
Do: Związek Pracodawców Outsourcingu **Od:** Dentons Europe Dąbrowski i Wspólnicy Sp. k.

Temat: Analiza prawna kwestii związanych ze zmianą wynagrodzenia z tytułu realizacji zamówienia publicznego na niektóre rodzaje usług w okolicznościach nieprzewidzianych zmian gospodarczych **Data:** 17 stycznia 2024 r.

1. WSTĘP I ZAŁOŻENIA

- 1.1. Związek Pracodawców Outsourcingu („**Klient**”) zlecił nam przygotowanie memorandum prawnego dotyczącego następujących zagadnień:
- 1.1.1. analiza prawna art. 455 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych („**PZP**”) oraz art. 48 ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców („**ZUP**”) w kontekście możliwości zmiany wynagrodzenia umownego (waloryzacji) wykonawcy zamówienia publicznego na tzw. usługi dotyczące obsługi nieruchomości (np. ochrona, sprzątanie, utrzymanie terenów zielonych, usługi pomocowe przy pacjencie, catering, usługi pralnicze), zwane dalej „**Usługami**”, w przypadku niewystarczającego charakteru klauzul umownych opartych na art. 436 i 439 PZP, z uwagi na okoliczności związane z radykalnym wzrostem wszystkich kosztów (w tym kosztów pośrednich) realizacji zamówienia w wyniku m.in. podwyżek minimalnego wynagrodzenia, niespotykanych wcześniej podwyżek wynagrodzenia przeciętnego (presja całej struktury płacowej), inflacji, skutków COVID-19 i wojny na Ukrainie (i spowodowanego nimi naruszenia łańcuchów dostaw, zmiany na rynku pracy, itd.),
 - 1.1.2. analiza prawna możliwości wypowiedzenia umowy przez wykonawcę zamówienia publicznego o świadczenie Usług, na podstawie art. 746 § 2 Kodeksu cywilnego (dalej jako „**KC**”), z ważnych powodów, z uwagi na brak waloryzacji wynagrodzenia przez zamawiającego.
- 1.2. Zgodnie z informacjami otrzymanymi od Klienta rozumiemy, że Usługi będące przedmiotem niniejszej analizy polegają przede wszystkim na wykonywaniu czynności faktycznych, mając co do zasady charakter ciągły lub powtarzający się i nie stanowią

świadczenia jednorazowego. Główny element struktury kosztów ich realizacji stanowią wynagrodzenia pracowników, które to koszty są ponoszone zasadniczo na bieżąco przez cały okres świadczenia Usług, bez możliwości ich kumulowania. Charakterystyką tego typu umów o zamówienia publiczne jest także ich długoterminowość (powyżej 6-12 miesięcy), niska marżowość, duża konkurencja oraz rozproszony (niescentralizowany) charakter.

- 1.3. Analiza ma charakter abstrakcyjny i ogólny. Nie odnosi się do konkretnej umowy i nie wskazuje na nasze stanowisko w przedmiocie oceny konkretnych – zaistniałych albo przyszłych – stanów faktycznych lub prawnych.
- 1.4. Analiza dotyczy wskazanych wyżej rodzajów umów o zamówienie publiczne, do których mają zastosowanie przepisy prawa wskazane w pkt 1.1. powyżej.
- 1.5. Istnienie okoliczności faktycznych wskazanych w pkt 1.1.1 powyżej (okoliczności związane z radykalnym wzrostem wszystkich kosztów, w tym kosztów pośrednich, realizacji zamówienia, w wyniku m.in. podwyżek minimalnego wynagrodzenia, niespotykanymi wcześniej podwyżkami wynagrodzenia przeciętnego - presja całej struktury płacowej - inflacją, skutkami COVID-19 i wojny na Ukrainie, jak i spowodowanym nimi naruszeniem łańcuchów dostaw, zmiany na rynku pracy itd.) oraz ich nieprzewidywalny charakter i wpływ na konieczność zmiany umowy o udzielenie danego zamówienia publicznego, zostały przyjęte jako założenie na potrzeby niniejszego memorandum. Jak rozumiemy, chodzi o sytuacje wykraczające poza zwykłe ryzyko kontraktowe w stosunkach danego rodzaju, w tym m.in. związane z bezprecedensowym wzrostem płacy minimalnej, presji płacowej z tym związanej, rekordowej inflacji czy wzrostem odsetek od kredytów bankowych.
- 1.6. W analizie objętej niniejszym memorandum przedstawiamy naszą interpretację wskazanych wyżej przepisów PZP, ZUP oraz KC w brzmieniu obowiązującym na dzień sporządzenia memorandum odnosząc się do określonych powyżej zagadnień. W szczególności, zakres niniejszej analizy nie obejmuje innych, niewskazanych w jej treści zagadnień, w tym dalszych potencjalnych skutków zastosowania ww. przepisów. Zastrzegamy przy tym, że przedstawione wnioski mogą ulec zmianie, zwłaszcza w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego, zmiany stanu prawnego lub rozwoju jego interpretacji w praktyce lub orzecznictwie sądów. Nie sposób także przesądzić przyszłego stanowiska sądu, organu lub podmiotu w konkretnej sprawie. Dlatego też nie sposób wykluczyć ryzyka niepodzielenia prezentowanego w niniejszej analizie stanowiska przez podmioty interpretujące lub stosujące prawo.
- 1.7. Niniejsze memorandum nie może stanowić podstawy jakiegokolwiek naszego zobowiązania lub odpowiedzialności wobec osób trzecich.

2. PODSUMOWANIE

W naszej ocenie, w odniesieniu do zamówień publicznych na wskazane powyżej Usługi oraz z zastrzeżeniem uwag wskazanych w dalszej jego części, należy stwierdzić, co następuje:

- 2.1. **zmiana wynagrodzenia wykonawcy, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b PZP, powinna nastąpić w takim stopniu, w jakim wskazane tam okoliczności wpływają na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę;** przepis ten nie przewiduje limitacji waloryzacji w okolicznościach w nim opisanych;

- 2.2. **klauzule waloryzacyjne wymagane zgodnie z art. 439 PZP to klauzule mające na celu zabezpieczenie stron umowy przede wszystkim na sytuacje wahań cen i kosztów na etapie realizacji umowy, możliwe do rozsądnego przewidzenia, lecz niepewne na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacji natomiast, w której zachodzą zmiany w otoczeniu gospodarczym o charakterze niemożliwym do przewidzenia, zastosowanie mogą znaleźć art. 455 ust. 1 pkt 4 PZP oraz art. 48 ZUP;**
- 2.3. **art. 439 PZP powinien być rozumiany jako nakładający obowiązek wprowadzenia umownych klauzul waloryzacyjnych we wskazanych w nim przypadkach, określających przesłanki do nabycia przez wykonawcę uprawnienia do waloryzacji.** Zamawiający nie powinni tworzyć sztucznych barier do skorzystania z takiego uprawnienia, na przykład poprzez zwłokę w ocenie zajścia przesłanek uprawniających do waloryzacji czy stawianie nieproporcjonalnych, nieuzasadnionych wymogów dokumentacyjnych;
- 2.4. **w odpowiednich przypadkach art. 455 ust. 1 pkt 4 PZP lub art. 48 ZUP mogą stanowić podstawę prawną m.in. do zmiany wynagrodzenia w sposób uwzględniający wzrost kosztów realizacji zamówienia, jak również podstawę do rewizji klauzul waloryzacyjnych określonych w umowach;** zawarcie w umowie klauzul waloryzacyjnych przewidzianych w art. 436 lub 439 PZP nie wyklucza możliwości zmiany wynagrodzenia na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 PZP lub art. 48 ZUP;
- 2.5. **gwałtowny, istotny wzrost kosztów realizacji zamówienia, spowodowany nadzwyczajnymi, nieprzewidywalnymi zmianami gospodarczymi, połączony z odmową zamawiającego koniecznego podwyższenia wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy, mimo spełnienia przesłanek z art. 455 ust. 1 pkt 4 PZP lub art. 48 ZUP, może w okolicznościach danej sprawy, zostać uznany za „ważny powód” wypowiedzenia umowy o świadczenie Usług w rozumieniu art. 746 § 2 i 3 KC, w szczególności gdy skutkuje nierentownością kontraktu i stratą po stronie wykonawcy. Konkluzja ta mogłaby być także, w okolicznościach danej sprawy, zasadna w przypadku bezzasadnej odmowy lub uporczywego utrudniania w złej wierze podwyższenia wynagrodzenia, wbrew istniejącemu po stronie wykonawcy uprawnieniu do waloryzacji na podstawie klauzul umownych zgodnych z art. 436 pkt 4 lit. b lub art. 439 PZP. W każdym wypadku niezbędne jest przy tym rozważenie wszelkich relewantnych okoliczności danej sprawy, w tym wykładni postanowień umowy, skali negatywnych skutków dla podlegających ochronie interesów stron, należytego wykonywania zobowiązań umownych stron czy realizacji obowiązku współdziałania. Kwestie wypowiedzenia umowy na podstawie art. 746 § 2 KC należy zawsze badać indywidualnie na gruncie konkretnego stanu faktycznego, w tym treści zawartej umowy i wszelkich okoliczności towarzyszących. Treść umowy może regulować te aspekty w sposób szczególny. Ponadto, pojęcie „ważnych powodów” w rozumieniu art. 746 KC jest niedookreślone, co może prowadzić do potencjalnych sporów w zakresie oceny ich zajścia;**
- 2.6. odpowiednie stosowanie art. 746 § 2 KC do umów o świadczenie Usług (art. 750 KC) może stanowić podstawę do interpretacji danego stosunku umownego jako wyłączającego możliwość wypowiedzenia takiej umowy **ze skutkiem**

natychmiastowym oraz nakazywać odpowiednie zabezpieczenie interesu zamawiającego i interesu publicznego;

