

# Komentarz prawny

## Waloryzacja kontraktów budowlanych w prawie zamówień publicznych

Galopujące ceny materiałów budowlanych, wysoka inflacja oraz wzrost kosztów prowadzenia działalności pozostają obecnie znaczącym problemem branży budowlanej, znajduje to szczególny wymiar na etapie sporządzania kosztorysu inwestycji, gdyż nie jest możliwym precyzyjne przewidzenie jej wartości a także ceny poszczególnych składników. Niniejszy artykuł porusza problematykę waloryzacji kontraktów, ze szczególnym uwzględnieniem umów o roboty budowlane zawieranych w reżimie prawa zamówień publicznych. Niewątpliwie dzisiaj jest to rozwiązanie prawne o fundamentalnym znaczeniu dla funkcjonowania całego rynku. Zasadniczym celem mechanizmu waloryzacji jest ograniczenie znaczącego ryzyka gospodarczego występującego po stronie podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, następnie wykonawców, dlatego wyjaśnienie praktycznych aspektów funkcjonowania tej instytucji może przyczynić się do korzystnego zbilansowania ryzyka w obecnych uwarunkowaniach rynkowych i skutecznej realizacji przez wykonawców uzyskanych zamówień.

Instytucja waloryzacji ma swoją długą tradycję oraz jest silnie zakorzeniona w regulacjach zarówno obecnie obowiązującej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**PZP**”), jak i występowała w poprzednio obowiązującej ustawie z 29 stycznia 2004 r. (dalej jako „**dawne PZP**”). Art. 142 dawnego

PZP przewidywał swoisty mechanizm warunkowości, a zatem waloryzacja kontraktu dopuszczalna była jedynie w przypadkach wskazanych w treści ustawy, co odróżniało tę instytucję od typowej waloryzacji z art. 3581 KC. Ponadto, wykonawca zobowiązany był do wykazania, iż zaistniałe zmiany, np. wzrost kosztów materiałów budowlanych będzie miał wpływ na koszt wykonania zamówienia. Waloryzacja zarówno pod rządami dawnego jak i obecnego PZP nie była jednak zmianą umowy w sprawie zamówienia publicznego, w doktrynie oraz orzecznictwie wskazywano wielokrotnie, iż w przypadku rzeczywistego wzrostu kosztów wykonania zamówienia po stronie wykonawcy powstaje roszczenie o dokonanie stosownego podwyższenia należnego mu wynagrodzenia. W przypadku zmiany umowy uregulowanej w treści art. 144 ust. 1 dawnego PZP konstrukcja ta była oparta na porozumieniu stron. Poprzednio obowiązujące regulacje, choć przewidywały mechanizmy do zapobiegania nadmiernej nierównowadze kontraktowej stron i przerzucaniu zbyt wielu ryzyk gospodarczych na wykonawcę, nie okazały się wystarczająco skutecznym mechanizmem zabezpieczającym, stąd też ustawodawca zdecydował o wprowadzeniu istotnych zmian w ramach obecnie obowiązującej ustawy PZP.

Aktualnie instytucja waloryzacji jest unormowana w treści art. 439 PZP, zgodnie z wskazanym przepisem każda umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż dwanaście miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Tym samym każdy kontrakt trwający dłużej niż dwanaście miesięcy obowiązkowo musi zawierać klauzule waloryzacyjne, natomiast w umowach trwających krócej niż dwanaście miesięcy klauzule waloryzacyjne są fakultatywne, aczkolwiek w obecnych realiach powinny także znajdować szerokie zastosowanie.

Standardowo klauzula waloryzacyjna powinna określać poziom zmiany cen uprawniający do żądania zmiany wynagrodzenia i początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia. Przy analizie klauzuli należy zwrócić szczególną uwagę na „początkowy termin zmiany wynagrodzenia”, gdyż pojęcie to nie jest w pełni precyzyjne. W poglądach doktryny uznaje się, że jest to termin, w którym nowe, zwaloryzowane wynagrodzenie znajdzie zastosowanie, niektórzy wskazują przy tym, że jest to termin wyjściowy, a zatem termin w odniesieniu do którego dokonywane będą analizy mające na celu uwzględnienie późniejszych cen. Za bardziej trafne, a znajdujące uzasadnienie w praktyce stosowania instytucji uznać należy drugie stanowisko.

Objaśnienia wymaga także „poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów”, o którym mowa w treści art. 439 ust. 2 pkt 1 PZP. W treści przepisu mowa o wszelkich materiałach lub kosztach, jakie mają charakter cenotwórczy w realizacji danego zamówienia, a zatem będą to koszty surowców, materiałów budowlanych, elektrycznych, instalacyjnych, wykończenia wnętrz, a także ceny paliw oraz wywozu odpadów. Dodatkowo, należy wskazać, że przepis obejmuje także szeroko usługi związane z realizacją danego zamówienia, w tym wzrost kosztów pracy. Korzystnym dla wykonawcy i powszechnie stosowanym w praktyce jest ujęcie procentowe dla dokonania waloryzacji, gdyż na początkowym etapie postępowania nie jest jeszcze znana cena oferty oraz cenotwórcze składni poszczególnych ofert.

