

**prof. nadzw. dr hab. Przemysław Drapała**  
Radca prawny

**Andrzej Sokołowski**  
Radca prawny

**dr Marcin Chomiuk**  
Radca prawny

**Maciej Chrzan, LL.M.**  
Radca prawny

**Wojciech Bazan**  
Adwokat

**Jakub Majewski**  
Adwokat

**Wojciech Merkwa**  
Radca prawny

**Adrian Andrychowski**  
Adwokat

**Magdalena Bartnik**  
Adwokat

**Krzysztof Brant**  
Radca prawny

**Dorota Dąbrowska**  
Doradca podatkowy

**Michał Drozdowicz**  
Radca prawny

**Piotr Duma**  
Radca prawny

**Iwo Franaszczyk**  
Adwokat

**dr Łukasz Goniak**  
Adwokat

**Konrad Gortad**  
Adwokat

**Arkadiusz Górski**  
Adwokat

**Maciej Grzybowski**  
Radca prawny

**Michał Jagielski**  
Ekspert podatkowy

**Zbigniew Jara**  
Radca prawny / Rechtsanwalt

**Barbara Kaczała**  
Radca prawny

**Ludwina Klein, LL.M.**  
Adwokat

**Damian Kopera**  
Adwokat

**dr Jacek Kudła, LL.M.**  
Radca prawny

**dr hab. Bogusław Lackoroński**  
Radca Prawny

**Marcin Lewiński**  
Adwokat

**Maria Łabno**  
Adwokat

**Karol Macias**  
Radca prawny

**Anna Matusiak-Wekiera**  
Radca prawny

**Ewa Mońdział**  
Radca prawny

**Mariusz Nowakowski, MLE**  
Adwokat

**Anna Nowodworska**  
Adwokat

**dr Joanna Ostojńska-Kołodziej**  
Adwokat

**Michał Pietrzyk**  
Radca Prawny

**Justyna Solarska**  
Adwokat

**Maciej Stępień**  
Radca prawny

**Michał Urbański**  
Adwokat

**Anna Wójcik**  
Adwokat

**Magdalena Zasiewska**  
Doradca podatkowy

---

## OPINIA PRAWNA

---

Warszawa, 26 listopada 2024

**Sz. P. Grzegorz Lang**  
**Dyrektor ds. prawnych w Federacji Przedsiębiorców Polskich**

**Federacja Przedsiębiorców Polskich**  
Al. Ujazdowskie 51, 00-536 Warszawa

*Przesłano pocztą elektroniczną na adres: [biuro@federacjapredsiobiorcow.pl](mailto:biuro@federacjapredsiobiorcow.pl)*

**Dotyczy: Waloryzacji umownej zawartych przez członków Federacji Przedsiębiorców Polskich umów o zamówienia publiczne na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b) *tiret* drugie i piąte ustawy Prawo zamówień publicznych**

*Szanowni Państwo,*

w związku ze zleceniem z 06.09.2024 r. oraz sprecyzowaniem zakresu z 13.10.2024 r., poniżej przesyłamy opinię w przedmiocie dopuszczalności i zakresu waloryzacji umownej zawartych przez członków Federacji Przedsiębiorców Polskich umów o zamówienia publiczne a także mechanizmu waloryzacji przewidzianego w art. 436 pkt 4 lit. b) *tiret* drugie i piąte ustawy Prawo zamówień publicznych („PZP”) **w związku z uchwalonymi<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Zob. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 września 2024 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r. (Dz. U. poz. 1362).

na 2025 rok zmianami 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.

### WNIOSKI I REKOMENDACJE

Na wstępie należy poczynić uwagę w kwestii zakresu przedmiotowego niniejszej opinii. Przedstawiona w opinii analiza prawna i wynikające z niej konkluzje oparte są na wnioskach ekonomicznych i założeniach płynących z opinii z dnia 28 października 2024 r. przygotowanej przez dr Wiktora Wojciechowskiego<sup>2</sup> (dalej jako: „**Opinia ekonomiczna**”). W opinii tej przedstawiciel nauk ekonomicznych przeanalizował ekonomiczne aspekty problematyki zmienności kosztów pośrednich przedsiębiorstwa w korelacji ze zmianami minimalnego wynagrodzenia za pracę, w tym kwestię zależności ekonomicznych w postaci korelacji zmian minimalnego wynagrodzenia za pracę z innymi kosztami, w tym płacowymi, ponoszonymi przez przedsiębiorstwa. Niniejsza opinia – bazując już na agregacji danych i przemyśleniach eksperckich z zakresu ekonomii zaprezentowanych w Opinii ekonomicznej przedstawia **kwalifikację prawną i skutki prawne wniosków** wynikających z tej Opinii ekonomicznej.

Dokonana przez autorów niniejszej opinii analiza prawna prowadzi do następujących wniosków:

1. Właściwa wykładnia językowa i celowościowa art. 436 pkt 4 lit. b) *tiret* drugie i piąte PZP dokonywana przez pryzmat *ratio legis* przepisu, oraz w kontekście zasady proporcjonalności (art. 16 PZP) i zasady współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonywaniu umowy (art. 431 PZP), jak również mająca na względzie analizę ekonomiczną i wynikającą z niej m.in. korelację zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę z pozostałymi elementami wynagrodzeń w przedsiębiorstwach – **wskazuje na dopuszczalność i konieczność waloryzowania na bazie wspomnianego przepisu również części wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego odpowiadającej kosztom pośrednim przedsiębiorstwa** ponoszonym po stawkach innych niż minimalne, a tym bardziej tych które są ponoszone po stawkach minimalnych (*a maiori ad minus*). W świetle danych ekonomicznych koszty pośrednie są koniecznym elementem realizacji każdej umowy a ich wzrost jest wynikiem wpływu zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej.
2. Struktura kosztów przedsiębiorstwa wykonawcy ponoszonych przy wykonywaniu zamówienia publicznego obejmuje obok kosztów bezpośrednich również tzw. koszty pośrednie przedsiębiorstwa (por. rozdział IV Opinii ekonomicznej) (nazywane

---

<sup>2</sup> Dr Wiktor Wojciechowski jest adiunktem w katedrze Międzynarodowych Studiów Porównawczych w Szkole Głównej Handlowej w Warszawie. W przeszłości kierował zespołem do spraw Badań Rynku Pracy w Narodowym Banku Polskim, był głównym ekonomistą fundacji Forum Obywatelskiego Rozwoju i Plus Bank S.A. Wiktor Wojciechowski był także wiceprzewodniczącym Towarzystwa Ekonomistów Polskich. Od ponad 20 lat jest związany ze Szkołą Główną Handlową, gdzie prowadzi wykłady m.in. z ekonometrii, ekonomii pracy i ekonomicznej analizy reform rynku pracy. Jest laureatem konkursów Narodowego Banku Polskiego i dziennika Rzeczpospolita na „Najlepszego Analityka Makroekonomicznego” w kategorii prognozy stopy bezrobocia i dynamiki inwestycji.

czasem również kosztami ogólnymi). Oba rodzaje kosztów są niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, a każda oferta składa się z tych dwóch rodzajów kosztów oraz marży. Nieodzwonne występowanie kosztów pośrednich zostało już potwierdzone przez Ustawodawcę i największych polskich zamawiających. W tym stanie rzeczy odmowa uznania przez zamawiającego, że w oferta zawierała w sobie również koszty pośrednie, oznaczałaby że zamawiający miał świadomość, że wybiera ofertę nierynkową.

3. Skalkulowanie kwoty wzrostu wynagrodzenia w zamówieniu dotyczącym usług w zakresie kosztów pośrednich jest możliwe według kilku metod. Jak wskazano w Opinii ekonomicznej:
  - (a) Różnice między metodami występują w podejściu do ustalania kwoty wpływu zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia (lub minimalnej stawki godzinowej) na koszty pośrednie wykonania zamówienia.
  - (b) Wszystkie metody jako pierwszy krok wyliczenia nowej ceny (wynagrodzenia) przyjmują ustalenie wielkości tego wpływu na koszty bezpośrednie.
  - (c) W odniesieniu do wynagrodzeń osób otrzymujących (w ramach kosztów bezpośrednich) wynagrodzenia niższe lub równe nowej wartości minimalnego wynagrodzenia wyliczenie wzrostu kosztów następuje poprzez przemnożenie dotychczasowego kosztu wynagrodzeń przez wskaźnik wzrostu minimalnego wynagrodzenia (zob. s. 9 Opinii ekonomicznej).
  - (d) W odniesieniu do wynagrodzeń osób otrzymujących (w ramach kosztów bezpośrednich) wynagrodzenia wyższe od nowej wartości minimalnego wynagrodzenia wyliczenie wzrostu kosztów następuje poprzez przemnożenie dotychczasowego kosztu wynagrodzeń przez publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wskaźnik wzrostu przeciętnego wynagrodzenia w danej branży (lub wskaźnik ogólny wzrostu przeciętnego wynagrodzenia, jeżeli wskaźnik branżowy nie jest dostępny) (zob. s. 10 Opinii ekonomicznej).
4. **[pierwsza metoda - Branżowa struktura kosztów oraz waloryzacja o dane GUS]**
  - (a) W tej metodzie kalkulacja kosztów pośrednich jest dokonywana w oparciu o zastosowanie **danych statystycznych** pokazujących relacje między kosztami bezpośrednimi i pośrednimi występującymi powszechnie w danej branży. Wyliczenie tej wartości następuje poprzez uśrednienie danych pochodzących od podmiotów podobnych do wykonawcy (np. kilku podmiotów z danej branży), które będą pochodzić np. ze sprawozdań finansowych w powszechnie dostępnym rejestrze KRS. W ten sposób powstanie **uśredniony wskaźnik udziału kosztów pośrednich w kosztach bezpośrednich lub uśredniony wskaźnik udziału kosztów pośrednich w kosztach ogółem występujący u wykonawców z danej branży** (zob. s. 10 Opinii ekonomicznej).
  - (b) **Dopuszczalność korzystania ze wskaźników w celu modyfikowania warunków zamówienia publicznego została już potwierdzona** przez Prokuraturę Generalną Rzeczypospolitej Polskiej (stanowisko z 02 sierpnia

2022 r.) oraz Ustawodawcę (choćby w art. 48 ust. 2 ustawy z dnia 07 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców; art. 439 PZP).

- (c) Ustalenie wskaźnika branżowego pozwala na wyliczenie kwoty kosztów pośrednich, która zwiększana jest o **procentową zmianę przeciętnego wynagrodzenia w przedsiębiorstwach z danego sektora publikowana przez GUS** (np. Administrowanie i działalność wspierająca) (wskaźnik branżowy wsteczny) (odnośnie do wyboru wskaźnika zmiany wynagrodzenia zamiast inflacji zob. Opinia ekonomiczna s. 9). W istocie ekonomista wskazuje tu **następującą potencjalnie dostępną metodologię kalkulacji** - roczną, procentową **odnotowaną już przez GUS zmianę średniego wynagrodzenia brutto dla danego sektora** (np. Administrowanie i działalność wspierająca) w ostatnim roku ogółem lub w kwartałach, dla których będą dostępne odpowiednie dane w momencie prowadzenia negocjacji. Dane o średnich wynagrodzeniach brutto według sekcji publikuje Główny Urząd Statystyczny (zob. s. 10 Opinii ekonomicznej, Opcja 1).
- (d) Zaletą skorzystania z pierwszej metody jest opieranie się na zobjektywizowanych danych zarówno w zakresie udziału kosztów pośrednich w branży, jak i założeń dotyczących zmian wynagrodzeń. Niekiedy jednak może zachodzić trudność ze znalezieniem wskaźnika właściwego dla danej branży. W takiej sytuacji należy przejść w kolejnym kroku do drugiej metody.

5. **[druga metoda - Indywidualna struktura kosztów oraz waloryzacja o dane GUS]**

- (a) Druga metoda polega na ustaleniu wartości wskaźnika udziału kosztów pośrednich w kosztach bezpośrednich bądź kosztach ogółem za pomocą danych z raportów zarządczych dla konkretnego wykonawcy (czasami będą to koszty rozsiane w ramach grupy spółek, co uzasadnia zastosowanie wskaźnika wyliczanego dla całej takiej grupy) za kwartał poprzedni przed złożeniem oferty (zob. s. 10 Opinii ekonomicznej).
- (b) Ustalona na tej podstawie wartość kosztów pośrednich powinna być waloryzowana za pomocą wartości procentowej zmiany jak w pkt 4(c) powyżej. Zaletą tej metody jest opieranie się na danych faktycznie występujących w toku realizacji danej umowy o zamówienie publiczne (zob. Opinia ekonomiczna s. 10, Opcja nr 2).

6. W naszej ocenie obie metody (rozdzielane przez ekonomistę na dwie opcje) są **równoprawne i równorzędne** i mogą być stosowane zamiennie. W przypadku wystąpienia problemów w uzyskaniu reprezentatywnych danych o strukturze kosztów osobowych z przedsiębiorstw z danej branży, możliwe i konieczne jest zastosowanie drugiej metody, przewidującej indywidualną strukturę kosztów osobowych danego przedsiębiorstwa.

7. **[trzecia metoda]**

Na podstawie Opinii ekonomicznej (s. 10-11 dot. Opcji nr 3) możliwe jest wskazanie również trzeciej metody, opartej na założeniu, że zwaloryzowana cena (wynagrodzenie) za wykonanie zamówienia powinna być kalkulowana w sposób

możliwie bliski sposobowi przygotowania pierwotnej oferty – a więc powinna być kalkulowana tak jak skalkulowanie ceny w kosztorysie ofertowym, w wyniku czego zostaje zachowany udział kosztów pośrednich.

Zgodnie z Opinią ekonomiczną tutaj również w pierwszym kroku następuje ustalenie waloryzacji kosztów bezpośrednich, które podobnie jak w metodzie pierwszej i drugiej polega na:

- (a) Zwiększeniu kosztów bezpośrednich ponoszonych po stawkach minimalnych lub do granicy nowej minimalnej - o wzrost nowo ustalonej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej.
- (b) Zwiększenie kosztów bezpośrednich ponoszonych po stawkach wyższych niż nowa stawka minimalna – o tzw. wskaźnik branżowy tj. wzrost średniej w sektorze (współczynnik dla sektora) rok do roku.

Krok drugi (ustalenie waloryzacji kosztów pośrednich) w tej metodzie polega na nałożeniu na zwaloryzowaną sumę kosztów bezpośrednich procentowej stawki narzutu kosztów pośrednich (tj. wskaźnika udziału kosztów pośrednich w bezpośrednich) o tym samym współczynniku (procencie), co w pierwotnej ofercie (zob. Opinia ekonomiczna s. 11).

Kalkulowanie w ofertach kosztów pośrednich za pomocą narzutu procentowego jest praktyką powszechną w obrocie gospodarczym. Zastosowanie tej metody pozwala więc skalkulować zwaloryzowaną cenę w sposób najprostszy i najbliższy metodzie pierwotnego wyliczenia ceny (zob. Opinia ekonomiczna s. 11).

8. W opinii ekonomicznej wszystkie 3 metody/opcje traktowane są równorzędne. Analogiczne stanowisko przyjmują autorzy niniejszej opinii.
9. Metodologia kalkulacji z pkt 4(c) powyżej (metoda pierwsza – tzw. wskaźnik branżowy wsteczny rok do roku) jest korzystna dla Zamawiającego, gdyż (a) opiera się na zmianach, które faktycznie już nastąpiły oraz (b) dotyczy zmiany rok do roku, a nie np. średnią zmiany z ostatnich 3 lat (tzw. trend), co oznacza, że ewentualny wzrost będzie uwzględniany w jednym roku, w przeciwieństwie do rozwiązania, które oznaczałoby ciągniony wzrost przez kolejne lata. Dodatkowo Zamawiający mógłby wystąpić w ugodzie o zrzeczenie się przez wykonawcę roszczenia o waloryzację kosztów pośrednich z poprzednich lat, jako korzyść finansową wynikającą z ew. ugody (Ustawa o finansach publicznych, art. 54a).
10. Z przewidzianego w art. 431 PZP obowiązku współdziałania, nawiązującego do wynikającego z art. 354 k.c. obowiązku współpracy wierzyciela i dłużnika przy realizacji umowy, wynika powinność stworzenia partnerskich warunków współpracy zamawiającego z wykonawcą, a tym samym odpowiedniego, sprawiedliwego alokowania ryzyka wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej. To przekłada się na akceptację stosowania metodologii faktycznie dostępnej, bez oczekiwania od wykonawcy dowodów obiektywnie nieistniejących.
11. Norma statuowana przepisem art. 436 pkt 4 lit. b) *tiret* drugie i piąte PZP w istocie nakazuje adekwatnie i proporcjonalnie odzwierciedlić całość skutków realnie

- wynikających z podniesienia minimalnego wynagrodzenia, bez ograniczeń rodzajowych i kwotowych.
12. Istota błędu zawężającego rozumienia wzrostu kosztów i praktykowania klauzuli waloryzacyjnej w modelu „minimum do minimum”, jest w kontekście wykładni językowej **wynikiem wadliwego oparcia interpretacji, nie na tym gdzie powinno – tj. na opisie zakresu w którym ma nastąpić zmiana – „wynagrodzenie”, lecz, błędnie - na opisie okoliczności, która ma uruchomić sam mechanizm waloryzacyjny (tzw. trigger)** – „zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej” i która ma wywierać wpływ na koszt, a więc i na „wynagrodzenie” *par excellence*. W konsekwencji tego pomieszania zakresów, dochodzi do pomieszania pojęć i spływającego ujmowania problemu w ten sposób, że zmianie miało podlegać jakoby jedynie „minimalne wynagrodzenie”, gdy tymczasem dopuszczalne, możliwe i zasadne jest wykazywanie wpływu zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej nie tylko na koszty bezpośrednie (pracowników z pensją minimalną) lecz również na koszty pośrednie – poprawny zatem jest jedynie model określony nomenklaturą: „indeksacja na skutek wzrostu minimalnego wynagrodzenia”.
  13. Przepis w części początkowej („zmiana wysokości wynagrodzenia”) oraz końcowej („wpływ na koszt”) **nie zawiera zawężenia do części wynagrodzenia lub części kosztu, odpowiadającym uprzednio wynagrodzeniom pracowników lub współpracowników ponoszonym przez wykonawcę zamówienia po stawkach minimalnych** (por. w szczególności § 22, 23 i 145 rozporządzenia w sprawie Zasad Techniki Prawodawczej). O ile w procesie wykładni oświadczeń woli (art. 65 k.c.) poszukuje się jakiegoś obiektywnego wzorca (istnieje pewien element uznaniowości), to w przypadku wykładni norm prawnych zastosowanie znajdują zasady techniki prawodawczej wskazane w rozporządzeniu. Jeżeli dla uzyskania określonej interpretacji danego przepisu, w toku legislacyjnym należałoby istotnie zmienić jego brzmienie, to znaczy, że dana interpretacja jest nieuprawniona.
  14. Gdyby było tak, że wzrost minimalnego wynagrodzenia dotyczyć by miał jedynie kosztów bezpośrednio związanych ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia (umów z pracownikami z minimalną pensją), to nie istniałaby potrzeba weryfikacji wpływu zmiany na koszty wykonania. Wszak skoro przepisy bezwzględnie obowiązujące wymuszałyby zmianę, to zbędne byłoby badanie, czy owa nowelizacja miała wpływ na koszt.
  15. Skutki naruszenia przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) *tiret* drugie i piąte PZP można podzielić na trzy sytuacje, z czego w tym miejscu wskazujemy dwie najistotniejsze:
    - (a) Pierwsza polega na wprowadzeniu przez zamawiającego we wzorce umowy klauzuli wprowadzicie **formalnie (treściowo) prawidłowej**, w tym np. literalnie przepisującej w umowie treść przepisu, ale wadliwy charakter mają późniejsze działania faktyczne zamawiającego, który wykląda ją zawężająco, a więc tak, jak gdyby była to klauzula „minimum do minimum”. W tym przypadku to **praktyka stosowania i wykładnia dokonywana przez zamawiającego prowadzi do wniosków sprzecznych z prawidłową**

wykładnią i wyrównywanie jedynie kosztów bezpośrednich „minimum do minimum”