- 2.7. w przypadku skutecznego wypowiedzenia umowy na podstawie art. 746 KC z „ważnych powodów”, takie **wypowiedzenie nie powinno stanowić podstawy naliczenia kary umownej zastrzeżonej na wypadek rozwiązania umowy;**
- 2.8. w celu ograniczenia ryzyka bezskuteczności wypowiedzenia na podstawie art. 746 KC lub ograniczenia ryzyka odpowiedzialności odszkodowawczej, ewentualne **wypowiedzenie powinno być poprzedzone odpowiednimi aktami staranności, w tym działaniami mitygacyjnymi (którymi mogą być m.in. umotywowane wezwanie do zmiany wynagrodzenia i podjęcia w tym celu negocjacji w dobrej wierze, wyznaczenie odpowiedniego terminu dodatkowego w tym zakresie, uprzedzenie o zamiarze wypowiedzenia z uzasadnieniem), jak również działaniami zaradczymi wobec przedterminowego rozwiązania umowy, a także pozwalać na zabezpieczenie kontynuacji Usług,**
przy czym w przypadku braku „ważnych powodów” wypowiedzenia umowy, powyższe działania nie wyłączają zasadniczo odpowiedzialności odszkodowawczej;
- 2.9. wskazane wyżej wnioski w zakresie interpretacji art. 746 § 2-3 KC są ponadto poczynione z zastrzeżeniem ewentualnych inaczej regulujących te kwestie postanowień umownych oraz konieczności indywidualnej analizy każdego przypadku z uwzględnieniem wszelkich okoliczności faktycznych i prawnych oraz związanych z tym ryzyk;
- 2.10. ostateczna **ocena wskazanych wyżej aspektów zawsze powinna być dokonywana na podstawie oceny konkretnego stanu faktycznego**, w tym treści danej umowy o zamówienie publiczne, całokształtu okoliczności towarzyszących, charakteru stosunku prawnego łączącego strony, jak również oceny potencjalnych skutków dla stron.

3. OBLIGATORYJNE KLAUZULE WALORYZACYJNE W PZP

- 3.1. W celu dokonania analizy w zakresie wskazanym na wstępie, zasadnym jest w pierwszej kolejności zwięzłe odniesienie się do zasad funkcjonowania klauzul waloryzacyjnych określonych w art. 436 pkt 4 lit. b PZP oraz art. 439 PZP.
- 3.2. Zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. b PZP, umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierane na okres dłuższy niż 12 miesięcy obligatoryjnie określają zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:
 - 3.2.1. stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego;
 - 3.2.2. wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - 3.2.3. zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne;

- 3.2.4. zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. poz. 1079)
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.
- 3.3. Jak wskazuje się w doktrynie¹ za uzasadnieniem samej ustawy zmieniającej², zasadniczym celem tak określonych postanowień umowy jest ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może ponieść w przypadku zamówienia długoterminowego w związku ze wzrostem obciążeń finansowych, które stanowią element kosztów jego realizacji. Takie klauzule mają umożliwiać korektę wynagrodzenia przysługującego wykonawcy w sytuacji zaistnienia zmian przepisów, które będą miały wpływ na koszty realizowanego zamówienia. Ochrona przed zmianą stawek należności publicznoprawnych wpływających na wysokość cen robót lub usług, przysługuje jednocześnie zamawiającemu – a to na wypadek obniżenia ciężarów, które podwyższały wynagrodzenie wykonawcy.
- 3.4. Norma ta ma charakter bezwzględnie obowiązujący dla umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, a więc klauzula odzwierciedlająca art. 436 pkt 4 lit. b PZP powinna być zawarta w takiej umowie.
- 3.5. **Z przepisu tego wynika zatem obowiązek zamawiającego do uregulowania zasad zmian w wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia, nie wynika jednak już bezpośrednio ani ich treść, ani stopień ich szczegółowości. Jednakże w doktrynie oraz orzecznictwie podkreśla się, że zasady te powinny być „odpowiednie”, tj. ze względu na konieczność zapewnienia stabilności stosunków gospodarczych należałoby przyjąć, że owe zasady powinny precyzować kwestię adaptacji wynagrodzenia na tyle szczegółowo, aby w toku realizacji umowy strony niejako automatycznie, według opisanej procedury mogły dokonać procesu zmian³. Wskazuje się także, że ostatecznie, odpowiednio skonstruowana klauzula na podstawie art. 436 PZP powinna rodzić roszczenie o odpowiednią aktualizację wynagrodzenia (jakkolwiek jego powstanie i zakres są warunkowane wykazaniem wpływu zmian stanu prawnego na koszty realizacji zamówienia)⁴.**
- 3.6. Dodatkowymi postulatami wyprowadzonymi z treści normy i niezbędnymi do uwzględnienia w toku stosowania ww. przepisu, jest po pierwsze, zapewnienie „odpowiedniości” zmiany wynagrodzenia do wpływu zmian określonych w art. 436 PZP na wzrost kosztów. Za stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”) wyrażonym w wyroku z 9.3.2015 r., sygn. akt KIO 346/15, można wskazać, że zmiana wynagrodzenia wykonawcy powinna być adekwatna do zmiany czynników, w nawiązaniu do których określił swoje wynagrodzenie, ma ona wynikać wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa, a kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany

¹ Red. H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, UZP 2021, Warszawa.

² VII kadencja, druk sejm. nr 1653.

³ Por. np. H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, UZP 2021, Warszawa, E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, Wyrok KIO z 21.05.2015 r., KIO 941/15.

⁴ Por. J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 436.

przepisów prawa. Jednocześnie, wykonawca ma obowiązek wykazania wpływu zmiany przepisu prawa na koszty wykonania zamówienia⁴.

- 3.7. **Zmiana wynagrodzenia zgodnie z art. 436 PZP powinna pokryć zmiany kosztów spowodowane zmianą przepisów prawa** – by zapewnić utrzymanie wynagrodzenia odpowiadającego poziomowi określönemu w ofercie. **Przepis nie wprowadza możliwości wprowadzenia limitacji wzrostu wynagrodzenia przez wprowadzenie jedynie częściowego zwrotu kosztów czy określonego limitu waloryzacji**⁵. Za wyrokiem KIO z 2.12.2022 r., sygn. akt KIO 2984/22 warto wskazać, że „zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy powinno nastąpić w takim stopniu, w jakim zmiany prawa, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy PZP, wpływają na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. W związku z powyższym, zdaniem Izby, brak jest uzasadnienia dla limitowania zmiany wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli podyktowana jest ona okolicznościami, o których mowa w ww. przepisie”.
- 3.8. Na uwagę zasługuje także brak określenia terminu do wprowadzenia takiego rodzaju zmian w umowie, z czego interpretowana jest konieczność niezwłocznego wykonania opisanego w tym przepisie obowiązku⁶. Za wyrokiem KIO z 4.12.2015, sygn. akt KIO 2546/15 można wskazać, że „ustalenie zasad, w których możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy zostaje przyznana dopiero po upływie kolejnych miesięcy następujących po roku świadczenia usługi, stoi w sprzeczności z literalnym brzmieniem art. 142 ust. 5 PZP”⁷.
- 3.9. Drugi rodzaj „obligatoryjnej” klauzuli waloryzacyjnej określa art. 439 PZP, zgodnie z którym 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 (ust. 1).
- 3.10. W takiej umowie obligatoryjnie określa się (ust. 2):
- 3.10.1. poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
- 3.10.2. sposób ustalania zmiany wynagrodzenia;

⁴ Teza ta wielokrotnie była afirmowana w doktrynie, por. np. Red. H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, UZP 2021, Warszawa, E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, art. 436

⁵ Por. red. M. Jaworska i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2023, E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, art. 436, wyrok KIO z 18.03.2022, KIO 552/22, wyrok KIO z 2022-12-21, KIO 3254/22. Por. także J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. V, Warszawa 2023, art. 436.

⁶ J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021. J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, por. także red. M. Jaworska i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2023, gdzie wskazano: „nie ma podstaw do tego, by po stwierdzeniu tego wpływu określone w postanowieniach umownych zasady miały prowadzić do zmiany wysokości wynagrodzenia [...] w terminie innym niż od dnia wejścia w życie przepisów zmieniających wysokość tych obciążeń”.

⁷ Obecnie art. 436 pkt 4 lit. b PZP.

- 3.10.3. sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy oraz
- 3.10.4. maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.
- 3.11. Intencją ustawodawcy było nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów, mechanizmów, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia⁸. W doktrynie⁹ wskazuje się, że art. 439 PZP jest przepisem, który nakłada na zamawiającego obowiązek wprowadzenia do umowy mechanizmu waloryzacji umownej, dając mu jednak możliwość wypełnienia jej treścią na różne sposoby. Nawet sam mechanizm działania klauzuli waloryzacyjnej może być różny: może to być klauzula waloryzacyjna cechująca się automatyzmem, nie wymagająca żadnych działań ze stron umowy w celu aktualizacji wynagrodzenia, może być też to również instytucja mająca zastosowanie dopiero na żądanie strony, po zaistnieniu określonych w umowie okoliczności. Co jednak ważne, **po zaistnieniu określonych umową zdarzeń, na zasadach określonych w art. 439 PZP każdej ze stron powinno przysługiwać roszczenie (żądanie) o zmianę wynagrodzenia.**
- 3.12. Ustawodawca wskazał w uzasadnieniu do projektu ustawy, że „mając świadomość ogromnego zróżnicowania poszczególnych umów, z uwagi chociażby na wielkość czy przedmiot zamówienia, przepis ustawowy nie może być nadmiernie kazuistyczny. W ramach tego obowiązku poszczególni zamawiający mają swobodę, oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia”¹⁰. Jednocześnie ustawodawca przesądził, że przez zmianę cen materiałów lub kosztów rozumie się jej wzrost jak i jej obniżenie, co za tym idzie zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej będzie powodowało odpowiednie zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia. Takie rozwiązanie powoduje w opinii ustawodawcy sprawiedliwe rozłożenie ryzyk pomiędzy strony w zakresie kierunków możliwej waloryzacji.
- 3.13. Podkreślić przy tym należy, że przepis art. 439 ust. 2 PZP wskazuje na formalnie wymagane elementy klauzuli waloryzacyjnej. W dotychczasowym orzecznictwie KIO klauzule takie podlegały jednak również ocenie pod kątem materialnej zgodności z podstawowymi przepisami PZP – przede wszystkim z zasadą efektywności (art. 17 PZP) oraz proporcjonalności (art. 16 pkt. 3 PZP), z których wywodzi się wymóg zapewnienia adekwatności klauzul do charakteru danego kontraktu. Takie rozumienie wymogów w zakresie obligatoryjnych klauzul waloryzacyjnych jest zgodne

⁸ Uzasadnienie do projektu ustawy – druk sejmowy nr 3624 sejmu VIII kadencji. Z tego względu nie jest celem waloryzacji rekompensowanie okoliczności natury wewnętrznej, błędów w kalkulacjach czy niedoszacowań popełnianych przez wykonawcę na etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

⁹ Red. H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, UZP 2021, Warszawa, a także E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, art. 439.