Kolejnym ważkim elementem klauzuli waloryzacyjnej jest sposób ustalenia wynagrodzenia. Ustawa PZP odsyła do powszechnych wskaźników zmiany cen publikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub umożliwia postąpienie się innym wskaźnikiem odnoszącym się do ceny materiałów lub kosztów. Możliwe jest także odesłanie poprzez wskazanie innej podstawy, w szczególności poprzez odwołanie się do wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia. Przyszli wykonawcy analizując klauzule waloryzacyjne szczególną uwagę powinni

zwracać na sposób dokonania takiego odesłania, gdyż stosowanie wskaźników w oparciu o wydawnictwa publikujące informacje o bieżącym poziomie cen i kosztów, takich jak Sekocenbud lub Katalogi Nakładów Rzeczowych może prowadzić do wystąpienia sporów z zamawiającym, w razie stosowania wynagrodzenia ryczałtowego. Modelowo waloryzacja w oparciu o takie wskaźniki powinna być dokonywana w przypadku wyodrębnienia konkretnych elementów cenotwórczych w kosztorysach. Odesłanie do wskaźników Prezesa GUS jest efektywnym środkiem przy ustalaniu zmiany wysokości cen przedmiaru robót lub bardziej szczegółowego harmonogramu rzeczowo-finansowego. Decyzja zamawiającego co do sposobu waloryzacji powinna uwzględniać charakter oraz przedmiot zamówienia oraz powinna korespondować także z wiedzą rynkową, gdyż bez starannej analizy w tym zakresie znacząco ograniczona może zostać liczba złożonych ofert w postępowaniu.

Podmioty zainteresowane udziałem w przetargach publicznych powinny, dokonując analizy konkretnej klauzuli, wziąć pod uwagę także i sposób, w jaki określony jest wpływ zmian ceny danego rodzaju materiałów lub kosztów na całkowity koszt wykonania zamówienia oraz na wskazanie okresów, w jakich może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy. Ma to szczególne znaczenie przy uwzględnieniu dużych sezonowych wahań cen surowców, jednak obecnie pogłębiająca się niepewność na wielu rynkach, a także trudności w zaopatrzeniu spowodowane przerwaniem globalnych łańcuchów dostaw powodują, że sporządzając ofertę należy uwzględnić także i te ryzyka, które nie były dotąd uwidocznione. Należy przy tym wpisać takie ryzyka pomiędzy poszczególne okresy, w jakich możliwe jest dokonanie waloryzacji. Podkreślić z całą mocą należy, że klauzula waloryzacyjna nie zapobiega wyeliminowaniu ryzyka gospodarczego, a jedynie je ogranicza, gdyż nie każda zmiana cen materiałów lub kosztów będzie skutkowała adekwatnym zwiększeniem się wynagrodzenia.

Ostatnim elementem będącym przedmiotem prezentowanej tutaj analizy jest maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający. Tego typu rozwiązanie podyktowane było troską o zachowanie przez zamawiających dyscypliny finansów publicznych, niemniej jednak w obliczu nieprzewidywalności na wielu rynkach w ostatnich latach nieumiejętne stosowanie górnego progu waloryzacji przez zamawiających może powodować skutki dalekie od zamierzonych. Rozwiązanie przewidziane w art. 439 ust. 2 pkt 4 PZP pozostaje w kolizji z sensem pozostałych norm wyrażonych w treści tego przepisu, tym samym potencjalni wykonawcy powinni kalkulację własnego ryzyka rozpocząć właśnie od zbadania górnej granicy dopuszczalnej zmiany.

Zarówno przed ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego jak i przed zamawiającymi stoją obecnie wielkie wyzwania związane z racjonalnym oszacowaniem ryzyka gospodarczego, co w obliczu dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości, która niejednokrotnie wymyka się spod racjonalności ustawodawcy, a także zapisów zawartych już kontraktów, wydaje się utrudnione.

Tomasz Mielko, Prawnik  
Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych  
Miller, Canfield, W. Babicki, A. Chelchowski i Wspólnicy Sp.k.

Tomasz Mielko jest prawnikiem w warszawskim biurze kancelarii Miller&Canfield, specjalizuje się w zagadnieniach związanych z obroną i bezpieczeństwem, prawem zamówień publicznych oraz regulacjami międzynarodowego obrotu specjalnego.

# Legal opinion

## Change of remuneration in public construction contracts

Surging prices for construction materials, an inflation rate that is highest in years, and spiralling operating costs are a major headache for construction companies at the moment. The problem is particularly acute when it comes to putting together project cost estimates, as it has become all but impossible to predict with any precision future prices of major cost components and, consequently, the overall project cost. This article looks at the issue of change of remuneration in construction contracts in Poland, focusing in particular on construction works contracts awarded under the public procurement regime. There is no doubt that the contract valorisation provisions of the Public Procurement Act have an immense impact on the entire construction market. The objective of the mechanism is to reduce the high risk of cost escalation borne by firms that bid for, and receive, construction works contracts from public entities, by permitting modifications to the overall contract price to reflect cost increases. Therefore, understanding its practical aspects can help economic operators to manage their risks better and execute projects more efficiently.

