

**DO:** Związek Pracodawców Medtech Polska

**OD:** r. pr. Tomasz Jaworski, r. pr. Agnieszka Herman

**DATA:** 08.01.2023 r.

**TEMAT:** **Klauzule waloryzacyjne w zamówieniach publicznych na dostawę wyrobów medycznych IVD [PROJEKT]**

---

## Spis treści

1. WPROWADZENIE .....	2
1.1. DEFINICJE .....	2
1.2. CEL I ZAKRES OPRACOWANIA.....	3
1.3. ZASTRZEŻENIA .....	4
1.4. PODSTAWY PRAWNE WPROWADZENIA KLAUZUL WALORYZACYJNYCH .....	4
2. KLAUZULE WALORYZACYJNE W NOWYCH UMOWACH (ART. 439 PZP) .....	5
2.1. UWAGI WSTĘPNE .....	5
2.2. POZIOM ZMIANY CENY MATERIAŁÓW LUB KOSZTÓW UPRAWNIAJĄCY STRONĘ UMOWY DO ŻĄDANIA ZMIANY WYNAGRODZENIA .....	5
2.3. POCZĄTKOWY TERMIN USTALENIA ZMIANY WYNAGRODZENIA .....	7
2.4. SPOSÓB USTALANIA ZMIANY WYNAGRODZENIA.....	8
2.5. SPOSÓB OKREŚLENIA WPŁYWU ZMIANY CENY MATERIAŁÓW LUB KOSZTÓW NA KOSZT WYKONANIA ZAMÓWIENIA .....	9
2.6. OKRESY, W KTÓRYCH MOŻE NASTĘPOWAĆ ZMIANA WYNAGRODZENIA WYKONAWCY..	11
2.7. MAKSYMALNA WARTOŚĆ ZMIANY WYNAGRODZENIA .....	12
2.8. OBOWIĄZKI WOBEC PODWYKONAWCÓW .....	13
2.9. WZÓR KLAUZULI WALORYZACYJNEJ – NOWE UMOWY .....	13
3. WPROWADZENIE LUB ZMIANA KLAUZULI WALORYZACYJNEJ W UMOWACH W TOKU (ART. 48 UST. 1 PKT 2 I 3 PZP).....	17
3.1. UWAGI OGÓLNE .....	17
3.2. POZIOM ZMIANY CENY MATERIAŁÓW LUB KOSZTÓW UPRAWNIAJĄCY STRONĘ UMOWY DO ŻĄDANIA ZMIANY WYNAGRODZENIA .....	18
3.3. POCZĄTKOWY TERMIN USTALENIA ZMIANY WYNAGRODZENIA .....	19



3.4.	SPOSÓB USTALANIA ZMIANY WYNAGRODZENIA.....	19
3.5.	SPOSÓB OKREŚLENIA WPŁYWU ZMIANY CENY MATERIAŁÓW LUB KOSZTÓW NA KOSZT WYKONANIA ZAMÓWIENIA .....	19
3.6.	OKRESY, W KTÓRYCH MOŻE NASTĘPOWAĆ ZMIANA WYNAGRODZENIA WYKONAWCY..	20
3.7.	MAKSYMALNA WARTOŚĆ ZMIANY WYNAGRODZENIA .....	20
3.8.	PODZIAŁ KOSZTÓW MIĘDZY STRONAMI .....	21
3.9.	OBOWIĄZKI WOBEC PODWYKONAWCÓW .....	21
3.10.	SPOSÓB WPROWADZENIA/MODYFIKACJI KLAUZULI WALORYZACYJNEJ DO UMOWY W TOKU.....	21
3.11.	WPROWADZENIE W ŻYCIE ZMIANY WYSOKOŚCI WYNAGRODZENIA NA PODSTAWIE KLAUZULI WALORYZACYJNEJ.....	21
3.12.	ELEMENTY KLAUZULI WALORYZACYJNEJ WPROWADZANEJ DO UMOWY W TOKU .....	22
3.13.	WPROWADZENIE W ŻYCIE ZMIANY WYSOKOŚCI WYNAGRODZENIA NA PODSTAWIE KLAUZULI WALORYZACYJNEJ.....	24
4.	NARZĘDZIA OCHRONY PRAWNEJ WYKONAWCY W ZWIĄZKU Z WALORYZACJĄ WYNAGRODZENIA .....	25
4.1.	W PRZYPADKU NOWYCH UMÓW .....	25
4.2.	W PRZYPADKU UMÓW W TOKU .....	28
4.3.	POZASĄDOWE SPOSOBY ROZWIĄZYWANIA SPORÓW.....	29
5.	PODSUMOWANIE ANALIZY .....	30

## **1. WPROWADZENIE**

### **1.1. DEFINICJE**

<b>KC</b>	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny
<b>PZP</b>	ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych
<b>dPZP</b>	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych
<b>spec-ustawa</b>	ustawa z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców

W pozostałym zakresie pojęcia użyte w opracowaniu mają znaczenie odpowiadające definicjom legalnym ustaw PZP i dPZP.



## 1.2. CEL I ZAKRES OPRACOWANIA

Opracowanie powstało na zlecenie Związku Pracodawców Medtech Polska, skupiającego wytwórców i dystrybutorów wyrobów medycznych do diagnostyki laboratoryjnej i innych wyrobów przeznaczonych do badania próbek pobranych z organizmu ludzkiego (dalej łącznie zwane „**wyrobami IVD**”).

Wyroby IVD obejmują szeroki zakres produktów – od sprzętu stosowanego w laboratoriach, pojemników do pobierania i przechowywania materiału pobranego od pacjenta, przez odczynniki, testy kasetkowe czy paskowe, wyroby do samodzielnego używania, po duże zrobotyzowane urządzenia takie jak analizatory.

Obserwowane obecnie wydarzenia światowe wpływają na warunki realizacji zamówień publicznych w Polsce. Jako aktualne czynniki destabilizujące można wskazać konflikt zbrojny na Ukrainie i światową pandemię SARS-Cov-2, które spowodowały w Polsce m.in. wzrost cen materiałów i kosztów usług, przerwanie łańcuchów dostaw, ograniczenia w dostępności produktów i materiałów, czy też odpływ pracowników będących obywatelami Ukrainy.

Obserwowana gwałtowność i nieprzewidywalność zmian cen materiałów i kosztów usług dotyka również producentów i dystrybutorów wyrobów IVD, znacząco zwiększając koszty realizacji zawartych umów. W tym stanie rzeczy istotnym zagadnieniem staje się waloryzacja wynagrodzeń.

Waloryzacja jest możliwa bezpośrednio na podstawie przepisów prawa (jest to przedmiotem osobnego opracowania Kancelarii z dnia 9 grudnia 2022 r.) lub na podstawie umownej klauzuli waloryzacyjnej. Przedmiotem niniejszego opracowania jest problematyka klauzul waloryzacyjnych.

Obowiązujące od dnia 10 listopada 2022 r. przepisy przewidują obowiązek wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej m.in. do umów dostawy, których okres obowiązywania wynosi co najmniej 6 miesięcy. Obowiązek ten dotyczy umów zawieranych w wyniku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanych po ww. dacie (dalej określanych jako „**nowe umowy**”).

W przypadku umów zawartych w wyniku przeprowadzenia postępowań wszczętych przed ww. datą możliwe jest wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej lub modyfikacja istniejącej już klauzuli. Możliwości te potwierdza spec-ustawa, w odniesieniu do umów, które zostały zawarte przed dniem 10 listopada 2022 r. i są w toku w dniu zmiany wynagrodzenia („**umowy w toku**”).

Celem niniejszego opracowania jest:

- sformułowanie praktycznych wskazówek, jak należy ukształtować klauzulę waloryzacyjną,
- wskazanie możliwych działań wykonawcy w razie braku zgody zamawiającego na waloryzację wynagrodzenia lub wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej.

Autorzy wyrażają zgodę na rozpowszechnianie opracowania przez Związek Pracodawców Medtech Polska oraz członków tego Związku. Opracowanie nie stanowi indywidualnej porady prawnej dla podmiotów innych niż Związek Pracodawców Medtech Polska.



### 1.3. ZASTRZEŻENIA

Celem opracowania jest poinformowanie o istniejących podstawach prawnych waloryzacji oraz udzielenie praktycznych wskazówek w tym zakresie. Niniejsze opracowanie nie stanowi zachęty do występowania lub niewystępowania z wnioskami waloryzacyjnymi lub korzystania ze środków ochrony prawnej; decyzje w tym zakresie są wyłączną domeną zainteresowanych wykonawców.

Wnioski opracowania dotyczące oceny zjawisk gospodarczych nie mają charakteru porady prawnej, a stanowią własną ocenę autorów opinii, która może wymagać potwierdzenia przez ekspertów dysponujących fachową wiedzą ekonomiczną.

Opracowanie dotyczy umów zawieranych w wyniku udzielenia zamówienia publicznego (z wyłączeniem zamówień sektorowych oraz zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa). Poza jego zakresem pozostają umowy w sektorze prywatnym.

### 1.4. PODSTAWY PRAWNE WPROWADZENIA KLAUZUL WALORYZACYJNYCH

Katalog podstaw prawnych pozwalających na wprowadzenie do umowy postanowień przewidujących zasady zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku wzrostu kosztów realizacji zamówienia obejmuje w szczególności następujące podstawy prawne:

- art. 436 pkt 4 lit. b) PZP (odpowiednik w dPZP: art. 142 ust. 5);
- art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP (odpowiednik w dPZP: art. 144 ust. 1 pkt 1);
- art. 48 ust. 1 pkt 2 i 3 spec-ustawy.