¹⁰ Uzasadnienie do projektu ustawy – druk sejmowy nr 3624 sejmu VIII kadencji.

z przytoczonym powyżej *ratio legis* art. 439 PZP - klauzule waloryzacyjne powinny być bowiem kształtowane w sposób uwzględniający specyfikę danego zamówienia.

- 3.14. Takiego rodzaju wykładnia art. 439 PZP przyjęta została w linii orzeczniczej KIO uznającej możliwość merytorycznego ingerowania przez Izbę w treść klauzuli waloryzacyjnej właśnie w obronie ww. podstawowych zasad zamówień publicznych. I tak przykładowo, KIO w wyroku z dnia 5.1.2022 r., sygn. akt KIO 3600/21, uznała, że **konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności powoduje objęcie naturą umowy w sprawie zamówienia publicznego ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty, a prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej.**
- 3.15. Na uwagę zasługuje także stanowisko Izby zajęte w wyroku z 11.5.2023 r., sygn. akt KIO 1154/23, zgodnie z którym limit waloryzacji wynagrodzenia powinien uwzględniać aktualne warunki rynkowe, tj. odzwierciedlać sytuację gospodarczą w dniu wszczęcia postępowania. Klauzule waloryzacyjne, które nie czynią zadość tym obowiązkom skutkują ich wadliwością i pozornością, a także stanowią zaprzeczenie *ratio legis* przepisu art. 439 PZP.
- 3.16. O ile zatem do zamawiającego należy określenie klauzuli waloryzacyjnej, to powinno to następować z uwzględnieniem sytuacji rynkowej oraz prognoz w tym zakresie¹¹. Klauzula waloryzacyjna zgodna z art. 439 PZP powinna w tym rozumieniu przynajmniej umożliwiać uwzględnienie zmian kosztów czy cen materiałów, których zaistnienie jest możliwe do przewidzenia w oparciu o sytuację rynkową na etapie postępowania o udzielenie zamówienia.
- 3.17. Należy jednak odnotować także poglądy wyrażane w niektórych orzeczeniach KIO, przyjmujące większą władzę dyskrejonalną zamawiającego przy formułowaniu odpowiadającej jego potrzebom klauzuli waloryzacyjnej. I tak w wyroku z dnia 21.04.2021, sygn. akt KIO 935/23, KIO 946/23, KIO 954/23, wskazano, że: „norma zawarta w art. 439 Pzp nie zobowiązuje w szczególności Zamawiającego do nadania postanowieniom umowy takiej treści, aby uprawnienie do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy powstawało w każdym przypadku, gdy nastąpi zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ani aby w każdym przypadku następowała zmiana taka wysokości ww. wynagrodzenia, aby zmiana cen tych materiałów lub kosztów nie wpływała na opłacalność wykonywania umowy przez wykonawcę (wysokość zysku, który osiągnie wykonawca). Rolą waloryzacji umownej wskazanej w art. 439 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych jest bowiem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, nie zaś całkowite wyeliminowanie ryzyka kontraktowego”¹².
- 3.18. Niewątpliwie jednak, **klauzule waloryzacyjne powinny odpowiadać specyfice zamówienia, którego dotyczą, także poprzez przejęcie przez zamawiającego ryzyk tam, gdzie jest to adekwatne i proporcjonalne (w szczególności w kontraktach funkcjonujących na niskiej marży).** Należy również uwzględnić

¹¹ Por. wyrok KIO z 3.02.2022, sygn. akt KIO 3004/22.

¹² Takie podejście zaprezentowano również w wyroku KIO z 3.1.2023, sygn. akt KIO 3385/22.

okoliczność, iż typowo na wynagrodzenie składają się nie tylko koszty bezpośrednie, ale i koszty pośrednie oraz marża¹³. Prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna więc uwzględniać rozkład kosztów podczas realizacji danego kontraktu. Przykładowo, jeżeli zatem realizacja kontraktu wymaga w głównej mierze poniesienia kosztów pracy ludzkiej, to koszty te powinny być adekwatnie odzwierciedlone w klauzuli waloryzacyjnej (z zastrzeżeniem, iż wzrost wynagrodzenia minimalnego powinien być zrekompensowany w całości w wyniku zastosowania klauzuli z art. 436 pkt 4 lit. b PZP).

- 3.19. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, w naszej ocenie, w odpowiednich przypadkach (w szczególności, gdy jest to uzasadnione charakterem zamówienia) można postulować takie ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej na gruncie art. 439 PZP, by pokrywała ona całość wzrostu kosztów, do których klauzula ta referuje. Przy czym ograniczeniem prawnym są w tym zakresie wymogi określone w art. 439 PZP, by klauzula na tej podstawie uwzględniała zarówno minimalny poziom zmiany ceny uprawniający do skorzystania z waloryzacji, jak i maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia dopuszczalnej na podstawie tej klauzuli.
- 3.20. O ile przepisy nie nakładają na zamawiających obligatoryjnej i jedynie właściwej „procedury” przeprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia, to zarówno art. 436 pkt 4 lit. b, jak i art. 439 PZP zobowiązują do określenia takowej w treści umowy w sprawie zamówienia. W tym kontekście znaczenie ma także art. 431 PZP, zgodnie z którym zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu należytej jego realizacji. Jak wskazuje się w doktrynie¹⁴, przepis ten afirmuje relewantność dla zamówień publicznych utrwalonej wykładni art. 354 KC, który na gruncie prawa cywilnego określa kryteria prawidłowego wykonania zobowiązania oraz obowiązek współdziałania wierzyciela z dłużnikiem. Dlatego też **skorzystanie z klauzuli waloryzacyjnej w przypadku wzrostu kosztów lub cen jest uprawnieniem wykonawcy, z którego skorzystanie nie powinno być dla niego nadmiernie uciążliwe**. Klauzula waloryzacyjna, która pomimo spełnienia się przesłanek jej zastosowania, obiektywnie nie pozwala przeprowadzić zmiany wynagrodzenia, może być postrzegana jako sprzeczna z celem ww. przepisów.
- 3.21. O ile wyprowadzenie konkretnych wytycznych wynikających z zasady współdziałania możliwe jest jedynie w oparciu o treść łączącego strony stosunku zobowiązaniowego, w szczególności rodzaj umowy oraz konkretny stan faktyczny, to niewątpliwie wynika z niej także zasada lojalności wobec dłużnika, analogicznie do art. 354 KC rozumiana jako dotycząca powstrzymania się od wszystkiego, co byłoby przejawem naruszenia zasad uczciwości i słuszności w relacjach ukształtowanych w łączącym strony stosunku prawnym¹⁵. Biorąc pod uwagę znaczenie waloryzacji dla wykonawców

¹³ Warto zauważyć *per analogiam*, iż przepisy wykonawcze dotyczące metod ustalania wartości zamówienia na roboty budowlane, wskazują *explicite* koszty pośrednie oraz marżę jako składnik kalkulacyjny wartości kosztorysowej robót (zob. § 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. poz. 2458).

¹⁴ Por. red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, UZP 2021, Warszawa.

¹⁵ Por. F. Błahuta [oprac.], Z. Resich [red.], Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2, Warszawa 1972, s. 849; M. Safjan, [w:] Pietrzykowski, Kodeks cywilny. Komentarz, 2015, t. I, Legalis, komentarz do art. 354, Nb

zamówień publicznych, wielokrotnie decydującej o rentowności ich działalności, jak się wydaje, z zasady lojalności można wyprowadzać ogólną wytyczną skierowaną do zamawiających, by ci w rozsądnym czasie i w rozsądny sposób oceniali zajście przesłanek uprawniających do waloryzacji oraz nie stawiali wykonawcom nieproporcjonalnych, nieuzasadnionych wymogów dowodowych.

- 3.22. W kontekście powyżej omówionych klauzul waloryzacyjnych można mówić o zabezpieczeniu stron umowy przede wszystkim na wypadek wahań cen i kosztów na etapie realizacji umowy, **możliwych do rozsądnego przewidzenia, lecz niepewnych na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego**. Umożliwia to wykonawcom odpowiednie skalkulowanie ceny ofertowej, natomiast zamawiającemu nieponoszenie kosztów w przypadku niezmaterializowania się danego ryzyka. W sytuacji natomiast, w której zachodzą zmiany w otoczeniu gospodarczym o charakterze lub rozmiarze **niemożliwym do przewidzenia**, podstawą zmiany umowy może być art. 455 ust. 1 pkt 4 PZP oraz art. 48 ZUP.
- 3.23. Warto dodać, iż już w 2014 r. Sąd Najwyższy wskazał, że w istocie klauzula waloryzacyjna nie prowadzi do zmiany, lecz jedynie realizacji woli stron z chwili zawarcia umowy, przywracając pierwotną równowagę ekonomiczną świadczeń stron i tym samym zapobiegając pokrzywdzeniu jednej ze stron stosunku umownego (II CSK 773/13). W zamyśle, zastosowanie klauzul indeksacyjnych w umowie leży w interesie obu jej stron¹⁶.