- (b) Druga to zastosowanie przez zamawiającego już we wzorze umowy konstrukcyjnie błędnej **nadmiernie wąsko sformułowanej klauzuli waloryzacyjnej** - tzw. modelu „minimum do minimum”, tj. zawężająco ujmującej zakres ustawowo przewidzianej w art. 436 pkt 4 lit b) *tiret* drugie PZP zmiany wynagrodzenia - wprost sprzecznej z prawidłową wykładnią przepisu, wykazaną w niniejszej opinii.
16. **W pierwszym przypadku** wykonawca jest uprawniony do wystąpienia z roszczeniem kontraktowym o spełnienie świadczenie wynikającego z prawidłowej wykładni klauzuli (art. 65 § 2 k.c.), poprzez zapłatę wynagrodzenia należnego z tytułu wzrostu kosztów bezpośrednich oraz pośrednich, w wyniku podniesienia płacy i stawki minimalnej.
17. **W drugim przypadku**, rekomendowanym działaniem jest **zawarcie aneksu** do umowy dostosowującego istniejącą (wadliwą) klauzulę do treści wynikającej z art. 436 pkt 4 lit b) *tiret* drugie PZP. W przypadku odmowy zawarcia aneksu możliwe jest działanie obejmujące dwa kroki: w pierwszym konieczne jest doprowadzenie do stwierdzenia nieważności istniejącej klauzuli waloryzacyjnej, w oparciu o podane w niniejszej opinii podstawy; w drugim kroku zaś (a) ponowne wystąpienie z wnioskiem waloryzacyjnym na prawidłową kwotę uwzględniającą tj. również zmianę wynagrodzenia wynikającą ze zmiany kosztów pośrednich a w razie odmowy, (b) powództwo o złożenie przez zamawiającego oświadczenia o treści zgodnej z art. 436 pkt 4 lit. b) *tiret* 2 i 5 PZP w zw. z art. 65 §2 k.c. i jego prawidłową wykładnią.
18. W każdym z opisanych powyżej przypadków, fakt odmowy dobrowolnego zawarcia aneksu oraz konieczność toczenia sporu sądowego powoduje **dla zamawiającego ryzyko dodatkowych kosztów najczęściej przekraczających wartość spornego roszczenia wykonawcy** (odsetki za 3-4 lata, opłaty sądowe za dwie instancje, koszty zastępstwa procesowego wypłacane w razie przegranej oraz ponoszone na rzecz własnych prawników, koszty biegłych sądowych, tzw. koszty osobowe angażowania pracowników zamawiającego w spór).

## SPIS TREŚCI

<b>I.</b>	<b>WSTĘP .....</b>	<b>10</b>
<b>II.</b>	<b>WALORYZACJA UMOWNA .....</b>	<b>10</b>
<b>II.1.</b>	<b>Ogólne uwagi w zakresie dostosowania umowy o zamówienie publiczne w dynamicznym modelu warunków ekonomicznych .....</b>	<b>10</b>
<b>II.1.1.</b>	<b>Adhezyjny charakter umowy o zamówienie publiczne .....</b>	<b>10</b>
<b>II.1.2.</b>	<b>Dyrektywy wynikające z art. 16 oraz art. 431 PZP .....</b>	<b>13</b>
<b>II.2.</b>	<b>Rodzaje kosztów ponoszonych przez wykonawców, ze szczególnym uwzględnieniem charakterystyki kosztów pośrednich .....</b>	<b>17</b>
<b>II.3.</b>	<b>Dynamiczne zmiany na rynku wynagrodzeń – komentarz do Opinii ekonomicznej .....</b>	<b>27</b>
<b>III.</b>	<b>KLAUZULE WALORYZACYJNE OPARTE NA ART. 436 PKT 4 LIT. B) PZP .....</b>	<b>39</b>
<b>III.1.</b>	<b>Art. 436 pkt 4 lit. b) PZP - klauzula waloryzacyjna na wypadek zmian przepisów prawnych skutkujących zmianą obciążeń publicznoprawnych .....</b>	<b>39</b>
<b>III.1.1.</b>	<b>Ratio legis regulacji - przywrócenie równowagi ekonomicznej .....</b>	<b>40</b>
<b>III.1.2.</b>	<b>Wykładnia językowa art. 436 PZP .....</b>	<b>43</b>
<b>III.1.3.</b>	<b>Wykładnia celowościowa oraz wpływ analizy ekonomicznej na wykładnię i zakres art. 436 PZP .....</b>	<b>46</b>
<b>III.2.</b>	<b>Przesłanki zastosowania klauzuli waloryzacyjnej – zmiana „minimalnego” oraz wpływ na koszt wykonania zamówienia .....</b>	<b>55</b>
<b>III.2.1.</b>	<b>Uwagi ogólne .....</b>	<b>55</b>
<b>III.2.2.</b>	<b>Możliwość waloryzacji kosztów pośrednich przekłada się na możliwość wykazania wpływu zmiany minimalnego wynagrodzenia na koszty pośrednie .....</b>	<b>58</b>
<b>IV.</b>	<b>PRAWIDŁOWA PRAKTYKA WALORYZACJI NA RYNKU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH NA GRUNCIE ART. 436 PKT 4 LIT. B) TIRET DRUGIE I PIĄTE PZP, W ŚWIETLE MOŻLIWOŚCI I SPOSOBÓW WYLICZENIA KOSZTU OGÓLNEGO .....</b>	<b>62</b>
<b>IV.1.</b>	<b>Uwagi ogólne – oparcie praktyki na obiektywności czynników i uwzględnieniu wymogów art. 16 PZP, 431 PZP oraz art. 354 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP .....</b>	<b>62</b>
<b>IV.2.</b>	<b>Wyliczenie i wykazanie wartości waloryzacji .....</b>	<b>63</b>
<b>IV.2.1.</b>	<b>Podmioty publiczne, w których praktyce dochodzi do wyliczania i wykazywania wartości waloryzacji .....</b>	<b>63</b>
<b>IV.2.2.</b>	<b>Koncepcje wyliczenia kosztów pośrednich (kosztów ogólnych) w przypadku zamówienia publicznego na realizację usług w oparciu o metody przyjmowane do obliczania kosztów zarządu i administracji .....</b>	<b>65</b>
<b>IV.2.3.</b>	<b>Możliwość zastosowania wskaźników o charakterze statystycznym .....</b>	<b>67</b>
<b>IV.2.4.</b>	<b>Porównanie regulacji art. 436 pkt 4 lit. b) PZP a art. 439 PZP – umowna klauzula waloryzacyjna związana ze zmianą cen materiałów lub kosztów – w kontekście możliwości oparcia na gruncie obu regulacji wykazywania wpływu i sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia przy użyciu wskaźników .....</b>	<b>68</b>
<b>IV.3.</b>	<b>Proponowane metody zwaloryzowania wynagrodzenia .....</b>	<b>75</b>
<b>IV.3.1.</b>	<b>Rozwiązania zaprezentowane w Opinii ekonomicznej .....</b>	<b>75</b>



<b>IV.3.2.</b>	<b>Stanowisko autorów niniejszej opinii .....</b>	<b>77</b>
<b>IV.4.</b>	<b>Elementy cenotwórcze podlegające waloryzacji na gruncie art. 436 PZP .....</b>	<b>79</b>
<b>IV.5.</b>	<b>Uprawdopodobnienie wzrostu kosztów realizacji umowy .....</b>	<b>81</b>
<b>IV.6.</b>	<b>Odmowa waloryzacji wynagrodzenia w oparciu o dane statystyczne jako przejaw niegospodarności.....</b>	<b>82</b>
<b>V.</b>	<b>SKUTKI NARUSZENIA PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO ART. 436 PKT 4 LIT B) TIRET DRUGIE I PIĄTE PZP.....</b>	<b>82</b>
<b>V.1.</b>	<b>Całkowity brak w umowie klauzuli waloryzacyjnej z art. 436 pkt 4 lit b PZP .....</b>	<b>83</b>
<b>V.2.</b>	<b>Błędna wykładnia zamawiającego przy formalnie prawidłowym brzmieniu klauzuli waloryzacyjnej.....</b>	<b>84</b>
<b>V.3.</b>	<b>Nadmiernie wąsko sformułowana klauzula waloryzacyjna .....</b>	<b>85</b>
<b>V.3.1.</b>	<b>Nieważność bezwzględna .....</b>	<b>86</b>
<b>V.3.2.</b>	<b>Co dalej z waloryzacją po stwierdzeniu nieważności klauzuli waloryzacyjnej?.....</b>	<b>87</b>
<b>V.3.3.</b>	<b>Nieważność jedynie części umowy – klauzuli waloryzacyjnej „minimum do minimum” (art. 58 § 3 w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c.) .....</b>	<b>90</b>
<b>V.3.4.</b>	<b>Naruszenie zasad współżycia społecznego (z art. 58 § 2 i 3 k.c. oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 § 2 i 3 k.c.).....</b>	<b>91</b>
<b>V.3.5.</b>	<b>Przekroczenie granic swobody umowy poprzez sprzeczność klauzuli waloryzacyjnej „minimum do minimum” z właściwością (naturą) umowy zawartej w trybie zamówień publicznych (art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c.) .....</b>	<b>100</b>
<b>V.3.6.</b>	<b>Sprzeczność z ustawą - nieważności klauzuli waloryzacyjnej nadmiernie wąskiej z uwagi na naruszenie przepisów ustawy (art. 58 § 1 k.c.) – naruszenie zasady proporcjonalności i przejrzystości ....</b>	<b>103</b>

## I. WSTĘP

1. Niniejsza opinia poświęcona jest kwestii przesłanek i zakresu dopuszczalnej waloryzacji umownej dla umów o zamówienia publiczne z klauzulami waloryzacyjnymi wprowadzonymi na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b) *tiret* drugie i piąte ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych („PZP”).
2. Opinia została podzielona na pięć rozdziałów, w tym wstęp (rozdział I.). W rozdziale II. przedstawiono ogólną problematykę waloryzacji umownej, rozpoczynając od opisu adhezyjnego charakteru umowy o zamówienie publiczne (II.1.1) i wskazując na dyrektywę wynikającą z normy art. 16 PZP i art. 431 PZP (II.1.2), przechodząc do prezentacji rodzaju kosztów ponoszonych przez wykonawców (koszty bezpośrednie i pośrednie) (II.1.2), a kończąc na przedstawieniu dynamicznych zmian na rynku wynagrodzeń (II.3) w oparciu o Opinię ekonomiczną z dnia 28 października 2024 r., w tym co do korelacji i zależności ekonomicznych wynikających z określenia minimalnego wynagrodzenia w przedsiębiorstwach, a także występowania kategorii kosztów pośrednich w realizacji każdej umowy i ich wpływu na koszty ponoszone przez wykonawców zamówień publicznych oraz metodologię ich wyliczenia. W rozdziale III. ukazano **istotę zagadnienia - klauzulę waloryzacyjną przewidzianą w art. art. 436 pkt 4 PZP**, w tym przeprowadzono analizę *ratio legis* tej regulacji (III.1.1), jak również przeanalizowano jej wykładnię językową (III.1.2) oraz celowościową (III.1.3), gdzie obok dotychczasowej, błędnej wykładni zawężającej, zaprezentowany został również wpływ analizy ekonomicznej wynikającej z Opinii ekonomicznej na prawidłową interpretację celowościową postanowień art. 436 pkt 4 lit. b) PZP (III.1.3). Przedstawione zostały ponadto przesłanki zastosowania klauzul waloryzacyjnych na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b) PZP (III.2). Rozdział IV. poświęcono zarysowaniu prawidłowej praktyki waloryzacji na rynków zamówień publicznych w zakresie metody wyliczania i sposobu wykazywania wartości waloryzacji, wynikającej z Opinii ekonomicznej i opartej na obiektywnych czynnikach, uwzględniającej wymogi art. 16 PZP, art. 431 PZP oraz art. 354 K.C. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP. Rozdział V, natomiast dotyczy skutków naruszenia prawidłowej wykładni art. 436 pkt 4 PZP, w tym uznania umowy w części (w zakresie postanowień klauzuli waloryzacyjnej) za nieważne z uwagi na przekroczenie granic swobody umów.

## II. WALORYZACJA UMOWNA

### II.1. Ogólne uwagi w zakresie dostosowania umowy o zamówienie publiczne w dynamicznym modelu warunków ekonomicznych

#### II.1.1. Adhezyjny charakter umowy o zamówienie publiczne

3. Umowa w sprawie zamówienia publicznego – przez wzgląd na swój charakter oraz treść przepisów PZP mających do niej zastosowanie – co do zasady nie podlega na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

negocjacom<sup>3</sup> i jest kształtowana niemal wyłącznie przez zamawiającego. Kwestia ta została już przesądzona przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14.01.2016 r.: „Obowiązujący w Polsce system zamówień publicznych niejednokrotnie zmusza potencjalnego wykonawcę do oferowania minimalnego wynagrodzenia oraz godzenia się na krótki termin wykonania obiektu proponowany przez inwestora i wysokość kary umownej w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W praktyce prowadzi to często do naruszenia faktycznej równości stron zawieranej umowy”<sup>4</sup>.

4. Tam, gdzie negocjacje są dopuszczalne jest to wskazane w PZP szczegółowo i w sposób ścisły (np. art. 20 ust.3, art. 62, art. 129 ust. 1 pkt 3 i 6 – tryb negocjacji z ogłoszeniem i negocjacji bez ogłoszenia, art. 188 - dialog konkurencyjny, art. 213 ust. 1 - zamówienie z wolnej ręki) niepodlegający rozszerzającej na inne tryby udzielania zamówień publicznych (przetarg).
5. Zgodnie z art. 8 PZP (uprzednio art. 139 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych („**dpzp**”)), do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy k.c., jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej. Oznacza to, iż umowy o zamówienie publiczne podlegają interpretacji zgodnie z regułami prawa cywilnego. Jednakże jedna z naczelnych zasad – **zasada swobody umów wyrażona w art. 353<sup>1</sup> k.c. – doznaje na gruncie PZP poważnych ograniczeń, choć nie zostaje w całości wyłączona**. Zakres tych ograniczeń nie zawsze jest równomierny i konsekwentny w stosunku do wszystkich kwestii związanych z zawarciem trwaniem i ustaniem stosunku zobowiązaniowego na podstawie umowy o zamówienie publiczne. Przede wszystkim jednak **to zamawiający kształtuje zarówno treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i treść samej umowy**. Jak akcentuje się przy tym w orzecznictwie Sądu Najwyższego, w przypadku zamówień publicznych **„zawarcie umowy następuje w trybie ofertowym według wzorca umownego (umowa adhezyjna)”<sup>5</sup>**. Zapatrywanie dotyczące stosowania wzorców umowy i adhezyjnego trybu zawierania umów po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzone zostało również w doktrynie<sup>6</sup>.
6. Trafnie istotę tego zagadnienia ujął Sąd Okręgowy we Wrocławiu: *„Kontrakty zawierane w trybie udzielenia zamówienia publicznego zbliżone są w swym charakterze do kategorii umów przystąpienia (umów adhezyjnych). **Dominująca pozycja Zamawiającego** wynika nie jak w przypadku umów adhezyjnych z przewagi ekonomicznej jednego z kontrahentów, a z faktu, iż **jest stroną reprezentującą interes publiczny**. Dla umów adhezyjnych charakterystyczne jest, iż najważniejsze ich warunki określa jeden z kontrahentów posługując się najczęściej ogólnymi warunkami umów. **Podobnie w przypadku umów zawieranych w trybie udzielenia zamówienia publicznego - w specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy zawrzeć wszystkie istotne***

<sup>3</sup> Zob. Dorota Grześkowiak-Stojek, BD56. Analiza treści umowy, Data wydania: 2023-07-31, BeckDirect, Legalis; por. Marzena Jaworska, w: Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2022, art. 188, Nb 1

<sup>4</sup> Wyrok SN z 14.01.2016 r., sygn. IV CSK 223/15.

<sup>5</sup> Zob. wyrok SN z 18.02.2016 r., sygn. II CSK 197/15; por. także wyrok SN z 17.06.2016 r., sygn. IV CSK 674/15.

<sup>6</sup> Zob.: R. Szostak, Przetarg nieograniczony, Warszawa 2005, s. 60.

**warunki przyszłej umowy.** Zamawiający może wręcz załączyć do specyfikacji wzór (projekt) przyszłej umowy lub ogólne warunki umowy, jeżeli zamierza na takich warunkach zawrzeć umowę. W takim przypadku złożenie oferty jest równoznaczne ze zgodą kontrahenta na zawarcie umowy według wzorca umownego (art. 384 § 1 KC)<sup>7</sup>.