Przedmiotem niniejszego opracowania są **klauzule waloryzacyjne, rozumiane jako postanowienia umowne, które przewidują możliwość zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy ze względu na zmianę ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia**. W umowach o zamówienie publiczne mogą istnieć także klauzule szersze, przewidujące zmianę wynagrodzenia ze względu na inne okoliczności (na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP), jak również zmianę umowy w innym zakresie niż wynagrodzenie (na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP lub art. 48 ust. 1 pkt 4 spec-ustawy). W niniejszym opracowaniu skupiamy się jednak na klauzulach waloryzacyjnych zgodnie z ich podanym wyżej rozumieniem.

Należy dodać, że zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. b) każda umowa o zamówienie publicznie obowiązkowo określa zasady zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku VAT oraz 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. Zmiana wynagrodzenia na ww. podstawie jest co do zasady niezależna od zmian na podstawie klauzul waloryzacyjnych i nie jest przedmiotem niniejszego opracowania.



Zgodnie z ustaleniami z Medtech Polska niniejsze opracowanie koncentruje się na podstawach, które w aktualnej sytuacji gospodarczej są najbardziej adekwatne dla osiągnięcia celu w postaci określenia zasad zmiany wynagrodzenia ze względu na istotną zmianę cen materiałów i kosztów, tj. **art. 439 PZP (w przypadku umów nowych) oraz art. 48 ust. 1 pkt 2 i 3 spec-ustawy (w przypadku umów w toku)**.

## **2. KLAUZULE WALORYZACYJNE W NOWYCH UMOWACH (ART. 439 PZP)**

### **2.1. UWAGI WSTĘPNE**

W art. 439 ust. 2 PZP określono minimalny zakres klauzuli waloryzacyjnej. Zgodnie z tym przepisem:

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

Poniżej omówiono poszczególne elementy klauzuli waloryzacyjnej, z uwzględnieniem specyfiki branży IVD.

Dodatkowo wskazano praktyczne przykłady zastosowania klauzul waloryzacyjnych we wzorcach umów stanowiących część SWZ w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych po dniu 10 listopada 2022 r., a dotyczących dostaw wyrobów medycznych (w tym IVD). Dodatkowo w opracowaniu wykorzystane zostały wyniki analizy orzeczeń KIO wydanych na gruncie art. 439 PZP, a dotyczących także innych branż.

### **2.2. POZIOM ZMIANY CENY MATERIAŁÓW LUB KOSZTÓW UPRAWNIAJĄCY STRONĘ UMOWY DO ŻĄDANIA ZMIANY WYNAGRODZENIA**

Klauzula waloryzacyjna powinna określać poziom zmiany cen lub kosztów, który będzie uprawniał do wnioskowania o zmianę wynagrodzenia.



Zmiana ceny materiałów lub kosztów to zarówno wzrost, jak i obniżenie, cen / kosztów względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie (art. 439 ust. 4 PZP).

Przepis nie precyzuje, czy chodzi o zmianę cen lub kosztów konkretnego wykonawcy, czy też cen lub kosztów w gospodarce. W naszej ocenie dopuszczalne są oba rozwiązania, co potwierdza praktyka zamawiających (zob. przykłady klauzul poniżej).

Ustawa nie określa minimalnego ani maksymalnego poziomu zmiany cen lub kosztów. W uzasadnieniu projektu PZP wskazano, że możliwe jest waloryzowanie wynagrodzenia nawet od zerowego poziomu<sup>1</sup>.

W praktyce poziom zmiany uprawniający do waloryzacji wynagrodzenia powinien zostać ustalony w oparciu o analizę historycznej i aktualnej sytuacji rynkowej oraz z uwzględnieniem równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego na strony umowy.<sup>2</sup>

Przykładowe sposoby określenia poziomu zmiany ceny / kosztu na podstawie praktyki zamawiających przedstawiono poniżej:

- Zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy o co najmniej 0,5% od wysokości średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem<sup>3</sup>;
- Zmiana średniorocznego wskaźnika inflacji konsumenckiej GUS o ponad 1 % powyżej wartości tego wskaźnika z dnia zawarcia umowy<sup>4</sup>;
- Zmiana na poziomie 2 % w stosunku do wskaźnika cen lub kosztów z miesiąca, w którym zawarto umowę<sup>5</sup>;
- Zmiana półrocznego wskaźnika inflacji konsumenckiej o 5%<sup>6</sup>;
- Zmiana cen producenta lub zmiana kursu USD w stosunku do PLN o co najmniej 5 %<sup>7</sup>;
- Zmiana kwartalnego wskaźnika inflacji konsumenckiej o min. 8%<sup>8</sup>;
- Zmiana na poziomie 10 % w stosunku do cen materiałów lub kosztów z dnia składania ofert<sup>9</sup>;
- Zmiana o co najmniej 15 % kwartalnego wskaźnika inflacji<sup>10</sup>;

---

<sup>1</sup> Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk 3624, dostępny pod adresem <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>, dostęp w dniu 21.12.2022 r.

<sup>2</sup> Wyrok KIO z 5.01.2022 r., KIO 3600/21, LEX nr 3351504.

<sup>3</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>4</sup> Wyrok KIO z 13.06.2022 r., KIO 1118/22, LEX nr 3399642.

<sup>5</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>6</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>7</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>8</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>9</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>10</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.



- Wzrost cen jednostkowych o co najmniej 20% w porównaniu do cen zakupu asortymentu, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie<sup>11</sup>;

Zaprezentowane przykłady pokazują duże zróżnicowanie w ustalanych przez zamawiających poziomach uprawniających do zmiany wynagrodzenia.

W przypadku odwołania do wskaźników ogólnych (takich jak inflacja konsumencka, inflacja producencka tzw. PPI, kurs EUR lub USD) określenie poziomu uprawniającego do waloryzacji powinno uwzględniać rozsądny poziom ryzyka wykonawcy w dacie złożenia oferty. Należy jednak pamiętać, że przepis nie ogranicza zastosowania klauzuli waloryzacyjnej do przypadków nadzwyczajnego wzrostu. W tym kontekście właściwe byłoby zastosowanie poziomu, który można określić jako istotny (odczuwalny), z uwzględnieniem zwykłego ryzyka wykonawcy. Nie wydaje się zatem właściwe przyjmowanie anormalnie wysokiej inflacji jako punktu odniesienia (np. rocznej inflacji za rok 2022, która zostanie ogłoszona w styczniu 2023 r.), tym bardziej w obliczu powszechnej opinii, że inflacja konsumencka będzie się zmniejszać.

W naszej ocenie w przypadku wskaźnika inflacji konsumenckiej (CPI) za istotny można uznać każdy wzrost cen powyżej odchylenia od celu inflacyjnego, o którym mowa w założeniach polityki pieniężnej (2,5% rocznie z symetrycznym przedziałem odchyień o szerokości  $\pm 1$  punktu procentowego).

W przypadku wskaźników walutowych metodą określenia poziomu może być określenie poziomu wahań kursu waluty w okresie poprzedzającym złożenie oferty, analogicznym do planowanego okresu obowiązywania umowy.

Konkretne propozycje brzmienia klauzuli w tym zakresie przedstawiono w pkt 2.9 poniżej.

### **2.3. PO CZĄTKOWY TERMIN USTALENIA ZMIANY WYNAGRODZENIA**

Postanowienie umowne powinno wskazywać początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, który będzie początkowym punktem odniesienia.<sup>12</sup>

Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia należy rozumieć jako datę, od której zmiany cen lub kosztów mogą być brane pod uwagę przy określaniu prawa do waloryzacji i wysokości zmiany wynagrodzenia.

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. 3 PZP).

Przykłady z praktyki:

<sup>11</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>12</sup> Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk 3624, dostępny pod adresem <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>, dostęp w dniu 21.12.2022 r.



- Początek waloryzacji przewidziany jest już **od początku (pierwszego miesiąca) wykonywania umowy**<sup>13</sup>;
- Zmiana nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy licząc **od dnia zawarcia umowy**<sup>14</sup>;
- Nie wcześniej niż **po upływie 12 miesięcy realizacji umowy**<sup>15</sup>;
- Zmiana na podstawie porównania wskaźnika dla II kwartału 2023 r. do **wskaźnika dla I kwartału 2023 r.**, czyli zmiana możliwa po upływie dwóch pierwszych kwartałów 2023 r.<sup>16</sup>

Przykłady z praktyki wskazują, że początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia jest utożsamiany z datą, w której najwcześniej można wystąpić o waloryzację. Wydaje się, że nie jest to prawidłowa praktyka i ww. termin początkowy powinien wynikać jasno z postanowień umowy.

Jeżeli tak nie jest, konieczne będzie przeprowadzenie wykładni umowy zgodnie z art. 65 KC. Wydaje się, że w typowym przypadku wynikiem takiej wykładni będzie ustalenie początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia **na dzień zawarcia umowy**.

#### **2.4. SPOSÓB USTALANIA ZMIANY WYNAGRODZENIA**

Art. 439 ust. 2 pkt 2 PZP przewiduje dwa sposoby ustalenia zmiany cen lub kosztów.

Pierwszy ze sposobów to użycie **wskaźnika** zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności na podstawie wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa GUS. Przykładowo, zmiana wynagrodzenia może być oparta o zmiany ceny materiałów lub kosztów określone wskaźnikiem cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanych w komunikacie Prezesa GUS w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem (inflacja konsumencka, CPI) albo o zmiany wskaźnika cen produkcji sprzedanej przemysłu ogółem (inflacja producencka, PPI). Przyjęty wskaźnik może odnosić się również do wybranego dominującego elementu kosztotwórczego, np. do zmiany kursu walut obcych (USD lub EUR) bądź cen surowców wynikającej ze wskaźników ich wartości rynkowej. (Zagadnienie wskaźników adekwatnych dla branży wyrobów medycznych IVDR zostało omówione w pierwszej części opracowania.)

