzenia (choć historycy spierają się co do jego pochodzenia). Na pewno jednak trzeba przyznać, że ostatnie lata w obliczaniu wartości robót budowlanych charakteryzują się dużą zmiennością nie tylko cen czynników produkcji, ale również brakiem równowagi rynkowej popytu i podaży. Wszyscy pamiętamy rynek wykonawcy w 2019 roku, następnie skutki pandemii covid-19 oraz ostatnio skutki wojny w Ukrainie. „Ciekawe czasy” będą w naszym przypadku synonimem zmienności, niepewności i zaskoczeń. Jak zatem w dynamicznej sytuacji rynkowej określić wartość zamówienia z należytą starannością?

#### NALEŻYTA STARANNOŚĆ

Od dnia 1 stycznia 2021 roku obowiązuje nowa ustawa z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych [1], zwana dalej ustawą Pzp. Zgodnie z treścią art. 28 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. W komentarzu do ustawy Pzp [2] autorzy informują, co należy rozumieć pod pojęciem „należytej staranności”, tj. cyt.:

*„Ustawodawca wymaga, aby wartość zamówienia ustalona została z należytą starannością. Pojęcie należytej staranności występuje w art. 355 § 1 Kc, w którym wskazano, że dłużnik zobowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, a należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Wzorzec należytej staranności powinien mieć charakter obiektywny. Ustalenie wartości zamówienia z należytą starannością oznacza wybór właściwej metody dokonania takiego szacunku oraz zastosowanie adekwatnych technik ustalenia szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy. Miarą należytej staranności jest jej rzetelność prowadząca do ustalenia wartości zamówienia w kwocie możliwie najbliższej cenie rynkowej tego zamówienia. Podsumowując, wartość zamówienia powinna być jak najbardziej zbliżona do ceny rynkowej tego zamówienia, w najszerszym przewidywanym jego zakresie (z uwzględnieniem potencjalnych opcji, świadczeń dodatkowych itp.) oraz być wyrażona w kwotach netto. Oznacza to w szczególności, że aby dokonać ustalenia wartości zamówienia, niezbędne jest wcześniejsze zdefiniowanie przedmiotu zamówienia”.*



W komentarzu pada bardzo ważne stwierdzenie, iż miarą należytej staranności jest jej rzetelność prowadząca do ustalenia wartości zamówienia w kwocie możliwie najbliższej cenie rynkowej tego zamówienia. Ponadto ustalenie wartości zamówienia z należyłą starannością oznacza wybór właściwej metody dokonania takiego szacunku oraz zastosowanie adekwatnych technik ustalenia szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy.

W art. 36 ustawy Pzp ustawodawca zdefiniował okres przed wszczęciem postępowania, w którym zamawiający ma obowiązek dokonać szacowania wartości przedmiotu zamówienia, tj. cyt.:

*„Art. 36. 1. Ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, z tym że w przypadku zamówień udzielanych w częściach powyższe terminy odnoszą się do wszczęcia pierwszego z postępowań.*

*2. Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia”.*

Tak więc, szacownie wartości zamówienia na roboty budowlane zobowiązani jesteśmy dokonać nie wcześniej niż sześć miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Możemy postawić pytanie, czy w przypadku dynamicznej sytuacji rynkowej taki okres czasu nie jest okresem zbyt długim oraz czy w takim przypadku możemy mówić o należytej staranności. Tym bardziej, że korzystając z informatorów cenowych możemy spotkać się z sytuacją, kiedy to będziemy korzystali z cen jednostkowych za wykonanie robót budowlanych, bądź cen jednostkowych czynników produkcji zebranych z rynku nawet na dziewięć miesięcy przed wszczęciem postępowania.

W art. 36 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca zobowiązał zamawiającego do dokonania przed wszczęciem postępowania zmiany wartości zamówienia, jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie. Zmiana ta może mieć charakter zarówno przedmiotowy (zmiana przedmiotu zamówienia) jak i być związana z dynamiczną sytuacją na rynku oraz dużą zmianą cen wiodących czynników produkcji budowlanej w tym okresie.

## **SPOSÓB USTALENIA WARTOŚCI ZAMÓWIENIA NA ROBOTY BUDOWLANE**

Zgodnie z treścią art. 34 ust. 1 ustawy Pzp wartość zamówienia na roboty budowlane w systemie „buduj” ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzonego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, tj. cyt.:



#### *„Art. 34.*

*1. Wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie:*

- 1) kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2019 r. poz. 1186, 1309, 1524, 1696, 1712 i 1815);*
- 2) planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane”.*

Z treści przywołanego wyżej art. 34 nowej ustawy Pzp wynika fakt, iż najpierw musimy posiadać opracowany opis przedmiotu zamówienia, a dopiero później możemy oszacować jego wartość. We wcześniejszej ustawie Pzp, zamiast słów „na podstawie” użyto sformułowania „na etapie”, co sugerowało, iż można było jednocześnie opisywać przedmiot zamówienia oraz dokonać jego szacowania (np. w ramach jednego zamówienia tzw. dokumentacji projektowo-kosztorysowej). W obecnym stanie prawnym najpierw musimy dokonać odbioru dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia, a dopiero później możemy wykonać szacowanie wartości tych robót. Zmiana ta, przez wielu nie dostrzegana, z pewnością wpłynie na opracowanie kosztorysów inwestorskich z należytą starannością. Należy również przypomnieć, że w kosztorysie inwestorskim wyceniamy jedynie roboty, które są robotami budowlanymi w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Ewentualne pozostałe składowe zamówienia (dostawy i usługi) szacujemy na zasadach ogólnych w zestawieniu kosztów. Nie mogą one być umieszczane w kosztorysie inwestorskim!

Dla potrzeb omówienia tematu rozważania w dalszej części referatu będą dotyczyły szacowania wartości zamówienia w systemie buduj na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Należyta staranność sporządzenia kosztorysu inwestorskiego wynika z funkcji, jaką pełni w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

## **FUNKCJE KOSZTORYSU INWESTORSKIEGO W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO**

Podstawową funkcją kosztorysu inwestorskiego w zamówieniach publicznych jest szacowanie wartości zamówienia na roboty budowlane, tak aby można było określić, które przepisy ustawy Pzp mają zastosowanie dla wyłonienia wykonawcy. W ustawie Pzp mamy do czynienia z trzema istotnymi progami.

#### **Art. 2.**

*1. Przepisy ustawy stosuje się do udzielania:*

- 1) zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których **wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 złotych**, przez zamawiających publicznych;*



Pierwszy próg określa art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. próg od którego zamawiający publiczni muszą stosować jej przepisy. Oczywiście kwota 130 000 złotych jest wartością netto, tj. bez podatku VAT. Jeżeli wartość zamówienia nie przekracza tej kwoty, Zamawiający publiczni nie muszą stosować ustawy Pzp. Ale czy w całości?

Moim zdaniem nie, gdyż mamy tutaj do czynienia z dwoma podejściami do tego zagadnienia. Pierwsze mówi, że poniżej kwoty określonej w art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie stosujemy wszystkich jej przepisów, w tym dotyczących szacowania wartości zamówienia, drugie że najpierw musimy ustalić wartość zamówienia na roboty budowlane – oczywiście zgodnie z ustawą Pzp, by później jej nie stosować. Moim zdaniem drugie podejście jest prawidłowe i zdecydowanie bezpieczniejsze dla zamawiających publicznych działających z należytą starannością. Zamawiający publiczni muszą więc od przystawionej złotówki szacować wartość zamówienia na roboty budowlane zgodnie z ustawą Pzp, a więc w przypadku kosztorysu inwestorskiego zgodnie z rozporządzeniem wydanym na jej podstawie. Dopiero gdy ustalą, że wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w art. 2 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, mogą nie stosować jej dalszych postanowień.

Drugim, bardzo istotnym progiem określonym w art. 3 ustawy Pzp są tzw. „progi unijne”. Zamawiający realizując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powyżej tych progów są zobowiązani do stosowania innych przepisów i trybów określonych w ustawie Pzp. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, informuje o aktualnych progach unijnych, ich równowartości w złotych oraz o równowartości w złotych kwot wyrażonych w ustawie w euro, ustalonych zgodnie z komunikatem Komisji Europejskiej oraz średnim kursie złotego w stosunku do euro. W chwili obecnej dla robót budowlanych próg unijny wynosi 5 382 000 euro.

Trzecim progiem dla zamawiania robót budowlanych jest 20 000 000 euro, tj. wartość zamówień powyżej której Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę uprzednią zamówienia przed zawarciem umowy.

Reasumując, w zamówieniach publicznych na roboty budowlane mamy do czynienia z trzema głównymi progami:

- 130 000 zł (próg stosowania ustawy),
- 5 382 000 euro (próg zamówień unijnych dla robót budowlanych),
- 20 000 000 euro (kontrola uprzednia).

Rozbieżność wartości powyższych progów jest tak duża, że należyta staranność opracowania kosztorysu inwestorskiego w funkcji stosowania właściwych przepisów ustawy Pzp jest znikomą.

Z dniem 14 października 2014 roku ustawodawca wprowadził do zamówień publicznych pojęcie „rażąco niskiej ceny”. Przepisy w tym zakresie ewaluowały, aby w nowej ustawie Pzp otrzymać brzmienie:



Art. 224.

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, **lub ich istotne części składowe**, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.
2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:
  - 1) **wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania** lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, **chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia**;
  - 2) **wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych**, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1. (...)

Art. 224 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek porównania ceny oferty z wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług. Gdy cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia (w przypadku robót budowlanych ustalana na podstawie kosztorysu inwestorskiego) zobowiązany jest on wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Tak więc, znaczne zawyżenie wartości kosztorysu inwestorskiego, nie tylko przedłuża postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale również generuje w postępowaniu dodatkowe dokumenty, które mogą być podstawą do złożenia odwołania przed KIO.

Ustawodawca przewidział również możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w przypadku, gdy istotne części składowe ceny ofertowej wydają się rażąco niskie. W tym celu zamawiający również będzie porównywał kosztorys ofertowy z kosztorysami innych wykonawców oraz z szacowaniem wartości zamówienia, której dokonujemy na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Z założenia ma to zapobiec stosowaniu „inżynierii finansowej” w ofertach wykonawców.

Przewidziano również możliwość odstąpienia od wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w przypadku, gdy „rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”. Zamawiający zobowiązany jest zatem przed wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, do sprawdzenia, czy jego kalkulacja w kosztorysie inwestorskim nie jest obciążona błędem – co nota bene dosyć często się zdarza. Zamawiający może również zaktualizować na tym etapie wartość zamówienia, z uwagi na np. istotne zmiany cen rynkowych – co w chwili obecnej, w związku z dużą dynamiką zmian cen materiałów może być bardzo istotne.



Funkcja odniesienia wartości kosztorysu inwestorskiego powiększonego o podatek VAT do kosztorysu ofertowego powoduje, iż należyta staranność wymagana postanowieniami art. 28 ustawy Pzp została praktycznie sprowadzona do należytej staranności opracowania kosztorysu ofertowego.