4. DOPUSZCZALNOŚĆ ZMIAN W OKOLICZNOŚCIACH NIEMOŻLIWYCH DO PRZEWIDZENIA

- 4.1. Przepisem mającym znaczenie dla zagadnień objętych niniejszą analizą jest art. 455 ust. 1 pkt 4 PZP, dopuszczający zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadkach, w których konieczność zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany wysokości ceny, spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.
- 4.2. Jak wskazał UZP w swojej opinii¹⁷, „przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian nie należy rozumieć zdarzenia nieprzewidzianego przez strony, lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożliwość przewidywalności określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Ustalenie to powinno prowadzić do wniosku, że zamawiający, przygotowując się do wszczęcia postępowania, przeanalizował swoje

15; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski [red.], Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis 2016, komentarz do art. 354, Nb 8; zob. też A. Szpunar, Charakter prawny wykonania zobowiązania, „Rejent” 1998, nr 5(85), s. 16; Wyrok SN z 5 stycznia 2011 r., III CSK 119/10, Legalis.

¹⁶ R. Szostak, Umowy o zamówienia publiczne w zarysie, UZP, Warszawa 2018, s. 201.

¹⁷ Por. zachowująca aktualność co do istoty opinia UZP, Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podst. art. 144 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 ustawy Pzp, www.uzp.gov.pl, afirmowana przez doktrynę por. np. red. H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, UZP 2021, Warszawa, red. oraz A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, art. 455.

potrzeby w zakresie przedmiotu świadczenia jego zakresu oraz warunków realizacji. Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, mieszczące się w zakresie omawianej przesłanki, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze”.

- 4.3. **Co do zasady, za okoliczności niemożliwe do przewidzenia w rozumieniu tego przepisu uznaje się między innymi zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, takie jak: gwałtowna dekoniunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów¹⁸.** Okoliczności zewnętrzne, o których mowa w przepisie, nie powinny obciążać stron umowy¹⁹. Nieprzewidywalność wystąpienia tych okoliczności musi mieć charakter obiektywny i wynikać z przyczyn niezależnych od zamawiającego, a nie z uchybień lub niedołożenia należytej staranności na etapie przygotowania postępowania lub realizacji zamówienia. Również w doktrynie wskazuje się, że przy ocenie "przewidywalności zmiany" należy odwołać się do wzorca "rozsądnego" zamawiającego, który działał z należyłą starannością od niego wymaganą²⁰.
- 4.4. Urząd Zamówień Publicznych wskazał ponadto, że nie stanowią okoliczności "nieprzewidywalnych" fakty o charakterze niewykraczającym poza standardowe ryzyka związane z realizacją zamówienia o określonym charakterze²¹. Uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej skali ich występowania w danej branży, które wynikają ze specyfiki zamawianych usług, jest obowiązkiem każdego podmiotu składającego ofertę na realizację określonego świadczenia, w tym ofertę na realizację zamówienia publicznego.
- 4.5. W tym kontekście warto przywołać opinię UZP wydaną w marcu 2022 r., w której UZP jasno wskazał, że *„Konflikt zbrojny w Ukrainie oraz jego transgraniczne, gospodarcze skutki, przejawiające się np. przerwaniem łańcucha dostaw, niedostępnością materiałów, wzrostem cen materiałów i kosztów robocizny, a także wyjazdem z Polski pracowników będących obywatelami Ukrainy, zakwalifikować można jako zewnętrzne zjawisko, którego nie można było przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności i mieszczące się w dyspozycji art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.”²².*
- 4.6. W określonych przypadkach możliwe jest zatem postawienie ogólnej tezy o nieprzewidywalnym charakterze danych okoliczności mających bardzo istotny, generalny wpływ na stosunki gospodarcze, tak jak uczynił to UZP w odniesieniu do

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Por. E. Wiktorowska [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020, art. 144.

²⁰ Por. R. Szostak Umowy o zamówienia publiczne w zarysie, Warszawa, UZP 2018 s. 195, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0024/36762/Umowy-o-zamowienia-publiczne-w-zarysie.pdf, E. Wiktorowska [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020, art. 144.

²¹ Opinia UZP, Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podst. art. 144 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 ustawy Pzp, www.uzp.gov.pl.

²² 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. Por. także wytyczne Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie zmiany umowy w związku z nadzwyczajnym wzrostem cen (indeksacja wynagrodzeń), dostępne pod adresem: <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/rekomendacje-i-wzory-postanowien-umow2> dopuszczające uogólnioną ocenę nieprzewidywalności niektórych okoliczności.

skutków gospodarczych konfliktu zbrojnego w Ukrainie, z zastrzeżeniem konieczności wzięcia pod uwagę szczegółowych okoliczności danej sprawy.

- 4.7. W kontekście powyższego należy mieć na uwadze, że warunkiem zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 PZP jest również „konieczność” zmiany umowy. Konieczność zmiany umowy wyraża się w taki sposób, że strony umowy nie mogą swobodnie decydować o jej wprowadzeniu²³. Okoliczności muszą mieć bezpośredni wpływ na warunki określone w umowie²⁴. W konsekwencji, bez zmiany umowy osiągnięcie jej celu może być niemożliwe lub zagrożone. W doktrynie wskazuje się, że wprowadzenie koniecznej zmiany dostosowującej dotychczasowe postanowienia do zmieniających okoliczności, stanowi właśnie wyraz zasady proporcjonalności²⁵.
- 4.8. Konieczność taka może mieć jednak nie tylko charakter techniczny czy formalny, ale także ekonomiczny. Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych²⁶ należy zauważyć, że zamawiający w każdym przypadku musi ocenić, czy zaistnienie nieprzewidywalnej sytuacji wpływa na proces realizacji umowy w taki sposób, że konieczna jest jej zmiana. Ocena zaistnienia „konieczności” dokonywana przez zamawiającego nie może jednak zostać przeprowadzona wyłącznie z jego własnej perspektywy. W tym zakresie należy kierować się obiektywną oceną skutków, jakie nieprzewidziana okoliczność wywiera na proces realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, w szczególności na możliwość wykonania umowy zgodnie z jej pierwotnymi założeniami, a także na sytuację wykonawcy.
- 4.9. Przywołać również można wytyczne dotyczące waloryzacji opublikowane przez Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej²⁷, która wskazując, że okoliczności powodujące konieczność zmiany umowy muszą wykraczać poza standardowe ryzyko jej wykonania, jednocześnie wprost stwierdziła, że zmiana konieczna to taka, która jest niezbędna do należytego wykonania umowy, zgodnie z jej pierwotnymi celami i założeniami lub w celu usunięcia istotnej nierównowagi ekonomicznej stron, powstałej na skutek nowo ukształtowanych okoliczności faktycznych.
- 4.10. **Zasadną wydaje się zatem konkluzja, że konieczność modyfikacji umowy zachodzić może także wtedy, gdy wzmiankowane powyżej nieprzewidziane okoliczności wpłyną na sytuację wykonawcy w taki sposób, że doprowadzą do nierentowności realizowanej umowy.** Rentowność kontraktu niewątpliwie jest podstawowym założeniem profesjonalnego wykonawcy, który w swojej działalności dąży do osiągnięcia zysku. Widać to szczególnie w sferze zamówień publicznych, gdzie oferty opiewające na rażąco niskie ceny (a więc nie pokrywające kosztów realizacji) są normatywnie oceniane jako szkodliwe i obowiązkowo odrzucane po

²³ *Ibidem*.

²⁴ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019.

²⁵ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2014, s. 590; Legalis - Artykuł 72 Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma 2015, wyd. 1; P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2019, Rozdz. IV, §. 3.IV, Legalis.

²⁶ Opinia UZP, *Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podst. art. 144 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 ustawy Pzp*, www.uzp.gov.pl

²⁷ Wytyczne Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie zmiany umowy w związku z nadzwyczajnym wzrostem cen (indeksacja wynagrodzeń), dostępne pod adresem: <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/rekomendacje-i-wzory-postanowien-umow2>.

wyczerpaniu odpowiedniej procedury wyjaśniającej (art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP)²⁸. Konieczność ponoszenia kosztów realizacji nierentownych kontraktów, przewyższających wynagrodzenie, może natomiast stanowić poważny przyczynek do zachwiania płynności finansowej i w ostateczności nawet upadłości wykonawcy. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że taki obiektywny wzrost kosztów przy jednoczesnym braku wzrostu wynagrodzenia wykonawcy prowadzi do naruszenia równowagi ekonomicznej kontraktu na korzyść zamawiającego, który za tę samą cenę uzyskuje świadczenie warte więcej, aniżeli założono na etapie ofertowania.

