

Waloryzacja wynagrodzenia w zamówieniach publicznych

Iwona Miller - Rutkowska

Maj 2023r.

Podstawa prawna – ustawa Prawo zamówień publicznych

Art. 439 ust. 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**.

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 (art. 439. ust.

4)

Zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia

- ▶ **Opinia UZP (Urzędu Zamówień Publicznych) „Klauzule waloryzacyjne w ustawie prawo zamówień publicznych”:**

„Dla zastosowania klauzuli waloryzacyjnej nie jest wystarczające zaistnienie zmiany cen materiałów lub kosztów. Niezbędne jest także ustalenie wpływu takiej zmiany użytych do realizacji zamówienia materiałów lub kosztów na ustalone w umowie wynagrodzenie. Brak będzie podstaw do zmiany wynagrodzenia wyłącznie z uwagi na zmianę cen materiałów lub kosztów, nawet jeżeli osiągnie ona założony w umowie pułap, jeśli strona żądająca takiej zmiany nie wykaże, że zmiana cen materiałów lub kosztów wpłynęła na koszt wykonania zamówienia”.

- ▶ Jednak w opracowaniu UZP pt. *„Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa, Warszawa 2022”* zawarto przykład klauzuli automatycznej nie wymagającej „udowodniania”.

Art. 439. ust. 2 pkt 1

W umowie określa się:

- 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;**

Poziom zmiany cen

- ▶ Celem wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej jest **ograniczenie (a nie wyłączenie) ryzyka stron oraz zapewnienie ekwiwalentności świadczeń.**
- ▶ Klauzula waloryzacyjna zaczyna działać wówczas, gdy **zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia osiągnie określony poziom.**
- ▶ Poziom zmian cen może być określany w umowie **procentowo lub kwotowo** np. zamawiający określi, o ile procent musi zmienić się cena danych materiałów lub kosztów, aby można było żądać zmiany wynagrodzenia.
- ▶ Ustawodawca nie określił ani minimalnego, ani maksymalnego poziomu zmiany. **Zamawiający określa ten poziom w umowie.**

▶ Określony przez zamawiającego poziom zmiany cen musi uwzględniać **specyfikę danej branży, uwarunkowania danego zamówienia, jego przedmiot i elementy, które mogą znacząco wpływać na równowagę ekonomiczną stron w toku realizacji zamówienia.**

▶ **Wyrok KIO z 6 maja 2022 r. (KIO 1048/22)**

„(...) w sytuacji gdy zamawiający zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 1 określił poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, to **na odwołującym ciążył obowiązek** wykazania, że poziom ten **nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń** w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów”

▶ Przykładowy zapis w umowie:

1. Zmiana wynagrodzenia zostanie dokonana w sytuacji zmiany cen **produkcji budowlano-montażowej** (zmiany cen budowy budynków),
2. Zmiana cen produkcji budowlano-montażowej (zmiana ceny budowy budynków) zostanie ustalona na podstawie **komunikatów prezesa GUS** dotyczących wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej,
3. Każda ze Stron może wystąpić z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia, jeżeli z komunikatów prezesa GUS, o których mowa w pkt 2 powyżej wynikać będzie, że wzrost/spadek cen budowy budynków za miesiąc, w którym upływa 6 miesięcy od dnia, w którym upłynął termin składania ofert, w porównaniu z miesiącem, w którym upłynął termin składania ofert, **wynosi co najmniej (+/-) 6 %**.

- ▶ czyli np. jeżeli termin składania ofert upłynął we wrześniu 2022 r., w celu ustalenia poziomu wzrostu/spadku cen budowy budynków należy posłużyć się wskaźnikiem cen produkcji budowlano-montażowej za wrzesień 2022 roku i na jego podstawie ustalić, czy w marcu 2023 r. w porównaniu do września 2022 r. wzrosły/obniżeniu uległy ceny budowy budynków o co najmniej +/- 6%)
- ▶ w przypadku przedłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy, powyższe zasady waloryzacji stosuje się odpowiednio (tj. każda ze Stron może wystąpić z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia, jeżeli z komunikatów prezesa GUS, o których mowa w pkt 2 powyżej wynikać będzie, że wzrost/spadek cen budowy budynków za miesiąc, w którym upływa odpowiednio 12, 18 itd. miesięcy od dnia, w którym upłynął termin składania ofert, w porównaniu z miesiącem w którym upływa 6 miesięcy od dnia w którym upłynął termin składania ofert, wynosi co najmniej (+/-) 6 %)

Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia

- ▶ Wprowadzenie klauzul waloryzacyjnych jest obowiązkowe wyłącznie w przypadku umów, które zostały zawarte na okres dłuższy niż 6 miesięcy.
- ▶ Zgodnie z przepisem art. 439 ust. 2 pkt 1 w umowie określa się **początkowy termin** ustalenia zmiany wynagrodzenia, natomiast zgodnie z przepisem art. 439 ust. 3 zamawiający ma obowiązek określenia w umowie **okresów**, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy.
- ▶ Możliwe jest przewidzenie zmiany wynagrodzenia więcej niż raz a także szybsze określenie początkowego terminu uprawniającego do zmiany niż 6 miesięcy od zawarcia umowy (tak też KIO 1048/22).