Nowa ustawa Pzp, obowiązująca od 1 stycznia 2021 roku zobowiązuje zamawiających do sporządzenia „raportu z realizacji zamówienia” - w przypadkach określonych w art. 446 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **Art. 446.**

*1. Zamawiający sporządza raport z realizacji zamówienia, w którym dokonuje oceny tej realizacji, w przypadku gdy:*

- 1) na realizację zamówienia wydatkowano kwotę wyższą co najmniej o 10% od wartości ceny ofertowej;*
- 2) na wykonawcę zostały nałożone kary umowne w wysokości co najmniej 10% wartości ceny ofertowej;*
- 3) wystąpiły opóźnienia w realizacji umowy przekraczające co najmniej:
  - a) 90 dni, w przypadku zamówień na roboty budowlane o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych – 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro,*
  - b) 30 dni, w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż wyrażona w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych – 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro;**
- 4) zamawiający lub wykonawca odstąpił od umowy w całości lub w części, albo dokonał jej wypowiedzenia w całości lub w części.*

*2. Zamawiający może sporządzić raport w przypadkach innych niż określone w ust. 1.*

*3. Raport zawiera:*

- 1) wskazanie kwoty, którą wydatkowano na realizację zamówienia, oraz porównanie jej z kwotą wynikającą z szacowania wartości zamówienia oraz ceną całkowitą, podaną w ofercie albo maksymalną wartością nominalną zobowiązania zamawiającego wynikającą z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe;*
- 2) wskazanie okoliczności, o których mowa w ust. 1, oraz przyczyn ich wystąpienia;*
- 3) ocenę sposobu wykonania zamówienia, w tym jakości jego wykonania;*
- 4) wnioski co do ewentualnej zmiany sposobu realizacji przyszłych zamówień lub określenia przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem celowości, gospodarności i efektywności wydatkowania środków publicznych.*

*4. Zamawiający sporządza raport w terminie miesiąca od dnia:*

- 1) sporządzenia protokołu odbioru lub uznania umowy za wykonaną albo*
- 2) rozwiązania umowy w wyniku złożenia oświadczenia o jej wypowiedzeniu albo odstąpieniu od niej.*



Raport musi zawierać porównanie kwoty jaka została wydatkowana na realizację zamówienia z kwotą wynikającą z szacowania jego wartości, a więc kwotą obliczoną na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Zamawiający „sprawdza” swoje szacowanie po wykonaniu robót. Oczywiście będzie to obarczone błędem czasu, ale na pewno pozwoli w dłuższej perspektywie optymalizować szacowanie wartości zamówienia na roboty budowlane. Szkoda tylko, iż raport pozostanie w szafie zamawiającego, gdyż ustawa nie przewiduje jego przesłania, chociażby do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych - bezpośrednio lub w biuletynie.

Liczne funkcje kosztorysu inwestorskiego określone w ustawie Pzp powodują, iż należyta staranność jego opracowania może mieć wpływ nawet na wynik lub unieważnienie postępowania. Czy jednak możemy jej dochować w dynamicznej sytuacji rynkowej?

## **WIEDZA I DOŚWIADCZENIE**

Przez wiele lat kosztorys inwestorski uchodził za rodzaj kosztorysu, który jest najprościej opracować, a ewentualne błędy nie miały praktycznie żadnego wpływu na postępowanie. Zmieniło się to z dniem 14 października 2014 roku, kiedy to ustawodawca wprowadził do zamówień publicznych pojęcie „rażąco niskiej ceny”. Teraz ewentualne błędy w powiązaniu z brakiem należytej staranności zdecydowanie mogą utrudnić jego przebieg lub nawet w skrajnych przypadkach doprowadzić do unieważnienia postępowania.

W związku z powyższym bardzo istotna jest kwestia wiedzy i doświadczenia osoby/osób opracowujących szacowanie wartości zamówienia na roboty budowlane. Ustawodawca dopuszcza możliwość zwrócenia się z tym do profesjonalnych podmiotów działających na rynku, jednak należy pamiętać, że to zamawiający ponosi odpowiedzialność za szacowanie przedmiotu zamówienia z należyłą starannością.

Osoba/osoby dokonująca szacowania powinna posiadać wiedzę z zakresu ustawy Pzp oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego oraz doświadczenie na rynku wycen robót budowlanych. Dynamicznie zmieniające się ceny zarówno czynników produkcji budowlanej jak i ceny robót powodują, że rynek trzeba znać na bieżąco, obserwować, analizować, etc. Dlatego też, tak ważne są wystąpienia na warsztatach i konferencjach członków wspierających SKB zawierające syntetyczne dane dotyczące aktualnej sytuacji na rynku budowlanym.

Bez posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia bardzo trudno oszacować wartość zamówienia na roboty budowlane z należyłą starannością.



## ZASADA PARETA

**Zasada Pareta** (*zasada 80/20* lub *80 na 20*) to zasada opisująca wiele zjawisk z przede wszystkim z obszaru ekonomii i zarządzania godnie z którą 20% badanych obiektów związanych jest z 80% pewnych zasobów. Zasadę 80/20 sformułował amerykański teoretyk zarządzania Joseph Juran, a jej nazwa pochodzi od włoskiego ekonomisty i socjologa Vilfreda Pareta, który zajmował się zagadnieniem nierównej dystrybucji bogactwa.

Zasada Pareta zawsze była bardzo pomocna w kosztorysowaniu, jednak zdecydowanie zyskała na znaczeniu w dynamicznej sytuacji rynkowej. Jak przenieść tą zasadę na rynek wyceny robót budowlanych i kosztorysowania? Zgodnie z zasadą Pareta, w szczególności:

- 20% materiałów będzie generowało 80% wartości wszystkich materiałów;
- 80% materiałów będzie generowało 20% wartości wszystkich materiałów;
- 20% pozycji w kosztorysie będzie generowało 80% jego wartości;
- 80% pozycji w kosztorysie będzie generowało 20% jego wartości.

Narzędzia informatyczne wspierające kosztorysowanie umożliwiają nam odpowiednie posortowanie zarówno pozycji kosztorysowych, jak i czynników produkcji budowlanej w funkcji wartości. Następnie działając z należytą starannością skupiamy się na cenach jednostkowych istotnych dla wartości kosztorysowej, badając ich poprawność czy też zbierając oferty z rynku.

## PODSUMOWANIE

Określenie wartości zamówienia na roboty budowlane w dynamicznej sytuacji rynkowej jest zdecydowanie utrudnione. Ważne jest, aby przy jego opracowaniu:

- postępować z należytą starannością pamiętając o funkcjach kosztorysu inwestorskiego;
- osoba/osoby opracowująca szacowanie wartości zamówienia posiadała odpowiednią wiedzę i doświadczenie;
- stosować zasadę Pareta i w stosunku do wiodących czynników produkcji dokładnie zbadać rynek.

Niestety nie wszystko jesteśmy w stanie przewidzieć, gdyż sytuacja na rynku robót budowlanych od kilku lat jest bardzo dynamiczna. Wpływ na tą dynamikę ma wiele czynników, wśród których możemy wymienić między innymi:

- zachwiane relacje podaży i popytu na rynku czynników produkcji budowlanej oraz na rynku zamawiania robót budowlanych;
- epidemia covid-19 (ciągle jeszcze odczuwamy jej skutki, choć już nie w sposób bezpośredni);
- inflacja;
- wojna w Ukrainie;
- bardzo wysokie ceny nośników energii.





Pomimo faktu, iż ustawodawca w przypadku robót budowlanych dopuścił możliwość szacowania robót budowlanych nawet na 6 miesięcy przed wszczęciem postępowania, moim zdaniem, w celu zachowania należytej staranności w obecnej dynamicznej sytuacji rynkowej, szacowanie należy dokonać jak najpóźniej, najlepiej bezpośrednio przed jego wszczęciem i na podstawie aktualnych informatorów lub cen rynkowych.

- [1] Ustawa z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.)
- [2] Prawo zamówień publicznych Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd zamówień publicznych, Warszawa 2021
- [3] Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 2458)



mgr inż. Ewa Wiktorowska

## Klauzule waloryzacyjne w świetle regulacji Prawa zamówień publicznych, a postanowienia waloryzacyjne w praktyce

### 1. Obowiązek i cel wprowadzenia do umowy klauzuli waloryzacyjnej.

Na wstępie trzeba wskazać na cel wprowadzenia waloryzacji do umów zawieranych na podstawie ustawy prawo zamówień publicznych, dalej jako „Pzp”.

Można w tym zakresie odesłać do rekomendacji UZP<sup>1</sup> i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

„Umowna waloryzacja wynagrodzenia stanowi narzędzie dostosowania treści stosunku prawnego łączącego strony do warunków rynkowych, w których umowa jest realizowana. Ma na celu przywrócenie równowagi ekonomicznej, określonej przez strony w umowie w chwili jej zawierania, w przypadku jej naruszenia przez określone zdarzenia, zaistniałe w trakcie wykonywania umowy.

Prawidłowo sformułowane i adekwatne do danego stanu faktycznego klauzule waloryzacyjne nie tylko przyczyniają się do zwiększenia konkurencyjności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale także sprzyjają prawidłowej i efektywnej realizacji zawartej w wyniku tego postępowania umowy.”

„W tym miejscu skład orzekający w tej sprawie wskazuje, że podziela pogląd wyrażony w orzecznictwie Izby, a przywołany również w treści odwołania, zgodnie z którym celem klauzul waloryzacyjnych jest przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, która została zachwiana przez określone zdarzenia mające miejsce w trakcie jej realizacji. Jednocześnie zauważyć należy, że wprowadzając obowiązek ustanowienia klauzuli waloryzacyjnej w umowie, ustawodawca pozostawił swobodzie zamawiającemu możliwość doprecyzowania jej elementów. Należy również zauważyć, że wykonanie obowiązku z art. 439 ustawy Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem charakteru danego przedmiotu zamówienia ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu. (vide: wyrok KIO z dnia 10 września 2021 r. sygn. akt KIO 2355/21).”<sup>2</sup>

### 2. Elementy klauzuli waloryzacyjnej

Umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, dalej jako „umowa” 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.

W takim przypadku w umowie powinien być określony:

<sup>1</sup> Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa wstęp

<sup>2</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-05-25, KIO 1151/22



1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

- a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
- b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

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

4) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, w postanowieniu umownym trzeba uwzględnić warunek, że początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert. Przepis zezwala na odstępstwo gdy zamawiający określi termin wcześniejszy. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z art. 439 ust. 1-3 Pzp, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi a okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.

Jak wynika z powyższej regulacji, w przypadku umów zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, obowiązkiem zamawiających jest określenie warunków brzegowych, przy których będzie możliwa zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest określić w umowie w jakich okolicznościach może dojść do waloryzacji wynagrodzenia, od którego terminu będzie ona możliwa, sposób zmiany wynagrodzenia i metodę obliczenia wysokości wynagrodzenia po waloryzacji, częstotliwość okresów waloryzacyjnych oraz maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia z tytułu waloryzacji.