- 4.11. Koniecznym jest jednak, by wzrost kosztów powodujący konieczność wprowadzenia zmiany był wzrostem przekraczającym rozsądne estymacje, które należycie staranny wykonawca mógł i powinien był przyjąć dla oceny ryzyka na etapie ofertowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wydaje się przy tym, że im bardziej dotkliwy charakter miałyby naruszenie równowagi ekonomicznej takiego kontraktu, tym bardziej prawdopodobnym byłoby zaistnienie podstawy do zmiany umowy. Zmiana ta może polegać na adaptacji wysokości wynagrodzenia umownego, co obrazuje egzemplifikacja przykładowych zmian umownych na podstawie art. 48 ZUP. Podkreślić także należy obowiązek dochowania przez wykonawcę należytej staranności przy wykonaniu zobowiązania oraz współpracy z zamawiającym, co wymagać może aktywnego podejścia do minimalizowania negatywnych skutków zmian rynkowych na realizację umowy, informowania zamawiającego o pojawieniu się trudności z realizacją zamówienia, czy generalnie lojalności kontraktowej.
- 4.12. Dla niniejszej analizy znaczenie ma także wspomniany art. 48 ZUP, zgodnie z którym (ust. 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 ZUP (tj. 10 listopada 2022 r.) i będącej w toku w tym dniu, bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, która polegać w szczególności może na zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy, dodaniu lub zmianie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy (w szczególności w zakresie maksymalnej wartości zmiany tego wynagrodzenia), a także m.in. zmianie postanowień umowy dotyczących jej wykonania - o ile wzrost wynagrodzenia wykonawcy spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.
- 4.13. Ustęp drugi pkt 1 tego przepisu stanowi natomiast, że w przypadku wprowadzenia takiego rodzaju zmiany, strony ponoszą zwiększony koszt wykonania zamówienia publicznego w uzgodnionych częściach.
- 4.14. Art. 48 ZUP oraz art. 455 ust. 1 pkt 4 PZP postrzegane są jako regulacje wzajemnie powiązane, przy czym art. 48 ZUP wydaje się uszczegóławiać postanowienia art. 455 ust. 1 pkt 4 PZP w odniesieniu do przypadków, w których nieprzewidziana zmiana okoliczności wymuszająca zmianę umowy polega na wzroście kosztów lub cen materiałów. Przepisy te mogą być postrzegane jako pozostające ze sobą w relacji *lex*

²⁸ Ponadto, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233)).

generalis (art. 455 pkt 1 pkt 4 PZP) i *lex specialis* (art. 48 ZUP), a ze względu na wysokie podobieństwo zawartej w nich regulacji powyższy wywód odnośnie wykładni art. 455 ust. 1 pkt 4 PZP jest co do zasady relewantny również dla art. 48 ZUP.

- 4.15. Co ważne, art. 48 ZUP przewidział nie tylko możliwość wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych w kontraktach, które ich nie zawierają, ale także modyfikacji umów posiadających już klauzule waloryzacyjne zgodne z art. 439 PZP, wprost przesądzając, że klauzule te mogą podlegać rewizji, w szczególności w zakresie maksymalnego limitu dokonywanej waloryzacji. Ustawodawca dał tym samym jasny wyraz temu, że dotychczas funkcjonujące w obrocie klauzule waloryzacyjne mogą być niewystarczające dla zaradzenia skutkom nagłych zmian stosunków gospodarczych, których zajście spowodowało konieczność uchwalenia ZUP.
- 4.16. Powyższe jest spójne ze stanowiskiem wyrażonym przez UZP w swojej opinii z marca 2022 r.²⁹, zgodnie z którą na gruncie art. 455 ust. 1 pkt 4 PZP możliwe jest dokonanie zmiany umowy także w sytuacji braku klauzuli waloryzacyjnej albo zawarcia w umowie klauzuli waloryzacyjnej, której limit jest jednak niewystarczający na pokrycie całości wzrostu kosztów.
- 4.17. Bardziej skomplikowanym wydaje się natomiast zagadnienie sposobu rozłożenia na strony kontraktu ryzyka niemożliwego do przewidzenia wzrostu cen materiałów i kosztów niezbędnych do wykonania umowy. W praktyce obrotu pojawił się pogląd, iż koszty te powinny być rozkładane pomiędzy strony kontraktu w stosunku pół do pół. Podmioty go reprezentujące powołują się przede wszystkim na stanowisko Prokuratorii Generalnej RP wyrażone w jej rekomendacjach odnośnie do waloryzacji, zgodnie z którym: „zasadą jest równomierne rozłożenie na obie strony kosztów ryzyka niemożliwego do przewidzenia wzrostu cen materiałów i kosztów niezbędnych do wykonania umowy”³⁰.
- 4.18. Pogląd ten nie wydaje się jednak w pełni trafny. Przede wszystkim, pomija on zastrzeżenie zawarte przez Prokuratorię w tym samym stanowisku, że: „stwierdzenie to nie oznacza, że ryzyko to musi być zawsze rozłożone po równo, nieuzasadnione jest natomiast przerzucenie tego ryzyka w całości na zamawiającego”³¹. Jednocześnie nie powinno umykać uwadze, że teza ta nie odnosi się do oceny dopuszczalności zmiany na gruncie przepisów PZP czy ZUP, a do oceny jej gospodarności z punktu widzenia dyscypliny finansów publicznych.
- 4.19. Przy podziale kosztów związanych z tym ryzykiem nie powinny być pomijane okoliczności faktyczne, w których dokonywana jest zmiana. Uwzględniane powinny być w szczególności takie kwestie, jak pierwotnie kalkulowane koszty i marża założone przez wykonawcę i związana z jej utratą potencjalna nierentowność kontraktu. W tym samym stanowisku Prokuratoria wskazuje, że: „Przepisy PZP uprawniają, a nie zobowiązują formalnie zamawiającego do zmiany umowy. Zamawiający, podejmując decyzję o zmianie umowy i podwyższeniu wynagrodzenia, kieruje się własnym interesem (rozumianym jako element interesu publicznego), do którego zaspokojenia

²⁹ 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.

³⁰ Wytoczne Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie zmiany umowy w związku z nadzwyczajnym wzrostem cen (indeksacja wynagrodzeń), dostępne pod adresem: <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/rekomendacje-i-wzory-postanowien-umow2>.

³¹ *Ibidem*.

powinno prowadzić należyte wykonanie umowy. Uzasadnione jest w związku z tym przeprowadzenie przez zamawiającego analizy opłacalności zmiany umowy (podwyższenia wynagrodzenia), uwzględniającej wszelkie istotne z punktu widzenia tego interesu okoliczności, również te związane jedynie pośrednio z realizacją inwestycji lub odstąpieniem od jej realizacji³².

- 4.20. Pośród takich okoliczności Prokuratoria wskazuje na sytuacje prowadzące do ogłoszenia upadłości wykonawcy czy też scenariusz, w którym wobec zaprzestania przez wykonawcę realizacji przedmiotu umowy doszłoby do odstąpienia od umowy i powstałaby konieczność ponowienia procedury zamówieniowej. Prokuratoria potwierdziła też możliwość uwzględnienia okoliczności wykraczających poza konkretną umowę (np. zapewnienie realizacji innych kontraktów, utrzymanie konkurencji na rynku wykonawców świadczących usługi na jego rzecz) oraz konieczność realizacji obowiązków zamawiającego o charakterze społecznym³³.
- 4.21. W odniesieniu do powyższego wskazać należy, że po pierwsze realizacja nierentownych kontraktów przez wykonawcę może ostatecznie prowadzić nawet do jego upadłości, co w sposób oczywisty przekłada się zarówno na jego zdolność do realizacji kontraktu, jak i na konkurencję na rynku. Wydaje się, że im niższa jest marżowość w umowach danej branży, tym nieprzewidziane zmiany kosztów i cen silniej wpływają na równowagę ekonomiczną stron umowy oraz tym większe jest ryzyko niekorzystnych skutków po stronie wykonawcy. W takim wypadku przywrócenie równowagi zachwianej nieprzewidzianymi obiektywnymi okolicznościami może uzasadniać pokrycie przez zamawiającego większej części wzrostu kosztów.
- 4.22. Po drugie, brak zgody na modyfikację wynagrodzenia wykonawcy może w określonych okolicznościach doprowadzić nawet do rozwiązania stosunku umownego. W takiej jednak sytuacji zamawiający będzie zmuszony przynajmniej ponowić procedury zamówieniowe w odniesieniu do danej usługi.
- 4.23. Nie sposób zatem wykluczyć sytuacji, w której waloryzacja byłaby zasadna **nawet na zasadzie pokrycia całości wzrostu kosztów przez zamawiającego, a przynajmniej w jego zdecydowanej części**, o ile uwzględnione zostaną powyżej przytoczone względy przekładające się bezpośrednio i pośrednio na realizację zamówienia.
- 4.24. Potencjalnym ograniczeniem dla ponoszenia całości kosztów przy waloryzacji przez zamawiającego może być jednak (dla umów zawartych przed 10 listopada 2022 r.) art. 48 ust. 2 pkt 1 ZUP i wynikający z niego nakaz, by strony ponosiły zwiększony koszt wykonania zamówienia publicznego „w uzgodnionych częściach”. Literalna wykładnia tego postanowienia może prowadzić bowiem do wniosku, że nie jest dopuszczalne, by jedna strona kontraktu ponosiła zwiększony koszt w całości (tj. bez podziału na części), chociaż i tutaj odnotować należy, że art. 48 ZUP odnosi się jedynie do kontraktów zawartych przed datą jego wejścia w życie, a w mającym generalne zastosowanie art. 455 ust. 1 pkt 4 PZP brak natomiast jest zastrzeżenia o ponoszeniu kosztu w „uzgodnionych częściach”.
- 4.25. W wypadku braku porozumienia co do waloryzacji wynagrodzenia pomimo ponoszenia przez wykonawcę straty przy realizacji danej umowy, wykonawcy nie będzie przysługiwać roszczenie o dokonanie takiej zmiany na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

PZP lub art. 48 ZUP. Zależnie od okoliczności wykonawca może jednak wówczas rozważyć np. skorzystanie z uprawnień przysługujących mu na podstawie zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zaproponowanie zamawiającemu mediacji przed Prokuratorią Generalną RP lub innym ośrodkiem mediacyjnym na podstawie art. 591 PZP, czy skierowanie powództwa do sądu o zmianę lub rozwiązanie umowy (na podstawie art. 357¹ KC)W określonych wypadkach kwestią podlegającą rozważeniu może okazać się też wypowiedzenie umowy na podstawie art. 746 § 2 KC.