Change of remuneration has a considerable history in Polish law, and is well established in the country's public procurement regulations. Both the Public Procurement Act of 29 January 2004 (henceforth "**old PPL**") and the law that superseded it, the Public Procurement Act of 11 September 2019 (henceforth "**current PPL**"), contain provisions on change of remuneration.

Under both old PPL and current PPL, change of remuneration is distinct from a change of public contract by mutual agreement. As has been repeatedly pointed out in both

legal doctrine and practice, in the event of a genuine increase in the cost of performing a contract, the economic operator is entitled to seek a commensurate increase in the contract remuneration.

Under old PPL (Article 142), change of remuneration was permissible only in cases specifically indicated by it, however, which set it apart from price adjustment as laid down in the Civil Code (Article 3581). Furthermore, old PPL put the onus on the economic operator to prove that e.g. an increase in the prices of construction materials affected the cost of performing the contract.

Although old PPL included mechanisms to prevent gross imbalances of contractual power between contracting authorities and economic operators, and the placing of excessive risk on economic operators, its provisions proved an insufficient safeguard. To address that, current PPL introduced significant changes.

The part of current PPL that deals with change of remuneration is Article 439. Under it, any public construction works contract longer than 12 months has to include a change of remuneration clause that provides for the adjustment of the contract price to account for changes in the prices of materials or other cost components of performing the contract. In shorter contracts, change of remuneration clauses are optional, although in the prevailing market conditions it appears they should be widely used in such contracts, too.

Article 439 then sets out elements that the change of remuneration clause of a public construction works contract should contain.

First, it should specify what extent of changes in materials prices or other cost components of the contract will trigger change of remuneration, and what the initial date of determining the change of remuneration will be (Article 439 paragraph 2 item 1)).

"The initial date of determining the change of remuneration" deserves special attention, for the expression is not precise and has raised interpretive problems. There are two major alternative interpretations. One is that it is the date from which the changed

remuneration applies. The other is that it is the baseline date, i.e. the date with reference to which cost data will be analysed to determine the extent of changes. The latter interpretation appears more justified; it is also more often used in practice.

“The level of change in the price of the materials or costs” also requires explanation. It refers to the prices for any materials, or any other costs that affect the overall cost of performing a contract, so it covers prices for raw materials, construction materials, electrical supplies, installation materials, finishing materials, etc., but also e.g. prices for fuel or waste disposal, as well as the costs of services that go into delivering a contract, including labour costs. It is common for contracting authorities to express the extent of changes in percentage terms.

A remuneration change clause also has to specify “the method of determining the change of remuneration” (Article 439 paragraph 2 item 2). The provision says that the change of remuneration can be based on indices of costs or prices, such as those published by the Central Statistical Office (GUS), or some other point of reference, e.g. a mutually agreed list of materials or other cost components whose price changes can trigger change of remuneration.

Future economic operators should pay special attention to this aspect, because in the case of contracts in which the contract price is one lump-sum amount, using price and cost indices from publications such as Sekocenbud or Katalogi Nakladow Rzeczowych can lead to disputes with the contracting authorities. These indices should be used for change of remuneration in cases where there is a breakdown into cost components. Using GUS indices is effective in the case of bill-of-quantities type of contracts, or more detailed schedules of works and expenditures.

The option that the contracting authority chooses should be appropriate to the nature of the project, and should also correspond to knowledge of market. Failure to give proper consideration to these matters can significantly reduce the number of bidders.

Thirdly, a change of remuneration clause has to specify the way of establishing the impact of changes in materials prices and other cost components on the overall project cost, and indicate time periods when change of remuneration can be made (Article 439 paragraph 2 item 3)). This is especially important in the case of raw materials prices, which are subject to major seasonal fluctuations. But in the current highly volatile and uncertain environment, amid the supply chain disruptions of the pandemic, change of remuneration may have to be conducted more frequently for other items, too.

Finally, a change of remuneration clause must necessarily specify the maximum change in the contract price permitted by the contracting authority (Article 439 paragraph 2 item 4). This requirement, which runs counter to the spirit of the other provisions, is meant to ensure that contracting authority maintain financial discipline. Again, however, with the volatility that now characterises many markets, it may easily cause unwanted consequences for contracting authority if not used carefully. Economic operators should begin their risk assessment by examining this part of the change of remuneration clause.

In the current volatile circumstances, both economic operators and contracting authorities are facing unprecedented challenges when assessing business risk, as regulations and contract terms are repeatedly overtaken by events. It should be noted that change of remuneration clauses do not eliminate business risk but merely reduce it, since not every change in materials prices or other project costs will trigger change of remuneration in the contract.

Tomasz Milewski, Lawyer  
Miller, Canfield, W. Babicki, A. Chelchowski i Wspólnicy Sp.k.

Tomasz Mielko is a lawyer with the Warsaw office of Miller&Canfield. He specialises in defence and security matters, public procurement law and international export compliance.