Jako rozwiązanie alternatywne przepis wskazuje na możliwość wyboru **innej podstawy** zmiany wynagrodzenia, **w szczególności** poprzez określenie **wykazu rodzajów materiałów lub kosztów**, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia. W tym celu należy ustalić, jakie elementy mają dominujący wpływ na koszty realizacji zamówienia i ustalić algorytm zmiany wynagrodzenia w oparciu o zmianę wybranych cen materiałów lub kosztów uwzględnionych w zbudowanym przez zamawiającego koszyku.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Wyrok SO w Warszawie z 31.03.2022 r., XXIII Zs 12/22, LEX nr 3370778.

<sup>14</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>15</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>16</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>17</sup> E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 439.





Przykłady z praktyki:

- Waloryzacja w odniesieniu do wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanego w komunikacie Prezesa GUS:
  - Półroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem<sup>18</sup>,
  - Średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem<sup>19</sup>,
  - Roczny / kwartalny / miesięczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowany przez Prezesa GUS.
- Waloryzacja w odniesieniu do wskaźnika cen lub kosztów realizacji zamówienia (ogólne sformułowanie);
- Waloryzacja na podstawie porównania pierwotnych cen asortymentu z rzeczywistymi cenami zakupu;
- Waloryzacja na podstawie zmiany cen producenta;
- Waloryzacja z uwagi na zmianę w czasie trwania umowy kursu dolara amerykańskiego w stosunku do złotego.

Odnosząc się do opisanych przykładów, należy pozytywnie ocenić odwołanie do wskaźnika inflacji konsumenckiej oraz kursu waluty obcej, jako adekwatnych dla oceny poziomu kosztów dostawców wyrobów IVD i ich obiektywny charakter.

Wątpliwości budzi wymaganie wynikające z niektórych klauzul, aby wykonawca ujawniał ceny zakupu asortymentu, cenniki producenta lub szczegółowe kalkulacje kosztów ceny ofertowej. Dane te są w typowym przypadku objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, zaś ich przekazywanie jest nie tylko problematyczne dla wykonawców, ale może rodzić dodatkową odpowiedzialność prawną po stronie zamawiającego (zob. pkt 2.5 naszego opracowania z 9 grudnia 2022 r.).

## 2.5. SPOSÓB OKREŚLENIA WPŁYWU ZMIANY CENY MATERIAŁÓW LUB KOSZTÓW NA KOSZT WYKONANIA ZAMÓWIENIA

Klauzula waloryzacyjna powinna określać, jak zmiana cen lub kosztów wpłynęła na sytuację wykonawcy i jak obliczyć w związku z tym jego nowe wynagrodzenie.<sup>20</sup>

Podstawą do obliczenia zmiany wynagrodzenia może być **sam fakt zmiany** wybranego wskaźnika albo zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów ponad przyjęty poziom. Skorzystanie przez strony umowy z wybranej metody waloryzacji nie wymaga przeprowadzenia przez

<sup>18</sup> Ogłaszany na podstawie art. 20 ust. 3 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1452)

<sup>19</sup> Ogłaszany na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 291).

<sup>20</sup> Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk 3624, dostępny pod adresem <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>, dostęp w dniu 22.12.2022 r.



wykonawcę dodatkowych dowodów i wyjaśnień, przedkładania ofert dostawców lub podwykonawców potwierdzających bezpośredni lub pośredni wpływ na koszty ponoszone przez wykonawcę w związku z realizacją robót budowlanych lub usług w przypadku wzrostu lub zmniejszenia wielkości wskaźnika lub zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów.<sup>21</sup>

Przykłady z praktyki:

- Wykonawca wnioskujący o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia przedstawia projekt aneksu do umowy z wykazem rodzaju wszystkich cen brutto z asortymentu objętego niniejszą umową, uprawniających do żądania zmiany wynagrodzenia wraz z dowodami będącymi podstawą do akceptacji aneksu, tj. kserokopiami faktur zakupu asortymentu przyjętego w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie oraz z zakupami tego asortymentu w 6 miesiącu realizacji umowy<sup>22</sup>;
- Obowiązek wykazania wpływu zmian na koszty wykonania zamówienia należy do Wykonawcy pod rygorem odmowy dokonania zmiany Umowy przez Zamawiającego<sup>23</sup>;
- Warunkiem zmiany wynagrodzenia wykonawcy będzie wykazanie przez daną stronę umowy, że zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy miała faktyczny wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy<sup>24</sup>;
- Wraz z wnioskiem strona umowy będzie zobowiązana pisemnie przedstawić szczegółową kalkulację uzasadniającą odpowiednio wzrost albo obniżenie kosztów<sup>25</sup>;
- Wniosek o waloryzację cen wymaga udokumentowania przez Wykonawcę wzrostu kosztów świadczenia usługi poprzez przedłożenie dokumentów finansowych potwierdzających faktyczny wzrost kosztów w odniesieniu do konkretnych danych finansowych i udział danej pozycji kosztowej w koszcie realizacji usługi, wynikającej z kalkulacji Wykonawcy z daty złożenia oferty i momentu złożenia wniosku (pierwszy wniosek) lub momentu ostatniej waloryzacji i momentu złożenia wniosku (kolejne wnioski)<sup>26</sup>;
- Wykonawca składa pisemny wniosek o zmianę umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia, przedstawiając wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczące wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszty realizacji przedmiotu zamówienia, w tym zawierające szczegółową kalkulację kwoty wynagrodzenia przed i po zmianie<sup>27</sup>;

<sup>21</sup> E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 439, LEX

<sup>22</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>23</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>24</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>25</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>26</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>27</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.



- Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy<sup>28</sup>.

Jak wynika z powyższego, klauzule waloryzacyjne w umowach dostawy co do zasady przewidują obowiązek wykazania, że zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy miała faktyczny wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy. Zdarza się jednak, że wymaganie to idzie w kierunku szczegółowego udokumentowania wzrostu kosztów i powiązania ich z poziomem danego wskaźnika. W naszej ocenie nie jest konieczne, aby zamawiający z góry ustalał katalog dokumentów, za pomocą których można taki wpływ wykazać albo ustalał restrykcyjne warunki udokumentowania tego wpływu. Klauzula waloryzacyjna powinna pozostawiać stronie wnioskującej o waloryzację pewną swobodę w doborze środków, za pomocą których może wykazać wzrost kosztów (np. za pomocą katalogu otwartego środków dowodowych lub ogólnego dopuszczenia wszelkich adekwatnych środków). W innym razie klauzula waloryzacyjna traci sens, zbliżając się do waloryzacji prowadzonej na podstawie przepisów prawa (art. 455 ust. 1 pkt 4 PZP lub art. 48 ust. 1 pkt 1 spec-ustawy), gdy szczegółowe dokumentowanie wzrostu realnych kosztów może być rzeczywiście konieczne.

## 2.6. OKRESY, W KTÓRYCH MOŻE NASTĘPOWAĆ ZMIANA WYNAGRODZENIA WYKONAWCY

Klauzula waloryzacyjna powinna określać okresy, w których może nastąpić zmiana wynagrodzenia wykonawcy. W konsekwencji umowa powinna ustalać też okresy badania różnicy cen lub kosztów wskazanej jako zdarzenie warunkujące zmianę wynagrodzenia należnego wykonawcy.<sup>29</sup> Ustawa nie określa minimalnej częstotliwości dokonywania waloryzacji.

Przykłady z praktyki:

- Raz na kwartał<sup>30</sup>;
- Co 4 miesiące<sup>31</sup>;
- Co 6 miesięcy<sup>32</sup>;
- Na początku półrocza kalendarzowego<sup>33</sup>;
- Co 12 miesięcy<sup>34</sup>;
- Raz w roku<sup>35</sup>.

---

<sup>28</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>29</sup> J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 439, LEX.

<sup>30</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>31</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>32</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>33</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>34</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>35</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.



Analiza stosowanych w praktyce zamawiających okresów waloryzacji wskazuje na duże zróżnicowanie. W celu prawidłowego zbudowania klauzuli waloryzacyjnej zaleca się, aby okres ten był sprzężony z ustalonym w klauzuli wskaźnikiem waloryzacji (np. roczny wskaźnik inflacji – waloryzacja możliwa raz do roku). Jeżeli waloryzacja ma nastąpić w oparciu o zmianę wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, to zmiana kwoty wynagrodzenia nie powinna następować częściej niż ogłoszenie tego wskaźnika.<sup>36</sup>

Okres waloryzacji powinien być także dostosowany do okresu obowiązywania danej umowy. W przypadku umowy o krótkim okresie obowiązywania należy przyjąć okres, który pozwoli stronom rzeczywiście skorzystać z klauzuli waloryzacyjnej w toku realizacji umowy (np. okres 3-miesięczny w przypadku umowy zawartej na 7 miesięcy).

## 2.7. MAKSYMALNA WARTOŚĆ ZMIANY WYNAGRODZENIA

Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, oznacza limit kwotowy waloryzacji. Jest to zatem kwota, o jaką łącznie może zmienić się wynagrodzenie wykonawcy w trakcie realizacji umowy. Możliwe jest kwotowe lub procentowe określenie tej wartości.

Ustalenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia powinno być dokonywane z uwzględnieniem czasu trwania umowy (im dłuższa umowa, tym ta wartość powinna być wyższa) i wahań wartości zmian wybranego wskaźnika w ostatnich latach.<sup>37</sup> Ponadto zalecane jest uwzględnienie dostępnych prognoz zmian cen oraz ustalenie, w jakim stopniu wykonawca ma możliwość przygotowania się na nadchodzący wzrost kosztów. Ustalenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia ma znaczenie również dla zamawiającego, który planując budżet powinien uwzględnić ryzyko waloryzacji i zabezpieczyć na ten cel odpowiednie środki finansowe.

Przykłady z praktyki:

- 1% wynagrodzenia za niezrealizowaną część umowy<sup>38</sup>;
- 3% całkowitej wartości przedmiotu umowy<sup>39</sup>;
- 4 % w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w niniejszym paragrafie umowy<sup>40</sup>;
- 10 % wartości netto pierwotnej umowy<sup>41</sup>;

<sup>36</sup> J. Jerzykowski, jw.

<sup>37</sup> E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 439.

<sup>38</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>39</sup> Wyrok KIO z 13.06.2022 r., KIO 1118/22, LEX nr 3399642.

<sup>40</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>41</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.



- 15% wartości umowy<sup>42</sup>;
- 15% wynagrodzenia za niezrealizowaną część umowy<sup>43</sup>;
- 20 % w stosunku do wartości wynagrodzenia brutto odpowiednio dla danego pakietu będącego przedmiotem umowy, w wysokości z dnia zawarcia umowy<sup>44</sup>;

Zaprezentowane przykłady ukazują dużą rozbieżność w rozwiązaniach przyjętych w klauzulach waloryzacyjnych.

Ustalanie maksymalnej wartości wynagrodzenia na poziomie poniżej 10 %, szczególnie w przypadku umów o rocznym lub dłuższym okresie obowiązywania, budzi nasze wątpliwości prawne, w sytuacji gdy roczna inflacja znacznie przekroczyła 10 % za rok 2022 .

Godne uwagi jest odniesienie do limitu zmian ustalonego w art. 455 ust. 1 pkt 4 PZP (zmiana umowy ze względu na nieprzewidziane okoliczności). W przepisie tym określono, że wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie powinien przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy. Podobny limit wskazano w przypadku zmiany umowy na podstawie spec-ustawy (art. 48 ust. 1 *in fine*). Z tego względu za uzasadnione można uznać przyjęcie podobnego limitu w klauzuli waloryzacyjnej – w wysokości 50% wartości pierwotnej umowy brutto (z tą różnicą, że w przypadku klauzuli waloryzacyjnej byłaby to zarazem wartość łączna takich zmian).

## 2.8. OBOWIĄZKI WOBEC PODWYKONAWCÓW

W przypadku dokonania zmiany wynagrodzenia na podstawie klauzuli waloryzacyjnej, wykonawca jest zobowiązany do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy. Obowiązek ten dotyczy umów na dostawy zawartych na okres przekraczający 6 miesięcy.

## 2.9. WZÓR KLAUZULI WALORYZACYJNEJ – NOWE UMOWY

Poniżej przedstawiamy propozycję modelowej klauzuli waloryzacyjnej do umów dostawy wyrobów IVD na potrzeby nowych umów.

Ze względu na konieczność dostosowania niektórych elementów do specyfiki konkretnego zamówienia, część elementów przedstawiono wariantowo lub (w zakresie konkretnych wartości) pozostawiono je do wypełnienia.

---

<sup>42</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>43</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.

<sup>44</sup> Do uzupełnienia w wersji końcowej.



**1. Na podstawie art. 439 PZP strony dopuszczają zmianę wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (waloryzacja) na zasadach opisanych w niniejszym paragrafie.**

**2. Zmiany wynagrodzenia mogą polegać na podwyższeniu lub obniżeniu wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o:**

[● propozycja 1 – wskaźnik inflacji konsumenckiej]

**wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego;**

[● propozycja 2 – wskaźnik inflacji producenckiej]

**wskaźnik cen produkcji sprzedanej przemysłu publikowany przez Główny Urząd Statystyczny;**

[● propozycja 3 – kursy walut obcych]

**kurs średni waluty obcej euro / dolara amerykańskiego [● wybrać właściwe] ogłaszany przez Narodowy Bank Polski;**

[● propozycja 4 – ceny producenta]

**ceny stosowane przez producenta lub inny podmiot, od którego wykonawca nabywa asortyment będący przedmiotem umowy.**

**3. Każda ze Stron będzie uprawniona do żądania zmiany wynagrodzenia w przypadku, gdy:**

[● propozycja 1 – dla inflacji konsumenckiej]

**w okresie obowiązywania umowy wartość wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych w danym miesiącu w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku będzie wyższa o co najmniej 5 % od górnej granicy lub niższa o co najmniej 5 % od dolnej granicy odchyłeń od celu inflacyjnego, o którym mowa w założeniach polityki pieniężnej na rok, w którym została zawarta umowa (przy pierwszej waloryzacji) lub (przy kolejnych waloryzacjach) na rok, w którym nastąpiła ostatnia waloryzacja;**

[● propozycja 2 – uniwersalna dla wszystkich wskaźników, ale w przypadku wykonawców nieadekwatna do umów zawieranych gdy wskaźnik – np. inflacji – jest wysoki]

**wskaźnik, o którym mowa w ust. 1, zmieni się o co najmniej [●] % w stosunku do wskaźnika z daty zawarcia umowy (przy pierwszej waloryzacji) lub (przy kolejnych waloryzacjach) z daty ostatniej waloryzacji;**

[● propozycja 3 – dla zmian cen producenta]



**nastąpi zmiana cen, o których mowa w ust. 1, o co najmniej [●] % w stosunku do cen obowiązujących w dniu, w którym zawarto umowę;**

[● propozycja 4 – dla kursu waluty obcej]:

**nastąpi zmiana kursu euro / dolara amerykańskiego [● wybrać właściwe] w stosunku do złotego o co najmniej [●] % w stosunku do kursu z dnia, w którym zawarto umowę.**

**4. Zmiany mogą być wprowadzone na wniosek Strony, w drodze aneksu, nie wcześniej niż po upływie [●] miesięcy od dnia zawarcia umowy.**

**5. Warunkiem zmiany wynagrodzenia Wykonawcy będzie uprawdopodobnienie przez Stronę wnioskującą, że zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy miała wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy, za pomocą dowolnych środków dowodowych, w tym faktur, dokumentów rachunkowych, oświadczeń.**

**6. Zmiana wynagrodzenia nastąpi w wysokości**

[● propozycja 1 – uniwersalna dla wszystkich wskaźników]

**wynikającej z zastosowania wskaźnika, o którym mowa w ust. 1, w części wykraczającej poza wartości wskazane w ust. 2;**

[● propozycja 2 – dla kursów walut obcych]

**różnicy pomiędzy ceną przedmiotu umowy obliczoną na podstawie kursu euro / dolara amerykańskiego [● wybrać właściwe] z dnia waloryzacji a ceną obliczoną na podstawie kursu z dnia zawarcia umowy.**

**7. Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy jest dopuszczalna nie częściej niż raz na [●].**

**8. Suma zmian wynagrodzenia Wykonawcy wprowadzonych w trakcie obowiązywania umowy na podstawie niniejszego ustępu nie może przekroczyć 50 % wysokości wynagrodzenia brutto Wykonawcy określonego na dzień zawarcia umowy.**







### 3. WPROWADZENIE LUB ZMIANA KLAUZULI WALORYZACYJNEJ W UMOWACH W TOKU (ART. 48 UST. 1 PKT 2 I 3 PZP)

#### 3.1. UWAGI OGÓLNE

W dniu 10 listopada 2022 r. weszły w życie przepisy spec-ustawy, w tym jej art. 48. W ust. 1 tego przepisu wskazano:

*„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, która polega 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*

*- o ile wzrost wynagrodzenia wykonawcy spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.”*

Ponadto w ust. 2 wskazano:

*„2. W przypadku gdy zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczy zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, o której mowa w ust. 1 pkt 1-3:*

*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.”*



Celem przepisu art. 48 spec-ustawy jest zapewnienie ciągłości realizacji zamówień w aktualnej sytuacji gospodarczej, a także pomoc firmom w zachowaniu rentowności zawartych kontraktów, a tym samym w ich terminowej realizacji<sup>45</sup>.

Przepisy art. 48 ust. 1 pkt 2 i 3 wyraźnie upoważniają zamawiających do wprowadzenia do umów będących w toku w dniu wejścia w życie spec-ustawy (10 listopada 2022 r.) klauzul waloryzacyjnych. W przypadku zaś umów w toku, które takie klauzule zawierają, przepis upoważnia do dokonania ich odpowiedniej modyfikacji.

Ustawa nie określa wyczerpująco elementów klauzuli waloryzacyjnej, którą można wprowadzić (lub zmodyfikować) w umowach w toku. Konstruuąc taką klauzulę, należy odwołać się pomocniczo do art. 439 PZP. Dlatego w dalszej części, omawiając możliwość wprowadzenia lub zmiany klauzuli waloryzacyjnej na podstawie art. 48 ust. 1 pkt 2 lub 3 spec-ustawy, skupimy się na wskazaniu różnic względem zasad wynikających z art. 439 PZP omówionych wyżej.