7. Ani w orzecznictwie ani w doktrynie nie budzi wątpliwości to, że **reżim zamówień publicznych ogranicza zasadę swobody umów** (art. 353<sup>1</sup> k.c.), pozbawiając wykonawców realnego wpływu na treść postanowień zawieranej umowy. Nie budzi również wątpliwości to, że umowa zawarta w reżimie zamówień publicznych może zostać **uznana za nieważną w całości lub w części z uwagi na przekroczenie granic swobody umów** poprzez sprzeczność treści lub celu umowy z właściwością (naturą) stosunku (zob. rozdz. V.3.5), ustawą (zob. rozdz. V.3.6) lub zasadom współżycia społecznego (zob. rozdz. V.3.4) (zob. szerzej co do podziału skutków naruszenia art. 436 PZP rozdz. V.).
8. I choć, jak zauważa się w orzecznictwie „*uprzywilejowana pozycja zamawiającego sprawia, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie istnieje równowaga stron postępowania. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów p.z.p., które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego, m.in w świetle p.z.p. treść oferty złożonej przez wykonawcę musi być podporządkowana specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyznaczanych przez zamawiającego. To zamawiającemu przyznano prawo do decydowania o istotnych postanowieniach umowy, która zostanie zawarta w drodze przetargu publicznego, co czyni go niewątpliwie stroną silniejszą*”<sup>8</sup>, nie legitymizuje to dowolnego i wręcz nieskrępowanego kształtowania treści postanowień takiej umowy na korzyść strony publicznoprawnej. Zwrócił na to uwagę Sąd Najwyższy choćby w wyroku z dnia 13.09.2001 r.<sup>9</sup>: „*umowa darowizny, jaką zawarły strony formalnie nie uchybia prawu. Jednakże rozpatrując towarzyszące zawarciu tej umowy okoliczności, a w szczególności uzależnienie podjęcia korzystnego dla powodów rozstrzygnięcia w sprawie złożonego wniosku o zmianę planu zagospodarowania przestrzennego, co miało istotne znaczenie dla ewentualnego odstąpienia od nakazu rozbiórki obiektów wzniesionych bez pozwolenia budowlanego, od wcześniejszego przekazania przez powodów nieodpłatnie gruntów, stanowiących przedmiot darowizny, wskazuje na naruszenie zasad współżycia społecznego przy zawieraniu tej umowy. Sąd II instancji wskazał konkretnie na naruszenie zasady równości stron. Równocześnie z rokowaniami w sprawie umowy darowizny toczyły się czynności związane z postępowaniem wywołanym wnioskiem powodów o dokonanie zmiany planu zagospodarowania przestrzennego. Przysługujące Miastu w ramach sprawowanego imperium uprawnienie do stanowienia przepisów prawa miejscowego zostało wykorzystane dla uzyskania korzyści majątkowej, a do zawarcia umowy darowizny doszło na skutek zastosowania niedozwolonego nacisku na kontrahenta. (...) Sąd Apelacyjny oceniając okoliczności faktyczne i przyczyny zawarcia umowy (...)*

<sup>7</sup> Wyrok SO we Wrocławiu z 14.04.2008 r., sygn. X Ga 67/08.

<sup>8</sup> Wyrok SO w Warszawie z 16.07.2014 r., sygn. XXIII Ga 924/14.

<sup>9</sup> Wyrok SN z 13.09.2001 r., sygn. IV CKN 475/00. Por. także wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. III CSK 430/14.

wskazał zasadnie, że **nastąpiło wykorzystanie przez pozwanego uprawnień służących mu z racji wykonywania zadań publicznych i uzależnienie podjęcia korzystnej dla strony (...) decyzji administracyjnej od dokonania na rzecz organu administracji przysporzenia majątkowego**, co uchybia takim przyjętym zasadom jak zasada równości stron, a przede wszystkim zasadzie lojalności i uczciwości wobec obywatela, obowiązującej organ władzy publicznej. Takie działanie nie może znaleźć aprobaty społecznej i prawnej, a to według usankcjonowanej klauzuli generalnej przewidzianej w art. 58 § 2 KC.”.

9. W świetle powyższego uwidacznia się bowiem **negatywne zjawisko narzucenia poszczególnych postanowień umownych przy wykorzystaniu przez zamawiającego silniejszej pozycji rynkowej**. Odnosi się to przede wszystkim do tych zamawiających publicznych, którzy zawierają oparte na wzorcu umownym (np. FIDIC, ale nie jedynie) kontrakty o zamówienie publiczne o największym udziale w określonych branżach lub obszarach gospodarki – wręcz quasi monopole w zakresie zamówień infrastrukturalnych. Z punktu widzenia systematyki prawa - nierówność stron konstytuowana na gruncie przepisów PZP ma jednak charakter wyjątku od zasady (swobody umów) i jako wyjątek podlega zasadzie *exceptiones non sunt extendendae* – nie może być interpretowany rozszerzająco. Jeżeli już natomiast zachodzi winna być w jakiś sposób równoważona, tak, aby rażąco nie zachwiać modelu kontraktowej równowagi stron.

#### II.1.2. Dyrektywy wynikające z art. 16 oraz art. 431 PZP

10. Istotną wytyczną dla zamawiającego w omawianym zakresie stanowi w pierwszej kolejności art. 16 PZP dotyczący zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, statuujący zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania, **zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności**. Szczególnie dwie ostatnie odgrywają istotne znaczenie przy interpretacji art. 436 pkt 4 lit b) PZP. Orzecznictwo przyjmuje, że „[z]asada proporcjonalności znajduje swoje szczególne podkreślenie w związku z kształtowaniem przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, (...) zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przestrzeganie zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza, że **warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do rodzaju zamówienia, jego przedmiotu oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia, w szczególności odpowiednie do charakteru (w tym stopnia złożoności), ilości (w tym zakresu) lub znaczenia, a także przeznaczenia nabywanych robót budowlanych, dostaw lub usług. O określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego**”<sup>10</sup>. Stąd walor zasady proporcjonalności również dla oceny, czy dotychczasowa wykładnia i stosowanie tego przepisu przez zamawiających publicznych nie godzi w sposób nieproporcjonalny do potrzeb zamawiającego (lub

<sup>10</sup> Wyrok KIO z 26.05.2022 r., KIO 1159/22.

ze względu na zasadę przejrzystości – czy sformułowanie klauzuli jest na tyle nieprzejrzyste, że godzi) w zasady współżycia społecznego, ustawę lub właściwość (naturę) stosunku – stanowiąc przekroczenie, i tak ograniczonej, zasady swobody umów (zob. szerzej rozdział V.3.3 - V.3.6 poniżej). Znaczenie przepisu art. 16 PZP, **bezsprzecznie kluczowego w fazie przygotowania i udzielenia zamówienia**, nie kończy się jednak wraz z udzieleniem zamówienia, bowiem jego rola dla oceny postanowień zawartej umowy ma charakter nieprzemijający, a co więcej nieproporcjonalność pewnych rozwiązań niekiedy z czasem uwidacznia się jeszcze jaskrawiej.

11. Ponadto w celu podjęcia próby zapobieżenia wykorzystywania przez zamawiających publicznych ich pozycji rynkowej ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie do PZP **art. 431**, zgodnie z którym:

Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej "**umową**", w celu należytej realizacji zamówienia.

12. Jak wynika z uzasadnienia do projektu PZP celem tego przepisu jest wzmocnienie **regulacji dotyczących fazy wykonania i ewaluacji umowy** w sprawie zamówienia publicznego: *„Oczywistym jest, że zawarcie umowy nie jest celem w samym w sobie, celem tym jest należyte wykonanie zamówienia publicznego z poszanowaniem interesów stron umowy. Urzeczywistnieniu tego celu ma służyć wyraźne wyartykułowanie zasady współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu umowy, w celu należytej realizacji zamówienia publicznego”*.<sup>11</sup>
13. Przedstawiciele doktryny wskazują zatem, że zasadniczym celem regulacji jest **próba zapewnienia równowagi stron** umowy o zamówienie publiczne i wyeliminowanie sytuacji, w której to zamawiający jest stroną faworyzowaną i uprzywilejowaną w ramach stosunku. P. Granecki i I. Granecka wskazują, że: *„Obecnie będą brane również pod uwagę potrzeby wykonawcy przy realizacji umowy, i zamawiający będzie zobowiązany do pochylenia się nad wnioskami wykonawcy dotyczącymi wykonywania umowy i rozważeniem ich w sposób zadowalający obydwie strony. **Niezaprzeczalnie wzmocnia to pozycję wykonawcy, która do tej pory była słabsza od pozycji zamawiającego i nastawia realizację umowy na równowagę sił i kompromis stron umowy.** Wprowadzeniu tego przepisu przyświecał odgórny cel jakim jest należyta realizacja zamówienia, a wiadomym jest, iż osiągnięcie tego celu będzie w pełni możliwe jedynie przy współdziałaniu i współpracy stron umowy, a nie tak jak dotychczas przy jednostronnym narzucaniu warunków przez zamawiającego i przy braku otwartości na współpracę z wykonawcą i nieprzychylności zamawiającego na składane przez wykonawcę wnioski w trakcie realizacji umowy.”*<sup>12</sup>
14. Art. 431 PZP stanowi swoistego rodzaju dyrektywę postępowania dla zamawiającego w trakcie fazy wykonywania zamówienia: *„(...) wyeksponowanie obowiązku współpracy stron umowy w sprawie zamówienia publicznego na gruncie*

<sup>11</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, VII kadencja, druk sejm. Nr 3624; <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>

<sup>12</sup> P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, Legalis, art. 431.

art. 431 p.z.p. ma także **wymiar dyrektywy skierowanej do zamawiającego, aby projektowanymi postanowieniami umowy tworzyć ramy dla partnerskiej współpracy stron.**<sup>13</sup> E. Wiktorowska podaje, że: „W przypadku Zamawiającego nie może on wykorzystywać silniejszej pozycji w stosunku zobowiązaniowym w celu sprowadzenia umowy do umowy stricte adhezyjnej, jednostronnej, braku poszanowania interesów drugiej strony umowy.”<sup>14</sup>

15. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3512/20 wskazać należy, że zamawiający „**nie może prowadzić do nadania postanowieniom umowy treści obiektywnie niekorzystnej dla jednej ze stron, w tym wypadku - wykonawcy. Takie postępowanie zamawiającego nie jest zgodne z zasadami współzycia społecznego i nie może być usprawiedliwione ani interesem publicznym ani zasadą swobody umów. Możliwość korzystania z zasady swobody umów doznaje ograniczenia m.in. w obowiązku przestrzegania zasad współzycia społecznego, które nie mogą zostać naruszone poprzez zamiar narzucenia wykonawcom, przy wykorzystaniu silniejszej pozycji zamawiającego, niekorzystnych dla nich rozwiązań. Za nieuprawnione należy bowiem uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy(...)**”.<sup>15</sup>
16. **Przewidziany w art. 431 PZP obowiązek współdziałania nawiązuje do wynikającego z art. 354 k.c. obowiązku współpracy wierzyciela i dłużnika przy realizacji umowy.** Jako że umowy o zamówienie są umowami cywilnoprawnymi (art. 8 ust. 1 PZP), dla określenia, na czym może polegać wynikający z art. 431 PZP. obowiązek współdziałania, warto odwołać się do orzecznictwa wypracowanego na tle art. 354 § 2 k.c.<sup>16</sup>.
17. J. Jerzykowski zwraca uwagę, że: „Regulacja art. 431 p.z.p. prima facie jawi się jako przepis w istocie powtarzający postanowienia art. 354 § 1 i 2 k.c., normującego obowiązek współpracy stron przy wykonaniu zobowiązania. Dla przypomnienia – wskazane przepisy Kodeksu cywilnego stanowią, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom, zaś wierzyciel w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania. Postrzeganie art. 431 p.z.p. jedynie w kategoriach powtórzenia regulacji kodeksowej wydaje się jednak nieuprawnione. Traktować należy go raczej jako wyeksponowanie wynikającego bezpośrednio z mocy prawa obowiązku współpracy zamawiającego i wykonawcy, jako wierzyciela (i zarazem dłużnika w zakresie zapłaty) oraz dłużnika (i zarazem wierzyciela w zakresie roszczenia o zapłatę).”<sup>17</sup>

<sup>13</sup> J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 431.

<sup>14</sup> E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, art. 431.

<sup>15</sup> Wyrok KIO z 2.02.2021 r., KIO 3512/20, LEX nr 3126839; tak też w wyroku KIO z 25.04.2022 r., KIO 914/22.

<sup>16</sup> G. Mazurek, Znaczenie norm zawartych w nowym Pzp, *Monitor Zamówień Publicznych* 2021/1/52-53.

<sup>17</sup> J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 431, uwaga 1.

18. A. Wojtczyk wskazuje na możliwość wyprowadzenia roszczenia o współdziałanie: **„przepis art. 431 PrZamPubl skierowany jest głównie do zamawiających, którzy są stroną kształtującą przyszłą współpracę poprzez tworzenie przyszłych postanowień umowy. Zamawiający **powinni stworzyć partnerskie warunki współpracy z wykonawcą**. Ustawowe uregulowanie kwestii współpracy między wykonawcą i zamawiającym w celu należytej realizacji zamówienia **daje podstawy do zmaterializowania się po obu stronach umowy o zamówienie, roszczenia w tym zakresie.**”<sup>18</sup>**
19. Zatem obowiązek współdziałania stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, analogicznie jak na gruncie Kodeksu Cywilnego, powinien być rozumiany jako **nie tylko nakaz lojalnej współpracy** w celu wywiązania się z wzajemnych zobowiązań zgodnie z ich treścią, ale również takiego zachowania stron, które będzie odpowiadać:
- (a) **celowi społeczno-gospodarczemu** zobowiązania (należy tu brać pod uwagę obiektywny cel istnienia zobowiązania lub cel, dla którego powstał konkretny stosunek zobowiązaniowy);
  - (b) **zasadom współżycia społecznego** (są nimi przyjęte jako moralne i uzasadnione w danych stosunkach normy postępowania, m.in. lojalne i konstruktywne postępowanie namierzone na rozwiązywanie kwestii spornych z wzajemnym poszanowaniem interesów obu stron, minimalizowanie szkód, wykonanie umowy w możliwym zakresie i przy zachowaniu najwyższej staranności);
  - (c) **ustalonym zwyczajom** (tj. powszechnie stosowaną w danym czasie, środowisku i stosunkach społecznych praktykę określonego postępowania, niesprzeczną z prawem ani z zasadami współżycia społecznego).<sup>19</sup>
20. Obowiązek wierzyciela współdziałania z dłużnikiem powinien być rozumiany **nie tylko jako powinność czynnego współuczestniczenia** przy wykonaniu zobowiązania, ale również jako obowiązek lojalności wobec kontrahenta, a więc **powstrzymania się od wszystkiego, co byłoby przejawem naruszenia zasad uczciwości i słuszności we wzajemnych relacjach**<sup>20</sup>. Treść zobowiązania łączącego wierzyciela i dłużnika wyznaczona jest więc nie tylko przez treść umowy łączącej strony. Obowiązki wierzyciela mogą wynikać także z przepisów prawa, społeczno-gospodarczego celu zobowiązania, zasad współżycia społecznego bądź ustalonych zwyczajów.
21. Należy zatem podkreślić, że obowiązek wierzyciela do współdziałania z dłużnikiem powinien być rozumiany szerzej niż tylko powinność czynnego współuczestnictwa przy wykonaniu zobowiązania. Powinien być także ujmowany jako **obowiązek lojalności** wobec drugiej strony umowy, który nakazuje powstrzymanie się od

<sup>18</sup> A. Wojtczyk, Obowiązek współdziałania przy realizacji umowy, ZPDORADCA 2024, Nr 8, str. 74.

<sup>19</sup> Zob. M. Jaworska [w:] red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2023, Legalis. art. 439; F. Błahuta, w: Z. Resich i in., Komentarz KC, t. 2, 1972, s. 849; zob. również wyr. SN z 27.3.2013 r., V CSK 112/12, Legalis; wyr. SN z 18.4.2013 r., III CSK 243/12, Legalis.

<sup>20</sup> F. Błahuta, w: Komentarz 1972, t. II, s. 849; por. też wyr. SN: z 27.3.2013 r., V CSK 112/12, Legalis, oraz z 18.4.2013 r., III CSK 243/12, Legalis.



wszelkich zachowań stanowiących przejaw naruszenia zasad uczciwości i słuszności we wzajemnych stosunkach. Wszystkie te czynniki wyznaczają wzorzec postępowania wierzyciela, którego realizacja należy do obowiązków wierzyciela. W przypadku zaniechania jego realizacji, które pozostaje w związku przyczynowym z powstaniem szkody obciążającej dłużnika należy uznać, że poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody<sup>21</sup>. Powyższa interpretacja obowiązków spoczywających na wierzycielu pozwala na **nałożenie na poszkodowanego wierzyciela obowiązku zapobiegania szkodzie lub minimalizacji jej rozmiarów na podstawie art. 354 k.c., który statuuje obowiązek współdziałania wierzyciela z dłużnikiem**<sup>22</sup>.

22. **W kontekście obowiązków zamawiającego wynikających z treści art. 431 PZP należy rozpatrywać także obowiązek racjonalnego rozkładania ryzyk kontraktowych, uwzględniając panującą sytuację rynkową.** Na etapie opracowywania zamówienia kluczowa jest bowiem analiza istotnych rynkowych czynników, które będą wpływać na należyte ukończenie zamówienia, w tym na ekwiwalentność świadczeń stron. Warto przy tym odnotować występującą najczęściej swobodę zamawiającego w zakresie daty organizacji przetargu, co pozwala na dłuższą i bardziej dogłębną analizę potencjalnych ryzyk jeszcze na etapie formułowania dokumentacji przetargowej (w tym wzorca umowy).
23. Aktualnie znaczący wzrost kosztów płacy minimalnej przekładający się w wielorakim kontekście na koszt realizacji kontraktów publicznych powoduje, iż partnerski dialog i lojalne współdziałanie w sprawie waloryzacji wynagrodzenia i innych zmian umowy jest coraz częściej konieczny i jednocześnie coraz trudniejszy. **Skala problemów, z jakimi przyszło mierzyć się obecnie wykonawcom przy realizacji umów wykracza bowiem z reguły zarówno poza automatyzm wzrostu wynagrodzenia oparty o prezentowaną przez zamawiających wykładnię art. 436 pkt 4 lit. b) PZP oraz poza tzw. zwykłe ryzyko kontraktowe, prowadząc do zaburzenia równowagi ekonomicznej stron umowy i generując ryzyko masowych odstępień wykonawców od realizowanych zamówień publicznych lub wypowiedzeń zawartych umów.** W założeniu kwestia ta miała zostać zaadresowana w **art. 436 pkt 4 lit. b) PZP, lecz wykładnia tego przepisu jak i unormowanych w oparciu o niego klauzul waloryzacyjnych diametralnie różni się z skutkiem ekonomicznego zwiększonych kosztów po stronie wykonawców** (zob. odnośnie do wpływu analizy ekonomicznej rozdział III.1.3). Poniżej zaprezentowane zostaną właśnie rodzaje tych kosztów, ich charakterystyka a następnie analizie zostanie poddana dynamika zmian na rynku wynagrodzeń.

## **II.2. Rodzaje kosztów ponoszonych przez wykonawców, ze szczególnym uwzględnieniem charakterystyki kosztów pośrednich**

24. Wykonawcy zamówień publicznych ponoszą w trakcie ich **wykonywania nie tylko koszty bezpośrednio** związane wprost z wykonaniem umowy i **prowadzące do**

<sup>21</sup> M. Kaliński, Szkada na mieniu i jej naprawienie, Warszawa 2011, s. 541.

<sup>22</sup> A. Sowa, Zachowanie poszkodowanego a wysokość odszkodowania w systemie odpowiedzialności kontraktowej, Państwo i Społeczeństwo, 2015 (XV) nr 1.