5. ANALIZA MOŻLIWOŚCI WYPOWIEDZENIA UMOWY O ŚWIADCZENIE USŁUG W PRZYPADKU BRAKU POROZUMIENIA CO DO WALORYZACJI WYNAGRODZENIA

- 5.1. Niniejsza analiza obejmuje także zagadnienie stosowania art. 746 § 2 KC do wskazanych umów o świadczenie Usług w reżimie zamówień publicznych.
- 5.2. Zgodnie z art. 8 ust. 1 PZP, przepisy KC znajdują zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych, o ile przepisy PZP nie stanowią inaczej. Zauważenia wymaga, iż posiłkowe stosowanie przepisów KC do umów sprawie zamówień publicznych ma miejsce wprost, a nie jedynie odpowiednio. Cywilnoprawna regulacja umowy o zamówienie publiczne, jak również jej cel sprawiają, że według zasady *pacta sunt servanda* umowa skutecznie zawarta i wiążąca strony, nie powinna być rozwiązywana, lecz wykonana realnie do końca. Powyższa reguła nie jest jednak absolutna, doznając szeregu wyjątków, w tym także w formie ustawowego prawa do odstąpienia lub wypowiedzenia umowy. Jak wskazuje się w doktrynie, wykonawca może wypowiedzieć umowę z ważnych powodów przy zleceniu i stosunkach opartych na warunkach zlecenia (art. 746 KC)³⁴.
- 5.3. Zgodnie z art. 746 § 2 KC, przyjmujący zlecenie może je wypowiedzieć w każdym czasie. Jednakże, gdy zlecenie jest odpłatne, a wypowiedzenie nastąpiło bez ważnego powodu, przyjmujący zlecenie jest odpowiedzialny za szkodę³⁵. Przepis ten ma charakter *ius dispositivum*, a więc może być modyfikowany przez postanowienia umowne. Strony mogą w szczególności nadać takiej umowie charakter większej trwałości, nie można jednak zrzec się z góry uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia z ważnych przyczyn (art. 746 § 3 KC o charakterze bezwzględnie obowiązującym). Niemniej dopuszczalnym wydaje się już np. wprowadzenie do umowy dodatkowych warunków wypowiedzenia, nawet dla wypowiedzenia z ważnych powodów, np. uzgodnienie, że wypowiedzenie umowy zlecenia, bez względu na przyczynę, nastąpi z zachowaniem wskazanego w umowie okresu wypowiedzenia³⁶.
- 5.4. Zgodnie natomiast z art. 750 KC, do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. W tym zakresie należy zauważyć, iż umowa o zamówienie publiczne przyjmuje postać

³⁴ R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, UZP, Warszawa 2018, s. s. 221.

³⁵ Por. np. wyrok SN z 11.09.2002 r., V CKN 1152/00, LEX nr 56060.

³⁶ Por. B. J. Kowalczyk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, LEX/el. 2023, art. 746, a także wyrok SN z 20.4.2004 r., V CK 433/03, OSN 2004, Nr 12, poz. 205, choć dokładny zakres możliwych ograniczeń prawa wypowiedzenia jest sporny, por. np. P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2016, komentarz do art. 746. por także wyrok SN z 13.10.2021 r., I CSKP 239/21, LEX nr 3253402 oraz wyrok SN z 29.10.2020 r., V CSK 492/18, LEX nr 3077028.

wzajemną (art. 487 § 2 KC), zaś odnośnie jej typologii to może nosić cechy umowy nazwanej, jak również umowy nienazwanej lub mieszanej³⁷. **Odesłanie wprost (w zakresie nieuregulowanym) do przepisów KC, zawarte w art. 8 ust. 1 PZP, oznacza w naszej ocenie także stosowanie art. 750 KC do zamówień publicznych na świadczenie usług, a dalej odpowiednie stosowanie przepisów zleceniu.** Za orzecznictwem można wskazać, iż w przypadku, gdy wykonawca wykonuje szereg powtarzalnych, cyklicznych czynności faktycznych, zachowując przy tym należyłą staranność, umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowi umowę o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 KC (wyrok SO w Katowicach 18.12.2014, sygn. XIX Ga 733/14)³⁸. Zastrzeżenia wymaga, iż kwalifikacja prawna danej umowy powinna być dokonywana *ad casu*, na podstawie okoliczności danego przypadku, w tym także jej treści.

- 5.5. Jak się wskazuje, między innymi generalne odesłanie przewidziane w art. 8 ust. 1 PZP do stosowania przepisów KC w odniesieniu do umów oznacza, że źródłem prawa do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą być – oprócz szczególnego przypadku odstąpienia na podstawie art. 456 PZP oraz art. 465 ust. 7 PZP – postanowienia umowne (uprawnienie przyznawane wolą stron na mocy i w granicach ogólnej normy przewidzianej w art. 395 KC) oraz szczególne przepisy KC, przewidujące ustawowe prawo do odstąpienia, w szczególności odnoszące się do umów wzajemnych (art. 491 i nast. KC)³⁹. Wobec powyższego, fakt częściowego uregulowania w PZP kwestii przedterminowego rozwiązania umowy przez zamawiającego, *per se* nie wyłącza stosowania regulacji kodeksowych, przysługujących także wykonawcy.
- 5.6. Ponadto, w doktrynie podnosi się, że odpowiednie stosowanie oznacza konieczność uwzględnienia specyfiki konkretnej sytuacji. Jednym z przepisów mogących podlegać modyfikacji jest art. 746 KC, gdyż dopuszczalność wypowiedzenia umowy na tej podstawie powinna być oceniana ze względu na charakter usługi będącej przedmiotem umowy⁴⁰ czy jej wagi, doniosłości dla wierzyciela. Odpowiednie stosowanie tej normy wymaga szczególnej rozważliwej - nie tylko uwzględnienia rodzaju i charakteru

³⁷ A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jako środek ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych*, WKP 2018, s. 93. Zob. też J. Jerzykowski, *Zaliczki w zamówieniach publicznych*, UZP, Warszawa 2018, s. 8.

³⁸ Generalnie, art. 750 KC znajdzie zastosowanie do umów zobowiązujących jedną ze stron do świadczenia usług polegających na wykonaniu dla innej osoby czynności faktycznych bądź czynności faktycznych i prawnych, które z uwagi na specyficzne i wyróżniające je cechy nie stanowią odrębnego typu umowy.

³⁹ Red. H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, UZP 2021, Warszawa, s. 1221, wskazujący także, iż o tym że uregulowanie przesłanek odstąpienia od umowy w ustawie dotyczącej zamówień publicznych nie wyklucza odstąpienia od umowy z innej podstawy prawnej, wskazywał już Sąd Najwyższy, rozpatrując sprawy na gruncie poprzednio obowiązujących regulacji (wyrok SN z 10.04.2003 r., sygn. akt III CKN 1320/00, wyrok SN z 6.06.2012 r., sygn. akt III CSK 304/11). Przy czym, umowne prawo do odstąpienia może podlegać ocenie z punktu widzenia obejścia przepisów o zakazie zmian umowy, tj. art. 454 oraz 455 PZP.

⁴⁰ Por. B. J. Kowalczyk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, LEX/el. 2023, art. 750, K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), *Kodeks cywilny. Komentarz*. Wyd. 31, Warszawa 2023, art. 750 a także wyrok SN z 20.4.2004 r., V CK 433/03, OSN 2004, Nr 12, poz. 205.

świadczonej usługi, ale również ustalenia, czy i w jakim stopniu ochrona zaufania odgrywała rolę w danym stosunku obligacyjnym⁴¹.

- 5.7. Biorąc pod uwagę powyższe, w naszym przekonaniu **art. 746 § 2 i § 3 KC (w zw. art. 750 KC) znajdują co do zasady zastosowanie do relewantnych umów o świadczenie Usług w reżimie zamówień publicznych**⁴². Nie zmienia tej oceny, naszym zdaniem, fakt zawierania umów w sprawie zamówień publicznych na (co do zasady) czas oznaczony w świetle art. 434 ust. 1 PZP. Kwestię dopuszczalności wypowiedzenia na podstawie art. 746 § 2 KC w odniesieniu do umów o świadczenie usług na czas oznaczony rozstrzygnął bowiem Sąd Najwyższy⁴³, wskazując, że uregulowanie przewidziane w art. 746 KC dotyczy także umów zlecenia zawartych na czas oznaczony.
- 5.8. Uwzględnić należy jednak, że art. 746 § 2 i § 3 KC powinny znaleźć zastosowanie z odpowiednią modyfikacją w odniesieniu do umów o świadczenie usług ciągłych czy powtarzających się. Należy zauważyć, że wypowiedzenie umowy wywołuje skutki na przyszłość (*ex nunc*). Biorąc pod uwagę specyfikę umów o świadczenie Usług, objętych zakresem niniejszego memorandum, należy także zwrócić uwagę na potencjalne ograniczenie możliwości wypowiedzenia umowy w każdym czasie ze skutkiem natychmiastowym. W doktrynie prawa cywilnego takie zastrzeżenia wnoszono przede wszystkim do umów o usługi lecznicze⁴⁴, szerzej – także utrzymania, pielęgnowania, sprawowania opieki, wychowania czy nauki. Podkreśla się w tym kontekście, że wypowiedzenie przez przyjmującego zlecenie powinno uwzględniać interes dającego zlecenie czy osoby, na rzecz której umowa została zawarta, oraz cel umowy, a więc powinno nastąpić w czasie odpowiednim dla takiej osoby, umożliwiającym prawidłowe zadbanie o jej interesy⁴⁵. **Biorąc pod uwagę, że umowy realizowane w reżimie zamówień publicznych nie służą tylko partykularnemu interesowi zamawiającego, ale przede wszystkim interesowi publicznemu**⁴⁶ – postrzeganemu przez pryzmat zadania publicznego, którego realizacja musi być zagwarantowana przez zamawiającego – postulować można odpowiednie stosowanie art. 746 § 2 KC, jednakże z wyłączeniem natychmiastowego wypowiedzenia umów z ważnych powodów, bez zapewnienia zamawiającemu odpowiedniego czasu na zaaranżowanie płynnego i nieprzerwanego przejścia ich świadczenia na podstawie kolejnej umowy.