### **3.2. POZIOM ZMIANY CENY MATERIAŁÓW LUB KOSZTÓW UPRAWNIAJĄCY STRONY UMOWY DO ŻĄDANIA ZMIANY WYNAGRODZENIA**

Podobnie jak w przypadku klauzul w nowych umowach, klauzula waloryzacyjna wprowadzana do umowy w toku powinna określać poziom zmiany cen lub kosztów, który będzie uprawniał do wnioskowania o zmianę wynagrodzenia.

Aktualne pozostają uwagi dotyczące klauzuli waloryzacyjnej w nowych umowach (zob. pkt 2.2), tzn.:

- Zmiana cen lub kosztów to zarówno ich wzrost, jak i spadek.
- W naszej ocenie dopuszczalne jest odwołanie się w treści klauzuli do zmiany cen lub kosztów konkretnego wykonawcy, jak i ogólnie w gospodarce.
- Ustawa nie określa minimalnego ani maksymalnego poziomu zmiany cen lub kosztów; możliwe jest waloryzowanie wynagrodzenia nawet od zerowego poziomu.
- Poziom zmiany uprawniający do waloryzacji wynagrodzenia powinien zostać ustalony w oparciu o analizę historycznej i aktualnej sytuacji rynkowej oraz z uwzględnieniem równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego na strony umowy.

Wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej do umowy w toku powinno nastąpić „w związku z istotną zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć”. Innymi słowy, jeżeli po zawarciu umowy doszło do istotnej i nieprzewidywalnej zmiany cen materiałów lub kosztów, strony mogą wprowadzić do umowy klauzulę waloryzacyjną, która pozwoli na stosowną zmianę wynagrodzenia.

---

<sup>45</sup> <https://www.gov.pl/web/rozwoj-technologie/waloryzacja-wynagrodzen-wykonawcow-w-zamowieniach-publicznych> (dostęp w dniu 5 stycznia 2023 r.)



Przepisy prawa nie precyzują, co oznacza „istotna” zmiana cen materiałów lub kosztów. Można przyjąć, że chodzi o zmianę w skali, która w sposób odczuwalny zaburza równowagę ekonomiczną na niekorzyść jednej ze stron. (zob. szerzej pkt 3.3 opracowania Kancelarii z 9 grudnia 2022 r.)

Nieprzewidywalność oznacza natomiast obiektywny brak możliwości przewidzenia danych okoliczności. Można powiedzieć, że zmiana cen materiałów i kosztów jest „nieprzewidywalna”, gdy okoliczności towarzyszące tej zmianie przekraczają standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu. (zob. szerzej pkt 3.4 opracowania Kancelarii z 9 grudnia 2022 r.) Należy podkreślić, że istotna i nieprzewidywalna zmiana cen lub kosztów musi zająć, **aby wprowadzić** (lub zmodyfikować) **klausulę waloryzacyjną** do umowy w toku. Natomiast dokonanie samej waloryzacji (zmiany wynagrodzenia) w oparciu o klauzulę następuje na warunkach w niej określonych, bez konieczności wykazywania istotnego i nieprzewidywalnego charakteru zmian cen lub kosztów.

### **3.3. POCZĄTKOWY TERMIN USTALENIA ZMIANY WYNAGRODZENIA**

Analogicznie do praktyki stosowanej na gruncie art. 439 PZP, naturalnym punktem odniesienia właściwym dla zmiany wynagrodzenia na podstawie nowej klauzuli waloryzacyjnej jest data zawarcia umowy. Możliwość wprowadzenia do umów w toku klauzul waloryzacyjnych (albo ich modyfikacji) ma na celu urealnienie wynagrodzenia wykonawcy, który kalkulował cenę w warunkach poprzedzających wystąpienie nieprzewidywalnych okoliczności. Z tego względu zasadne wydaje się uznanie, że data zawarcia umowy może być datą, od której zmiany cen lub kosztów mogą być brane pod uwagę przy określaniu prawa do waloryzacji i jej wysokości.

### **3.4. SPOSÓB USTALANIA ZMIANY WYNAGRODZENIA**

Przepisy dotyczące wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej do umów w toku (art. 48 ust. 2 pkt 2 spec-ustawy) wymieniają wprost tylko jeden sposób zmiany wynagrodzenia, mianowicie przez odesłanie do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności na podstawie wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa GUS. Zatem klauzula waloryzacyjna wprowadzona (lub zmodyfikowana) na podstawie art. 48 spec-ustawy może być oparta o te same wskaźniki, co klauzula w nowej umowie (zob. pkt 2.4 powyżej). W przypadku umów dostawy wyrobów IVD mogą to być w szczególności:

- wskaźnik inflacji konsumenckiej ogłaszany przez GUS,
- wskaźnik inflacji producenckiej ogłaszany przez GUS,
- kursy walut obcych ogłaszane przez NBP,
- wskaźniki cen rynkowych wybranych surowców.

### **3.5. SPOSÓB OKREŚLENIA WPŁYWU ZMIANY CENY MATERIAŁÓW LUB KOSZTÓW NA KOSZT WYKONANIA ZAMÓWIENIA**

W pełni aktualne pozostają uwagi dotyczące klauzuli waloryzacyjnej w nowych umowach (pkt 2.5 powyżej), tj.:



- Podstawą do obliczenia zmiany wynagrodzenia może być **sam fakt zmiany** wybranego wskaźnika.
- Ustawa nie wymaga od wykonawcy przedkładania dodatkowych dowodów i wyjaśnień w celu udowodnienia wpływu zmiany wskaźnika na jego rzeczywiste koszty realizacji zamówienia.
- Jeżeli jednak zamawiający oczekują od wykonawcy informacji w tym zakresie, nie jest konieczne, aby zamawiający z góry ustalał katalog wymaganych dokumentów; klauzula waloryzacyjna powinna pozostawiać stronie wnioskującej o waloryzację pewną swobodę w doborze środków, za pomocą których może wykazać wzrost kosztów.

### **3.6. OKRESY, W KTÓRYCH MOŻE NASTĘPOWAĆ ZMIANA WYNAGRODZENIA WYKONAWCY**

Również w tym zakresie uwagi dotyczące klauzul waloryzacyjnych w nowych umowach (pkt 2.6 powyżej) pozostają aktualne:

- Okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy, to zarazem okresy badania różnicy cen lub kosztów wskazanej jako zdarzenie warunkujące zmianę wynagrodzenia należnego wykonawcy.
- Ustawa nie określa minimalnej częstotliwości dokonywania waloryzacji.
- Okres waloryzacji powinien być sprzężony z ustalonym w klauzuli wskaźnikiem waloryzacji, jeśli ma on charakter okresowy (np. kwartalny wskaźnik inflacji).
- Okres waloryzacji powinien być także dostosowany do okresu obowiązywania danej umowy, a w przypadku umów w toku – do okresu pozostałego do końca umowy, tak aby rzeczywiście umożliwić dokonanie waloryzacji w okresie jej obowiązywania.

Należy podkreślić, że klauzula waloryzacyjna wprowadzona do umowy w toku może upoważniać strony do jednokrotnej lub wielokrotnej waloryzacji, w zależności od woli stron i spełnienia pozostałych przesłanek.

### **3.7. MAKSYMALNA WARTOŚĆ ZMIANY WYNAGRODZENIA**

W przypadku klauzul waloryzacyjnych wprowadzanych (lub modyfikowanych) do umów w toku ustawa przewiduje wyraźnie (art. 48 ust. 1 *in fine*), że wzrost wynagrodzenia wykonawcy spowodowany każdą kolejną zmianą nie może przekroczyć 50 % wartości pierwotnej umowy.

Wartość pierwotnej umowy to wartość brutto wynagrodzenia wykonawcy określona w umowie w sprawie zamówienia publicznego zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> Opinia UZP „Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp”, Warszawa, dnia 24 marca 2022 r.  
[https://www.uzp.gov.pl/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0018/54162/Dopuszczalnosc-zmiany-umowy-w-sprawie-](https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0018/54162/Dopuszczalnosc-zmiany-umowy-w-sprawie-)



### **3.8. PODZIAŁ KOSZTÓW MIĘDZY STRONAMI**

W art. 48 ust. 2 pkt 1 spec-ustawy wskazano, że w przypadku zmiany wynagrodzenia wykonawcy, także w wyniku zastosowania „*strony ponoszą zwiększony koszt wykonania zamówienia publicznego w uzgodnionych częściach*”.

Przepis ten nakazuje rozdzielenie konsekwencji nieprzewidywalnych zmian cen pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Przepis nie wymaga zastosowania konkretnej proporcji podziału kosztów, pozostawiając tę kwestię porozumieniu stron. W szczególności nie wymaga się, aby był to podział równy.

### **3.9. OBOWIĄZKI WOBEC PODWYKONAWCÓW**

W art. 48 ust. 3-5 spec-ustawy ustalono obowiązek zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy w przypadku waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy (także w wyniku zastosowania klauzuli waloryzacyjnej wprowadzenia/modyfikacji), w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy. Obowiązek ten spoczywa na wykonawcy, którego wynagrodzenie zostało podwyższone. Regulacja ta znajduje zastosowanie także do umów o podwykonawstwo zawartych między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą.

#### **3.10. SPOSÓB WPROWADZENIA/MODYFIKACJI KLAUZULI WALORYZACYJNEJ DO UMOWY W TOKU**

Zmiana umowy w toku, polegająca na wprowadzeniu lub modyfikacji klauzuli waloryzacyjnej powinna zostać przeprowadzona z zachowaniem formy pisemnej. Treść aneksu powinna zawierać co najmniej:

- wskazanie podstawy (podstaw) prawnej, w oparciu o którą zostanie zawarty aneks;
- uzasadnienie zaistnienia okoliczności faktycznych i prawnych zawarcia aneksu, w szczególności wykazanie realizacji przesłanek istotności i nieprzewidywalności oraz wyjaśnienie dlaczego wprowadzenie lub modyfikacja klauzuli waloryzacyjnej jest konieczne;
- treść nowej klauzuli waloryzacyjnej.