Z praktyki wynika, że zamawiający co do zasady dopilnowują, aby wyżej wymienione elementy klauzuli były zachowane co jednak nie oznacza, że łącznie odzwierciedlają one cel art. 439 Pzp, tj. zapewnienie realnej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w konkretnej umowie.



Bardzo krytyczne w tym zakresie jest orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-12-20, KIO 3251/22:

„Zamawiający w § 9 Umowy wprowadził uregulowania będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Pomimo wprowadzenia tych zapisów Zamawiający nie spełnił wymagań określonych w art. 439 ustawy Pzp a przewidziane przez Zamawiającego zasady waloryzacji wynagrodzenia mają charakter pozorny, tj. zawierają warunki, które powodują, że waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy nie wiadomo czy nastąpi, uzależnia zakres waloryzacji od decyzji zamawiającego w zakresie zatwierdzenia zestawienia cen i kosztów mających wpływ na waloryzację, na dzień złożenia ofert nie będzie wiadomo, na jakich zasadach będzie przeprowadzana, zawiera limit zmiany wynagrodzenia uniemożliwiający przywrócenie ekonomicznej równowagi stron uwzględniając aktualną sytuację inflacyjną. „(...)”

Z wielu orzeczeń Izby wynika wskazówka, aby instytucja waloryzacji nie była postrzegana jako służąca wyłącznie interesom wykonawców, ale także jako korzystna dla zamawiających. Tym bardziej więc postanowienia projektu umowy powinny być formułowane w sposób odzwierciedlający sytuację na danym rynku i umożliwiające dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia stosownie do rzeczywistych zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Jedynie formalne zawarcie w projekcie umowy postanowień odnoszących się do kwestii wskazanych w art. 439 Pzp, nie stanowi prawidłowego zastosowania ww. przepisu, jeżeli treść tych postanowień w istocie nie pozwala na realną waloryzację wynagrodzenia wykonawcy.

### **3. Trudności w opracowaniu klauzuli waloryzacyjnej**

Opracowanie klauzuli waloryzacyjnej wciąż jeszcze sprawia zamawiającym duże trudności chociaż od wejścia przepisu z życie upłynęło ponad 2 lata. Wynika to zapewne z faktu, że ww. przepis wyznacza minimalny zakres postanowień waloryzacji wynagrodzenia, nie określa natomiast konkretnych zasad tej waloryzacji, które pozostawione zostały do decyzji zamawiającego, który nie zawsze posiada kompetencje w tym zakresie.

Nie zmniejszyły tych trudności opublikowane na stronie UZP przykłady klauzul waloryzacyjnych dla umów, których przedmiotem są roboty budowlane, opierające się na dwóch różnych metodach. Być może konieczny byłby dodatkowy komentarz jak je zastosować w praktyce, oddemonizowanie wzorów arytmetycznych na podstawie, których są obliczane współczynniki waloryzacyjne. Dla debiutantów zmagających się po raz pierwszy z tym problemem delikatnie mówiąc klauzule te są „zniechęcające”.

## **4. Analiza praktyk rynkowych związanych opracowaniem klauzul waloryzacyjnych.**

### **4.1 Zasady generalne**

Generalną zasadą, którą powinni się kierować zamawiający przy opracowaniu takich klauzul jest zasada jednoznaczności, precyzyjności i jasności postanowień umownych, tj. taki opis sposobu



waloryzacji wynagrodzenia, który jest zrozumiały jednakowo przez wszystkich wykonawców i zamawiającego. Tym samym używanie określeń niejasnych, niespójnych, wzajemnie się wykluczających, dających swobodę interpretacji po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego należy uznać za niezgodne z Pzp.

Nie można bowiem zapominać, że w art. 439 Pzp są określone elementy składowe klauzuli przeglądowej, o której stanowi art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zgodnie z tą zasadą opis sposobu waloryzacji nie może uznaniowy, nie może być niedookreślony i nie może być doprecyzowany po zawarciu umowy. Przejrzystość postanowień dotyczących waloryzacji, pozwala wykonawcom przed złożeniem oferty ocenę ryzyka inflacyjnego i w efekcie umożliwia rzetelną kalkulację ceny oferty.

Na poprawność opracowania klauzuli waloryzacyjnej ma także wpływ zrozumienie intencji ustawodawcy. Nie można jej opracować poprawnie, jeżeli jej autor nie zaakceptuje faktu, że art. 439 Pzp stanowi o zmianie umowy poprzez indeksację wynagrodzenia i że sposób zmiany wynagrodzenia powinien tę indeksację opisywać. W szczególności czy jest to indeksacja na podstawie jednego wskaźnika zmian cen czy wieloskładnikowa na podstawie koszyka wskaźników zmian cen objętych koszykiem materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia. Za takim rozumieniem przepisów przemawia ust. 2 pkt 2 art. 439 Pzp, który stanowi, że sposób ustalania zmiany wynagrodzenia może być określony:

- a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego – metoda jednowskaźnikowa  
lub
- b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia – metoda koszykowa.

Indeksacja z przykładowym wykorzystaniem definicji z Wikipedii to system powiązania płac, cen lub stóp procentowych z określonym wskaźnikiem ekonomicznym (najczęściej inflacji bazowej). Zmiana wartości tego wskaźnika powoduje proporcjonalną zmianę płacy, ceny czy stopy procentowej. Indeksację można zdefiniować jako sposób zmiany wynagrodzenia, który może być stosowany do jego korygowania przy wykorzystaniu zmiany wartości wskaźnika lub wskaźników cen, tak aby utrzymać siłę nabywczą tego wynagrodzenia w celu zniwelowania wpływu inflacji. Inflacji, w tym przypadku, rozumianej jako zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Akceptacja powyższego stanowiska jest początkiem dla opracowania poprawnej klauzuli.

## **4.2 Wybór sposobu zmiany wynagrodzenia**

Jeżeli zamawiający wybiera sposób zmiany wynagrodzenia z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów wskaźnik taki powinien być jednoznacznie określony w treści umowy, nie dopuszczalny jest opis otwarty typu do waloryzacji ceny będą miały zastosowanie wskaźniki publikowane przez Główny Urząd Statystyczny, dalej jako „GUS”, nie wskazując nazwy takiego wskaźnika i miejsca publikacji.



Jeżeli zamawiający wybiera sposób zmiany wynagrodzenia w odniesieniu do wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia to wykaz taki powinien być już określony w treści klauzuli waloryzacyjnej jednakowy dla wszystkich wykonawców. Za niezgodne z ww. zasadą należy uznać postanowienia typu:

*„1.1. zmiana wysokości Wynagrodzenia zostanie dokonana w odniesieniu do procentowego wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ustalanego w oparciu o średnie ceny, publikowane przez wydawnictwo SEKOCENBUD, aktualne na dzień złożenia wniosku o waloryzację w porównaniu ze wskaźnikiem z kwartału na dzień złożenia Oferty.*

*1.2. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć w ciągu 14 dni od dnia podpisania Umowy, wykaz materiałów i usług (pracy sprzętu) mających zasadniczy wpływ na wartość Przedmiotu Umowy, który po zatwierdzeniu przez Zamawiającego będzie stanowił podstawę do waloryzacji;”*

Na wadliwość takich zapisów wskazywał wykonawca dowodząc przed Krajową Izbą Odwoławczą:

*„Na chwilę złożenia ofert brak jest tzw. koszyka waloryzacyjnego. Koszyk ten (wykaz materiałów i usług) ma zostać ustalony po zawarciu umowy a jego treść będzie uzależniona od jednostronnej decyzji zamawiającego, gdyż wykaz musi zostać zatwierdzony przez Zamawiającego. (..) Zamawiający nie wskazał jednak, jakie materiały lub inne koszty będzie uwzględnił przy waloryzacji i wg jakich zasad będzie zatwierdzał wykaz przedstawiony w tym zakresie przez wykonawcę.<sup>3</sup> Izba potwierdziła ten zarzut wykonawcy stwierdzając: „Tym samym postanowienia dotyczące waloryzacji nie są zgodne z treścią art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp i nie zapewniają osiągnięcia celu, jakiemu służyć ma waloryzacja.”*

Nie mniej ważna jest zasada adekwatności tj. wybranie sposobu zmiany wynagrodzenia zgodnego z celem przepisu i wybranie wskaźnika cen odpowiedniego dla przedmiotu zamówienia. Za przykłady złych praktyk należy uznać propozycję wykorzystywania dla zmiany wynagrodzenia w umowach na roboty budowlane wskaźników cen usług i towarów konsumpcyjnych, a w umowach na dostawy i usługi wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej. Dobór wskaźnika powinien być przemyślany i dostosowany do przedmiotu zamówienia. Wybrany wskaźnik musi być ponadto łatwo dostępny i obiektywny rozumiany jako niezależny od stron umowy. Zamawiający powinien postępować rozważnie i ostrożnie, dbając o to, by wybrany indeks jak najlepiej reprezentował indeksowaną wartość wynagrodzenia za konkretny przedmiot umowy. Zamawiający w tym zakresie powinien posiłkować się dostępną wiedzą na temat indeksów zawartą na stronie GUS lub na stronach komercyjnych wydawców analiz cenowych. Posiadając informacje, jakiego obszaru dotyczą zmiany cen opisane wskaźnikiem, zamawiający może ocenić, czy dany obszar jest adekwatny do przedmiotu zamówienia. W przypadku gdyby wybrany wskaźnik przestał być dostępny, strony umowy mogą uzgodnić inny, najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany np. przez GUS.

---

<sup>3</sup> Vide Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-12-20, KIO 3251/22



### 4.3 Brak obowiązku dokumentowania

Zastosowanie jako sposobu do obliczenia zmiany wynagrodzenia zmiany jednego lub kilku wskaźników cen nie wymaga dostarczenia przez wykonawcę dodatkowych dowodów i wyjaśnień, przedkładania ofert dostawców lub podwykonawców potwierdzających bezpośredni lub pośredni wpływ zmiany wskaźnika cen na koszty ponoszone przez wykonawcę w związku z realizacją robót budowlanych w przypadku wzrostu lub zmniejszenia wielkości wskaźnika. Tego typu postanowienia umowy są zbędne i niezgodne z zasadami indeksacji. Podstawą do uznania, że doszło w trakcie umowy do zmiany cen materiałów lub kosztów jest bowiem sam fakt zmiany wybranego wskaźnika cen publikowanego np. na stronach GUS lub wydawnictw komercyjnych. Zamawiający określa w klauzuli, jak zostanie obliczone z wykorzystaniem wybranego wskaźnika lub wskaźników cen nowe wynagrodzenie. Ustawodawca to postanowienie definiuje jako sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia.

Tym samym za wadliwe należy uznać postanowienia umowy nakazujące wykonawcy w celu uruchomienia klauzuli waloryzacyjnej przedkładanie zamawiającemu środków dowodowych w postaci faktur lub ofert dostawców i podwykonawców z okresu ofertowania i aktualnych.