⁴¹ P. Drapała [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom V. Zobowiązania. Część szczegółowa*, wyd. II, red. J. Gudowski, Warszawa 2017, art. 750.

⁴² Por. np. na gruncie zamówień publicznych poglądy, iż art. 746 § 2 KC pozwala zawsze wypowiedzieć z ważnych powodów umowę o świadczenie usług stanowiącą zamówienie publiczne (wyrok KIO z 20.04.2023, sygn. KIO 974/23, wyrok KIO z 05.11.2020., sygn. KIO 2563/20, wyrok KIO z 24.02.2012, sygn. KIO 302/12, wyrok SO w Katowicach 18.12.2014, sygn. XIX Ga 733/14). Np. w wyroku KIO z 20.04.2023, sygn. KIO 974/23, wskazano, że argument o trwałości umowy w sprawie zamówienia publicznego nie wpływa na możliwość wypowiedzenia umowy o świadczenie usług zgodnie z art. 746 § 2 KC.

⁴³ Wyrok z 9.10.2013 r., sygn. akt: V CSK 472/12.

⁴⁴ Por. K. Kołakowski [w:] G. Bieniek, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, 2011, s. 563; P. Machnikowski [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2013, s. 1282; M. Nesterowicz [w:] J. Winiarz, *Komentarz KC*, t. II, 1989, s. 692

⁴⁵ Por. K. Kopaczyńska-Pieczniak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczegółowa*, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, art. 750.

⁴⁶ Przy czym można twierdzić, że w stosunkach obligacyjnych z zamówień publicznych realizowanie celów publicznych powinno odbywać się metodami zapewniającymi równowagę kontraktową.

- 5.9. **Istotnego podkreślenia wymaga jednak w tym kontekście konieczność indywidualnej analizy każdego takiego przypadku z uwzględnieniem postanowień oraz charakteru danej umowy.** Uwzględnić należy przede wszystkim dyspozytywny charakter normy z art. 746 § 2 KC i możliwość specyficznych regulacji umownych (m.in. w odniesieniu trybu, terminu wypowiedzenia czy rozliczeń z tym związanych), jak również cel danej umowy oraz okoliczności faktyczne związane z jej realizacją. Ewentualne zastosowanie prawa wypowiedzenia na tej podstawie wymaga ostrożnego podejścia oraz każdorazowego, precyzyjnego zbadania zasad ewentualnego skorzystania z uprawnienia określonego w art. 746 § 2 KC, z uwzględnieniem analizy alternatywnych scenariuszy⁴⁷ i ryzyk. Zasadniczo, wypowiedzenie umowy bez uzasadnienia tego ważnymi powodami rodzić będzie obowiązek odszkodowawczy wykonawcy⁴⁸.
- 5.10. Jak wynika z piśmiennictwa⁴⁹, pojęcie „ważnego powodu” w kontekście tego przepisu w istocie stanowi pojęcie niedookreślone, które może być rozumiane w dużej mierze ocennie: zarówno jako zjawiska obiektywne, powszechne (niezależne od stron), jak i odnoszące się indywidualnie do strony umowy⁵⁰. Strony mogą w umowie określić okoliczności, które uznają za ważny powód wypowiedzenia zlecenia, jednakże w doktrynie wskazuje się, iż wyliczenie takie nie wyłącza możliwości uznania za ważny powód innych sytuacji, w których dochodzi do wypowiedzenia⁵¹. Ważny powód do

⁴⁷ W tym także w odniesieniu innych środków prawnych w zależności od całokształtu okoliczności konkretnego przypadku, umożliwiającących przede wszystkim należyte wykonanie umowy. Analizy wymagać mogą także np. dodatkowe klauzule umowne (np. art. 395 KC), czy ustawowe lub umowne regulacje skutków niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych (art. 487 i n. KC). Por. np. orzecznictwo wskazujące na dopuszczalność stosowania przy umowach zlecenia (i innych umowach o świadczenie usług) art. 491 KC i 494 KC (por. np. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach V CKN 135/00, V CSK 215/08 IV CSK 395/14). Por. E. Lewandowska, *Zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia w umowach o świadczenie usług objętych zakresem art. 750 k.c.*

⁴⁸ Pomimo braku wyraźnego przepisu w piśmiennictwie można znaleźć także zapatrywanie, iż odpowiedzialność odszkodowawcza może powstać w razie wypowiedzenia zlecenia w "czasie nieodpowiednim" (zob. J. Szczęsny, w: *Komentarz 1972*, t. II, s. 1552; A. Szpunar, w: *System PrCyw*, t. III, cz. 2, s. 403; M. Nesterowicz, w: *Winiarz*, *Komentarz 1989*, t. II, s. 690).

⁴⁹ Por. m.in. P. Zakrzewski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna* (art. 535-764(9)), red. M. Frasz, M. Habdas, WKP 2018, art. 746, P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2016, komentarz do art. 746, M. Gutowski, *Kodeks Cywilny. Tom I-III. Komentarz*, Legalis 2022 oraz K. Kopaczyńska-Pieczniak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna*, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, art. 746.

⁵⁰ Por. jednak zawężające stanowisko, według którego wypowiedzenie z ważnych powodów zasadniczo przysługuje wierzycielowi zawsze w przypadku niewykonania zobowiązania przez dłużnika, a w przypadku nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika tylko wtedy, gdy, biorąc pod uwagę zasady współżycia społecznego, nie można oczekiwać, aby wierzyciel nadal pozostawał w stosunku zobowiązaniowym. Uprawnienie to może przysługiwać także dłużnikowi, jeżeli niewykonanie konkretnego obowiązku wierzyciela, do wykonania którego jest zobowiązany ze względu na obowiązek współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania, jest tego rodzaju, że, biorąc pod uwagę zasady

współżycia społecznego, nie można od dłużnika oczekiwać, aby nadal pozostawał w tym stosunku zobowiązaniowym (G. Tracz, *Sposoby jednostronnej rezygnacji z zobowiązań umownych*, Warszawa 2008, s. 189).

⁵¹ Por. K. Kopaczyńska-Pieczniak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna*, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, art. 746, P. Zakrzewski [w:] *Kodeks cywilny*,

wypowiedzenia musi ponadto istnieć w chwili składania oświadczenia o wypowiedzeniu.

- 5.11. Kwestie związane ze skutkami wpływu nieprzewidywalnych, zewnętrznych okoliczności na wysokość kosztów realizacji umowy przez wykonawcę, nie stanowią, jak dotąd, przedmiotu ugruntowanej wykładni na tle art. 746 § 2 KC. W kontekście niniejszego memorandum można wskazać, że w doktrynie prawa cywilnego jako „ważny powód” wskazywano zmianę warunków gospodarczych w kraju, zmianę prawa i sytuacji ekonomicznej stron⁵². Zaznaczenia wymaga jednak, że taka okoliczność powinna przełożyć się na realizację danego kontraktu⁵³. Pośród innych potencjalnie relewantnych przyczyn wskazywano także nieporozumienia między stronami, powoływano się także (w kontekście umowy zlecenia) na nieudzielenie zaliczki niezbędnej do pokrycia kosztów realizacji zlecenia⁵⁴, czy utratę zaufania wynikającą z obiektywnie weryfikowalnych i uzasadnionych przyczyn⁵⁵. Niemniej jednak wydaje się, że z uwagi na generalny charakter pojęcia „ważnego powodu”, przesłanka ta powinna być determinowana przez konkretne, a nie abstrakcyjnie rozumiane okoliczności związane z danym stosunkiem prawnym. Ocena ważności powodu wypowiedzenia zależeć będzie od okoliczności, w jakich dochodzi do podjęcia decyzji⁵⁶.
- 5.12. W świetle powyższego, naszym zdaniem można zasadnie twierdzić, że **gwałtowny, istotny wzrost kosztów realizacji zamówienia, spowodowany nadzwyczajnymi, nieprzewidywalnymi zmianami gospodarczymi, połączony z odmową zamawiającego koniecznego podwyższenia wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy, mimo spełnienia przesłanek z art. 455 ust. 1 pkt 4 PZP lub art. 48 ZUP, może w okolicznościach danej sprawy, zostać uznany za „ważny powód” wypowiedzenia umowy o świadczenie Usług w rozumieniu art. 746 § 2 i 3 KC**. Taki przypadek mógłby potencjalnie mieć miejsce w sytuacji, gdy spełnienie wszystkich wskazanych wyżej przesłanek i okoliczności, skutkowałby stratą po stronie wykonawcy i nierentownością zamówienia, którego koszty realizacji znacznie przewyższyły wysokość umówionego wynagrodzenia, uniemożliwiając jednocześnie osiągnięcie celu gospodarczego danej umowy. Okoliczności te determinują bowiem, iż taka strata nie wynika ze zwykłego ryzyka gospodarczego przyjętego w stosunkach danego rodzaju, czy też niedoszacowania kosztów, lecz z następujących okoliczności zewnętrznych,

Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna (art. 535-764(9)), red. M. Frasz, M. Habdas, WKP 2018, art. 746 oraz P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2016, komentarz do art. 746.

⁵² Por. m.in. P. Zakrzewski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna* (art. 535-764(9)), red. M. Frasz, M. Habdas, WKP 2018, art. 746, P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2016, komentarz do art. 746, M. Gutowski, *Kodeks Cywilny. Tom I-III. Komentarz*, Legalis 2022 oraz K. Kopaczyńska-Pieczniak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna*, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, art. 746.

⁵³ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14 marca 2013 r., I ACa 115/13.

⁵⁴ Por. np. P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2016, komentarz do art. 746 oraz K. Kopaczyńska-Pieczniak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna*, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, art. 746.

⁵⁵ Postanowienie SN z 27.09.2023 r., sygn akt I CSK 58/23, Lex.