**wykonania świadczenia umownego** (koszt pracowników wykonujących świadczenia - np. w przypadku umów o świadczenie usług ochroniarskich będzie to koszt zatrudnienia ochroniarza) **lecz również z uzyskanej ceny kontraktowej opłacają tzw. koszty pośrednie (koszty ogólne)**, do których zwykle się zaliczać:

- (a) koszty ogólne płacowe, tj. te, które podmiot ponosi w związku z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa, administrowaniem i zarządzaniem i funkcją czasu (np. koszt osoby administrującej, wynagrodzenie głównej księgowej, członka zarządu) – ich podgrupą są tzw. koszty zarządu (zwane także kosztami administracyjnymi).
  - (b) koszty ogólne pozapłacowe.
25. Obok kosztów bezpośrednich i pośrednich, każda oferta zawiera również marżę wykonawcy. Koszty pośrednie obliczane są w formie narzutu na koszty bezpośrednie. Zaś marża jako narzut na sumę dwóch poprzednich pozycji.
26. W umowach o roboty budowlane, koszty realizacji umowy dzieli się na koszty bezpośrednie oraz koszty pośrednie<sup>23</sup>. Koszty bezpośrednie stanowią koszty robocizny, materiałów oraz sprzętu. Natomiast koszty pośrednie to koszty ponoszone przez wykonawcę robót budowlanych, które nie są zaliczane do kosztów bezpośrednich, a są pośrednio związane z działalnością produkcyjną danego podmiotu na placach budowy. Wskazuje się przy **tym dwie główne kategorie kosztów pośrednich**<sup>24</sup> – **koszty ogólne budowy i koszty zarządu**. Na koszty ogólne budowy składają się przykładowo płace i narzuty na płace stałego personelu budowy (kierownictwo budowy, magazynów, itp.), dzierżawa kontenerów, zużycie zaplecza, koszty zużycia sprzętu budowlanego, koszty ubezpieczenia i ochrony budowy, gwarancje należytego wykonania, koszty bezpieczeństwa oraz higieny pracy. Koszty zarządu obejmują wydatki poniesione na utrzymanie działów i stanowisk pracy o charakterze administracyjnym, związanych z organizowaniem, kierowaniem oraz zarządzaniem firmą wykonawstwa budowlanego.
27. Wysokość kosztów pośrednich nie wiąże się w sposób bezpośredni z ilością konkretnej roboty budowlanej, a zwykle jest funkcją czasu wobec czego nie można dla nich określić jednostkowych norm nakładów rzeczowych (analogicznie przy usługach personel średniego szczebla nie realizuje jednej umowy i nie można ustalić bezpośredniego powiązania z jedna umową). Nie można ich również powiązać z przedmiarami (obmiarami) robót budowlanych wykonywanych na poszczególnych placach budowy danego wykonawcy. W rezultacie również dokumenty na potwierdzenie wykazania kosztów pośrednich zwykle dotyczą kilku projektów, stąd nie jest możliwe ich przypisanie w całości do jednego projektu.
28. W związku z tym precyzyjne wyliczenie wysokości kosztów pośrednich wymaga przyjęcia określonej metodologii. Koszty ogólne budowy są możliwe do ustalenia na podstawie rejestracji wydatków ponoszonych w zakresie prowadzonej budowy, co

<sup>23</sup> Zob. „Polskie standardy kosztorysowania robót budowlanych” opracowane i wydane przez Stowarzyszenie Kosztorysantów Budowlanych, 2005.

<sup>24</sup> A. Kosecki, A. Leśniak „Kalkulacja kosztów pośrednich robót budowlanych”, Przegląd Budowlany, nr 6, 2002, s. 14; E. Plebankiewicz, Podstawy kosztorysowania robót budowlanych, Kraków, 2007, s. 51-53.

jednak nie występuje w sektorze usług ze względu na wielokrotnie większą liczbę realizowanych umów. Koszty ogólne są standardowo zawsze powiązane z robotami wykonywanymi w danej skali i są w zasadzie nieuniknione, naturalne i konieczne, a ich ograniczenie pociągałoby za sobą brak możliwości wykonania robót, stanowiących przedmiot umowy, bądź ich znaczne wydłużenie (np. ze względu na zmniejszoną liczbę pracowników, brak możliwości funkcjonowania biura, czy też niespełniania wymogów zapewnienia odpowiednich posiłków pracownikom). Koszty zarządu jako wydatki poniesione na utrzymanie stanowisk związanych z organizowaniem, zarządzaniem i kierowaniem przedsiębiorstwem budowlanym: członków zarządu, dyrekcji technicznej poszczególnych obszarów/pionów, obsługi prawnej, księgowości, administracji przedsiębiorstwa w zakresie działań nadzorczych, kontrolnych, ewidencyjno-sprawozdawczych, instruktażowych jako element utrzymania struktury organizacyjnej wykonawcy są bardziej oderwane od samych robót nie dają się określić w sposób bezpośredni, lecz wymaga zastosowania formuły matematycznej (metoda Eichleay'a, metoda Emden'a, wzór Hudson'a) (zob. uwagi w rozdziale IV.2.2 poniżej)

29. Analogicznie do umowy o roboty budowlane, **również w umowach usługowych zawieranych w trybie w zamówieniach publicznych**, regulacje prawne i praktyka największych zamawiających potwierdza istnienie i wyodrębnienie kosztów ogólnych przedsiębiorstwa (w tym mieszczących koszty zarządu i administracji). Byłoby zresztą zupełnie nielogiczne twierdzenie, że zamówienie publiczne pokrywa jedynie koszty samych pracowników bezpośrednio wykonujących świadczenie, a nie uwzględniać tych wszystkich kosztów, które odpowiadają za to, że pracownicy ci znaleźli się jako wykonujący to świadczenie.
30. Świadczy o tym chociażby brzmienie **§ 1 ust. 1 pkt 4 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, zgodnie z którym pod pojęciem kosztów pośrednich należy rozumieć „*składnik kalkulacyjny wartości kosztorysowej, uwzględniający nieujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu*”.
31. Należy nadmienić, że w przypadku ustalania wskaźnika narzutu, zarówno zgodnie z treścią § 5 poprzednio obowiązującego rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r.<sup>25</sup> (które notabene w aktualnym brzmieniu nie zmieniło się w tym zakresie) jak i według obecnej regulacji: „*Przy ustalaniu wskaźników narzutów kosztów pośrednich i narzutu zysku **należy przyjmować wielkości określone według danych rynkowych**, w tym danych z zawartych wcześniej umów lub powszechnie stosowanych aktualnych publikacji, a w przypadku braku takich danych - według analizy indywidualnej*”.

<sup>25</sup> Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym z dnia 18 maja 2004 r. (Dz.U. nr 130, poz. 1389).

32. Trafnie na gruncie ww. przepisu wskazuje się, że do kosztów ogólnych budowy można zakwalifikować „wydatki związane z organizacją i obsługą procesów produkcyjnych na placu budowy”<sup>26</sup>. Przez koszty ogólne budowy należy zatem rozumieć takie koszty ponoszone przez wykonawców w odniesieniu do konkretnej budowy, **które nie są objęte kosztami bezpośrednimi w jakiegokolwiek pozycji kosztorysowej**. Koszty te obejmują takie wydatki, jak:
- (a) płace i narzuty na płace stałego personelu budowy (płace kierownictwa budowy, personelu technicznego i administracyjnego budowy);
  - (b) koszty montażu i demontażu obiektów zaplecza tymczasowego budowy oraz koszty amortyzacji lub zużycia tych obiektów;
  - (c) koszty wyposażenia tymczasowego w urządzenia placu budowy (tymczasowe drogi, tymczasowe sieci energetyczne, wodociągowe, kanalizacyjne, oświetlenie placu budowy, zastępcze źródła ciepła do ogrzewania obiektów i robót, urządzenia zabezpieczające materiały i roboty przed deszczem, słońcem mrozem itp.);
  - (d) koszty narzędzi i drobnego sprzętu, koszty zużycia, remontów i konserwacji lekkiego sprzętu budowlanego;
  - (e) koszty BHP (koszty zużycia odzieży roboczej i ochronnej, sprzętu ochrony osobistej, urządzeń i środków higieniczno-sanitarnych);
  - (f) koszty zatrudnienia pracowników zamiejscowych;
  - (g) koszty zużycia materiałów i energii na cele administracyjne i nieprodukcyjne budowy;
  - (h) koszty ubezpieczeń majątkowych budowy, koszty finansowania;
  - (i) koszty likwidacji placu budowy i uporządkowania terenu po zakończeniu robót;
  - (j) koszty składowania i konserwacji materiałów na budowie;
  - (k) koszty zużycia energii i wody, ogrzewania obiektów zaplecza, dozoru budowy itp.
33. Z kolei koszty zarządu (koszty administracyjne) to koszty pośrednie związane z zarządzaniem i administrowaniem daną inwestycją przez zarząd i kadre menadżerską danego wykonawcy. Koszty zarządu zalicza się do kosztów pośrednich (ogólnowydziałowych i ogólnozakładowych), gdyż nie można ich przypisać bezpośrednio do sprzedaży usługi na danym zamówieniu. W ujęciu całkowitym mają one charakter kosztów stałych, co oznacza, że są ponoszone w danym czasie w tej samej wysokości niezależnie od wielkości usługi/produkcji. Koszty zarządu stanowią zarazem część kosztów utrzymania zarządu firmy wykonawczej i jej struktur organizacyjnych. Ten zakres kosztów podlega szczegółowej rejestracji księgowej,

<sup>26</sup> J. Presz-Król, komentarz do § 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, nb 29 [w:] *Zamówienia publiczne. Akty wykonawcze. Komentarz*, red. J. Pieróg, M. Jaworska, J. Presz-Król, Warszawa 2015, Legalis.

jednakże nie jest on dzielony na poszczególne wykonywane zamówienia/usługi, które dostarczają finansowanie w czasie ich prowadzenia na rzecz biura głównego.

Nie sposób pominąć, że zamawiający publiczni częstokroć sami wskazują na fakt konieczności ponoszenia takich kosztów w formularzach ofertowych wydzielając pozycję „Koszty ogólne Wykonawcy”, które następnie rozliczane w częściach miesięcznych. Jedynie jako kilka z wielu przykładów na potwierdzenie niniejszej tezy należy wskazać na fragmenty ofert oraz dokumentacji przetargowych:

- (a) Przykład 1: wzór oferty z przetargu GDDKiA „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 Warszawa-Kraków, odcinek granica województwa świętokrzyskiego – Kraków: Część nr 3 – odc. Węzeł Widoma (bez węzła) – Kraków (z włączeniem do węzła Igołomska), długość ok. 18,3 km”

Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 Warszawa – Kraków, odcinek granica województwa świętokrzyskiego – Kraków: Część nr 3 - odc. węzeł Widoma (bez węzła) – Kraków (z włączeniem do węzła Igołomska), długości ok. 18,3 km.				
		WYKAZ PŁATNOŚCI		
		(nazwa Wykonawcy/Wykonawców)		
Lp.	Wyszczególnienie elementów zryczałtowanych		Forma rozliczenia za kompletnie wykonany element /Maksymalna wartość zobowiązania względem całości kontraktu [%]	Wartość [PLN NETTO]
	Nr specyfikacji	Nazwa (opis)		
1	2	3	4	5
<b>I. WYMAGANIA OGÓLNE</b>				
I.1		Koszty ogólne Wykonawcy	ryczałt	
			Razem:	ryczałt / do 6%
<b>II. DOKUMENTY WYKONAWCY</b>				



- (i) SWZ - TOM I IDW, s. 26 – gdzie mowa o „wszelkich kosztach towarzyszących wykonaniu”

17.8. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV niniejszej SWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w Wykazie Płatności, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Wykazie Płatności.

- (ii) SWZ – TOM II – SWK (tzw. Żółty Fidic), s. 4-5 – gdzie wprost wyodrębniono grupę kosztów pośrednich i podgrupy: kosztów ogólnych, kosztów utrzymania zaplecza, kosztów zarządu i administracji, etc.

1.1.19	Koszt	<p>Usunięto całą treść Subklauzuli 1.1.19 i zastąpiono ją następującą treścią:  „Koszt” oznacza:  uzasadnione i udokumentowane wydatki, poniesione przez Wykonawcę na Placu Budowy lub poza nim, tylko i wyłącznie w związku z Kontraktem, wraz z narzutami i innymi obciążeniami, ale bez zysku, o ile Koszt ten zalicza się do katalogu kosztów wymienionych poniżej:</p> <p><b>A. KOSZTY POŚREDNIE:</b>  <u>1.KOSZTY OGÓLNE DOSTOSOWANIA SIĘ DO WARUNKÓW KONTRAKTU WYMAGAŃ OGÓLNYCH</u>  a) Koszty Zabezpieczenia Należytego Wykonania;  b) Koszty ubezpieczeń wymaganych Kontraktem;  c) Koszt linii kredytowej, jeśli była dedykowana dla Kontraktu;  d) Utrzymanie tablic informacyjnych, przejazdów, objazdów, Czasowej i istniejącej Organizacji Ruchu oraz odcinków dróg użytkowanych do ruchu publicznego, ze wszystkimi czynnościami utrzymaniowymi;  e) Koszt utrzymania zimowego (jeśli wydłużony Czas na Ukończenie obejmuje okres zimowy);  f) Koszt zabezpieczania i ochrony Placu Budowy;  g) Koszty czasowego zajęcia chodników, pasów drogowych i innych terenów na cele budowy;  h) Nadzór archeologiczny, nadzór przyrodniczy, środowiskowy i nadzór autorski (projektanta);  i) Monitoring studni z wodą pitną, monitoring budynków, osiadań, drgań;  j) Odwodnienie terenu Placu Budowy, w tym koszty stałe ponoszone w postaci opłat za zrzut wody;  k) Utrzymanie dostępu nieruchomościom przylegającym do Placu Budowy do drogi publicznej.</p> <p><u>2.KOSZT UTRZYMANIA ZAPLECZA WYKONAWCY</u>  a) Koszty utrzymania zaplecza budowy wraz z wyposażeniem (wynajem lub amortyzacja); w tym powierzchni biurowej, kontenerów biurowych,</p>
		<div style="border: 1px solid black; border-radius: 10px; width: 30px; height: 30px; display: flex; align-items: center; justify-content: center; margin: 0 auto;">4</div>
<p>„Zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy Głogowa w ciągu drogi krajowej nr 12 o długości ok. 18,5 km”</p>		

SZCZEGÓLNE WARUNKI KONTRAKTU dla kontraktów realizowanych w systemie „Projektuj i Buduj”	
	<p>socjalnych, magazynowych, placów składowych, warsztatów, placów parkingowych, laboratorium, dróg technologicznych, tymczasowych przepraw mostowych lub pontonowych, drukarki, plotery - koszty wynajmu lub amortyzacji oraz koszt wydruków, kserokopiarki, materiały biurowe.</p> <p>b) Koszt mediów (woda, ścieki, ogrzewanie, en. elektryczna, Internet, telefony,);</p> <p>c) Koszt sprzątnięcia lub dezynfekcji zaplecza budowy, zakup środków czystości;</p> <p>d) Koszty utrzymania wytwórni mas bitumicznych, węzłów betonarskich, mieszalników kruszyw i stanowisk prefabrykacji; koszt wynajmu lub amortyzacji rusztowań lub konstrukcji wsporczych, deskowań, bocznic, podtorzy, placów składowych, magazynów,</p> <p>e) Koszty pocztowe i kurierskie;</p> <p>f) Wynajem lub amortyzacja oraz utrzymanie IT (w tym koszty sprzętu IT przypisanego do biura i personelu biura);</p> <p>g) Koszty ochrony zaplecza Wykonawcy;</p> <p>h) Koszt wynajmu lub amortyzacji ewentualnych ogrodzeń Placu Budowy;</p> <p>i) Koszty wynajmu lub amortyzacji głównego sprzętu dźwigów, podnośników, sprzętu do robót ziemnych, robót nawierzchniowych, robót betonowych, robót branżowych, robót specjalistycznych, agregatów prądotwórczych</p> <p>j) koszty wywozu odpadów i nieczystości.</p> <p><b>3.KOSZTY ZARZĄDU I ADMINISTRACJI WYKONAWCY</b></p> <p><b>4.KOSZT UTRZYMANIA PERSONELU BIURA BUDOWY I ZARZĄDU</b></p> <p>a) Koszty zatrudnienia, w tym koszt wynagrodzeń oraz mieszkań służbowych Personelu Wykonawcy, podróży służbowych, delegacji, telefonów komórkowych, koszt gwarantowanych świadczeń socjalnych;</p> <p>b) Koszt pojazdów służbowych, koszt paliwa, eksploatacji, przeglądów, ubezpieczeń, amortyzacji;</p> <p>c) Koszt bezpieczeństwa i higieny pracy oraz koszt posiłków i napojów regeneracyjnych;</p> <p><b>5. KOSZT UTRZYMANIA ZAPLECZA ZAMAWIAJĄCEGO/INŻYNIERA</b></p> <p>a) wszystkie koszty zgodnie z zakresem podanym w Wymaganiach Zamawiającego.</p> <p><b>B. KOSZTY BEZPOŚREDNIE</b></p>

5

„Zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy Głogowa w ciągu drogi krajowej nr 12 o długości ok. 18,5 km”

- (e) Przykład 5: „Projekt i budowa obwodnicy Bielska Podlaskiego w ciągu drogi krajowej nr 66 na odcinku od istn. DK19 do istn. DK66” - nr postępowania: O.BI.D-3.2410.2.2021<sup>30</sup> - o identycznym rozwiązaniu, tj.:
- (i) SWZ - TOM I IDW, s. 25 – gdzie mowa o „wszelkich kosztach towarzyszących wykonaniu”
  - (ii) SWZ – TOM II – SWK (tzw. Żółty Fidic), s. 4-5 – gdzie wprost wyodrębniono grupę kosztów pośrednich i podgrupy: kosztów ogólnych, kosztów utrzymania zaplecza, kosztów zarządu i administracji, etc.

34. Zasadność roszczenia wykonawców o zwrot np. kosztów zarządu w razie przedłużenia się okresu realizacji **została już potwierdzona działaniami**

<sup>30</sup> Dokumenty dostępne w: <https://gddkia.eb2b.com.pl/open-preview-auction.html/268202/projekt-i-budowa-obwodnicy-bielska-podlaskiego-w-ciagu-drogi-krajowej-nr-66-na-odcinku-od-istn-dk19-do-istn-dk66>



**największych w Polsce zamawiających publicznych.** Przykładowo została potwierdzona w dokumencie „*Procedura uznawania kosztów zarządu i administracji Wykonawcy w przedłużonym Czasie na Ukończenie Rewizja 03 z dnia 18.03.2013 r.*” stosowanym przez wiele lat przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad.