*„Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie odpowiedniego wskaźnika GUS, będącego podstawą takiego żądania wraz z potwierdzeniem, że nastąpiła jego zmiana uzasadniająca żądanie. Ponadto wraz z wnioskiem należy podać dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia po zmianie umowy, w szczególności należy wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia a wpływem zmiany kosztów realizacji umowy na kalkulację maksymalnych cen jednostkowych zawartych w Załączniku nr 1a do umowy. Ponadto w przypadku żądania podwyższenia maksymalnych cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 1a do umowy, należy również przedstawić dowody ich poniesienia w zwiększonej wysokości.”<sup>4</sup>*

Wystarczającym jest, aby wykonawca wnioskujący o zmianę wynagrodzenia przedstawiał Zamawiającemu obliczenie wartości zmienianego wynagrodzenia oraz np. kopie odpowiednich stron Biuletynu Statystycznego GUS lub innego źródła publikacji wskaźnika przewidzianego w umowie.

Ten sposób rozumienia art. 439 Pzp znajduje potwierdzenie w zamieszczonych na stronie UZP Przykładowych klauzulach waloryzacyjnych dla sektora budownictwa.

### 4.4 Przykładowe klauzule dla budownictwa

Rekomendowane w nich dwa sposoby waloryzacji wynagrodzenia dla umów na roboty budowlane oparte są właśnie o wskaźniki zmian cen, z wykorzystaniem, których opracowano dwa wzory arytmetyczne.

W pierwszym z przykładów metodzie jednowskaźnikowej waloryzacja odbywa się w oparciu o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, dostępny w Dziedzicznej Bazie Wiedzy lub w Biuletynie Statystycznym. W rekomendacjach zaleca się nie tylko podanie nazwy wskaźnika

<sup>4</sup> Vide opis klauzuli Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-07-05, KIO 1601/22



i miejsca publikacji, ale także określenie w zależności od specyfiki zamówienia informacji w jakiej pozycji jest publikowany wskaźnik: pozycja ogółem lub budowa budynków lub budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej lub budowa obiektów specjalistycznych.

W tej metodzie obliczenie zwaloryzowanego wynagrodzenia dokonywane jest na podstawie wskaźnika waloryzacji  $W_w(n)$ , przez który należy każdorazowo przemnożyć wartość faktury VAT za n-ty miesiąc. Nowe wynagrodzenie ustalane jest przez przemnożenie przez siebie wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej dla kolejnych miesięcy, począwszy od miesiąca, w którym nastąpiło otwarcie oferty (jest to miesiąc 0, dla którego wskaźnik przyjmuje się równy 100), a kończąc na miesiącu, za który zostanie wystawiona faktura (miesiąc n-ty).

W prezentowanym przez UZP przykładzie wskaźnik „ $W_w(n)$ ” powstaje poprzez przemnożenie poprzednio obliczonego wskaźnika dla miesiąca n-1 przez wskaźnik dla miesiąca bieżącego n:

$$W_{w(n)} = a + (1 - a) \times (W_{w(n-1)} \times \frac{W_n}{100})$$

gdzie:

„ $W_w(n)$ ” – wskaźnik waloryzacji dla n-tego miesiąca;

„ $W_w(n-1)$ ” – wskaźnik waloryzacji z miesiąca poprzedzającego miesiąc za który nastąpiło wystawienie faktury

„ $W_n$ ” – wskaźnik „n” z miesiąca za który nastąpiło wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

Zaproponowany w przypadku waloryzacji jednowskaźnikowej algorytm oparty jest metodzie nawiązań łańcuchowych proponowanej przez GUS do obliczenia wskaźnika dotyczącego innego okresu, niż opublikowany, przy wykorzystaniu wskaźników mających za podstawę okres poprzedni = 100. „Metoda ta polega na mnożeniu pierwszego wskaźnika w łańcuchu wykorzystywanym do nawiązań przez kolejny wskaźnik i podzieleniu przez 100. Tak otrzymany wskaźnik zaokrąglany jest do jednego miejsca 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 nawiązań. Przy stosowaniu tej metody nie należy łączyć na przykład na przemian wskaźników miesięcznych ze średniorocznymi (tj. np. mnożyć wskaźnika miesięcznego przy podstawie okres poprzedni =100 ze wskaźnikiem średniorocznym przy podstawie rok poprzedni = 100)”<sup>5</sup>.

Wyżej opisana metoda waloryzacji jest może być stosowana nawet przez mało doświadczonych zamawiających, ze względu na jej prostotę i łatwość stosowania.

Dużo większych umiejętności wymaga opracowanie klauzul opartych o zmiany cen kilku wybranych materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia. Wymaga to nie tylko sporządzenia wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, ale także przypisania każdemu z elementów tego wykazu adekwatnego wskaźnika zmian cen. Na ten aspekt zwraca uwagę UZP, wskazując, że „w przypadku klauzul waloryzacyjnych bazujących na koszyku waloryzacyjnym szczególną rolę

<sup>5</sup> System Wspomagania Analiz i Decyzji, *Ceny – najczęściej zadawane pytania*, tinyurl.com/mrxkvmvu [dostęp: 23.02.2023].





odgrywają kosztorysanci, których wiedza i doświadczenie pozwolą na etapie przygotowania zamówienia dokonać oceny, które parametry zamówienia mogą w danym przypadku podlegać waloryzacji, a także umożliwią odpowiedni dobór elementów wchodzących w skład koszyka waloryzacyjnego”<sup>6</sup>. Korzystanie z tej metody bez kalkulatorów, z jakich korzysta GDDKiA i PLK PKP jest bardzo pracochłonne.

Według rekomendowanej klauzuli w metodzie koszykowej kwoty netto płatne wykonawcy podlegać będą waloryzacji przez przemnożenie kwoty należnej wykonawcy w każdym miesiącu przez wskaźnik waloryzacji ( $W_{k,n}$ ) wyliczony według wzoru:

$$W_{k,n} = a + (1 - a) * (b \times CPI_n + c \times P_n + d \times R_n + e \times C_n + f \times A_n + g \times S_n + h \times K_n + i \times T_n + j \times SZ_n + k \times M_n)$$

gdzie:

„ $W_{k,n}$ ” – wskaźnik waloryzacji dla n-tego miesiąca

„ $a$ ” jest stałym współczynnikiem o wartości [•<sup>7</sup>] obrazującym część wynagrodzenia, które nie podlega waloryzacji (element niewaloryzowany),

„ $b$ ”, „ $c$ ”, „ $d$ ”, „ $e$ ”, „ $f$ ”, „ $g$ ”, „ $h$ ”, „ $i$ ”, „ $j$ ”, „ $k$ ” są wagami stałymi określonymi w tabeli *Koszyk waloryzacyjny* podanymi z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Obrazują udział poszczególnych asortymentów w wartości umowy z zastrzeżeniem sytuacji, gdy zamawiający stanie się dostawcą któregośkolwiek z elementów robót ujętych w tej tabeli. Wówczas waga tego elementu zostanie przyjęta jako „0” we wzorze jako  $W_{k(0)}$ . W takim przypadku waga CPI zostanie powiększona o wartość wagi, która została przyjęta jako „0”.

Suma wartości wag z *Koszyka waloryzacji* od „ $b$ ” do „ $k$ ” wynosi 1,00.

Do określenia zmiany cen poszczególnych elementów koszyka precyzyjnie określono wskaźniki określające ich zmiany. Odesłane do tych danych wskazano w opisanych koszykami waloryzacyjnymi tabelach dla następujących rodzajów robót budowlanych: Ogólny koszyk waloryzacyjny, budynek, obiekt mostowy, droga, hydrotechnika, sieci wod-kan-co, sieć oświetleniowa. Poszczególne wskaźniki miesięczne publikowane są w Biuletynie Statystycznym lub w Dziedzinowej Bazie Wiedzy, do których klauzula odsyła.

Metoda waloryzacji koszykowa polega na przeliczeniu wartości robót wykonanych w okresie rozliczeniowym z zastosowaniem współczynnika waloryzacji obliczonego na podstawie „koszyka” (grupy) czynników produkcji budowlanej, które mają największy udział procentowy w kosztach realizacji zleconych do wykonania robót. Z przepisu wynika, że zamawiający może dokonywać zmiany wynagrodzenia w zakresie określonego rodzaju materiałów lub kosztów, ale wynika też, że ma on wskazać wykaz tychże rodzajów materiałów lub kosztów, czyli powinien określić, jakie

<sup>6</sup> UZP, *Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa*, Warszawa 2022, s. 5, tinyurl.com/yckzshve [dostęp: 8.03.2023].

<sup>7</sup> Zamawiający musi samodzielnie ustalić, jaka wartość będzie odpowiednia dla stanu faktycznego danej sprawy.



materiały lub koszty w przypadku zmiany ich cen będą uwzględniane przy żądaniu zmiany wynagrodzenia. Te wybrane czynniki produkcji lub ich grupy nazywamy w tej metodzie „determinantami” lub „dominantami”. Wybór elementów koszyka i przypisanie im wag określających ich udział w cenie oferty jest niezwykle istotne dla oddania wzrostu cen odpowiadających realnemu wzrostowi cen na rynku dla całego przedmiotu umowy. Nie można bowiem wykluczyć ryzyka, że wybranie jako elementów koszyka jedynie tych materiałów i kosztów, które rosną najbardziej dynamicznie bez uwzględnienia w koszyku elementów, które rosną mniej dynamicznie, maleją lub pozostają na niezmiennym poziomie skutkuje zniekształconym obrazem zmian cen rynkowych. To ryzyko niweluje w szczególności element wzoru oznaczony jako lit. a). W klauzulach stosowanych przez GDDKiA i PLK PKP wynosi on 0,5. Przez autorów klauzuli nazwany częścią wynagrodzenia, które nie podlega waloryzacji w praktyce oznacza, że połowa wynagrodzenia wykonawcy nie jest waloryzowana.

#### **4.5 Określenie przez zamawiającego poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia**

Niezwykle ważne dla skuteczności działania klauzuli waloryzacyjnej jest określenie przez zamawiającego poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy.

Bardzo istotnym z punktu widzenia celu klauzuli waloryzacyjnej jest ustalenie kolejnych kwestii, od kiedy zaczynamy i kiedy kończymy.

Prawidłowo ustalony poziom powinien odzwierciedlać aktualną sytuację rynkową. Nie może być określany tylko w celu spełnienia wymogu ustawy, a jednocześnie będzie ominięciem prawa, działaniem dla pozorów, ze względu na zaistnienie warunków nie pozwalających do skorzystania z klauzuli. Poziom uruchamiający zmianę wynagrodzenia może zostać określony procentowo, jak również kwotowo. Do ustalenia tej wartości może posłużyć analiza zmian wybranego wskaźnika w ciągu okresu np. ostatnich 2 lat na podstawie dostępnych danych archiwalnych (historycznych). Pomóc w tym mogą informacje sygnałowe publikowane cyklicznie przez GUS lub wydawnictwa komercyjne. Za obejście przepisów należy uznać ustalenie jego wartości na poziomie nierealnym, niemożliwym do osiągnięcia w okresie trwania umowy.