⁵⁶ Tak wyrok SA w Warszawie z 23.04.2015 r., VI ACa 1021/14, LEX nr 1785330, wskazując ponadto, iż mogą to być czynniki zależne od strony umowy, jak również czynniki obiektywne.

których wykonawca działający z należytą starannością, miał prawo nie przewidywać na etapie kalkulowania ceny, ani się przed nią zabezpieczyć. Wydaje się przy tym, że im większe pokrzywdzenie wykonawcy zaistniałymi niezależnymi okolicznościami zewnętrznymi (większa strata i jej negatywny wpływ na funkcjonowanie przedsiębiorstwa danego wykonawcy), tym więcej argumentów za uzasadnieniem ważnego powodu wypowiedzenia. **Konkluzja ta mogłaby być także, w okolicznościach danej sprawy, zasadna w przypadku bezzasadnej odmowy lub uporczywego utrudniania w złej wierze podwyższenia wynagrodzenia, wbrew istniejącemu po stronie wykonawcy uprawnieniu do waloryzacji na podstawie klauzul umownych zgodnych z art. 436 pkt 4 lit. b lub art. 439 PZP.** Klauzule te wskazują na sposób określania (zmian) wysokości wynagrodzenia (świadczenia zamawiającego) w toku realizacji umowy, mając charakter obligatoryjny po spełnieniu określonych przesłanek i warunków, przy czym mogą one mieć różnorodny charakter w zależności od konkretnego stanu faktycznego.

- 5.13. Przy czym podkreślenia wymaga w tym kontekście każdorazowa konieczność analizy całokształtu okoliczności faktycznych i prawnych danego przypadku. Implikuje ona w szczególności konieczność wykładni postanowień danej umowy (w tym wynikających z niej celów, interesów podlegających ochronie, rozkładu ryzyk, praw i obowiązków stron, postanowień dotyczących przysługujących stronom środków prawnych itd.), rzeczywistego spełnienia ww. przesłanek, ich wykazania, czy skali negatywnego wpływu zaistniałych okoliczności na możliwość wykonania umowy i naruszenia podlegających ochronie interesów. Dla oceny istotne znaczenie mogą mieć także kwestie należytego wykonywania zobowiązań umownych przez obie strony, przy uwzględnieniu ich treści, celu społeczno-gospodarczego, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów (354 § 1 KC). Warto dodatkowo podkreślić ustawowy, generalny obowiązek współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu umowy w celu należytej realizacji zamówienia (art. 431 PZP, por. także art. 354 KC⁵⁷), akcentujący partnerskie, lojalne podejście stron umowy o zamówienie publiczne. Regulacje PZP w przedmiocie klauzul waloryzacyjnych, jak i zasady współdziałania, mają służyć większemu zrównoważeniu pozycji stron kontraktu publicznego oraz bardziej partnerskiemu traktowaniu wykonawców, a w konsekwencji urzeczywistniać cele postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie obowiązków umownych w zakresie waloryzacji w okolicznościach gwałtownych zmian kosztów i cen wpływających na wykonanie danej umowy, czy też rażący brak współdziałania przy przeciwdziałaniu skutkom tych zmian dla realizacji danej umowy, może przyczynić się do uniemożliwienia realizacji powyższych celów. Dlatego też oceny wymagać może postawa każdej ze stron, propozycje (np. co do podziału zwiększonego kosztu wykonania zamówienia) lub podjęte działania w celu zapobieżenia skutkom nieprzewidzianych, nadzwyczajnych okoliczności, czy np. ewentualne powody niedojścia do porozumienia. Dopiero całościowe rozważenie

⁵⁷ W literaturze wskazuje się, iż współdziałanie wierzyciela z dłużnikiem może być rozumiane jako takie zachowanie się wierzyciela, bez którego spełnienie świadczenia przez dłużnika jest w ogóle niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (Legalis - Art. 354 KC red. serii Osajda/red. tomu Borysiak 2023, wyd. 31/W. Borysiak, A. Klein, Skutki, s. 155; J. Dąbrowa, w: System PrCyw, t. III, cz. 1, s. 725; por. też wyr. SN z 25.11.1998 r., II CKN 60/98, Legalis; wyr. SN z 25.2.2010 r., V CSK 297/09, Legalis; wyr. SN z 25.2.2015 r., IV CSK 297/14, Legalis oraz W. Warkalno, Ogólne, s. 54–56).

wszelkich relewantnych względów może stanowić podstawę do oceny, czy w danych okolicznościach faktycznych i prawnych, na podstawie przesłanki „ważnych powodów”, nie można od wykonawcy oczekiwać, aby nadal pozostawał w danym stosunku zobowiązaniowym.

- 5.14. Powyższa każdorazowa analiza danego stanu faktycznego (*ad casum*) powinna również zważyć ryzyko przyjęcia innego stanowiska przez drugą stronę umowy lub sąd rozstrzygający sprawę w razie sporu. Z praktycznego punktu widzenia, wypowiedzenie umowy z "ważnych powodów" na podstawie art. 746 § 2 KC może bowiem potencjalnie prowadzić do sporu z zamawiającym, w ramach którego niewykluczone jest skorzystanie przez zamawiającego np. z gwarancji należytego wykonania umowy czy naliczenia przewidzianych w umowie kar umownych. Rozstrzygnięcie zasadności skorzystania z tych uprawnień może zatem wymagać wejścia w spór sądowy. Należy także uwzględnić m.in. kwestie ryzyk związanych m.in. przesłankami wykluczenia wynikającymi z PZP, w tym z wykazywaniem braku podstaw do wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym analiza potencjalnych skutków wypowiedzenia umowy czy sporów na tym tle pozostaje poza zakresem niniejszego memorandum.
- 5.15. Kwestie skutków ewentualnej bezskuteczności wypowiedzenia umowy z ważnych powodów na podstawie art. 746 KC lub odpowiedzialności odszkodowawczej z tego tytułu wykraczają poza ramy niniejszego memorandum. W tym jednak miejscu warto zasygnalizować, że w celu ograniczenia ryzyk z tym związanych, ewentualne wypowiedzenie powinno uwzględniać zabezpieczenie zamawiającego przed skutkami przedterminowego zakończenia umowy, odpowiednią wcześniejszą komunikację (np. umotywowane wezwanie do zmiany wynagrodzenia i podjęcie w tym celu negocjacji w dobrej wierze, wyznaczenie odpowiedniego terminu dodatkowego w tym zakresie, uprzedzenie o zamiarze wypowiedzenia z uzasadnieniem) oraz działania zaradcze wobec przedterminowego rozwiązania umowy, oparte na zasadzie współdziałania stron⁵⁸, a także powinno pozwalać na zabezpieczenie kontynuacji Usług, w tym na wybór nowego wykonawcy z zachowaniem przepisów o zamówieniach publicznych. Jednakże, gdyby doszło do uznania, że wypowiedzenie nastąpiło bez ważnych powodów, powyższe akty staranności nie wyłączałyby co do zasady odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie art. 746 KC. Działania takie mogłyby jednak potencjalnie ograniczyć szkodę, a tym samym również wysokość należnego odszkodowania.
- 5.16. Jednocześnie, w przypadku skutecznego wypowiedzenia umowy na podstawie art. 746 KC z „ważnych powodów”, takie wypowiedzenie nie powinno stanowić podstawy naliczenia kary umownej zastrzeżonej na wypadek rozwiązania umowy. Zgodnie z art. 483 § 1 KC, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Wskazana umowna sankcja cywilnoprawna przewidziana jest zatem na okoliczność określonych uchybień dłużnika, nie zaś z tytułu realizacji normatywnego uprawnienia po spełnieniu wymaganych przesłanek. W tym w kontekście, w jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy wskazał, iż o ile za dopuszczalne uznaje się zastrzeżenie kary umownej na wypadek wypowiedzenia stosunku zlecenia,

⁵⁸ Przykładowo, strony mogą dojść do porozumienia, iż w takich okolicznościach adekwatne będzie ograniczenie lub zmiana zakresu świadczenia.

to bezwzględnie i oczywiście niedopuszczalne jest takie zastrzeżenie poczynione na wypadek wypowiedzenia z ważnych powodów zgodnie z art. 746 § 3 KC⁵⁹.

- 5.17. Zaznaczamy przy tym ponownie, że precyzyjna ocena wskazanych wyżej aspektów zawsze powinna być pochodną oceny konkretnego stanu faktycznego, w tym treści danej umowy o zamówienie publiczne, całokształtu okoliczności towarzyszących, charakteru stosunku prawnego łączącego strony, jak również oceny potencjalnych skutków dla stron.

Aldona Kowalczyk
radca prawny

Anna Szymańska
radca prawny

Partner Dentons Europe Dąbrowski
i Wspólnicy Sp. k.

Partner Dentons Europe Dąbrowski
i Wspólnicy Sp. k.

⁵⁹ Por. wyrok SN z 21.8.2008 r., IV CSK 202/08, IC 2009, nr 4, s. 45, w którym wskazano, że w umowie o świadczenie usług można wyłączyć w odniesieniu do jednej lub obu stron uprawnienie do wypowiedzenia umowy z innych powodów aniżeli ważne. Można też zastrzec karę umowną na wypadek skorzystania z uprawnienia do wypowiedzenia. Por. także P. Drapała [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom V. Zobowiązania. Część szczegółowa, wyd. II, red. J. Gudowski, Warszawa 2017, art. 746). Por. także np. wyrok KIO z 05.11.2020, sygn. KIO 2563/20, zgodnie z którym wykluczone jest zastrzeżenie kary umownej, której istota została zdefiniowana w art. 483 § 1 KC, z tytułu skorzystania przez stronę umowy o usługi z uprawnienia do wypowiedzenia jej z ważnych powodów, o którym mowa w art. 746 § 2 KC, w sytuacji gdy z tego przepisu wprost wynika, że drugiej stronie należy się odszkodowanie wyłącznie w sytuacji, gdy odstąpienie nie nastąpiło z ważnych powodów, a ponadto według art. 746 § 3 KC tego uprawnienia do wypowiedzenia z ważnych powodów nie można się zrzec.