35. **Również jednak na rynku usług zamawiający publiczni stosują uwzględnienie w cenie ofertowej wszystkich kosztów, a więc zarówno bezpośrednich jak i pośrednich.** Obrazują to choćby poniższe przykłady:

- (a) Zapytania ofertowe otwarte: Świadczenie usługi utrzymania czystości i porządku w pomieszczeniach i na terenie zewnętrznym na obszarze działania Zakładu Linii Kolejowych w Gdyni - Numer sprawy PZ.294.4308.2019 - pkt IX.3 SIWZ<sup>31</sup>

3. Cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji zamówienia (cena ryczałtowa).

- (b) Zapytania ofertowe otwarte: Usługa sprzątania oraz utrzymywania czystości i porządku w pomieszczeniach wykonawczych komórek organizacyjnych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Komendy Głównej Straży Ochrony Kolei w okresie od 1 stycznia 2020 r. do 31 grudnia 2020 r. - Numer sprawy PZ.294.4300.2019 – pkt VII.3 SIWZ<sup>32</sup>

**Rozdział VII – Opis sposobu obliczenia ceny**

1. Podana w ofercie cena musi być wyrażona w PLN, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
2. Ceną oferty jest kwota całkowita za realizację Zamówienia wymieniona w **Formularzu Ofertowym**.
3. Cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji Zamówienia (cena ryczałtowa).

<sup>31</sup> Dokument dostępny w: <https://platformazakupowa.plk-sa.pl/app/demand/notice/public/57/details>

<sup>32</sup> Dokument dostępny w: <https://platformazakupowa.plk-sa.pl/app/demand/notice/public/188/details>

- (c) Zapytania ofertowe otwarte: Ochrona budynków, hal produkcyjnych, terenu i mienia ruchomego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury - Numer sprawy PZ.294.1937.2019 – pkt VII.3 SIWZ<sup>33</sup>

Rozdział VII – Opis sposobu obliczenia ceny¶
¶
1. → Podana w ofercie cena musi być wyrażona w PLN, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.¶
2. → Ceną oferty jest kwota całkowita za realizację Zamówienia wymieniona w <b>Formularzu Ofertowym</b> . ¶
3. → Cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji Zamówienia (cena ryczałtowa).¶

- (d) Zapytania ofertowe otwarte: Ochrona przed włamaniem i kradzieżą mienia należącego do PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Częstochowie - Numer sprawy PZ.294.288.2019 - – pkt VII.4 SIWZ<sup>34</sup>

Rozdział VII – Opis sposobu obliczenia ceny
1. Podana w ofercie cena musi być wyrażona w PLN, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
2. Ceną oferty jest <u>kwota całkowita</u> za realizację Zamówienia wymieniona w <b>Formularzu Ofertowym</b> .
3. <b>Ofertę elektroniczną na Platformie Zakupowej należy składać wpisując: wartość netto bez opcji oraz w wartość netto z opcją.</b>
4. Cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji Zamówienia (cena ryczałtowa).

36. Krótko podsumowując powyższe uwagi, warto zaznaczyć, że:
- koszty pośrednie na rynku usług są już uznana częścią ponoszonych kosztów wykonania świadczenia
  - koszty ogólne są związane i ponoszone przez wykonawcę w związku z realizowaniem każdej umowy;
  - koszty zarządu (administracyjne) związane są z utrzymywaniem i funkcjonowaniem struktur danego przedsiębiorstwa bez bezpośredniego, wyłącznego związku z konkretną inwestycją, gdyż zarząd jednocześnie nadzoruje realizację kilku inwestycji, przy czym również koszty zarządu w odpowiednim udziale składają się na koszt wykonania dane zamówienia. Tak jak część czasu struktur administracyjnych jest właśnie poświęcona realizacji właśnie danego zamówienia.
  - Koszty pośrednie są uwzględniane w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia zarówno w na rynku budowlanym jak i usług (zob. przykłady powyżej) (szerzej o wyliczaniu kosztu ogólnego na rynku usług zob. rozdział IV.2.2 poniżej).

<sup>33</sup> Dokument dostępny w: <https://platformazakupowa.plk-sa.pl/app/demand/notice/public/190/details>

<sup>34</sup> <https://platformazakupowa.plk-sa.pl/app/demand/notice/public/402/details>

- (e) Ustawodawca w aktach prawa powszechnie obowiązującego wprost potwierdza występowanie kosztów ogólnych przy realizacji umów;
- (f) Zamawiający publicznie akceptują wyróżnienie w kosztach kosztów zarządu i administracji, a niektórzy (jak np. GDDKIA) przewidują nawet procedury uznawania tych kosztów (szerzej o wyliczaniu kosztu zarządu na rynku usług zob. pkt 138 i n. poniżej).
37. W dalszej części niniejszej opinii, jeżeli nic innego nie wynika z kontekstu, **jako koszty pośrednie będą rozumiane osobowe/płacowe koszty pośrednie (ogólne) oraz koszty zarządu i administracji**, jako że na wzrost obu tych kosztów ma wpływ wzrost płacy minimalnej, natomiast nie będą uwzględniane pozapłacowe/pozaosobowe koszty ogólne, ani marża.

### II.3. Dynamiczne zmiany na rynku wynagrodzeń – komentarz do Opinii ekonomicznej

38. Wśród głównych zmian, które wpływają na koszty wykonania zamówienia przez wykonawców w kontekście art. 436 pkt 4 PZP należy przede wszystkim wskazać **niezwykle dynamiczne zmiany na rynku wynagrodzeń wynikające z wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej**, mające bezpośredni wpływ nie tylko na wynagrodzenia najniższej zarabiających, lecz, jak wynika z przedstawionych poniżej Opinii ekonomicznej, także na powstanie presji płacowej oraz wzrost przeciętnego i innych niż minimalne miesięcznego/-ych wynagrodzenia/-eń. Powyższe zjawiska zostaną zaprezentowane poniżej.

#### II.3.1.1. Wzrost wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę

39. Artykuł 2 ustawy z dnia 10 października 2022 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (dalej jako „ustawa o minimalnym wynagrodzeniu”) określa terminy i zasady, w oparciu o które Rada Ministrów decyduje o corocznym – bądź w wyjątkowych przypadkach dwa razy w ciągu roku – zwiększeniu minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zmiana minimalnego wynagrodzenia ma więc charakter cykliczny, jednakże jej wysokość zależy od wskaźników lub informacji mających swoje źródło w bieżącej sytuacji gospodarczej państwa (por. w szczególności art. 2 ust. 2 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu). Zmiany w wysokości minimalnego wynagrodzenia na przestrzeni lat obrazuje poniższa tabela.

*Tabela – Wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w latach 2003 – 2024*

Rok	Wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę	Zmiana minimalnego wynagrodzenia r/r (%)
2003 r.	800,00 zł	5,26%
2004 r.	824,00 zł	3,00%
2005 r.	849,00 zł	3,03%
2006 r.	899,10 zł	5,90%
2007 r.	936,00 zł	4,10%
2008 r.	1.126,00 zł	20,30%

Rok	Wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę	Zmiana minimalnego wynagrodzenia r/r (%)
2009 r.	1.276,00 zł	13,32%
2010 r.	1.317,00 zł	3,21%
2011 r.	1.386,00 zł	5,24%
2012 r.	1.500,00 zł	8,23%
2013 r.	1.600,00 zł	6,67%
2014 r.	1.680,00 zł	5,00%
2015 r.	1.750,00 zł	4,17%
2016 r.	1.850,00 zł	5,71%
2017 r.	2.000,00 zł	8,11%
2018 r.	2.100,00 zł	5,00%
2019 r.	2.250,00 zł	7,14%
2020 r.	2.600,00 zł	15,56%
2021 r.	2.800,00 zł	7,69%
2022 r.	3.010,00 zł	7,50%
01.2023 r.	3.490,00 zł	15,90%
07.2023 r.	3.600,00 zł	3,15% (łącznie 19,6%)
01.2024 r.	4.242,00 zł	17,83%
07.2024	4.300,00	1,36% (łącznie 19,4%)

*Opracowanie własne na podstawie danych GUS - Wysokość minimalnego wynagrodzeni za pracę w latach 2003-2024 r.*

40. Tymczasem na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2024 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r. (dalej jako „**Rozporządzenie na rok 2025**”) od dnia **1 stycznia 2025 r.** została ustalona wysokość:
- (a) minimalnego wynagrodzenia za pracę na poziomie **4.666 złotych brutto**;
  - (b) minimalnej stawki godzinowej na poziomie **30,50 złotych brutto**
41. Ponadto należy wskazać, że art. 5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu przewiduje następujące zasady ustalenia wysokości minimalnego wynagrodzenia:
- (a) wysokość minimalnego wynagrodzenia w danym roku wzrasta w stopniu nie niższym niż prognozowany na dany rok wskaźnik cen (ust. 1);
  - (b) uwzględnia się tzw. wskaźnik weryfikacyjny (ust. 2 oraz ust. 3);
  - (c) jeżeli w roku, w którym odbywają się negocjacje, wysokość minimalnego wynagrodzenia będzie niższa od połowy wysokości przeciętnego wynagrodzenia, o którym mowa w art. 2 ust. 2 pkt 4, stopień wzrostu, o którym mowa w ust. 1, zwiększa się dodatkowo o 2/3 wskaźnika prognozowanego realnego przyrostu produktu krajowego brutto (ust. 4).

42. Algorytm wprowadzony do ustawy nie ma jednak charakteru bezwzględnego, tzn. wyznacza jedynie pewne minimum, o które minimalne wynagrodzenie powinno zostać podniesione zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Ostatecznie jest to zawsze wynik **decyzji politycznej**, która wymyka się możliwościom przewidywania. Problem ten unaocznia to, w jaki sposób została ostatecznie ustalona.
43. W podobny sposób można ocenić zmianę wprowadzoną w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2025 r.

### II.3.1.2. Presja płacowa

44. Wśród okoliczności wpływających na wzrost kosztów realizacji umowy należy wskazać również presję płacową. Najprostsza definicja „*presji płacowej*” sprowadza się do stwierdzenia, że są to naciski wywierane przez pracowników na pracodawcę w celu uzyskania wyższego wynagrodzenia<sup>35</sup>. Nie chodzi przy tym o naturalną tendencję do uzyskania podwyżki, lecz, jak wskazują ekonomiści: o **efekt korelacji ekonomicznej tej presji i wzrostu wynagrodzeń w ogólności na skutek podniesienia płacy minimalnej i minimalnej stawki godzinowej** (co do presji płacowej zob. s. 2, 4 i 7 Opinii ekonomicznej). Należy uznać, że obecnie **stanowi ona konsekwencję zwiększenia minimalnego wynagrodzenia** oraz grożącego w związku z tym spłaszczenia wynagrodzeń.
45. Przygotowując projekt Rozporządzenia na rok 2023 r. oraz Rozporządzenia na rok 2024 r., Ministerstwo Rodziny i Polityki Społecznej opracowało tzw. ocenę skutków regulacji. Docelowo wejście w życie każdego z tych rozporządzeń miało doprowadzić do tego, że w 2023 roku 2,7 mln zatrudnionych miało otrzymywać minimalne wynagrodzenie, natomiast w roku 2024 ta liczba miałaby urosnąć do ok. 3,6 mln. Przy założeniu, że obecnie „na etacie” pracuje około 13,5 miliona Polaków oznaczałoby to, że **prawie 27% z nich otrzymywałoby każdego miesiąca minimalne wynagrodzenie**. W rzeczywistości w wysoko rozwiniętych krajach, takich jak Polska, nie jest możliwe, aby taki odsetek osób aktywnie zawodowo zajmowało się pracami niewymagającymi szczególnych kwalifikacji i dlatego wynagradzanych pensją minimalną. W oparciu o doniesienia prasowe można stwierdzić, że **tak wysoki odsetek jest ewenementem na skalę światową** – w samej Unii Europejskiej średnio między **6 - 7% ogółu** pracowników zarabia mniej niż 105% minimalnego wynagrodzenia.
46. Rosnący procent zatrudnionych w oparciu o minimalne wynagrodzenie pokazuje, że zmiany wprowadzane przez prawodawcę nie odpowiadają rzeczywistej sytuacji na rynku. Teoretycznie – pomimo dokonania podwyżki minimalnej płacy – liczba osób otrzymujących najniższe wynagrodzenie nie powinna ulegać drastycznym zmianom. Przewidywany wzrost o 33% między rokiem 2023 a 2024 takim niewątpliwie jest, biorąc pod uwagę również dane historyczne:

<sup>35</sup> B. Majewski, A. Tomaszewski, ABC Przedsiębiorczości, Wydawnictwa Szkolne i Pedagogiczne, 2009, s. 99.



Opracowanie własne na podstawie danych Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej - Liczba osób otrzymujących minimalne wynagrodzenie

47. Fakt, że zaledwie w ciągu 3 lat, liczba osób otrzymujących minimalne wynagrodzenie zwiększyła się dwukrotnie, prowadzi do **sztucznego wypłaszczenia wynagrodzeń** (należy przy tym odnotować, że to nie oznacza zwiększenia wynagrodzeń do stawki minimalnej, bo wcześniej nie mogli zarabiać mniej zgodnie z prawem). Chodzi więc o taką sytuację, w której najmniej wykwalifikowani pracownicy zarabiają tyle samo, bądź niewiele mniej od osób, które co do zasady stoją wobec nich wyżej w hierarchii zatrudnienia. W Opinii ekonomicznej ujęto to zjawisko pod hasłem kompresji płac (s.2-4,6,7 Opinii ekonomicznej). **W konsekwencji wzrost płacy minimalnej przekłada się na wyższe oczekiwania finansowe osób, których wynagrodzenie zostałoby zrównane do najniższej krajowej bądź okazałoby się tylko trochę wyższe.** Tytułem przykładu, osoba zarabiająca w 2021 r. 4.000 złotych brutto otrzymywała 148% płacy minimalnej, co oznacza, że aby zachować podobną relację powinna zarabiać:
- (a) końcem 2023 r. – 5.328 złotych brutto;
  - (b) końcem 2024 r. – 6.364 złotych brutto.
48. Powyższe kwestie potwierdzają wypowiedzi pojawiające się od początku 2023 r.:
- (a) „**Tak wielki wzrost spowodował, że pracownicy mówią wprost, że ich wynagrodzenia również powinny wzrosnąć przynajmniej o 500 złotych brutto. W wielu przedsiębiorstwach to poważny problem.** Obawiamy się, że spłaszczenie w siatkach wynagrodzeń będzie nieuniknione, szczególnie w sferze budżetowej. (...) Spirala presji płacowej kręci się jak karuzela – mówi Dorota Siedziniewska – Brzeźniak, ekspert rynku pracy IDEA HR Group. – Sytuacja jest poważna, bo pracownicy, którzy dotychczas zarabiali 3500 złotych brutto czy nawet 4000 złotych brutto właściwie są o krok od zarabiania najniższej krajowej. Mamy więc do czynienia ze spłaszczeniem siatek wynagrodzeń. **Pracownicy proszą o podwyżki, co powoduje, że szczebel po szczeblu niemal każdy oczekuje wzrostu pensji**”.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Wydruk ze strony internetowej: <https://www.infor.pl/prawo/zarobki/zarobki-w-polsce/5643111,wzrost-placy-minimalnej-2023-podwyzki.html>

- (b) Przedsiębiorcy stają więc przed wyborem, czy podwyższyć wynagrodzenie swoim dotychczasowym pracownikom na tyle, by ich zatrzymać, czy w razie niespełnienia ich oczekiwań zatrudnić nowych, ale wtedy już po aktualnych cenach rynkowych. **Należy jednak podkreślić, że każda z tych opcji zakłada wzrost kosztu po stronie pracodawcy.** Co więcej, jego ostateczna wysokość nie wyraża się jedynie w bezwzględnej wartości podwyżki, lecz także w innych elementach takich jak np. składki na ubezpieczenie społeczne.
49. W niektórych przypadkach Ustawodawca systemowo reaguje na problem presji płacowej i zależność wynikającą ze wzrostu wynagrodzeń na najniższym szczeblu siatki płac. Przypadkiem takiej systemowej odpowiedzi analogicznej w skutku do uwzględnienia kosztów pośrednich w waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego jest przypadek zawodów medycznych. Przepisy bowiem wprost określają podwyższenie wynagrodzenia zasadniczego (zob. art. 3 ustawy z 8 czerwca 2017 r. o sposobie ustalania najniższego wynagrodzenia zasadniczego niektórych pracowników zatrudnionych w podmiotach leczniczych) - jako iloczyn współczynnika pracy (określonego w załączniku do w/w ustawy) oraz kwoty przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w gospodarce narodowej w roku poprzedzającym ustalenie, ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, do wysokości nie niżej niż najniższe wynagrodzenie. **W celu zaadresowania powstałej nierówności jest z tym skorelowany również wzrost u pozostałych pracowników o średni wzrost wynagrodzenia** - co ilustruje par. 3 przykładowego zarządzenia dyrektora szpitala w sprawie ustalenia podwyższenia wynagrodzenia.
50. Z dokonanej analogi płynie wniosek, że Ustawodawca jest oczywiście świadom przedmiotowego zjawiska i działając w ramach dominium, od razu dokonuje systemowego rozwiązania. Tym samym **brak przeszkód aksjologicznych, aby nie wyrównywać w/w nierówności gdy chodzi o sferę wynagrodzeń podmiotów gospodarczych realizujących zamówienia publiczne.**

SAMODZIELNY PUBLICZNY SZPITAL DLA NERWOWO I PSYCHICZNIE CHORYCH W MIĘDZYRZECZU ul. 100 Międzyrzecze, ul. Puchalska 109 tel. 95 742 87 00, fax. 95 742 87 01 REGON 08239133, NIP 506 15 23 446
<b>ZARZĄDZENIE NR 27/23</b>  <b>DYREKTORA SAMODZIELNEGO PUBLICZNEGO SZPITALA DLA NERWOWO          I PSYCHICZNIE CHORYCH</b>  <b>W MIĘDZYRZECZU</b>  z dnia 15 czerwca 2023 r.
w sprawie ustalenia podwyższenia wynagrodzenia zasadniczego pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w Samodzielnym Publicznym Szpitalu dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Międzyrzeczu
Na podstawie art. 3, ust. 1, pkt. 4, ustawy z dnia 08 czerwca 2017 r. o sposobie ustalenia najniższego wynagrodzenia zasadniczego niektórych pracowników zatrudnionych w podmiotach leczniczych (Dz. U. 2022 r. poz. 2139 z późn. zm.) zarządzam co następuje:
§ 1
Celem zawarcia przedmiotowego zarządzenia jest realizacja ustawy z dnia 8 czerwca 2017 r. o sposobie ustalenia najniższego wynagrodzenia zasadniczego niektórych pracowników zatrudnionych w podmiotach leczniczych (Dz. U. 2022 r. poz. 2139 z późn. zm.).
§ 2
1. Podwyższa się wynagrodzenia zasadnicze pracowników wykonujących zawód medyczny oraz pracowników działalności podstawowej, innych niż pracownik wykonujący zawód medyczny, których wynagrodzenie zasadnicze jest niższe od najniższego wynagrodzenia zasadniczego, ustalonego jako iloczyn współczynnika pracy określonego w załączniku do ustawy i kwoty 6346,15 zł, do wysokości nie niższej niż najniższe wynagrodzenie zasadnicze określone na podstawie art. 2 pkt. 1 w zw. z art. 3, art. 3a, albo art. 7 ustawy o której mowa w § 1 Zarządzenia. 2. Pracownikowi wykonującemu zawód medyczny oraz pracownikowi działalności podstawowej, innego niż pracownik wykonujący zawód medyczny, zatrudnionym w niepełnym wymiarze czasu pracy najniższe wynagrodzenie zasadnicze oblicza się proporcjonalnie do wymiaru czasu pracy określonego w ramach stosunku pracy.
§ 3
1. Podwyższa się wynagrodzenia zasadnicze pracowników innych niż wymienieni w § 2 zatrudnionych w ramach stosunku pracy w Szpitalu o 10,77 % co odpowiada średniemu wzrostowi wynagrodzenia w Szpitalu od dnia 1 lipca 2023 r.