Ciekawe w tym zakresie jest stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku KIO 440/22 - "Przepis nie zawiera natomiast żadnego wskazania, od kiedy zamawiający może dokonać waloryzacji. Nie wynika to też z art. 439 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, w którym nie sprecyzowano, od kiedy ma biec początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia. Umowa w niniejszej sprawie będzie zawarta na okres 18 miesięcy, jednak treść art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, nie stoi na przeszkodzie, aby pierwsza waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy była dokonywana już po 6 miesiącach od jej podpisania. Jak wskazano już wyżej, rolą zamawiającego jest dokonanie oceny sytuacji rynkowej i określenie postanowień projektu umowy z uwzględnieniem tej sytuacji.



Zdaniem Izby, wskazane wyżej okoliczności faktyczne, w tym przede wszystkim rosnące z miesiąca na miesiąc ceny, uzasadniają to, by możliwość dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy następowwała już po 6 miesiącach od podpisania umowy."

„Tym samym nie jest wystarczające i zgodne z ww. przepisem samo określenie w projekcie umowy np. poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia lub maksymalnej dopuszczalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jeżeli zostały one określone w oderwaniu od sytuacji rynkowej w danej branży, w tym od kształtowania się cen na danym rynku. Takie nieadekwatne do rzeczywistości rynkowej określenie zasad waloryzacji nie daje bowiem stronom umowy szans na rzetelną zmianę wysokości wynagrodzenia odzwierciedlającą zmiany cen związanych z realizacją zamówienia, a w konsekwencji - czyni waloryzację pozorną, iluzoryczną, niespełniającą celów, dla których został ustanowiony ww. przepis.”<sup>8</sup>

Dla ułatwienia obliczeń należy rekomendować określenie tego poziomu w powiązaniu z terminami kolejnych płatności, np. od drugiego etapu, kamienia milowego, części, takie działanie pozwala uniknąć sporu co do ustalenia wartości wynagrodzenia, która nie będzie waloryzowana. Wydaje się w ślad za GDDKiA że można z elementu klauzuli zrezygnować określając, że waloryzacja będzie od pierwszej płatności. fakt, że w ustawie wskazano, konieczność wprowadzenia do umowy klauzul indeksacyjnych w przypadku, gdy umowa będzie trwała dłużej niż 6 miesięcy nie oznacza, że zamawiający nie może przewidzieć wcześniejszego terminu dla ustalenia początku waloryzacji.

Częstotliwość zmiany wynagrodzenia, podobnie jak początkowy termin waloryzacji powinna być określona w powiązaniu z terminami kolejnych płatności. Wydaje się, że przy aktualnej dynamice zmian cen rynkowych zbyt odległym będzie termin, od którego będzie waloryzował wynagrodzenie 12 miesięcy i wprowadzenie jako kolejnych okresów 12 miesięcznych liczonych do kolejnej waloryzacji.

#### **4.6 Określenie limitu zmiany wynagrodzenia**

Postanowienie umowne musi określać jaka będzie maksymalna łączna wartość (dodatnia lub ujemna) zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Przykładowo poprzez podanie informacji, że nie może przekroczyć .. % wartości wynagrodzenia netto lub brutto, o którym mowa w § ...umowy. W tym zakresie nie można zapominać o gwałtownych zmianach cen i kosztów jakie występują aktualnie na rynku. Określenie limitu wzrostu wynagrodzenia na zbyt niskim poziomie nie uchroni zamawiającego przed ryzykiem zejścia wykonawcy z placu budowy. Określenie limitu jest ściśle powiązane z podziałem ryzyka zmian cen w okresie realizacji umowy, nie można bowiem przyjąć, iż art. 439 Pzp nakazuje zwrócić wykonawcy pełne koszty zmian cen.

„Jakkolwiek Izba nie kwestionuje dynamiki zmiany cen na rynku to jednak nie oznacza, że ryzyko związane ze zmianą cen materiałów lub kosztów nie może zostać rozłożone między obie strony umowy o zamówienie publiczne. Ryzyko takie winno zostać zatem uwzględnione przez wykonawcę w cenie ofertowej. Wykonawca jako profesjonalista na podstawie własnego rozeznania, wiedzy,

---

<sup>8</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-03-02, KIO 440/22



analizy trendów co do kierunków wzrostu cen czy też ich stabilizacji winien oszacować koszty realizacji zamówienia i złożyć ofertę odzwierciedlającą uwarunkowania rynkowe (vide: wyrok KIO z dnia 21 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 235/22).”<sup>9</sup>

#### **4.7 Pozytywne skutki klauzuli waloryzacyjnej**

W orzecznictwie podkreśla się, że instytucja waloryzacji cen ma w założeniu służyć nie tylko wykonawcom, ale także zamawiającym. Przy czym nie chodzi tu tylko o to, że waloryzacja może prowadzić także do obniżenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, ale również o to, że określenie przez zamawiającego uczciwych zasad zmiany wysokości wynagrodzenia, pozwala wykonawcom na skalkulowanie ceny oferty bez doliczania do niej kosztów ryzyka wzrostu cen.

„Oczywistym jest bowiem, że w przypadku braku zapewnienia rzetelnych zasad waloryzacji, racjonalnie kalkulujący swoją ofertę wykonawca, aby nie ponieść straty i osiągnąć zysk z realizacji zamówienia publicznego, musi uwzględnić w cenie oferty m.in. ryzyko wynikające ze wzrostu cen na rynku. Tymczasem dla zamawiającego bardziej korzystna jest sytuacja, gdy będzie on dokonywał ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w wysokości wynikającej z rzeczywistego wzrostu cen określonego wg ustalonych wskaźników, np. w komunikacie GUS, niż gdyby musiał ponosić te koszty (ewentualnego wzrostu cen) w wysokości wynikającej wyłącznie z tego, jak wybrany wykonawca ocenił ryzyko w tym zakresie i jaką dodatkową kwotę w związku z tym uwzględnił w cenie oferty.”<sup>10</sup>

W ww orzeczeniu Izba wskazała na pozytywne dla zamawiającego skutki w przypadku dobrze opracowanej klauzuli waloryzacyjnej. W wyniku jej zastosowania zamawiający może w ogóle uniknąć ponoszenia wyższych kosztów, jeśli do wzrostu cen nie dojdzie albo będzie ponosił koszty tego wzrostu w wysokości wynikającej z obiektywnych wskaźników. Natomiast w drugiej z przedstawionych sytuacji zamawiający z góry poniesie koszty przewidywanego przez wykonawcę wzrostu cen - w postaci wypłaty wynagrodzenia równego cenie oferty - nawet jeśli przewidywania te się nie potwierdzą, a ponadto poniesie je w wysokości, jaką ustalił sam wykonawca, kierujący się w tym zakresie znanymi tylko sobie regułami kalkulacji ceny oferty.

---

<sup>9</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-01-31, KIO 134/23

<sup>10</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-03-02, KIO 440/22



adw. Maria Kacprzyk

## **Polubowne rozwiązanie sporów w rozliczeniach umów w zakresie robót**

### **Wprowadzenie**

Spory zaistniałe pomiędzy stronami umów o roboty budowlane wydają się wręcz ich immanentną cechą, co wynika z okoliczności, że realizacja robót budowlanych jest procesem złożonym, długotrwałym i kosztownym. Potencjalny konflikt pojawia się zawsze wtedy, gdy strony odmiennie interpretują postanowienia umowy, dokumentację techniczną, okoliczności faktyczne, czy w końcu - przepisy prawa, ale także wobec potrzeby zmiany treści umowy, w tym szczególnie zmiany wynagrodzenia.

W sektorze publicznym - gdyż na nim skupimy się w dalszej części niniejszego artykułu - zamawiający w dalszym ciągu borykają się z wieloma wątpliwościami związanymi z zasadnością polubownego zakończenia sporu. Przyczyną tych wątpliwości jest rentowność ugody, skutek finansowy, jaki wywołuje, będący wszak wydatkiem środków publicznych, a zatem może nastąpić w określonych przepisami okolicznościach.

### **Ugoda w ustawie o finansach publicznych**

Nie ulega wątpliwości, że jednostki sektora finansów publicznych mają obowiązek prowadzenia gospodarki finansowej z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.), dalej zwanej „UFP”. W konsekwencji rozdyponowanie czy wydatkowanie środków publicznych jest ściśle określone ustawowymi zasadami, zaś z punktu widzenia rozwiązywania sporów - obowiązkiem ustalania i dochodzenia należności pieniężnych, w tym cywilnoprawnych (art. 42 ust. 5 UFP), a także obowiązkiem wydatkowania środków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów; w sposób umożliwiający terminową realizację zadań, a także w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań (art. 44 ust. 3 UFP).

Powyższe obowiązki nie oznaczają oczywiście, że do prawidłowej gospodarki finansowej nie zaliczają się polubowne metody zakończenia sporu, co od dnia 1 czerwca 2017 r. zostało potwierdzone przepisem art. 54a UFP, stanowiącym wyraźną podstawę prawną do zawarcia ugody w sprawie należności cywilnoprawnych.

Jak wskazuje się w doktrynie, w okresie przed obowiązywaniem ww. przepisu także było możliwe zawarcie ugody, posiłkując się jednakże regulacjami prawa cywilnego (P. Majka [w:] Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, red. Z. Ofiarski, LEX/el. 2021, art. 54(a)). W rządowym uzasad-



nieniu projektu ustawy wprowadzającej ww. przepis dostrzeżony został problem sporadycznego zawierania ugód przez podmioty publiczne: (...) *podmioty dysponujące środkami publicznymi, często z obawy przed zarzutem nienależytej dbałości o finanse publiczne, nie korzystają z możliwości zakończenia sporu w drodze ugody i prowadzą spór aż do wyczerpania wszystkich dostępnych środków zaskarżenia. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest niewłaściwe podejście do zasad gospodarowania środkami publicznymi, zakładające, że w każdej sprawie spór musi zostać rozstrzygnięty w drodze wyroku przez sąd powszechny albo arbitrażowy. Dotyczy to także przypadków, gdy podmioty publiczne spodziewają się albo są wręcz pewne, że proces przegrają. Przykładem może być dochodzenie przewidzianych w umowie, lecz wygórowanych kar umownych. Powyższa praktyka wpływa na wydłużenie czasu uzyskania przez wierzyciela zapłaty od Skarbu Państwa albo jednostki samorządu terytorialnego. Do zawarcia ugody dochodzi w nielicznych przypadkach (zob.: Sejm VIII kadencji, druk nr 1185 - Rządowy projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności).*

Wprowadzenie do porządku prawnego omawianego przepisu ustawą z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności (Dz. U. poz. 933 z późn. zm.), miało dać zatem asumpt do częstszego zawierania ugód.

Zgodnie z przepisem art. 54a ust. 1 UFP, jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej, w przypadku dokonania oceny, że skutki ugody są dla tej jednostki lub, odpowiednio, Skarbu Państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego korzystniejsze, niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego. Ocena skutków ugody jest niewątpliwie przysparzającym najwięcej trudności etapem, zaś zdaniem ustawodawcy powinna nastąpić w formie pisemnej, z uwzględnieniem okoliczności sprawy, w szczególności zasadności spornych żądań, możliwości ich zaspokojenia i przewidywanego czasu trwania oraz kosztów postępowania sądowego albo arbitrażowego (art. 54a ust. 2 UFP).