- ▶ **Długość okresów** powinna być powiązana z zastosowaną przez zamawiającego podstawą do ustalenia zdarzenia powodującego zadziałanie klauzuli waloryzacyjnej (np. w związku z **częstotliwością ogłaszania konkretnych wskaźników**), okresem realizacji zamówienia, wahaniami cen na rynku, sposobem płatności etc.
- ▶ **Wyjątek od zasady, że to zamawiający z umowie określa początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia** (nie później niż 6 miesięcy od zawarcia umowy) zawiera przepis art. 439. ust. 3, zgodnie z którym:

*jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest **dzień otwarcia ofert**, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.*

Art. 439. ust. 2 pkt 2

W umowie określa się:

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;

Wskaźnik zmiany ceny materiałów lub kosztów

- ▶ tzw. **indeksacja** czyli użycie wskaźnika określającego stosunek wielkości tego samego zjawiska w różnych okresach czasu)
- ▶ zaletą tej metody jest **prostota** – może być opracowana jako klauzula automatyczna niewymagająca udowadniania faktycznych kosztów ponoszonych przez wykonawcę a jedynie fakt zmiany wybranego wskaźnika lub wskaźników
- ▶ Zamawiający ma **swobodę w wyborze wskaźnika**. Tak np. KIO z 4 lutego 2022 r., KIO 3579/21, gdzie uznano, że zastosowanie przez zamawiającego w postępowaniu na usługi wyłącznie wskaźnika inflacji, rezygnując ze wskaźnika wzrostu wynagrodzenia nie narusza przepisów ustawy.

- ▶ Wzrost wskaźnika nie musi przekładać się automatycznie w takiej samej wysokości na zmianę wynagrodzenia (KIO 3579/21)
- ▶ Najczęściej do zmiany wynagrodzenia wykorzystuje się tu wskaźnik zmiany cen materiałów lub kosztów ogłaszane w komunikacie Prezesa GUS np.:
 - cen usług transportu i gospodarki magazynowej,
 - przeciętnego mies. wynagr. brutto w sektorze przedsiębiorc.,
 - cen produkcji budowlano – montażowej,
 - cen obiektów drogowych,
 - cen obiektów mostowych,
 - cen towarów i usług konsumpcyjnych

Wykaz materiałów lub kosztów

- ▶ Ta metoda wymaga odniesienia się do kluczowych materiałów i kosztów, których zmiana będzie powodowała waloryzację wynagrodzenia.
- ▶ Podstawą do zmiany jest w tej metodzie zmiana cen rynkowych wybranych kosztów i materiałów np. na podstawie cen giełdowych czy publikowanych cenników (m.in. SECOENBUD) w danym okresie obliczeniowym.
- ▶ Popularny jest także **system mieszany** tj. oparty częściowo na cenach np. surowców i materiałów mających największe znaczenie w kosztach realizacji zamówienia (np. paliwo, asfalt, beton etc.) a częściowo na wskaźnikach tzw. koszykach waloryzacyjnych.

Przykładowy zapis umowy:

Punktem odniesienia dla zmiany będą średnie krajowe ceny materiałów budowlanych określone w zeszycie IMB (informacji o cenach materiałów budowlanych wydawnictwa Sekocenbud) za kwartał, w którym Wykonawca lub Zamawiający złożył wniosek o zmianę wysokości wynagrodzenia, w odniesieniu do średnich krajowych cen materiałów budowlanych określonych w zeszycie IMB za kwartał, w którym zawarto umowę, **przy czym materiałami referencyjnymi będą wymienione poniżej w „koszyku referencyjnym” materiały :**

- ▶ materiały wiążące oraz wapienne i gipsowe;
- ▶ materiały izolacyjne, ogniotrwałe oraz betony, zaprawy i wyprawy;
- ▶ asfalt i wyroby bitumiczne;
- ▶ elementy prefabrykowane betonowe budownictwa drogowego;
- ▶ kruszywo do budownictwa drogowego;
- ▶ betony do budownictwa drogowego