*Zarządzenie nr 27/23 Dyrektora Samodzielnego Publicznego Szpitala dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Międzyrzeczu z dnia 15 czerwca 2023 r. w sprawie ustalenia podwyższenia wynagrodzenia zasadniczego pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w Samodzielnym Publicznym Szpitalu dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Międzyrzeczu.*

51. Nie wszędzie jednak kwestia ta jest ogólnie zaadresowana. W sektorze prywatnym powstałe w ten sposób nierówności potęgują właśnie zjawisko presji płacowej. To, że presja płacowa uległa znaczącemu nasileniu potwierdzają również analizy Narodowego Banku Polskiego, który bada wśród przedsiębiorców percepcję tego zjawiska. Nadzwyczajność sytuacji, jaką w latach 2022 – 2023 odczuwają pracodawcy, obrazują poniższe dane:

*Tabela – Percepcja presji płacowej od II kw. 2022 r. do II kw. 2023 r.*

Okres poddany analizie	Odsetek przedsiębiorstw odczuwających presję płacową	Odsetek przedsiębiorstw odczuwających nasiloną presję płacową
II kwartał 2022 r.	80%	brak danych
III kwartał 2022 r.	brak danych	38%
IV kwartał 2022 r.	74%	34%
I kwartał 2023 r.	75%	33%
II kwartał 2023 r.	77%	28%
Długookresowa średnia (z 10 lat)	między 59% - 61%	między 16% - 17%



Opracowanie własne na bazie danych NBP - Szybki monitoring NBP - Analiza z danymi NBP - Percepcja presji płacowej od II kw. 2022 r. do II kw. 2023 r

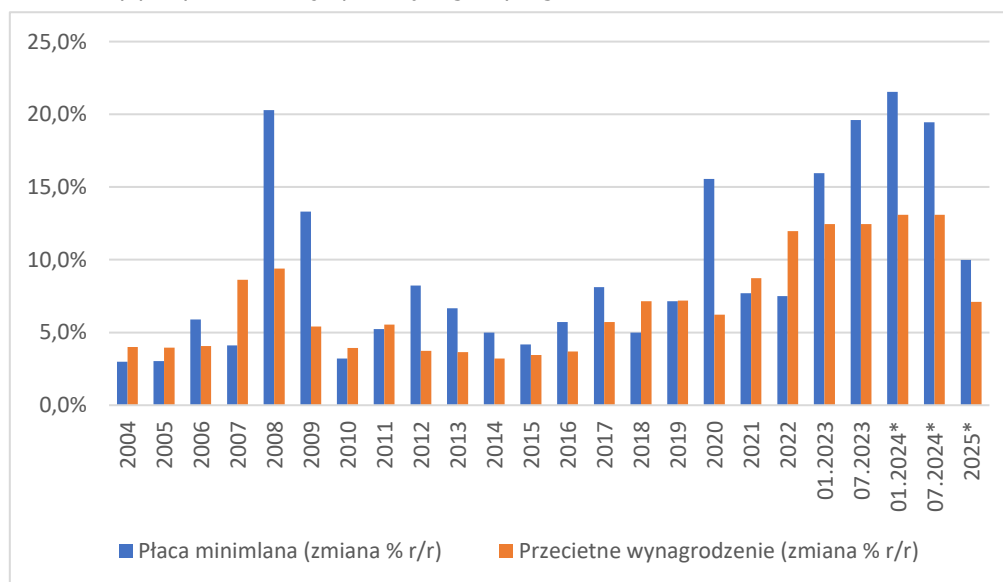
52. Z powyższego wynika więc, że presja płacowa w widoczny sposób oddziałuje na przedsiębiorstwa, co jest pokłosiem podwyższenia minimalnego wynagrodzenia.

### II.3.1.3. Istnienie korelacji ekonomicznej pomiędzy wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej a wzrostem innego niż minimalne (w tym przeciętnego) miesięcznego wynagrodzenia w gospodarce narodowej

53. Na podstawie danych ekonomicznych, ekspert z zakresu ekonomii wskazał, że zachodzi korelacja pomiędzy wzrostem minimalnego wynagrodzenia oraz wzrostem przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia. Jak wynika z Opinii ekonomicznej możliwe jest wyróżnienie ekonomicznej zależności obu parametrów niezależnej od innego wskaźnika cenotwórczego – inflacji. Ekonomista wskazał bowiem, że: „Historycznie w Polsce występowała relatywnie silna korelacja pomiędzy zmianami płacy minimalnej i przeciętnego wynagrodzenia (70% w latach 2003-2023).” (s.1) oraz „**Szczegółowa analiza rocznych zmian najniższego wynagrodzenia i przeciętnych wynagrodzeń w gospodarce w latach 2003-2023 wskazuje, że pomiędzy tymi miarami występuje relatywnie silna korelacja (70 proc. – Wykres 1), znacznie silniejsza niż pomiędzy zmianami najniższego wynagrodzenia i poziomem inflacji (38,1 proc. – Wykres 2)**” (s.9).

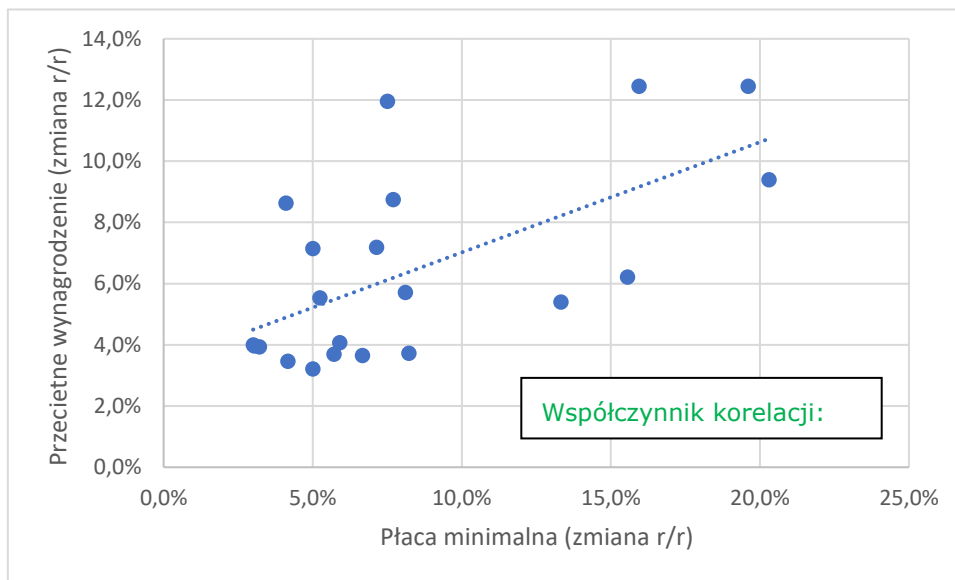
Wykres 1 z Opinii ekonomicznej.

Zmiany płacy minimalnej i przeciętnego wynagrodzenia w Polsce w latach 2003-2025\*



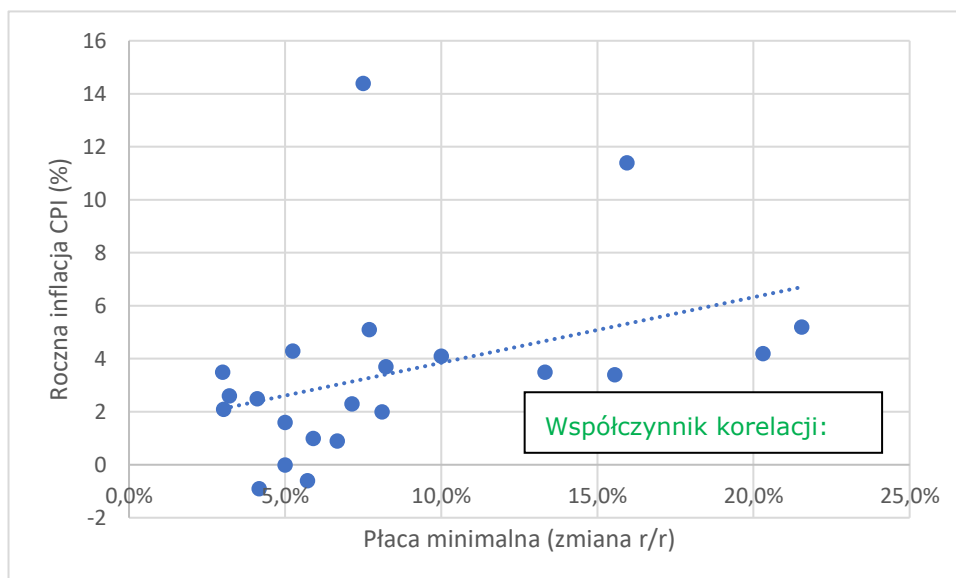
Wykres 2 z Opinii ekonomicznej.

Zmiany płacy minimalnej i przeciętnego wynagrodzenia w gospodarce ogółem w latach 2023-2023 – analiza korelacji



Wykres 3 z Opinii ekonomicznej.

Zmiany płacy minimalnej i inflacji konsumenckiej (CPI) w latach 2023-2023 – analiza korelacji



54. Istnienie korelacji obu wynagrodzeń uzasadniają dane statystyczne przedstawione na powyższych i poniższych zestawieniach i wykresach.

Tabela 6 z Opinii ekonomicznej.

Płaca minimalna, przeciętne wynagrodzenie i inflacja cen konsumpcyjnych (CPI) w Polsce w latach 2003 – 2025\*.

OKRES	Płaca minimalna		Przeciętne wynagrodzenie		Inflacja	Relacja płacy minimalnej do przeciętnego wynagrodzenia
	zł	% r/r	zł	% r/r	%	%
2003	800,0	-	2201,5	-	0,8	-
2004	824,0	3,0%	2289,6	4,0%	3,5	36,0
2005	849,0	3,0%	2380,3	4,0%	2,1	35,7
2006	899,1	5,9%	2477,2	4,1%	1	36,3
2007	936,0	4,1%	2691,0	8,6%	2,5	34,8
2008	1126,0	20,3%	2943,9	9,4%	4,2	38,2
2009	1276,0	13,3%	3103,0	5,4%	3,5	41,1
2010	1317,0	3,2%	3225,0	3,9%	2,6	40,8
2011	1386,0	5,2%	3403,5	5,5%	4,3	40,7
2012	1500,0	8,2%	3530,5	3,7%	3,7	42,5
2013	1600,0	6,7%	3659,4	3,7%	0,9	43,7
2014	1680,0	5,0%	3777,1	3,2%	0	44,5
2015	1750,0	4,2%	3907,9	3,5%	-0,9	44,8
2016	1850,0	5,7%	4052,2	3,7%	-0,6	45,7
2017	2000,0	8,1%	4283,7	5,7%	2	46,7
2018	2100,0	5,0%	4589,9	7,1%	1,6	45,8
2019	2250,0	7,1%	4920,1	7,2%	2,3	45,7
2020	2600,0	15,6%	5226,0	6,2%	3,4	49,8
2021	2800,0	7,7%	5683,0	8,7%	5,1	49,3
2022	3010,0	7,5%	6362,9	12,0%	14,4	47,3
01.2023	3490,0	15,9%	7155,5	12,5%	11,4	48,8
07.2023	3600,0	19,6%	7155,5	12,5%		50,3
01.2024*	4242,0	21,5%	8092,9	13,1%	5,2	52,4
07.2024*	4300,0	19,4%	8092,9	13,1%		53,1
2025*	4666,0	10,0%	8667,5	7,1%	4,1	53,8

Źródło: dane GUS i MPIPS.

\* Dane o przeciętnym wynagrodzeniu (2024-2025): Dla 2024 roku podano wysokość przeciętnego wynagrodzenia brutto w gospodarce narodowej w I połowie 2024 roku, z kolei dane dla 2025 roku to przeciętny poziom wynagrodzeń w 2024 roku powiększony o 7,1%, czyli o dynamikę wzrostu płac w gospodarce przyjętą przez Radę Ministrów w czerwcu 2024 r. w założeniach do ustawy budżetowej na 2025 rok.

Dane o inflacji (2024-2025): poziom inflacji CPI w latach 2024-2025 przyjęto zgodnie z założeniami Rady Ministrów do ustawy budżetowej na 2025 rok.

55. Zgodnie zatem z Opinią ekonomiczną (s. 8-11) możliwe jest modyfikowanie kosztów pośrednich w sytuacji, w której rośnie średnia wartość wynagrodzeń. Wynika to z faktu, że funkcjonuje korelacja średniego i minimalnego poziomu wynagrodzeń, co potwierdza Opinia ekonomiczna (s. 1, 9 oraz wykresy na stronie 16-17). Przedsiębiorstwa upatrują w tej korelacji główną przyczynę wzrostu kosztów prowadzenia działalności – w tym kosztów pośrednich, co przekłada się na wzrost

kosztów wykonania zamówień publicznych. Wzrost przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia potwierdzają dane statystyczne:

Tabela – Przeciętne miesięczne wynagrodzenie w gospodarce narodowej w latach 2016 – 2023

Rok	Przeciętne miesięczne wynagrodzenie w gospodarce narodowej	Zmiana r/r (%)
2016	4.047,21	3,78%
2017	4.271,51	5,54%
2018	4.585,03	7,34%
2019	4.918,17	7,27%
2020	5.167,47	5,07%
2021	5.662,53	9,58%
2022	6.346,15	12,07%
2023	7.155,48	12,75%

Opracowanie własne na podstawie danych GUS oraz wytycznych Ministra Finansów  
Przeciętne miesięczne wynagrodzenie w gospodarce narodowej 2016 – 2023

Wykres - Przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw



Wydruk ze strony internetowej: <https://www.bankier.pl/gospodarka/wskazniki-makroekonomiczne/przecietne-wynagrodzenie-pol>, str. 1

56. Z przywołanych wyżej danych wynika, że w ciągu dwóch lat (2022-2023) średnie wynagrodzenie w Polsce wzrosło o prawie 25,6%. Również wcześniej występowała stała tendencja wzrostowa, która jak wskazują ekonomiści wykazuje podobną dynamikę do wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę (zob. s. 1 i 9 Opinii ekonomicznej oraz wykresy 1-2 tamże na s.16).
57. Powyższe rozważania oraz dane wskazane przez specjalistę z zakresu ekonomii (zob. s.1 i 9 Opinii ekonomicznej) dowodzą, że **zachodzi korelacja pomiędzy**

**wzrostem płacy minimalnej a wzrostem średniego wynagrodzenia oraz pozostałych wynagrodzeń:** „Zgodnie z wnioskami przedstawionymi w poprzednich sekcjach, podwyższanie wysokości płacy minimalnej relatywnie najsilniej powinno przyczynić się do wzrostu przeciętnego wynagrodzenia w tych sekcjach gospodarki, w których generalnie poziom wynagrodzeń jest najniższy. **Można mówić o dodatniej zależności polegającej na tym, że wzrost płacy minimalnej wpływa na wzrost przeciętnego wynagrodzenia.**” (s. 6 Opinii ekonomicznej). **A przez to od strony ekonomicznej jako skutek wzrostu płacy minimalnej (i minimalna stawka godzinowa) można przyjąć wzrost kosztów wykonania zamówienia publicznego nie tylko wobec elementu kosztów bezpośrednich w postaci pracowników zarabiających literalnie minimalne wynagrodzenie/stawkę minimalną, lecz również wobec innego elementu kosztów związanych z wynagrodzeniami – kosztów pośrednich – gdzie wynagrodzenia pracowników kształtowane są na poziomie zarobków wyższych niż minimalna krajowa** (zob. s. 2 i 8-11 Opinii ekonomicznej). Podwyższenie bowiem jednego parametru ekonomicznego powoduje reakcję rynku - podwyższenie pozostałych parametrów, ponieważ rynek to połączony mechanizm (ekonomista wskazuje tu na podniesienie całej „siatki” wynagrodzeń s. 1,2,4,6,8,9 Opinii ekonomicznej) bez wyizolowanych wysp w postaci np. kosztów bezpośrednich pracownika na minimalnej krajowej. Zmiany wynagrodzeń nie dokonują się w próżni prawno-ekonomicznej tylko w danym otoczeniu biznesowym a gospodarka jako żywy organizm reaguje na takie zmiany. Podwyższenie wynagrodzenia minimalnego jako „dosypanie” pieniędzy w rynek może powodować efekt czysto ludzkiej reakcji: „skoro mniej doświadczony pracownik dostaje teraz tyle co ja, to moja pensja musi wzrosnąć”, co przekłada się też na oczekiwania płacowe dalszych a w efekcie wszystkich grup pracowników. Notoryjne jest, że jeżeli pracownicy obserwują wzrost wynagrodzenia najniżej zarabiających, i ewentualny równoczesny wzrost cen towarów, to jako osoby, dotychczas zarabiające więcej oczekują również wzrostu wynagrodzenia, celem uniknięcia pauperyzacji (por. s. 3, 4 Opinii ekonomicznej). Ryzyko odejść pracowników bardziej wykwalifikowanych (z wyższym wynagrodzeniem), przy stosunkowo niskim obecnie bezrobociu i trudności ze znalezieniem wykwalifikowanych specjalistów, skutkuje presją na podwyższenie wynagrodzenia również pozostałym pracownikom.

#### **II.3.1.4. Podsumowanie**

58. Wobec powyższego, zgodnie ze stanowiskiem ekspertów ekonomicznych, oddanie, czy też zachowanie równowagi ekonomicznej kontraktu (zamówienia publicznego) w przypadku wzrostu płacy minimalnej lub minimalnej stawki godzinowej wymaga, aby zmienić wykonawcy wynagrodzenie nie tylko w zakresie kosztów bezpośrednich (pracowników pobierających minimalne wynagrodzenie), lecz również w zakresie uwzględniającym pozostały wzrost (niedostrzegalny w dotychczasowej, błędnej wykładni art. 436 pkt 4 lit. b) PZP) – koszt pośrednich (odrębną kwestią jest wysokość i sposób obliczenia po jakiej powinien być „oddany” – zob. rozdziały IV.2 i IV.2.4 poniżej). Jak zostanie wykazane, ani treść przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) PZP *tiret* drugie i piąte (wykładnia językowa – zob. rozdział III.1.2 poniżej) ani cel regulacji (III.1.1) i wykładnia teleologiczna (III.1.3) nie uzasadniają zawężenia

zmiany wynagrodzenia wykonawcy jedynie do zmiany odzwierciedlającej wzrost płacy pracowników zatrudnionych na minimalnym wynagrodzeniu.