#### **3.11. WPROWADZENIE W ŻYCIE ZMIANY WYSOKOŚCI WYNAGRODZENIA NA PODSTAWIE KLAUZULI WALORYZACYJNEJ**

Sposób skorzystania z waloryzacji umownej zależeć będzie od ukształtowania przez zamawiającego klauzuli w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony klauzula taka może być stosowana automatycznie, gdy wszystkie przesłanki jej zastosowania zostaną przez zamawiającego określone precyzyjnie – w takim przypadku nie będzie wymagane żadne dodatkowe działanie strony umowy ani zmiana umowy. Z drugiej strony postanowienia umowne mogą zostać tak ukształtowane, że do zmiany wynagrodzenia dojdzie dopiero na żądanie strony po zaistnieniu określonych w umowie okoliczności. Gdy klauzula waloryzacyjna nie będzie zawierała elementów pozwalających na

---

zamowienia-publicznego-na-podstawie-art.-455-ust.-1-pkt-1-i-4-oraz-art.-455-ust.-2-ustawy-Pzp.pdf (dostęp w dniu 5 stycznia 2022 r.)



automatyczne określenie wysokości wynagrodzenia, konieczna będzie zmiana umowy i zawarcie stosownego aneksu.<sup>47</sup> Aneks powinien zostać zawarty w formie pisemnej.

Treść aneksu powinna zawierać co najmniej:

- wskazanie wybranej podstawy (podstaw) prawnej, w oparciu o którą zostanie zawarty aneks;
- uzasadnienie zaistnienia okoliczności faktycznych i prawnych zawarcia aneksu;
- określenie sposobu, warunków i wysokości zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

Poziom szczegółowości aneksu w zakresie ujawniania sposobu ustalenia kwoty waloryzacji jest uzależniony od woli stron. Załączenie do aneksu dokumentów, w oparciu o które ustalono sposób i wartość zmiany wynagrodzenia wykonawcy, nie jest obligatoryjne. Jeżeli jednak strony tak ustalą, wykonawca powinien dopilnować ochrony tajemnicy swojego przedsiębiorstwa w zakresie danych zawartych w takiej dokumentacji.

Po podpisaniu aneksu do umowy, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie umowy odpowiednio w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym UE. Przepisy nie określają terminu publikacji przez zamawiającego ogłoszenia o zmianie umowy. Stosując analogię do terminu publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, rekomendujemy przyjęcie terminu nie dłuższego niż 30 dni od dnia zmiany umowy. Niezależnie od tego, aneks do umowy stanowi załącznik protokołu postępowania, który jest jawny i udostępniany podmiotom zainteresowanym na wniosek, przy czym zgodnie z art. 74 ust. 2 PZP informacje mające charakter poufny nie są ujawniane.

### **3.12. ELEMENTY KLAUZULI WALORYZACYJNEJ WPROWADZANEJ DO UMOWY W TOKU**

Art. 48 ust. 1-3 spec-ustawy nie zawiera elementów klauzuli waloryzacyjnej wprowadzanej do umowy w toku. Jak zostało wskazane powyżej, wskazówki, z jakich elementów powinna składać się taka, klauzula wynikają z art. 439 ust. 2 PZP.

Poniżej przedstawiamy propozycję modelowej klauzuli waloryzacyjnej do umów dostawy wyrobów IVD na potrzeby umów w toku.

Ze względu na konieczność dostosowania niektórych elementów do specyfiki konkretnego zamówienia, część elementów przedstawiono wariantowo lub (w zakresie konkretnych wartości) pozostawiono je do wypełnienia.

---

<sup>47</sup> Klauzula waloryzacyjna w ustawie Prawo zamówień publicznych – opracowanie UZP, <https://www.uzp.gov.pl/strona-glowna/slider-aktualnosci/klauzula-waloryzacyjna-narzedzie-sprawnej-realizacji-zamowienia/klauzula-waloryzacyjna-narzedzie-sprawnej-realizacji-zamowienia> (dostęp w dniu 5.01.2022 r.)



**1. Strony dopuszczają zmianę wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (waloryzacja) na zasadach opisanych w niniejszym paragrafie.**

**2. Zmiany wynagrodzenia mogą polegać na podwyższeniu lub obniżeniu wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o:**

[● propozycja 1 – wskaźnik inflacji konsumenckiej]

**wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego;**

[● propozycja 2 – wskaźnik inflacji producenckiej]

**wskaźnik cen produkcji sprzedanej przemysłu publikowany przez Główny Urząd Statystyczny;**

**3. Każda ze Stron będzie uprawniona do żądania zmiany wynagrodzenia w przypadku, gdy:**

[● propozycja 1 – dla inflacji konsumenckiej]

**w okresie obowiązywania umowy wartość wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych w danym miesiącu w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku będzie wyższa o co najmniej 5 % od górnej granicy lub niższa o co najmniej 5 % od dolnej granicy odchyień od celu inflacyjnego, o którym mowa w założeniach polityki pieniężnej na rok, w którym została zawarta umowa (przy pierwszej waloryzacji) lub (przy kolejnych waloryzacjach) na rok, w którym nastąpiła ostatnia waloryzacja;**

[● propozycja 2 – uniwersalna dla wszystkich wskaźników, ale w przypadku wykonawców nieadekwatna do umów zawieranych gdy wskaźnik – np. inflacji – jest wysoki]

**wskaźnik, o którym mowa w ust. 1, zmieni się o co najmniej [●] % w stosunku do wskaźnika z daty zawarcia umowy (przy pierwszej waloryzacji) lub (przy kolejnych waloryzacjach) z daty ostatniej waloryzacji;**

**4. Zmiany mogą być wprowadzone na wniosek Strony, w drodze aneksu, nie wcześniej niż po upływie [●] miesięcy od dnia zawarcia umowy.**

**5. Warunkiem zmiany wynagrodzenia Wykonawcy będzie uprawdopodobnienie przez Stronę wnioskującą, że zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy miała wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy, za pomocą dowolnych środków dowodowych, w tym faktur, dokumentów rachunkowych, oświadczeń.**



#### **6. Zmiana wynagrodzenia nastąpi w wysokości**

*[● propozycja 1 – uniwersalna dla wszystkich wskaźników]*

**wynikającej z zastosowania wskaźnika, o którym mowa w ust. 1, w części wykraczającej poza wartości wskazane w ust. 2;**

#### **7. Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy jest dopuszczalna nie częściej niż raz na [●].**

#### **8. Wzrost wynagrodzenia Wykonawcy spowodowany każdą kolejną zmianą nie może przekroczyć 50 % wysokości wynagrodzenia brutto Wykonawcy określonego na dzień zawarcia umowy.**

### **3.13. WPROWADZENIE W ŻYCIE ZMIANY WYSOKOŚCI WYNAGRODZENIA NA PODSTAWIE KLAUZULI WALORYZACYJNEJ**

Sposób skorzystania z waloryzacji umownej zależy będzie od ukształtowania przez zamawiającego klauzuli w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony klauzula taka może być stosowana automatycznie, gdy wszystkie przesłanki jej zastosowania zostaną przez zamawiającego określone precyzyjnie – w takim przypadku nie będzie wymagane żadne dodatkowe działanie strony umowy ani zmiana umowy. Z drugiej strony postanowienia umowne mogą zostać tak ukształtowane, że do zmiany wynagrodzenia dojdzie dopiero na żądanie strony po zaistnieniu określonych w umowie okoliczności. Gdy klauzula waloryzacyjna nie będzie zawierała elementów pozwalających na automatyczne określenie wysokości wynagrodzenia, konieczna będzie zmiana umowy i zawarcie stosownego aneksu.<sup>48</sup> Aneks powinien zostać zawarty w formie pisemnej.

Treść aneksu powinna zawierać co najmniej:

- wskazanie wybranej podstawy (podstaw) prawnej, w oparciu o którą zostanie zawarty aneks;
- uzasadnienie zaistnienia okoliczności faktycznych i prawnych zawarcia aneksu;
- określenie sposobu, warunków i wysokości zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

Poziom szczegółowości aneksu w zakresie ujawniania sposobu ustalenia kwoty waloryzacji jest uzależniony od woli stron. Załączenie do aneksu dokumentów, w oparciu o które ustalono sposób i wartość zmiany wynagrodzenia wykonawcy, nie jest obligatoryjne. Jeżeli jednak strony tak ustalą,

<sup>48</sup> Klauzula waloryzacyjna w ustawie Prawo zamówień publicznych – opracowanie UZP, <https://www.uzp.gov.pl/strona-glowna/slider-aktualnosci/klauzula-waloryzacyjna-narzedzie-sprawnej-realizacji-zamowienia/klauzula-waloryzacyjna-narzedzie-sprawnej-realizacji-zamowienia> (dostęp w dniu 5.01.2022 r.)





wykonawca powinien dopilnować ochrony tajemnicy swojego przedsiębiorstwa w zakresie danych zawartych w takiej dokumentacji.

Po podpisaniu aneksu do umowy, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie umowy odpowiednio w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym UE. Przepisy nie określają terminu publikacji przez zamawiającego ogłoszenia o zmianie umowy. Stosując analogię do terminu publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, rekomendujemy przyjęcie terminu nie dłuższego niż 30 dni od dnia zmiany umowy. Niezależnie od tego, aneks do umowy stanowi załącznik protokołu postępowania, który jest jawny i udostępniany podmiotom zainteresowanym na wniosek, przy czym zgodnie z art. 74 ust. 2 PZP informacje mające charakter poufny nie są ujawniane.