### **Ugoda w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych**

Ze względu na wysoce cenną przesłankę zasadności ugody, można wysnuć tezę, że w dalszym ciągu przeszkodą przed zawieraniem ugód jest obawa przed poniesieniem odpowiedzialności przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych. Co ciekawe, wykonanie wiążącej ugody w myśl w art. 5 ust. 4 oraz art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 289 z późn. zm.), dalej zwanej „UONDFP”, nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Ugoda staje się zatem podstawną prawną dla dokonania czynności, które w innych okolicznościach stanowiłyby delikty finansowe, takie jak, przykładowo, ustalenie należności w wysokości niższej niż prawidłowa, odroczenie spłaty należności lub rozłożenie na raty czy nawet dokonanie wydatku ze środków publicznych z przekroczeniem upoważnienia. Wiążąca ugoda stanowi zatem negatywną przesłankę odpowiedzialności na gruncie UONDFP. Choć może być zawarta bez udziału sądu, to z powyżej opisanych zasad sektora publicznego, zamawiający dążą do zatwierdzenia ugody przez sąd powszechny, które



niejako stanowi swoiste potwierdzenie zgodności z prawem - o czym będzie w dalej części niniejszego opracowania.

## Ugoda w Kodeksie Cywilnym

Czym jest zatem sama ugoda, stanowiąca sposób zakończenia sporu - w myśl przepisów UFP - korzystniejszy niż wynik postępowania sądowego lub arbitrażowego? Zgodnie z art. 917 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.), dalej zwanej: „KC”, przez *ugodę* strony czynią sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku prawnego w tym celu, aby uchylić niepewność co do roszczeń wynikających z tego stosunku lub zapewnić ich wykonanie albo by uchylić spór istniejący lub mogący powstać.

Jak wskazuje się w orzecnictwie, elementem przedmiotowo istotnym ugody są wzajemne świadczenia obu stron, rozumiane jako ustępstwa (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 11.03.2021 r., I ACa 101/20, LEX nr 3345497, wyrok Sądu Najwyższego z 24.07.2002 r., I CKN 915/00, LEX nr 56895.). Co więcej, istnieje w doktrynie i orzecnictwie pogląd, jakoby ustępstwo tylko jednej strony stosunku prawnego nie było wystarczające do przyjęcia, iż doszło do zawarcia ugody (tak choćby: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 lutego 2013 r., V ACa 724/12, wyrok Sądu Najwyższego z 30.09.2010 r., I CSK 675/09, LEX nr 784899.). Sąd Najwyższy w - jak się wydaje - przystępny sposób sprecyzował charakter ustępstw: *Rodzaj i zakres ustępstw mogą być różne, nie muszą być jednakowo ważne ani ekwiwalentne. Ocena, czy coś jest ustępstwem jednej strony na rzecz drugiej uwzględniać powinna zarówno treść stosunku prawnego, który stanowił podłoże zawarcia ugody, jak i okoliczności, w jakich zobowiązanie dłużnika ma być wykonane* (wyrok Sądu Najwyższego z 30.09.2010 r., I CSK 675/09, LEX nr 784899). Ustępstwa te mogą polegać na zrzeczeniu się zarzutów, na uznaniu praw drugiej strony, na zaciągnięciu nowego zobowiązania, na zmodyfikowaniu wysokości czy nawet rodzaju świadczeń, do jakich zobowiązane są strony, na rozszerzeniu istniejących czy ustanowieniu nowych zabezpieczeń, na zmianie parametrów, którymi winien kierować się dłużnik w wykonaniu zobowiązania w zakresie terminu, miejsca czy jakości przedmiotu świadczenia (zob: Z. Gawlik [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, art. 917).

Abstrahując jednakże od wzajemnych ustępstw jako obligatoryjnego elementu ugody, z punktu widzenia sektora publicznego doniosłe znaczenie ma charakter ugody jako *de iure et facto* umowy. Jednocześnie, ugoda nie powoduje powstania nowego stosunku prawnego ani nie stanowi samodzielnej i nowej podstawy praw obowiązków (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 11.03.2010 r., IV CSK 429/09, LEX nr 678022.), co oznacza także w konsekwencji - przynajmniej w obszarze teoretycznych rozważań - że nie będzie miał zastosowania obowiązek zawierania



umów, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych (art. 44 ust. 4 UFP).

### **Możliwości zawarcia ugody**

W jaki sposób i w jakich okolicznościach możliwe i zasadne będzie zatem zawarcie ugody? Kwestia jest wysoce zróżnicowana i może być interpretowana jedynie w okolicznościach konkretnej sprawy (konkretnego sporu). Przede wszystkim, w ramach oceny zasadności zawarcia ugody, o której mowa w art. 54a ust. 2 UFP, należy przeanalizować zasadność spornych żądań z uwzględnieniem interesu publicznego, przewidywanego czasu trwania oraz kosztów postępowania sądowego albo arbitrażowego, w tym postępowania dowodowego, ale także realnych możliwości ich zaspokojenia, z uwzględnieniem kondycji finansowej strony. Dodatkowo, Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa rekomenduje wzięcie pod uwagę także kosztów społecznych, definitywne zakończenie innych, powiązanych sporów, potrzebę dalszej współpracy ze stroną, czy wpływu na inne realizowane przedsięwzięcia (zob.: Rekomendacje Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa dot. polubownego rozwiązywania sporów z dnia 20.05.2021 r., dostępne pod linkiem: <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/rekomendacje-i-wzory-postanowien-umow2>).

Metodyka prób ugodowego rozwiązania każdego sporu wygląda podobnie. Punktem wyjścia jest ustalenie stanu faktycznego, umiejscowienie w jego przestrzeni sporu i stanowisk stron. Już sama rzeczywistość może być widziana czy interpretowana przez strony odmiennie i stanowić źródło powstania sporu. Wszelkie okoliczności faktyczne należy odnieść do stanu prawnego, rozumianego jako treść stosunku prawnego łączącego strony (np. treść umowy) oraz przepisy prawa powszechnie obowiązującego, a dodatkowo także linie orzecznicze czy stanowiska doktryny wskazujące na sposób interpretacji określonych przepisów. Na tym etapie istotny jest każdy element składający się na stan faktyczny i prawny: rodzaj sporu, wartość jego przedmiotu, stopień skomplikowania, ale także materiał dowodowy, liczba roszczeń, czy nawet w szerszym ujęciu: ryzyka związane z danym kontraktem i jego finalizacją czy też innymi kontraktami i projektami. Oprócz elementu *stricte* finansowego, należy także uwzględnić szerszy aspekt zarówno przyczyn, jak i skutków sporu, które nie muszą dotyczyć przecież jednej umowy i jednego projektu, a które mogą także zaważyć na „korzystności” ugody, stanowiącej wszak przesłankę do jej zawarcia. W treści samej ugody warto dokładnie opisać stan faktyczny, które strony uznają za bezsporny, bowiem w myśl art. 918 § 1 KC, uchylenie się od skutków prawnych ugody zawartej pod wpływem błędu jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy błąd dotyczy stanu faktycznego, który według treści ugody obie strony uważały za niewątpliwy, a spór albo niepewność nie byłyby powstały, gdyby w chwili zawarcia ugody strony wiedziały o prawdziwym stanie rzeczy. Dokładny opis w treści ugody zminimalizuje ryzyka z ewentualnym kwestionowaniem skutków ugody na podstawie wad oświadczeń woli.

W ramach analizy okoliczności faktycznych przede wszystkim należy ocenić zasadność podnoszonych roszczeń. Inaczej jest oceniana sytuacja, w której roszczenie kwestionowane jest co zasady





(tytułem przykładu - zasadność naliczenia kar umownych, wykonania robót dodatkowych, kwestie „błędów” projektowych), a inaczej, kiedy jedynie co do wysokości (np. wysokości waloryzacji wynagrodzenia, wysokości kar umownych). Oczywiście żadna z sytuacji nie wyklucza zawarcia ugody, ani skierowania sprawy do rozstrzygnięcia przed sąd, gdyż wszystko zależy od okoliczności konkretnej sytuacji i projektowanych celów biznesowych do osiągnięcia.

Niewątpliwie element finansowy stanowi jeden z ważniejszych elementów składających się na ocenę ryzyka związanego z zawarciem ugody. Z punktu widzenia wymiernych aspektów, nie ulega wątpliwości, że same koszty polubownego zakończenia sporu są niższe. Na koszty postępowania sądowego składają się m.in.:

- 1) koszty procesu, w tym - opłaty sądowe (5% wartości przedmiotu sporu dla wartości powyżej 20.000 zł, jednak nie więcej niż 200.000 zł) i inne koszty sądowe (ustalane indywidualnie, np. koszty zastępstwa procesowego, koszty biegłego) i koszty postępowania egzekucyjnego;
- 2) inne wydatki, których poniesienie będzie uzasadnione w związku ze wszczęciem lub w toku postępowania sądowego (np. koszty zaangażowania pracowników, zewnętrznych podmiotów, koszty uzyskania prywatnych ekspertyz, przeprowadzenia innych badań lub analiz) - tak: Rekomendacje Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa dot. polubownego rozwiązywania sporów z dnia 20.05.2021 r., dostępne pod linkiem:

<https://www.gov.pl/web/prokuratoria/rekomendacje-i-wzory-postanowien-umow2>.

Na koszty mediacji składają się z kolei indywidualne koszty ponoszone przez każdą ze stron, takie jak wynagrodzenie prawników, ekspertów, ale także wynagrodzenie mediatorów. Ze względu na krótszy średni czas trwania rozmów ugodowych, koszty te bez szczegółowych wyliczeń, będą mniejsze.

Jak już wskazano powyżej, ugoda może być zawarta przed sądem - zarówno w postępowaniu sądowym, jak i w postępowaniu pojednawczym (tj. w trybie zawezwania do próby ugodowej - art. 184 i następane ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 1805 z późn. zm.), dalej: „KPC”. Ugoda sądowa ma ten walor, że sąd akceptuje jej treść, potwierdzając tym samym jej legalność. Treść ugody nie może bowiem naruszać żadnego z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, zaś w przypadku zamówień publicznych - także przepisów regulujących zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 592 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), dalej: „PZP”. Ugoda zawarta z naruszeniem przepisów bezwzględnie obowiązujących będzie dotknięta sankcją bezwzględnej nieważności zgodnie z art. 58 KC, a tym samym nie wywoła żadnych skutków prawnych, lecz w tym trybie - sąd nie dopuści do jej zawarcia. Tytułem przykładu można wskazać wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 28 maja 2021 roku (I GSK 1785/18) w którym wska-



zono, że ugoda pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w wyniku której dochodzi do miarkowania kar umownych, nie stanowi zmiany umowy zawartej w reżimie prawa zamówień publicznych.