59. Nie ulega wątpliwości, że występowanie takich okoliczności jak wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę, poprzez zjawiska presji płacowej oraz formalnych mechanizmów zwiększenia wynagrodzenia pozostałych pracowników o wynagrodzeniu innym niż minimalne, wykazuje ścisłe skorelowanie oraz współzależność ze wzrostem przeciętnego wynagrodzenia. Kwestie te stanowiły przedmiot Opinii ekonomicznej, z której wnioski prawne wyciąga niniejsza opinia. Podstawowym i najłatwiejszym do zidentyfikowania zdarzeniem jest z oczywistych względów wzrost płacy minimalnej *sensu stricto*. Mowa tu o skutku w postaci konieczności podwyższenia wynagrodzenia najgorzej opłacanym pracownikom przez wykonawców. Rzecz jednak w tym, że tak radykalna zmiana na rynku, tj. objęcie płacą minimalną dodatkowych półtora miliona osób, wywiera dalej idące skutki.
60. Dodatkowy koszt dla wykonawcy może przejawiać się nie tylko w konieczności zmiany wynagrodzenia pracownikom, ale też być ukryty w innych elementach – dalsze pochodne wzrostu minimalnego wynagrodzenia. Operując na prostych przykładach – jeżeli wykonawca dostarcza posiłki do podmiotu leczniczego, to będzie musiał podnieść wynagrodzenie osobom przygotowującym posiłki, ale z pewnością będzie miało to również wpływ na ceny zakupionych artykułów spożywczych. Producenci żywności, sprzedając towar po wyższych cenach, będą rekompensować sobie konieczność podwyższenia wynagrodzenia swoim magazynierom, kierowcom itp. Zakres w jakim poszczególne okoliczności wpłynęły na powstanie straty wykonawcy wymaga pogłębionej analizy ekonomicznej.
61. Oddanie całokształtu wzrostu kosztów wymagałby bowiem uwzględnienie wzrostu kosztów usług, którą wykonawcy sami nabywają w celu prawidłowego wykonania zamówienia, ponieważ w niej także jest obecny koszt płacowy dalszego usługodawcy. W konsekwencji właściwie większość tradycyjnie rozumianych (pozapłacowych) kosztów ogólnych podlega pochodnym wzrostom - np. w koszcie cateringu albo wywozu śmieci - jest koszt pracownika, który gotuje/dowodzi jedzenie albo wywozi śmieci. Wykazanie konkretnych proporcji z konkretnych danych wzrostów danej usługi rok do roku, z próbą wyszczególnienia, że w ramach tej usługi wzrost kosztu pracowniczego jest proporcjonalny do wzrostu minimalnego wynagrodzeni jest oczywiście możliwe, przy czym wymaga zarówno przedstawienia mnóstwa dokumentów jak i dokonania wielu obliczeń, co po stronie zamawiającego przekłada się na konieczność ich analizy. **Z tego względu jako docelowo optymalne rozwiązanie dla też tego typu kosztów jawi się oddanie wzrostu za pomocą wskaźnika miarodajnego dla danej branży opartego o dane statystyczne, i ile w danej branży dany miernik istnieje. Oczywiście nie dla każdej branży może funkcjonować miarodajny wskaźnik, z tego względu w drugiej metodzie możliwe i konieczne jest sięgnięcie po wykazywanie wzrostu na podstawie rzeczywistych dokumentów finansowych firmy (raportów zarządczych).** Kwestie te w kontekście wyliczenia kosztów pośrednich zostaną poruszone w rozdziałach IV.2, IV.2.4 poniżej.

**III. KLAUZULE WALORYZACYJNE OPARTE NA ART. 436 PKT 4 LIT. B) PZP**

62. Ustawodawca przewidział w PZP regulacje, które w teorii miały umożliwić dostosowanie umów do mogących wystąpić w trakcie ich realizacji zmian na rynku, w tym choćby waloryzacji wynagrodzeń. Przepisy te można podzielić na te dotyczące zmian przewidzianych uprzednio przez strony (czyli wymagające klauzul uprzednio wprowadzonych do umowy) oraz zmian nieprzewidzianych (czyli niewymagające użycia klauzul waloryzacyjnych, oparte bezpośrednio na przepisach ustawowych).
63. Celem wprowadzenia do umów o zamówienia publiczne klauzul waloryzacyjnych jest przede wszystkim przywrócenie równowagi ekonomicznej stron kontraktu oraz ekwiwalentności świadczeń (w stosunku do stanu na dzień ofertowania) oraz urealnienie wynagrodzenia wskutek wzrastających kosztów realizacji i zmiany siły nabywczej pieniądza. Bez takich postanowień zawieranie długoterminowych kontraktów byłoby dla wykonawców zamówień skrajnie ryzykownym przedsięwzięciem, co doprowadziłoby do nieskładania ofert w przetargach i całkowitego marazmu na rynku zamówień publicznych. Zakres niniejszej opinii obejmuje analizę jedynie klauzul waloryzacyjnych opartych o art. 436 pkt 4 lit. b) PZP, koncentrując rozważania na *tiret* drugie i piąte tego przepisu.

**III.1. Art. 436 pkt 4 lit. b) PZP - klauzula waloryzacyjna na wypadek zmian przepisów prawnych skutkujących zmianą obciążeń publicznoprawnych**

64. Pewien standardowy zakres zmian przepisów o charakterze bezwzględnie obowiązującym w zakresie wzrostu obciążeń publicznoprawnych (podatki, daniny publiczne, minimalne wynagrodzenia za pracę, minimalna stawka godzinowa, etc.), które powinny wpływać na zmianę (najczęściej podwyższenie, teoretycznie jednak też obniżenia) wynagrodzenia został przewidziany w art. 436 pkt 4 lit. b) PZP<sup>37</sup>, zgodnie z którego treścią:

*„Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: (...)*

*4) w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy:*

*a) wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5,*

*b) **zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:***

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,*
- **wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej,** ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,*

<sup>37</sup> Por. M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Legalis art. 436.

- 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, 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.**

65. Komentowany przepis określa obligatoryjne elementy umowy o zamówienie publiczne. Ustawodawca wprowadził obowiązkowe postanowienia, które dotyczą wszystkich umów oraz **dotychczas te, jakie powinny znaleźć się w umowie zawieranej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, wskazując wśród nich na postanowienia określające zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.**

### III.1.1. Ratio legis regulacji - przywrócenie równowagi ekonomicznej

66. Zgodnie z uzasadnieniem do projektu PZP: „W projekcie ustawy zaproponowano następujące regulacje o kluczowym znaczeniu wychodzące naprzeciw oczekiwaniom podmiotów publicznych jak i wykonawców: (...)
5. Zrównoważenie stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego przez:  
(...) **wprowadzenie nowych zasad waloryzacji wynagrodzenia.**
6. Wprowadzenie obowiązku ewaluacji realizacji umowy.”<sup>38</sup>
67. Dalej ustawodawca wyjaśnił, że: „W art. 436 projektu ustawy wskazuje się postanowienia, które obligatoryjnie powinna zawierać każda umowa, (...) W pkt 4 tego artykułu wskazuje się postanowienia obligatoryjne w umowie zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, tj. karę umowną dla wykonawcy, którego wynagrodzenie zostało zwaloryzowane, za brak dalszej waloryzacji podwykonawców, a także klauzule dotyczą zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy o równowartość wzrostu danin publicznoprawnych nakładanych na wykonawcę w związku z wykonywaniem umowy.”<sup>39</sup>
68. Należy zauważyć, że „Oczekiwany [wg ustawodawcy] efektem ustawy jest: (...) 6) zwiększenie liczby ofert składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego; (...) 7) zwiększenie udziału MŚP w postępowaniach; (...) 10) zmniejszenie liczby sporów sądowych dotyczących zamówień publicznych; (...) 12) ograniczenie liczby upadłości przedsiębiorstw w trakcie realizacji zamówienia publicznego.”<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, VII kadencja, druk sejm. Nr 3624; <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>

<sup>39</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, VII kadencja, druk sejm. Nr 3624; <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>

<sup>40</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, VII kadencja, druk sejm. Nr 3624; <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>



69. Regulacja art. 436 pkt 4 lit. b) PZP nawiązuje do instytucji przewidzianej w art. 142 ust. 5 dPZP. Jak zatem wskazano w uzasadnieniu projektu nowelizacji ustawy wprowadzającej w art. 142 ust. 5 dPZP: *„W dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powoduje utratę marży, a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, **skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia**, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości.”*<sup>41</sup>
70. Na gruncie nieobowiązującej już regulacji dPZP J.E. Nowicki wskazywał, że: *„Wyrażenie „odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy” zawarte w art. 142 ust. 5 należy interpretować w odniesieniu do faktu, że stawki podatku VAT, **kwoty minimalnego wynagrodzenia** oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych **są regulowane przez odpowiednie akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym, co oznacza, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i powinni uwzględniać je w tych wysokościach również przy kalkulowaniu cen ofertowych. Jako „odpowiednią zmianę wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy” należy zatem przyjąć taką zmianę, która dostosowuje wprost proporcjonalnie wynagrodzenie wykonawcy do poziomu kosztów ponoszonych na realizację zamówienia w związku ze zmianami przepisów prawnych wymienionych w art. 142 ust. 5. Zmiana wynagrodzenia powinna wynikać wprost z zaistniałej zmiany przepisów wymienionych w art. 142 ust. 5 i nie powinna być ani niższa, ani wyższa od wynikającej ze zmiany tych przepisów. Zmiana wynagrodzenia w związku ze zmianami przepisów prawnych wymienionych w art. 142 ust. 5 nie powinna być dokonywana automatycznie, gdyż powinna odzwierciedlać realny wpływ zmian tych przepisów na koszty wykonania zamówienia, a co za tym idzie – powinna być poprzedzona dokonaniem stosownych obliczeń”***<sup>42</sup>.
71. Praktyka wskazuje, iż **problem w stosowaniu przedmiotowej regulacji zwykle generują oczekiwania zamawiającego co do ww. wykazywania realnego**

<sup>41</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, VII kadencja, druk sejm. nr 1653; <https://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1653>

<sup>42</sup> J. E. Nowicki [w:] M. Kołecki, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, Warszawa 2019, art. 142.

- wpływu.** Kwestia wykazywalności realnego wpływu, dokonywanej corocznie rozporządzeniem, zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej na koszty pośrednie zostanie poruszona w rozdziale IV.2, IV.2.4 poniżej.
72. Na kanwie powyższego J. Jerzykowski wskazuje, że: *„Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów w sprawach zamówień publicznych mechanizmów umownych, które uwzględniały wpływ czynników makroekonomicznych na opłacalność realizowanego zamówienia. **W tym ujęciu omawiane przepisy zmierzają do zwiększenia stanu równowagi kontraktowej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w efekcie obarczenia każdej ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego przynajmniej częścią ryzyka gospodarczego będącego następstwem zmian sytuacji makroekonomicznej wywołanych zmianą określonych przepisów prawa.** Rozwiązanie to co do zasady ocenić należy pozytywnie, gdyż z pewnością sprzyja pewności obrotu prawnego i osiągnięciu stanu najbardziej pożądanego przez prawodawcę, czyli wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią.”*<sup>43</sup> M. Jaworska również podaje, że: *„Celem tych postanowień również jest zrównoważenie w podstawowym zakresie sytuacji stron umowy i zapobieganie ponoszeniu przez wykonawcę (a także podwykonawcę – pkt 4 lit. a) nadmiernego ryzyka związanego z wykonywaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.”*<sup>44</sup>.
73. Podobnie M. Jaworska słusznie dostrzega też ten aspekt, że przepis dąży do równowagi stron i ochrony w zasadzie obu stron: *„**Ochrona wykonawcy i zamawiającego. Choć zasadniczo celem komentowanego przepisu jest ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może ponieść on w związku z podwyższeniem ciężarów publicznoprawnych, to dostrzec należy, że chronią one również zamawiającego** na wypadek zmniejszenia tych obciążeń. Obowiązkowe klauzule waloryzacyjne mają bowiem zapewniać adekwatną do zmieniających się przepisów zmianę wysokości wynagrodzenia wykonawcy (nie tylko jego podwyższenie) w przypadku, kiedy zmianie ulegnie wysokość danin publicznoprawnych i zmiana ta będzie miała **wpływ na koszty wykonania zamówienia.**”* Wobec powyższego nie jest jednak tak, że na skutek dokonania waloryzacji na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b) PZP zamawiający zaczyna „przeplacać” za wykonanie zamówienia, ponieważ w związku czy to ze wzrostem danin publicznoprawnych, czy to wzrostem płacy minimalnej, gdyby zamawiający chciał nabyć usługi na rynku, również musiałby pokryć w cenie ten wzrost, ponieważ wzrost VAT i podwyższenie płacy minimalnej znalazłoby się w cenie usługi – oferta nowego wykonawcy byłaby oczywiście rynkowa i uwzględniała w sobie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie, koszty inne niż osobowe oraz marże, aktualne na chwilę złożenia oferty. Przepis ten jednak zawiera założenie, że sytuacja może być też odwrotna, na skutek obniżenia obciążeń – wtedy również zachowana zostanie adekwatność obciążeń.
74. Podsumowując, w odniesieniu do art. 436 PZP w doktrynie wskazuje się więc, że **celem tej regulacji jest przywrócenie równowagi ekonomicznej stron** oraz

<sup>43</sup> J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 436, uwaga 10.

<sup>44</sup> M. Jaworska [w:] red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2023, Legalis. art. 436.

ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może ponieść **w przypadku zamówienia długoterminowego**, w związku z podwyższeniem obciążeń finansowych, które stanowią element kosztów jego realizacji.<sup>45</sup>

### III.1.2. Wykładnia językowa art. 436 PZP

75. Istotne wytyczne co do wykładni językowej art. 436 PZP płyną również z rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” Dz.U. 2002 Nr 100, poz. 908, t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 283 („Zasady techniki prawodawczej”, „ZTP”).
76. Zgodnie z § 6 ZTP przepisy ustawy redaguje się tak, aby dokładnie i w sposób zrozumiały dla adresatów zawartych w nich norm wyrażały intencje prawodawcy. Natomiast w myśl § 10 ZTP do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. Według § 22 ust. 1 ZTP w przepisach ogólnych można zamieścić odesłanie do innej ustawy tylko wtedy, gdy uregulowania w nich zawarte uzupełniają lub odmiennie regulują sprawy normowane ustawą. A § 22 ust. 2 ZTP stanowi: w odesłaniu, o którym mowa w ust. 1, jednoznacznie wskazuje się akt normatywny, do którego następuje odesłanie, oraz **określa się zakres spraw, dla których następuje to odesłanie**. Przepis § 23 ust 2 ZTP stanowi, że **jeżeli określone elementy uściślające treść kilku przepisów szczegółowych powtarzają się w tych przepisach, wydziela się je w jeden wspólny przepis i zamieszcza się w przepisach ogólnych albo w bezpośrednim sąsiedztwie tych przepisów szczegółowych**, w których te elementy występują. Przepis § 23 ust. 3 ZTP wprowadza zaś regulację, że: **jeżeli od któregoś z elementów przepisu szczegółowego przewiduje się wyjątki lub któryś z elementów tego przepisu wymaga uściślenia, przepis formułujący wyjątki lub uściślenia zamieszcza się bezpośrednio po danym przepisie szczegółowym**.
77. Regulacja § 145 ust 2 ZTP stanowi natomiast, że **jeżeli norma ma znajdować zastosowanie tylko w określonych okolicznościach, okoliczności te jednoznacznie i wyczerpująco wskazuje się w przepisie prawnym przez rodzajowe ich określenie**.
78. W konsekwencji, gdyby ustawodawca miał intencję oparcia normy nie o „wynagrodzenie” lecz o „część wynagrodzenia”, „odpowiednie wynagrodzenie” lub „wynagrodzenie w części pokrywającej wynagrodzenie pracowników z minimalnym wynagrodzeniem”, względnie „wpływ na koszt wykonania jedynie w części ponoszonej po stawkach minimalnych w momencie podpisania umowy”, to zapewne inaczej skonstruowałby kształt i brzmienie normy.
79. Obecne natomiast sformułowanie przepisu art. 436 ust. 4 lit b) PZP świadczy o tym, że w kontekście §22 ust. 2 i §23 ust 2 ZTP – ustawodawca wyciągnął przed nawias „wynagrodzenie”.
80. Podobnie zmiana stawki VAT (*tiret* pierwsze) (jak i pozostałe *tirety* 3-4) ma się odnosić do całego wynagrodzenia wykonawcy, nie tylko do części wynagrodzenia

<sup>45</sup> Zob. H. Nowak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 1156–1157.

pokrywającej koszt pracowników, którzy mają minimalne wynagrodzenie za pracę lub minimalną stawkę godzinową. Ani zmiany dot. zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne (*tiret* trzecie), ani zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych (*tiret* czwarte) nie odnosi się jedynie do minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, lecz do wynagrodzenia *in toto*.

81. Czemu zatem regulacja z *tiret* drugie miałyby stanowić wyjątek? Jeżeli miałyby być inaczej winno to - jako odstępstwo od pozostałych przypadków - zostać wydzielone w odrębny przepis, gdyż nawet próba jednoznacznego i wyczerpującego dookreślenia, że chodzi o „wynagrodzenie w zakresie w jakim dotyczy wynagrodzenia pracowników pobierających minimalne wynagrodzenie za pracę lub minimalną stawkę godzinową” przy pozostawieniu obecnego kształtu i systematyki przepisu wprowadzałoby w konfuzję, czy np. **zmianę podatku VAT uwzględniać też jedynie dla najniżej zarabiających**. Ilustruje to poniższy WARIANT nr 1.

#### WARIANT 1

„b) zasady wprowadzania zmian wysokości **wynagrodzenia (w zakresie w jakim dotyczy wynagrodzenia pracowników pobierających minimalne wynagrodzenie za pracę lub minimalną stawkę godzinową)** w przypadku zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- 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,
- 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, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2024 r. poz. 427)
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.”