#### **4. NARZĘDZIA OCHRONY PRAWNEJ WYKONAWCY W ZWIĄZKU Z WALORYZACJĄ WYNAGRODZENIA**

##### **4.1. W PRZYPADKU NOWYCH UMÓW**

###### **a) Brak klauzuli waloryzacyjnej w projekcie umowy**

W przypadku braku klauzuli waloryzacyjnej w projekcie umowy, wykonawca może skorzystać z dwóch, odrębnych narzędzi:

###### **– Odwołanie do KIO**

Odwołanie do KIO może dotyczyć wadliwej treści dokumentów zamówienia (projekt umowy) wraz z żądaniem nakazania zamawiającemu wprowadzenia do projektu umowy postanowień waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy zgodnie z przepisem art. 439 PZP.

Podstawą zarzutu odwołania do KIO byłoby naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie przez zamawiającego określenia w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów.

Zaleca się, aby treść odwołania zawierała propozycję prawidłowo skonstruowanego klauzuli waloryzacyjnej.

Termin na wniesienie odwołania do KIO liczony jest od dnia zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej i wynosi 10 dni dla przetargów unijnych<sup>49</sup> albo 5 dni dla przetargów krajowych<sup>50</sup>.

Wnosząc odwołanie na czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy należy uiścić wpis w wysokości 15 000 (przetargi unijne) albo 7.500 zł (przetargi krajowe). W przypadku wygrania sprawy (tj. wydania przez KIO wyroku uwzględniającego odwołanie albo uznanie odwołania przez

---

<sup>49</sup> Przez przetargi unijne rozumie się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość jest równa lub przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 PZP.

<sup>50</sup> Przez przetargi krajowe rozumie się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość jest mniejsza niż progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 PZP.



zamawiającego), wykonawca otrzyma zwrot wpisu. W przypadku odrzucenia lub oddalenia odwołania przez KIO, koszty ponosi odwołujący.

Związek Pracodawców Medtech Polska jest wpisany na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, w związku z czym jest uprawniony do złożenia odwołania do KIO w sprawach dotyczących poszczególnych przedsiębiorców.

– **Wniosek wykonawcy o wyjaśnienie treści SWZ**

Niezależnie od uprawnienia do wniesienia odwołania do KIO, wykonawca może skorzystać z możliwości złożenia wniosku o wyjaśnienie treści SWZ. W przypadku braku klauzuli waloryzacyjnej w projekcie umowy, zaleca się aby wniosek o wyjaśnienie treści SWZ zawierał co najmniej:

- Informację, że zgodnie z art. 439 ust. 1 PZP umowa, której przedmiotem są dostawy, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, powinna zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;
- Informację, że brak klauzuli waloryzacyjnej w projekcie umowy stanowi naruszenie przepisów PZP;
- Treść proponowanej klauzuli waloryzacyjnej;
- Pytanie, czy zamawiający wyraża zgodę na zawarcie w umowie klauzuli waloryzacyjnej o proponowanej treści.

Opisany wniosek należy złożyć w terminie 14 dni (przetargi unijne) albo 7 dni (przetargi krajowe) przed upływem terminu składania ofert. W takim wypadku zamawiający jest obowiązany udzielić odpowiedzi. W przypadku wniosku złożonego po terminie zamawiający nie musi, ale może udzielić odpowiedzi.

W odpowiedzi na wniosek zamawiający powinien zająć stanowisko, czy wyraża zgodę na dodanie klauzuli waloryzacyjnej do projektu umowy. Zmiana projektu umowy poprzez dodanie klauzuli waloryzacyjnej stanowi zmianę treści SWZ. Zamawiający powinien udostępnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania dokonaną zmianę. Jeżeli zmiana treści SWZ byłaby istotna dla sporządzenia oferty lub wymagała od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty. Ocenę w tym zakresie dokonuje zamawiający, w zależności od okoliczności danego postępowania.

Wystąpienie o wyjaśnienie SWZ nie wstrzymuje biegu terminu na ewentualne wniesienie odwołania na treść SWZ. Dlatego wybierając tę opcję, wykonawca powinien mieć świadomość ryzyka równoległego upływu terminu na zaskarżenie SWZ.

Możliwe jest równoległe wystąpienie o wyjaśnienie SWZ oraz zaskarżenie SWZ do KIO, z możliwością cofnięcia odwołania do czasu zamknięcia rozprawy. Jeżeli odwołanie zostanie cofnięte do dnia, na



który został wyznaczony termin rozprawy – zwrotowi podlega 90% wpisu. Jeżeli natomiast odwołanie zostanie cofnięte po otwarciu rozprawy – wpis nie podlega zwrotowi.

#### **b) Wadliwa klauzula waloryzacyjna w projekcie umowy**

Treść klauzuli waloryzacyjnej powinna odpowiadać wymogom prawa, tj. uwzględniać elementy określone w art. 439 ust. 2 PZP oraz pozostawać w zgodzie z innymi przepisami prawa. Za wadliwą można zatem uznać klauzulę waloryzacyjną, która wprawdzie zawiera wszystkie wymagane przez art. 439 ust. PZP elementy (jest formalnie prawidłowa), jednak narusza inne przepisy PZP, w tym zasady ogólne udzielania zamówień.

Przykładem uprawnionego zarzutu dotyczącego klauzuli waloryzacyjnej może być naruszenie zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 16 pkt 3 PZP. W myśl tej zasady należy zachować równowagę pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców.<sup>51</sup> Klauzula, która przewiduje nieosiągalne dla wykonawcy progi waloryzacji, może zostać uznana za niezgodną z zasadą proporcjonalności.

Podstawą zarzutu może być również zasada efektywności ekonomicznej ustalona w art. 17 ust. 1 pkt 2 PZP, zgodnie z którą zamawiający powinien dokonać zakupu produktów o najlepszej jakości uzasadnionej charakterem zamówienia, w ramach możliwych do realizacji zamówienia środków.<sup>52</sup> Nieadekwatna do okoliczności rynkowych klauzula waloryzacyjna może uniemożliwić wykonawcy realizację zamówienia zgodnie z umową, a przez to negatywnie wpłynąć na zaspokojenie potrzeb zamawiającego w ramach środków przeznaczonych na realizację zamówienia.

Jeżeli klauzula waloryzacyjna umieszczona w projekcie umowy jest w ocenie wykonawcy wadliwa, wówczas ma on prawo wniesienia odwołania do KIO na jej treść. Termin na wniesienie odwołania do KIO i wymogi formalne (w tym wysokość wpisu) są analogiczne jak w przypadku braku klauzuli waloryzacyjnej w umowie (zob. wyżej).

#### **c) Brak lub wadliwa klauzula waloryzacyjna w zawartej umowie**

Wpływ braku lub wadliwości klauzuli waloryzacyjnej w umowie podpisanej i realizowanej przez strony wymaga każdorazowej indywidualnej oceny prawnej. Można jednak w sposób ogólny stwierdzić, że taki brak lub wadliwość może być potencjalnie przyczyną nieważności umowy z powodu sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Żądanie stwierdzenia nieważności umowy może być przedmiotem powództwa cywilnego o ustalenie, bądź podstawą do zaniechania jej realizacji i żądania wzajemnego rozliczenia wykonanych świadczeń.

#### **d) Odmowa zastosowania klauzuli waloryzacyjnej**

<sup>51</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 356/21

<sup>52</sup> M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 17, LEX.



Skutki odmowy przez zamawiającego waloryzacji wynagrodzenia różnią się w zależności od treści przyjętej w umowie klauzuli waloryzacyjnej.

Istnieje możliwość ukształtowania klauzuli automatycznej zmiany wynagrodzenia, zgodnie z którą gdy wystąpią określone w klauzulach warunki, do zmiany wysokości wynagrodzenia dochodzi bez konieczności dodatkowych działań stron (w tym bez konieczności podpisywania aneksu). W takim wypadku w razie odmowy uwzględnienia zmiany wynagrodzenia w rozliczeniach przez jedną ze stron, drugiej przysługuje roszczenie o realizację umowy zgodnie z jej zwaloryzowaną treścią (tj. w przypadku wykonawcy roszczenie o zapłatę, zaś w przypadku zamawiającego roszczenie o wykonanie umowy, a w razie braku wykonania roszczenie o naprawienie szkody, ew. o zapłatę kary umownej).

Natomiast w przypadku gdy klauzula waloryzacyjna przewiduje konieczność złożenia przez stronę domagającą się waloryzacji – odpowiedniego wniosku oraz rozpatrzenie tego wniosku przez drugą ze stron, należy przyjąć, że strona, do której złożono żądanie, jest zobowiązana rozpatrzyć wniosek, a jeżeli zaś potwierdzą się okoliczności uprawniające do złożenia wniosku waloryzacyjnego, strona ta powinna podjąć negocjacje w zakresie wprowadzenia zmiany umowy. Odmowa podjęcia negocjacji może być rozpatrywana jako naruszenie umowy, co może aktualizować roszczenia odszkodowawcze stron żądającej. Roszczenie odszkodowawcze przysługuje także w przypadku prowadzenia przez drugą stronę negocjacji z naruszeniem dobrych obyczajów (np. bez zamiaru zawarcia umowy, poprzez opóźnianie lub przeciąganie negocjacji, proponowanie postanowień niemożliwych do przyjęcia<sup>53</sup>).