Co ciekawe, ugoda sądowa zawsze dotyczy sporu, który przed sądem zawisł, a tym samym był objęty powództwem. Dotychczas, jeśli strony chciały rozszerzyć zakres ugody sądowej na roszczenia objęte innymi postępowaniami sądowymi, zawierały w treści ugody, jako jedno z postanowień, obowiązek cofnięcia powództwa w innej ze spraw, tak aby doszło do umorzenia postępowania. Na przeciw tym trudnościom wychodzi wprowadzona ustawą z dnia 9 marca 2023 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 614) nowelizacja, która dodaje w art. 183 (14) § 21 KPC, dopuszczający wprost zawarcie ugody dotyczącej roszczeń objętych różnymi postępowaniami sądowymi. Wówczas strony wymieniają w ugodzie te postępowania oraz wskazują sąd, który podejmie czynności zmierzające do jej zatwierdzenia, chyba że prowadziłyby to do naruszenia przepisów o właściwości rzeczowej, mogącego skutkować nieważnością postępowania, lub właściwości wyłącznej. Nadto, odpis postanowienia o zatwierdzeniu ugody lub nadaniu ugodzie klauzuli wykonalności stanowi podstawę do umorzenia postępowania w zakresie, w jakim dotyczy ono roszczeń objętych ugodą. Przepis ten wejdzie w życie z dniem 1 lipca 2023 r.

Oprócz ugody sądowej, strony mają także możliwość zawarcia ugody pozasądowej, obejmującej wszelkie roszczenia, także z różnych stosunków prawnych, poprzez przystąpienie do dobrowolnych negocjacji, mediacji czy koncyliacji.

Mediacja jest bardziej sformalizowaną formą negocjacji i toczy się przed mediatorem, tj. bezstronną osobą pomagającą stronom osiągnąć kompromis. Mediacje mają charakter poufny, co oznacza, że na oświadczenia złożone w ich trakcie, nie można powoływać się toku postępowania sądowego (art. 183 (4) KPC). Podstawą prowadzenia mediacji może być postanowienie sądu (jeśli już zostało wszczęte postępowanie sądowe) lub też zawarta przez strony umowa o mediację.

W przypadku zamówień publicznych na łamach PZP, funkcjonuje także zapis na sąd polubowny. Zgodnie z art. 591 ust. 1 PZP, zgodnie z którym w sprawie majątkowej, w której zawarcie ugody jest dopuszczalne, każda ze stron umowy, w przypadku sporu wynikającego z zamówienia, może złożyć wniosek o przeprowadzenie mediacji lub inne polubowne rozwiązanie sporu (np. koncyliacje) do Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, wybranego mediatora albo osoby prowadzącej inne polubowne rozwiązanie sporu. Niezależnie od wspomnianego przepisu, strony zawsze mogą się porozumieć, że poddadzą spór pod inny sąd polubowny – w wyraźnym postanowieniu umownym lub też zawierając dedykowaną umowę o mediację. Oprócz Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej funkcjonują także inne sądy, takie jak sądy polubowne przy okręgowych radach adwokackich czy okręgowych izbach radców prawnych. Wybór w tym zakresie należy do stron, przy czym należy podkreślić, że ugoda zawarta przed mediatorem może być zatwierdzona przez sąd, a ze względu na ustandaryzowany



poziom kompetencji warto sięgnąć do list stałych mediatorów prowadzonych przez sądy okręgowe lub mediatorów funkcjonujących przy sądach polubownych.

Po zawarciu ugody pozasądowej przez mediatora, każda ze stron może zwrócić się do sądu o jej zatwierdzenie. Zgodnie z art. 183 (14) § 3 KPC sąd zatwierdzi ugodę zawartą przed mediatorem (dodatkowo nadając jej klauzulę wykonalności uprawniającą do ewentualnego prowadzenia postępowania egzekucyjnego), w całości lub części, jeżeli ugoda jest zgodna z prawem, zasadami współżycia społecznego, nie zmierza do obejścia prawa, ale także jeśli jest zrozumiała i nie zawiera sprzeczności. W konsekwencji dokonując zatwierdzenia ugody, sąd ocenia ją jako zgodną z prawem i spełniającą ww. wymagania, co z punktu widzenia sektora finansów publicznych jest dodatkowym zabezpieczeniem przed ewentualnymi zarzutami naruszeń.

### **Podsumowanie**

Podsumowując, polubowne załatwianie sporów w ramach realizacji inwestycji budowlanych (choć nie tylko), wydaje się dobrą alternatywą dla wieloletnich, wymagających olbrzymich nakładów finansowych procesów, które nierzadko kończą się orzeczeniem niesatysfakcjonującym żadnej ze stron. Ugoda może być bowiem sprawnym, mniej sformalizowanym i relatywnie niedrogim sposobem na rozwiązanie sporu, ale także stwarza szansę na zniwelowanie konfliktu, utrzymanie wzajemnych relacji, czy wreszcie - stworzenie pozytywnego wizerunku.

Mimo stale rosnącego zainteresowania tym trybem, według danych Prokuratury Generalnej, z jej udziałem w 2022 r. zawarto 128 ugód, w 2020 - 111, zaś przed dwoma laty - 96 (sprawozdania Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa dostępne pod linkiem: <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/sprawozdania-z-dzialalnosci>). Powyższe dane statystyczne obrazują stosunkowo niewielki przyrost, przy czym należy podkreślić, że są to ugody zawierane z udziałem Prokuratury Generalnej SP, nie zaś każdej jednostki sektora finansów publicznych. W tym obszarze, bacznie obserwując rynek pod kątem waloryzacji wynagrodzeń w dobie ostatnich zawirowań inflacyjnych, dostrzec można wzmożone zainteresowanie pozasądowym załatwianiem sporu. Choć pojęcie „pozasądowe”, sugerowałoby całkowity brak udziału sądu powszechnego, to przewrotnie obarczone najmniejszym ryzykiem wydaje się zawarcie ugody zatwierdzonej przez sąd, nie tylko w celu potwierdzenia legalności, ale i możliwości skutecznej jej egzekucji przez komornika. Niezależnie od nomenklatury - o ile sąd nierzadko wszyscy opuszczają przegrani, o tyle mediacja ma zmierzać do osiągnięcia kompromisu korzystnego dla każdej ze stron w postaci ugody, co niewątpliwie stanowi najpozytywniejszy skutek jej zawierania.



mgr inż. Maciej Sikorski

## **Sposoby aktualizacji wartości kontraktu na roboty budowlane w warunkach określonych przez ustawę z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców**

### **1. Wprowadzenie**

Lata 2021/2022 charakteryzowały się dynamicznymi wzrostami kosztów realizowanych inwestycji, zmuszając strony procesu inwestycyjnego do podjęcia działań zmierzających do zmiany wynagrodzenia. Powstałe na tym tle spory, wystąpiły zarówno w obszarze finansowania inwestycji ze środków publicznych, jak i prywatnych. Zmiany zachodzące na rynku dostrzeżone zostały przez ustawodawcę, który wprowadzając aktualizację przepisów prawnych, umożliwił w obszarze zamówień publicznych korektę wynagrodzenia o wskaźnik odpowiadający wzrostom kosztów inwestycji.

Ostatnie lata to zmiana rynku inwestora na rynek wykonawcy, na którym wykonawcy ponownie zaczęli dyktować warunki cenowe. Brak wykwalifikowanej kadry robotniczej spowodował znaczny wzrost stawek robocizny. Rosnące koszty pracy, energii, surowców wpłynęły na dynamikę zmian cen materiałów budowlanych. Kontrakty już zawarte, okazały się niemożliwe do zrealizowania. Wykonawcy stanęli przed problemem ich zerwania lub próby zmiany wynagrodzenia. Szczególnie niekorzystne okazały się inwestycje długoterminowe, realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, dla których czas podpisania umowy przypadł na okres dekoniunktury i niskich cen, a realizacja na okres znacznych wzrostów kosztów realizacji inwestycji. Dodatkowym utrudnieniem była forma wynagrodzenia ryczałtowego przyjęta w umowie.

W marcu 2022 r. z pomocą przyszedł Urząd Zamówień Publicznych, który publikując opinię pt. „Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust.2 ustawy Pzp”, chciał ułatwić stronom znalezienie wyjścia z trudnej sytuacji. Należy podkreślić, że przywołana opinia nie stanowiła dla zamawiających podstawy prawnej pozwalającej na zmianę wynagrodzenia. Ciężar odpowiedzialności zwiększenia wynagrodzenia spoczywał nadal po stronie zamawiającego.

Jeszcze tego samego roku, Prokuratoria Generalna opublikowała wskazówki dotyczące waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w opracowaniu pt. „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen - podstawowe zagadnienia”. Przywołany dokument, podobnie jak opinia UZP nie stanowił podstawy prawnej uprawniającej wprowadzenie zmiany wynagrodzenia. Był on jedynie wskazówką podczas prowadzonych mediacji przed Sądem Polubownym przy Prokuraturii Generalnej. Główny nacisk autorzy dokumentu położyli na możliwość wystąpienia niegospodarności zamawiających w przypadku braku waloryzacji wynagrodzenia, której skutkiem byłby wybór nowego wykonawcy z ceną wyższą niż opcja uwzględniająca waloryzację.



Opublikowane wytyczne zmiany wynagrodzenia, nie stały się dla zamawiających podstawą przeprowadzania waloryzacji. Nadal powszechną praktyką było kierowanie spraw na ścieżkę postępowania sądowego, którego przewlekłość nie gwarantowała szybkiego rozstrzygnięcia sporu. W powstałej sytuacji, wiele kontraktów, zostało zagrożonych przerwaniem robót, a wykonawcy ogłoszeniem upadłości.

## **2. Dopuszczalność waloryzacji zgodnie z ustawą z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców.**

Wobec braku upowszechnienia ze strony zamawiających pozasądowej zmiany wynagrodzenia w oparciu o ustawę Pzp, została uchwalona i wprowadzona w życie **ustawa z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców** (Dz.U. z 2022 r. poz. 2185).

Szczególne znaczenie dla przeprowadzenia waloryzacji mają dwa artykuły ustawy: art. 44 oraz art. 48.

Art. 44 przywołanej ustawy wprowadza zmiany w dwóch przepisach ustawy PZP, zmieniając brzmienie art. 439 oraz art. 455 ustawy PZP.

Artykuł 439 ust. 1 ustawy PZP otrzymał brzmienie:

*1. 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.*

Nowelizacja wprowadziła obowiązek objęcia klauzulami waloryzacyjnymi umów na dostawy. Skrócono również termin 12 miesięcy do 6 miesięcy po którym będzie konieczne wprowadzenie do umów klauzul waloryzacyjnych. W obliczu szybko zmieniających się cen robót budowlanych, zmianę 12 na 6 miesięcy uznać należy za dobre rozwiązanie.

Art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP dopuszcza możliwość zmiany umowy bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Nowelizacja wprowadziła doprecyzowanie, że zmiana na podstawie ww. przepisu może w szczególności dotyczyć zmiany wysokości ceny:

*4) jeżeli konieczność zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany wysokości ceny, spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.*

Ważnym artykułem ustawy z dnia 7 października 2022r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców jest art.48, który pozwala na



zmianę umów zawartych przed dniem 10 listopada 2022 r. i będących w tym dniu w trakcie realizacji.