Jak wskazuje UZP:

„w przypadku klauzul waloryzacyjnych bazujących na koszyku waloryzacyjnym szczególną rolę 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”

- ▶ Przykłady konkretnych klauzul waloryzacyjnych w zawiera publikacja Urzędu Zamówień Publicznych pt. „*Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa, Warszawa 2022*” dostępna na stronie internetowej UZP. W publikacji zawarto przykładowe klauzule, bazujące na różnych mechanizmach i uwzględniające różną specyfikę i zakres prowadzonych prac budowlanych w tym:
 - klauzula oparta o jeden wskaźnik waloryzacji - wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, publikowany przez GUS.
 - klauzula bazująca na koszyku waloryzacyjnym i polegająca na tym, że waloryzacja odbywać się będzie w oparciu o wskaźniki produkcji sprzedanej wyrobów przemysłowych, wynagrodzenia oraz cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowane przez GUS, a także dane wskazane w tabeli Koszyk Waloryzacyjny.

- ▶ GUS w zakresie inwestycji drogowych udostępnił aplikację „Kalkulator” umożliwiającą automatyczne wyliczenie wynagrodzenia po dokonanej waloryzacji. Aplikacja oparta jest na klauzuli waloryzacyjnej w postaci koszyka waloryzacyjnego stosowanej przez GDDKiA i umożliwia wykonanie symulacji dla potrzeb waloryzacji kontraktów budowlanych według trzech wersji, w zależności od przyjętych systemów wagowych wynikających z klauzuli waloryzacyjnej.
- ▶ Aplikacja dostępna jest na stronie internetowej GUS pod adresem:
http://swaid.stst.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowa/RAP_DBD_CEN_45.aspx

Art. 439. ust. 2 pkt 4

W umowie określa się:

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

- ▶ Ustalenie limitu jest wyłączną decyzją zamawiającego.
- ▶ Nie ma obowiązku dokonania w 100 % rekompensaty zmiany kosztów (tak m.in. KIO 235/22)
- ▶ Możliwość ustalenia na podstawie zapisów umowy tzw. maksymalnej wartości zobowiązania

Podwykonawcy

Art. 439. ust. 5

Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1–3, 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:

- 1) przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi;
- 2) okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.

- ▶ Podwykonawca ma więc **uprawnienie** (z mocy samego prawa, nawet wobec braku odpowiednich postanowień umowy między nim a wykonawcą) do żądania **renegocjacji** wynagrodzenia przewidzianego w tej umowie.
- ▶ W ustawie Pzp **brak zapisów dotyczących techniki wprowadzania zmiany** wynagrodzenia na podstawie umowy podwykonawczej.
- ▶ Zmiana ta może więc być wprowadzona **aneksem** modyfikującym kwotę wynagrodzenia podwykonawcy albo w umowie może być przewidziana stosowana **klauzula waloryzacyjna**.
- ▶ **Przeniesienie 1:1** do umowy podwykonawczej klauzul waloryzacyjnych z umowy wykonawczej może okazać się niemożliwe ze względu np. ze względu na inne zasady rozliczeń między wykonawcą a podwykonawcą niż między wykonawcą a zamawiającym.

Waloryzacja wynagrodzenia w umowach – opracowanie Prokuratorii Generalnej (lipiec 2022 r.)

- ▶ Niedokonanie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy może nie tylko poważnie zachwiać równowagą ekonomiczną stron na niekorzyść wykonawcy, ale częstokroć może prowadzić do **negatywnych konsekwencji dla zamawiającego**, tj. do skutków mniej korzystnych niż stosowna zmiana umowy.

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

Art. 455 ust. 1 pkt 4

1. Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:

*4) jeżeli konieczność zmiany umowy 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.*

- ▶ Zmiana umowy może przybrać formę zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, wprowadzenia do umowy klauzuli waloryzacyjnej (określającej limit waloryzacji), lub zmiany dotychczasowej klauzuli, np. przez podwyższenie wcześniej przyjętego limitu waloryzacji. Zmiana wynagrodzenia jest możliwa również wtedy, gdy zamawiający przewidział klauzulę waloryzacyjną i jest ona niewystarczająca do zniwelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności realizacji umowy.
- ▶ Podobnie **Urząd Zamówień Publicznych** w opinii 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.”*

Obowiązkowe klauzule waloryzacyjne związane ze zmianą przepisów prawa (umowy dłuższe niż 12 miesięcy)

Art. 436 ust. 4 pkt b

Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
 - wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, (...),
 - zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
 - zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, (...)
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.