Należy mieć świadomość, że o ile z klauzuli waloryzacyjnej nie wynika obowiązek wprowadzenia zmiany wynagrodzenia w określonej wysokości, wprowadzenie zmiany, w tym jej treść, wymaga zgodnej woli stron.

#### **4.2. W PRZYPADKU UMÓW W TOKU**

##### **a) Odmowa waloryzacji na podstawie art. 48 ust. 1 pkt 1 spec-ustawy lub art. 455 ust. 1 pkt 4 PZP**

W przypadku odmowy waloryzacji wynagrodzenia pomimo ziszczenia się przesłanek ustawowych lub umownych, istnieje możliwość domagania się przeprowadzenia waloryzacji sądowej w drodze powództwa cywilnego. Żądanie wykonawcy może mieć postać samodzielnego powództwa o ukształtowanie zobowiązania i jego zasądzenie na podstawie art. 357<sup>1</sup> § 1 KC. Należy podkreślić, że jest to jednak wyjątkowy sposób waloryzacji wynagrodzenia i wymaga wykazania **nadzwyczajnej** zmiany stosunków społeczno-gospodarczych.

Roszczenie o sądową zmianę wysokości wynagrodzenia jest w praktyce trudne do dochodzenia, a czas trwania postępowania sądowego może istotnie wpłynąć na sytuację finansową wykonawcy. Z tego względu należy rozważyć alternatywne środki rozwiązywania sporów, o których mowa w pkt 4.3 opracowania.

---

<sup>53</sup> Art. 72 KC red. Załucki 2023, wyd. 3/Polański, Legalis.



#### **b) Odmowa wprowadzenia lub modyfikacji klauzuli waloryzacyjnej**

Wprowadzenie do umowy w toku klauzuli waloryzacyjnej lub jej modyfikacja nie jest obowiązkowe – przepisy przewidują jedynie taką możliwość. W przypadku odmowy zamawiającego brak jest zatem roszczenia po stronie wykonawcy o przeprowadzenie ww. czynności. Tym samym brak jest możliwości wystąpienia do sądu z powództwem o nakazanie wprowadzenia klauzuli lub jej zmianę (chyba, że zaistnieją przesłanki do wystąpienia z powództwem na podstawie art. 357<sup>1</sup> § 1 KC). Negocjacje w tym zakresie mogą być natomiast przedmiotem mediacji albo innego pozasądowego sposobu rozwiązywania sporów.

### **4.3. POZASĄDOWE SPOSOBY ROZWIĄZYWANIA SPORÓW**

W przypadku braku porozumienia z zamawiającym w zakresie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, istnieje możliwość skorzystania z pozasądowych (alternatywnych) sposobów rozwiązywania sporów. Zawarcie ugody jest możliwe w sprawach o charakterze majątkowym, przy czym nie jest konieczne, żeby dotyczyły one bezpośrednio świadczenia pieniężnego. Można uznać, że majątkowym charakterze roszczenia decyduje ściśle powiązanie przedmiotu rozstrzygnięcia z mieniem wykonawcy lub istnienie bezpośredniego wpływu na stan mienia wykonawcy lub bezpieczeństwo tego mienia.<sup>54</sup> Tym samym można rozważyć wykorzystanie pozasądowych sposobów rozwiązywania sporu zarówno w przypadku sporów o brak klauzuli waloryzacyjnej w umowie lub jej wadliwość w zawartych umowach, jak i w sytuacji odmowy waloryzacji wynagrodzenia przez zamawiającego.

Istnieją trzy podstawowe sposoby polubownego rozwiązywania sporów – mediacja, koncyliacja i arbitraż. Przepisy nie ustalają ograniczenia w zakresie metod rozwiązywania sporu w sprawach o zamówienia publiczne, dopuszczając wszystkie, akceptowalne przez strony umowy, formy pozasądowego rozstrzygnięcia sporu. Decyzję w sprawie wyboru sądu polubownego, konkretnego mediatora lub koncyliatora pozostawiono stronom umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jako jedną z dostępnych instytucji PZP wyróżnia Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej RP.

Strona zainteresowana pozasądowym rozwiązaniem sporu powinna złożyć wniosek do wybranej instytucji. Poddanie sporu próbie polubownego rozwiązania jest dobrowolne, w związku z czym wymagana jest zgoda drugiej strony.

#### **a) Mediacja**

Mediacja jest metodą rozwiązywania sporów, w której strony z pomocą bezstronnego i neutralnego mediatora prowadzą negocjacje, wypracowując obopólnie satysfakcjonujące porozumienie. Przystąpienie do mediacji nie wiąże się z obowiązkiem zawarcia ugody, jak również nie przekreśla prawa stron do dochodzenia swoich racji przed sądem w przypadku jej niezawarcia.

Opłata za postępowanie mediacyjne prowadzone przez Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej RP wynosi 5.000 zł i jest uiszczana po jego zakończeniu. Jeżeli w trakcie postępowania odbyły się więcej

---

<sup>54</sup> Art. 591 PZP red. Sieradzka 2022/Bogusławski, Legalis.



niż 3 posiedzenia, opłata ulega zwiększeniu o 1000 zł za każde kolejne posiedzenie. Do opłaty za postępowanie mediacyjne dolicza się należny podatek VAT.

Wysokość opłaty za przeprowadzone postępowanie strony pokrywają w częściach równych, chyba że postanowiły inaczej.

#### **b) Koncyliacja**

W przypadku koncyliacji spór rozpatrywany jest przez koncyliatora, który proponuje sposób rozstrzygnięcia sporu, które może być zaakceptowane przez strony lub też pozwoli im na wypracowanie własnego rozwiązania sporu. Akceptacja zaproponowanego rozwiązania pozostaje wyłącznym uprawnieniem stron. Zadaniem koncyliatora jest opracowanie odpowiednich rozwiązań w formie propozycji koncyliacyjnej, którą zgodziłyby się zaakceptować strony.<sup>55</sup>

Opłata za postępowanie koncyliacyjne prowadzone przez Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej RP wynosi 5.000 zł i jest uiszczana po jego zakończeniu. Do opłaty dolicza się należny podatek VAT. Wysokość opłaty za przeprowadzone postępowanie strony pokrywają w częściach równych, chyba że postanowiły inaczej. Arbitraż stanowi alternatywę wobec postępowania sądowego. Istotą arbitrażu jest powierzenie przez strony sporu, na podstawie umowy (zapis na sąd polubowny – w klauzuli waloryzacyjnej albo po złożeniu wniosku przez wykonawcę i wyrażeniu zgody przez zamawiającego), kompetencji do jego wiążącego rozstrzygnięcia wybranym osobom (arbitrom).

#### **c) Arbitraż**

Wysokość opłaty za przeprowadzenie postępowania arbitrażowego przed Sądem Polubownym przy Prokuraturii Generalnej RP wynosi 10 000 zł + należny podatek VAT. W przypadku gdy w sprawie o prawa majątkowe poddanej rozstrzygnięciu Sądu Polubownego wartość przedmiotu sprawy przekracza 200 000 zł, wysokość opłaty za przeprowadzenie postępowania wynosi 5% wartości przedmiotu sprawy + należny podatek vat, jednak nie więcej niż 100 000 zł (z podatkiem VAT).

W sprawach rozstrzyganych w składzie jednoosobowym wysokość opłaty wynosi 50% należnej opłaty.

Opłatę za arbitraż uiszcza się przed złożeniem pozwu. Na żądanie którejkolwiek ze stron, w orzeczeniu kończącym postępowanie Zespół Orzekający rozstrzyga o ponoszeniu kosztów postępowania

### **5. PODSUMOWANIE ANALIZY**

Z powyższej analizy płyną następujące wnioski:

5.1. Klauzule waloryzacyjne w nowych umowach powinny realnie umożliwiać przeprowadzenie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia.

5.2. Istnieją narzędzia prawne umożliwiające reakcję zarówno na brak klauzuli waloryzacyjnej w nowych umowach, jak i jej wadliwą konstrukcję (w tym uniemożliwienie waloryzacji ze względu na

---

<sup>55</sup> Art. 591 PZP red. Sieradzka 2022/Bogusławski, Legalis.



nieadekwatne wymagania). W takich sytuacjach wykonawcy mogą skorzystać z instytucji wyjaśnień treści SWZ lub odwołania do KIO. Związek Pracodawców Medtech Polska jest uprawniony do złożenia odwołania do KIO w sprawach dotyczących poszczególnych przedsiębiorców.

5.3. W przypadku umów w toku wykonawca może wnioskować o wprowadzenie albo modyfikację klauzuli waloryzacyjnej, jeżeli nastąpiła istotna i nieprzewidywalna cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego. Przesłanki te są analogiczne do przesłanek zmiany wynagrodzenia na podstawie przepisów prawa.

5.4. W przypadku umów w toku należy rozważyć występowanie równoległe z wnioskami o waloryzację i wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej do umowy.

5.5. W razie odmowy współpracy ze strony zamawiającego wykonawca może skorzystać z jednej z form polubownego rozwiązania sporu. W szczególności godne rozważa wydaje się w takim przypadku skorzystanie z mediacji lub koncyliacji). Jedną z instytucji oferujących możliwość skorzystania z tych trybów jest Sąd Polubowny przy Prokuraturze Generalnej RP jako instytucja dedykowana (zgodnie z PZP) do rozwiązywania sporów wynikających z realizacji zamówień publicznych.

5.6. W przypadku braku możliwości ugodowego rozwiązania sporu, istnieje możliwość dochodzenia praw w sądzie powszechnym – po uprzedniej analizie zasadności ewentualnych roszczeń.

\* \* \*