Zgodnie z art. 48 ust. 1, dla dokonania zmiany jest ustalenie istotnej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, pod warunkiem, że kolejne wprowadzane zmiany nie przekroczą 50% wartości pierwotnej umowy.

Art. 48. 1. *W związku z **istotną zmianą** cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, dopuszczalna jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, **zawartej przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy i będącej w toku w tym dniu**, bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia.*

Zgodnie z art. 48 ust 1 ww. ustawy w umowie zmiany polegać mogą na:

1. *zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy,*
2.  *dodaniu postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy – w przypadku umów, które nie zawierają takich postanowień,*
3. *zmianie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w szczególności w zakresie maksymalnej wartości zmiany tego wynagrodzenia – w przypadku umów, które zawierają takie postanowienia,*
4. *zmianie 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.*

Omawiana ustawa potwierdza możliwość dodania do umowy nowych klauzul waloryzacyjnych lub też odpowiednie dostosowanie już istniejących klauzul waloryzacyjnych do nowych warunków rynkowych. Przywołany przepis nie stanowi obowiązku dla zamawiającego przeprowadzenia waloryzacji umowy, jest jedynie wskazaniem, że zmiana taka jest dopuszczalna.

W przypadku dokonywania zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy zgodnie z ust. 2 art. 48 ww. ustawy:

- 1) strony ponoszą zwiększony koszt wykonania zamówienia publicznego **w uzgodnionych częściach**,
- 2) 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.



W przypadku wprowadzenia zmian umowy, powinny one być przeprowadzone w uzgodnionych częściach, ustawa jednak nie definiuje jakie proporcje zastosować. W tym miejscu można przypuszczać, że ustawodawca miał na myśli wyłączenie z waloryzacji zysku wykonawcy oraz ryzyk, które na etapie opracowywania oferty były możliwe do przewidzenia np. ryzyko wzrostu kosztów inwestycji.

Dla potrzeb przeprowadzenia zmiany wynagrodzenia ustawodawca odsyła do wskaźników zmiany cen materiałów i pozostałych kosztów, wymieniając jako jedne z możliwych do zastosowania informacje publikowane przez GUS, dając tym samym swobodę stronom do wyboru innych publikatorów cenowych dostępnych na rynku np. INFOCENBUD, INTERCENBUD, SEKOCENBUD.

Ustawa zabezpiecza również interes prawny podwykonawców, nakazując wykonawcy, *którego wynagrodzenie zostało zmienione do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę o podwykonawstwo, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy.*

### **3. Metody aktualizacji wartości kontraktu.**

Omówiona ustawa, ani też żaden inny urzędowy dokument nie opisały metodyki przeprowadzenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy. W art. 48, ust 2, pkt 2 ustawy wskazano na sposób zmiany wynagrodzenia w oparciu o wskaźniki ogłaszane w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, jednak nie doprecyzowano, jak należy z nich korzystać.

Analiza przeprowadzonych waloryzacji wskazuje, że bardzo rzadko opinie przygotowane przez wykonawców w sprawie podwyższenia wynagrodzenia, opierają się na wskaźnikach GUS. Przyczyn należy szukać w prezentowanych informacjach, które uznawane są za nieadekwatne do zjawisk zachodzących na rynku.

Bardzo często opinie przygotowane przez wykonawców odnoszą się do faktur zakupu materiałów, faktur proforma, oferty producentów, hurtowni oraz sklepów detalicznych. W przypadku robocizny wykonawcy przywołują listy płac stanowiące potwierdzenie wystąpienia wzrostu wynagrodzenia. Dynamika wzrostu cen pracy jednostek sprzętowych odnoszona jest do zmiany kosztów paliwa. Wymienione źródła pozyskania danych, nie stanowią dla zamawiającego obiektywnego materiału, który jest praktycznie nieweryfikowalny.

Należy pamiętać, że zmiana wynagrodzenia o kilka lub kilkanaście procent przekłada się na dodatkowe kilkaset lub nawet kilka milionów złotych wynagrodzenia. Tak duże środki, dodatkowo wydatkowane nie mogą budzić żadnych wątpliwości, ustalona kwota musi odwoływać się do niezależnych, ogólnie dostępnych, adekwatnych do rozpatrywanej inwestycji informacji cenowych.

Stąd też, zamawiający oraz wykonawcy, którym zależy na opracowaniu niezależnego, dokumentu potwierdzającego potrzebę podniesienia wynagrodzenia i określającego wielkość tej zmiany,



zwracają się do firm doradczych, consultingowych, kosztorysowych o sporządzenie opinii, które będą stanowić podstawę do dalszego działania. Opinia powinna przywoływać informacje z publikatorów cenowych zapewniając tym samym jej obiektywność.

Do Prokuratury Generalnej czy też do sądów bardzo często trafiają opinie bazujące na wskaźnikach zmian cen publikowanych przez firmy monitorujące rynek budowlany. W takich przypadkach można mówić o metodzie wskaźnikowej określania wzrostu wynagrodzenia.

Inną metodą pozwalającą na obliczenie wskaźnika zmiany cen jest metoda kosztorysowa. Autorzy opinii po sporządzeniu kosztorysów odpowiadających danej inwestycji dla rozpatrywanych okresów, określają wskaźnik zmiany ceny.

Obecnie na rynku nie występują urzędowe wzorce, wg których można byłoby określić wysokość zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Tak więc w postępowaniach negocjacyjnych czy sądowych można zetknąć się z różnorodnymi, autorskimi opracowaniami sporządzonymi na różnym poziomie szczegółowości.

Przy metodzie wskaźnikowej autorzy opinii posługują się jednym lub kilkoma wskaźnikami wzrostu, których szczegółowość uzależnia stopień skomplikowania inwestycji, określonych dla konkretnego obiektu modelowego lub grupy obiektów (pochodzących z GUS lub opracowań firm publikujących informatory cenowe). Mogą to być wskaźniki z zadanego okresu lub kwartalne, co w tym drugim przypadku umożliwi uwzględnienie okresowych przerobów.

Bardzo duże znaczenie na końcową wartość obliczonej indeksacji ma uwzględnienie przerobu oraz ryzyk będących po stronie wykonawcy, które na etapie składania oferty mógł przewidzieć.

Jak wynika z doświadczeń i praktyki, zastosowanie indeksacji wartości kontraktu wskaźnikami kwartalnymi z jej okresowym umniejszaniem o wielkości przerobów, daje wyniki różniące się znacząco w stosunku do indeksacji nieuwzględniającej wartości wykonanych robót w czasie. Skutkiem rozpatrywania przerobu jest pomniejszenie obliczonej końcowej wartości waloryzacji robót.

Podobny wpływ na obliczenia ma uwzględnianie ryzyka ponoszonego przez wykonawców np. z tytułu możliwych wzrostów cen w okresie trwania kontaktu. Branie pod uwagę prognoz cenowych z okresu składania ofert jest istotnym czynnikiem w procedurze określania zmiany wynagrodzenia. Nadmienić w tym miejscu należy, że wkalkulowanie ryzyka z tytułu zmian cen wpisuje się w orzecznictwo sądowe dotyczące zmiany wynagrodzenia ryczałtowego na podstawie art. 357<sup>1</sup> lub art. 632. § 2. K.c.

Metoda wskaźnikowa opierająca się na modelach konkretnych obiektów czy grup przywołanych w danych GUS lub publikacjach cenowych ma jedną podstawową wadę, mianowicie nie uwzględnia do końca specyfiki realizowanej inwestycji.

Kolejną wadą jest ograniczony zakres prezentowanych obiektów w dostępnych na rynku





publikatorach cenowych, stąd też nie zawsze możliwy jest dobór modelu adekwatnego do przedmiotu kontraktu. Ta wada przemawia za skorzystaniem w opinii z metody kosztorysowej traktując metodę wskaźnikową jako pomocniczą do potwierdzenia tendencji zmian cen, która zarysowała się w badanym okresie.

Metoda kosztorysowa, z racji swojej szczegółowości, najdokładniej oddaje charakter inwestycji. Pozwala w sposób obiektywny i niepodważalny obliczyć wskaźniki zmiany cen przez porównanie wycen sporządzonych w dwóch poziomach cenowych, pierwszym, z okresu sporządzania oferty czy zawarcia umowy i drugim z okresu sporządzania opinii.

Jednak i to rozwiązanie jest niedoskonałe, ponieważ uniemożliwia uwzględnienie wprost okresowych przerobów. Trudno bowiem sobie wyobrazić, przeprowadzanie kalkulacji w okresach kwartalnych z uwagi na nakład pracy i konieczność docierania do szerokiego zakresu informacji cenowych, które nie zawsze są dostępne w publikatorach firm monitorujących rynek budowlany. Przykładowo zdobycie informacji dotyczących kosztów wykonania indywidualnej fasady z kilku historycznych już okresów jest praktycznie niemożliwe.

Z pomocą przychodzi **wcześniej opisana metoda wskaźnikowa, za pomocą, której można określić stosunek procentowy waloryzacji z uwzględnieniem i bez uwzględnienia wielkości przerobów.** Tak wyprowadzony stosunek procentowy można zaaplikować do metody kosztorysowej. Jest to co prawda pewne uproszczenie w tym jednym segmencie obliczeń, ale w sposób znaczący nie wpływa na wynik.

Metoda kosztorysowa ma też pewną wadę, która uwidacznia się w sytuacji, gdy ceny konkretnego materiału gwałtownie rosną, po czym spadają przed czasem sporządzenia kalkulacji kosztorysowej. Wówczas przeprowadzona kalkulacja nie uwzględni tej zmiany rynkowej.

#### **4. Podsumowanie**

Żadna z opisanych metod nie jest doskonała, a jej wybór uzależniony jest od szeregu czynników. Decyzja o wyborze metody musi zapaść w uzgodnieniu ze zlecającym opinię. Przyjęte założenia wpływać będą na szczegółowość opracowania, czas potrzebny na jego wykonanie co znajdzie odzwierciedlenie w cenie opracowania. Zadaniem zespołów opracowujących opinie waloryzacyjne, jest przedstawienie zlecającym argumentów przemawiających za i przeciw przyjętej metodzie. Zlecający musi mieć świadomość, że waloryzacja wynagrodzenia w oparciu o metodę jednowskaźnikową i to bez uwzględnienia przerobów, nie pogłębiona o szersze analizy, może zostać podważony przez sąd, Prokuraturę Generalną lub jednostkę opiniującą opracowanie.

Analiza dotychczasowych opinii i przyjętych w nich rozwiązań metodologicznych wskazuje, że w wielu przypadkach najbardziej rzetelną metodą określenia wzrostu wynagrodzenia należnego wykonawcy jest metoda kosztorysowa przy uwzględnieniu:



- ryzyka wykonawcy w postaci wskaźników wzrostów cen, które mógł przewidywać składając ofertę,
- przerobów w postaci stosunku procentowego wyprowadzonego przy zastosowaniu metody wskaźnikowej w dwóch wariantach: bez przerobów i z przerobami.

Zasadne jest, aby metoda wskaźnikowa stanowiła element pomocniczy opinii bazującej na metodzie szczegółowej, z zastrzeżeniem jej charakteru jako uzupełniającej.