82. Jeżeli od strony językowej Ustawodawca napotykał trudność w odpowiednim sformułowaniu, to – żeby zatem osiągnąć zgodnie z prawidłową legislacją w/w efekt – przepis, w zgodzie z § 23 ust. 2 i 3 ZTP oraz § 145 ust 2 ZTP, powinien by w bliskim sąsiedztwie zawierać umieszczone doszczegółowienie np. pkt c). i wtedy przepis brzmiałby np. jak niżej (zob. WARIANT 2), ale faktycznie tak nie brzmi:

#### WARIANT 2

„b) zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- 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, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2024 r. poz. 427)

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

**c) zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, w zakresie w jakim składa się na nie wynagrodzenie osób pobierających minimalne wynagrodzenie za pracę lub minimalną stawkę godzinową w przypadku zmiany 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, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę**

83. W rachubę wchodziłaby ewentualnie próba doszczegółowienia przy użyciu generalnego słownictwa „wynagrodzenie (w części w jakiej zmiana ta bezpośrednio dotyczy)”, ale po pierwsze właśnie z takiego sformułowania Ustawodawca w nowelizacji zrezygnował („odpowiednie wynagrodzenie” na gruncie dPZP), a po drugie nie spełniałoby ono wymogu § 145 ust 2 ZTP: „jednoznacznie i wyczerpująco wskazuje się w przepisie prawnym przez rodzajowe ich określenie”. Powyższe uwidacznia WARIANT 3:

WARIANT 3

**„c) zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w części bezpośrednio zmienianej w razie zmiany 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,”**

84. Dla porządku przypomnieć należy, że ww. rozporządzenie ZTP istniało już w momencie uchwalania nowego PZP, stąd w procesie legislacyjnym musiało znaleźć zastosowanie. Nowelizacja PZP nie była dokonywana jednego dnia a poprzedzona długimi pracami. Tym bardziej nie można więc wyprowadzać z art. 436 PZP wykładni zawężającej, dla której zastosowania przepis musiałby mieć zupełnie inne brzmienie. O ile w procesie wykładni oświadczeń woli (art. 65 k.c.) poszukujemy jakiegoś obiektywnego wzorca (pewien element uznaniowości), to w przypadku procesu legislacyjnego jest jasne rozporządzenie. Jeżeli dla konkretnej interpretacji danego przepisu należałoby istotnie zmienić brzmienie danego przepisu prawnego, to znaczy, że dana interpretacja jest nieuprawniona.
85. Jednocześnie należy przypomnieć, że kwalifikacja kosztów ogólnych jako elementu kosztu każdego przedsięwzięcia biznesowego została już przesądzona chociażby w rozporządzeniu MRiT w sprawie kosztorysu inwestorskiego z 2021 r.<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> „składnik kalkulacyjny wartości kosztorysowej, uwzględniający nieujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu”

### III.1.3. Wykładnia celowościowa oraz wpływ analizy ekonomicznej na wykładnię i zakres art. 436 PZP

#### III.1.3.1. Rozłożenie ryzyka zmian obciążeń publicznych pod względem czasowym, lecz nie pod względem rodzajowym czy kwotowym

86. Ustawodawca w art. 436 pkt 4 lit. b) PZP rozłożył ryzyko zwiększenia zmian obciążeń publicznych pomiędzy zamawiających i wykonawców **pod względem czasowym**, w ten sposób, że przy umowach do 12 miesięcy, to wykonawcy muszą przyjąć na siebie ryzyko zmian tych obciążeń, a dla umów z dłuższym okresem ryzyko zmian zostaje przeniesione także na zamawiających<sup>47</sup>. **Ustawodawca nie rozłożył ryzyka jednak równocześnie pod względem rodzajowym czy kwotowym** – w ten sposób, że zamawiający miałyby pokrywać tylko koszty bezpośrednie i wzrost do wysokości minimalnej pensji, a wykonawca wszelkie dalsze implikacje przekraczające minimalną krajową (w tym koszty pośrednie). W praktyce posłużono się sformułowaniem uwzględniającym **całościowe** zaadresowanie skutku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, które **obliguje do określenia w umowie zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia – co obejmuje zarówno koszt bezpośredni jak i koszty pośrednie**. Nigdzie w przepisie nie użyto sformułowania „bezpośrednio wynikające” lub „bezpośredni wpływ”. Przepis nie mówi o zmianie wysokości „minimalnego wynagrodzenia”, lecz o zmianie wysokości „wynagrodzenia” i o „wpływie” (bez przymiotników go określających, a więc w pełnym znaczeniu tego słowa) w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej. Wobec powyższego **norma statuowana przepisem art. 436 pkt 4 lit. b) tiret drugie i piąte PZP w istocie nakazuje adekwatnie i proporcjonalnie odzwierciedlić całość skutków realnie wynikających z podniesienia minimalnego wynagrodzenia**, tj. w całym zakresie w jakim z tego powodu ekonomicznie wzrastają koszty i ma to wpływ na koszt wykonania (bez ograniczeń rodzajowych i kwotowych). **Dotyczy to zatem również kosztów ogólnych**. Ustawodawca poprzez użyte sformułowania, ze względu na cel regulacji, podszedł więc do problemu koniecznej zmiany wynikającej ze wzrostu kosztów w sposób funkcjonalny.

#### III.1.3.2. Istota problemu

87. Analizując doktrynę i judykaturę można odnieść wrażenie niedotykania istoty problemu związanego z wykładnią i praktycznym stosowaniem przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) *tiret* drugie i piąte PZP.

88. Istota zagadnienia prawnego sprowadza się bowiem do interpretacji **jaki zakres powinna przyjąć „zmiana wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej”**, względnie **sposobu ustalania zakresu dla sformułowania „jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia”**. Nie

<sup>47</sup> Zob. Wyrok KIO z 18.07.2022 r., KIO 1676/22, Legalis nr 3007710.

budzi wątpliwości, że zmiana obejmuje **tzw. koszty bezpośrednie** – pensje pracowników pobierających minimalne wynagrodzenie za pracę albo współpracowników otrzymujących wynagrodzenie w wysokości minimalnej stawki godzinowej. Wątpliwości interpretacyjne u części doktryny i zamawiających pojawiają się natomiast w przypadku tzw. **kosztów pośrednich**, na które zmiana minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej również **wywiera wykazywalny wpływ**, a które ponoszone są zazwyczaj po stawkach innych niż minimalne. Dotyczy to kosztów „osobowych” pozostałych osób zaangażowanych przez wykonawcę do wykonania zamówienia publicznego – m.in. kontrolerów, specjalistów „seniorów”, managementu średniego szczebla, osób zarządzających i administrujących wykonaniem danego zamówienia, w zakresie w jakim ich praca dotyczy tego zamówienia (zwykle „nadzorują” więcej niż jedną umowę). Za przyjęciem, że przepis **art. 436 pkt 4 lit. b) tiret drugie i piąte PZP** obejmuje koszty ogólne przemawia szereg argumentów wskazywanych w poszczególnych rozdziałach niniejszej opinii jak również Opinii ekonomicznej. W rozdziale II.3.1.3 wykazano jednoznacznie istnienie korelacji pomiędzy wzrostem wynagrodzeń (w tym przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia) w gospodarce narodowej a wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej. Istnienia tej zależności ekonomicznej stara się nie dostrzegać jednak praktyka stosowania normy.

89. Kwestia ta bowiem dotychczas nie była analizowana w wystarczająco głęboki i odpowiednio ukierunkowany sposób, a praktyka zarówno zamawiających jak i wykonawców z założenia, i z braku potrzeby ekonomicznej, samoograniczała się do wnioskowania o zmianę wynagrodzenia „indeksacją minimum do minimum” tj. jedynie w zakresie kosztów bezpośrednich w postaci płac pracowników pobierających minimalne wynagrodzenie za pracę albo współpracowników na minimalnej stawce godzinowej. Aktualnie jednak zaobserwować można zwiększającą się świadomość prawną wykonawców zamówień oraz ich wyczulenie na kwestie ekonomiczne przy równoczesnym zainteresowaniu profesjonalizacją przygotowywania wniosków waloryzacyjnych oddających całość należnych im zgodnie z prawem wzrostu kosztów – w myśl zasady *ius suum cuique tribuendi* (D. 1.1.10 pr.) – przyznać to, co się komu należy.
90. Wydaje się, że to praktyka zamawiających publicznych i nie dotycząca sedna problemu orzecznictwo KIO, oraz część doktryny, wypaczyły stosowanie tego przepisu, bezpodstawnie wykładając go w ten sposób, jakby zmiana miała dotyczyć jedynie kosztów pośrednich „minimalnego wynagrodzenia”, a nie „wynagrodzenia”. Wpływa to również na używaną nomenklaturę – określenie w praktyce właśnie „indeksacją minimum do minimum”, zamiast „indeksacją na skutek wzrostu minimalnego wynagrodzenia”. Ten błąd pojęciowo-zakresowy i uproszczenie pokutuje w „prawniczym” rozumieniu tego przepisu i oddala go od ekonomicznego sensu tej normy.

### III.1.3.3. Brak refleksji i jasnego stanowiska judykatury w zakresie kosztów ogólnych

91. Dobitym przykładem takiego podejścia jest wyrok KIO z 4.05.2022 r., KIO 1085/22, LEX nr 3362688:

*„Okolicznością powszechnie znaną dla zamawiających i zapewne dla Krajowej Izby Odwoławczej jest fakt, iż wykonawcy realizujący usługę ochrony - podpisują umowy o pracę i umowy zlecenia ze swoimi pracownikami/zleceniobiorcami - opierając się o minimalne wynagrodzenie i minimalną stawkę godzinową oraz wprowadzają regulamin premiowania, którym w ten sposób podwyższają wynagrodzenie. **Zatem wykonawcy działający w branży usługi ochrony mienia - usługi obsługi portierni, posługują się w obrocie z pracownikami umowami o pracę/umowami zlecenia ze stawkami minimalnymi. Ustawowa podwyżka wynagrodzenia minimalnego/stawki godzinowej minimalnej - jest zatem podstawą dla wykonawcy do wnioskowania o waloryzację wynagrodzenia wykonawcy celem rekompensaty zwiększonych kosztów wynagrodzenia pracowników/zleceniobiorców.**” [...]*

*„W rozumieniu art. 436 ustawy Pzp - wykonawca taki uprawniony jest przedłożyć wobec zamawiającego listę zatrudnionego personelu wraz z kopiami umów o prace/zlecenia, z których wynika zatrudnienie na podstawie minimalnego wynagrodzenia i minimalnej stawki godzinowej. Z tego też powodu wykonawca w sytuacji spełnienia przesłanek z § 7 ust. 2 pkt 5, 6, 7 umowy - **jest wtedy uprawniony do waloryzacji wynagrodzenia w związku ze zmianą stawek wynagrodzenia minimalnego za pracę/stawek godzinowych.**”*

92. Widać wyraźnie, że takie rozumienie zwiększonych kosztów jako *implicite* koszty bezpośrednio – ograniczone do tego do pracowników na minimalnej krajowej, jest **przyjmowane bez refleksji w zakresie rodzaju kosztów i czynników na nie oddziałujących**, i jest determinowane, nie przez opis zakresu w którym ma nastąpić zmiana – „wynagrodzenie”, lecz przez opis okoliczności, która ma uruchomić mechanizm waloryzacyjny – „zmiana minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej”.
93. Przegląd orzecznictwa w omawianym przedmiocie również nie daje jednoznacznej odpowiedzi, przy czym co do zasady nie wyklucza możliwości uwzględnienia kosztów ogólnych, lecz przyjmuje jedynie, **że konieczne jest wykazanie, że zmiana będzie miała wpływ na koszty realizacji zamówienia** (tak wyrok KIO z 23.03.2015 r., KIO 443/15; zob. też. wyrok KIO z 23.11.2015 r., KIO 2398/15, Wyrok KIO z 4.08.2022 r., KIO 1808/22).

### III.1.3.4. Poglądy doktryny

94. Również doktryna ujmuje problem w sposób jak się wydaje niepełny, spływając go do kwestii kwotowych, miast również rodzajowych. Większość doktryny domyślnie bowiem skupia swoją uwagę jedynie na kosztach bezpośrednich i w stosunku do nich domyślnie kieruje swoje rozważania – dotyczące waloryzacji wg stawek minimalnych lub wyższych niż minimalne. Jednak wypowiedzi te w żaden sposób



nie odnoszą się do faktycznego brzmienia przepisu oraz danych ekonomicznych odnotowywanych przez np. GUS.

#### III.1.3.4.1 Poglądy sprzyjające dopuszczalności uwzględnienia kosztów ogólnych oraz waloryzacji po stawkach wyższych niż minimalne

95. Szereg komentatorów **nie wyklucza możliwości waloryzacji nawet w przypadku, gdyby koszty bezpośrednie były oparte o stawkę wyższą niż minimalne wynagrodzenie**<sup>48</sup>. Skoro **nie zawęży się waloryzacji na gruncie tego przepisu jedynie do kosztów bezpośrednich opartych na minimalną stawkę, tj. wolno dokonać a maiori ad minus, to również nie ma przeciwskażeń do waloryzacji kosztów pośrednich, zarówno ponoszonych po stawce minimalnej jak i innej niż minimalna - „By tak się stało, wykonawca musi wykazać, że zmiana, na którą się on powołuje, wywiera wpływ na koszty wykonania przez niego zamówienia. Umowa powinna przewidywać także zestaw środków, za pomocą których wykonawca udowodni ten wpływ. Jeśli takich zapisów szczegółowych umowa nie przewiduje, to wykonawca wszelkimi dostępnymi sobie środkami może taki efekt osiągnąć.”**<sup>49</sup> W szczególności to ostatnie stwierdzenie stanowi ważną wytyczną w zakresie spełnienia wymogów dowodowych, pozwalając choćby na odwoływanie się do formuły ekonomicznej, czy odwoływanie się do dostępnych w danym momencie sprawozdań finansowych z lat ubiegłych.

(a) W. Bereszko, Czy wniosek wykonawcy o waloryzację wynagrodzenia z tytułu wzrostu płacy minimalnej jest zasadny, gdy w kosztorysie ofertowym **wykonawca podał stawkę roboczogodziny brutto wyższą niż minimalne** wynagrodzenie obowiązujące od 1.01.2023 r., QA 2176105, LEX/el.: „(...) **to zamawiający, jako gospodarz postępowania zobligowany jest do takiego sformułowania zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, by wprost wynikała z nich jasna reguła wedle której ustalona będzie tak zasadność zmiany wynagrodzenia, jak i jej stopień.**” (...) „Ustawodawca nie wskazał przy tym ani przykładowych klauzul waloryzacyjnych, **ani nie dał wskazówek co do stopnia ich szczegółowości, czy metod dowodzenia i weryfikacji wpływu zaistniałych zmian na koszty wykonania zamówienia.**”

(b) M. Kopacka-Biculewicz, Czy wykonawca we wniosku o waloryzację wynagrodzenia może powołać się na wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę, jeżeli **w ofercie i kosztorysie ofertowym przyjął stawkę roboczogodziny zdecydowanie wyższą niż minimalna** stawka godzinowa?, QA 2491385, LEX/el. 2024: „**wykonawca zawsze może wystąpić z wnioskiem waloryzacyjnym, bo takie uprawnienie wynika wprost z zawartej umowy. Inną sprawą jest to, czy wniosek zostanie uwzględniony przez**

<sup>48</sup> W. Bereszko, Czy wniosek wykonawcy o waloryzację wynagrodzenia z tytułu wzrostu płacy minimalnej jest zasadny, gdy w kosztorysie ofertowym wykonawca podał stawkę roboczogodziny brutto wyższą niż minimalne wynagrodzenie obowiązujące od 1.01.2023 r., QA 2176105, LEX/el.

<sup>49</sup> M. Kopacka-Biculewicz, Czy wykonawca we wniosku o waloryzację wynagrodzenia może powołać się na wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę, jeżeli w ofercie i kosztorysie ofertowym przyjął stawkę roboczogodziny zdecydowanie wyższą niż minimalna stawka godzinowa?, QA 2491385, LEX/el. 2024

zamawiającego. **By tak się stało, wykonawca musi wykazać, że zmiana, na którą się on powołuje, wywiera wpływ na koszty wykonania przez niego zamówienia.** Umowa powinna przewidywać także zestaw środków, za pomocą których wykonawca udowodni ten wpływ. Jeśli takich zapisów szczegółowych umowa nie przewiduje, to wykonawca wszelkimi dostępnymi sobie środkami może taki efekt osiągnąć. Jeśli wykonawca wpływu wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę na koszty wykonywania przez niego zamówienia nie wykaże, to zamawiający nie uwzględni wniosku o podwyższenie wynagrodzenia."

### III.1.3.4.2 „Szara strefa” - autorzy zwracający uwagę na wątpliwości w zakresie możliwości zmiany wynagrodzenia przekraczającego minimalne

#### III.1.3.4.2.1. Wątpliwości

96. Inni komentatorzy wskazują na wątpliwości („szarą strefę”) w przedmiotowej kwestii - **„Budzi wątpliwości możliwość zmiany na jej podstawie wynagrodzenia przekraczającego minimalne, w przypadku gdy zmiany tego wynagrodzenia są pochodną zmian wynagrodzenia minimalnego. „Zmiana wynagrodzenia, o której mowa wyżej nie powinna być dokonywana automatycznie, gdyż powinna ona odzwierciedlać realny wpływ zmian obciążeń publicznoprawnych na koszty wykonania zamówienia, a co za tym idzie powinna być poprzedzona dokonaniem stosownych obliczeń.”**<sup>50</sup>. Dostrzec można domyślne ograniczenie rozważań do *implicite* kosztów bezpośrednich – to ich dotyczy bowiem wątpliwość komentatorki, czy można je waloryzować w sytuacji w której przekraczają minimalne wynagrodzenie. Abstrahując jednak od tego domyślnego ograniczenia, należy zauważyć, że **w dwóch cytowanych zdaniach uwidacznia się sprzeczność logiczna**, tj.:
- (a) albo brak zmiany wynagrodzenia będącego pochodną zmian wynagrodzenia minimalnego,
  - (b) albo zmiana powinna odzwierciedlać realny wpływ obciążeń na koszt wykonania
97. Jeżeli ma nastąpić realne odzwierciedlenie wpływu (ekonomicznych zależności pomiędzy zmianą minimalnego wynagrodzenia a odpowiedzią rynku w postaci zmiany pozostałych wynagrodzeń) to regulacja prawna nie może stanowić blokady oddania wzrostu kosztów pośrednich, jeżeli zachodzi realny wpływ zmian minimalnego wynagrodzenia na te koszty. Tym samym **zależności ekonomiczne są szerzej niedostrzegane i nieobecne w dyskursie doktrynalnym**, ograniczonym do dogmatyki, przy czym jak wykazano w rozdziale dotyczącym wykładni językowej, obecnie zawężanie waloryzacji wynagrodzenia wykonawców do kosztów bezpośrednich wynika nie tyle z litery prawa, co jego błędnej wykładni.

<sup>50</sup> Zob. E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 436.

Tymczasem gdy ekonomia i regulacje prawne się rozmiągają w zakresie oceny skutków pojawia się niesprawiedliwość.

### III.1.3.4.2.2. **Wnioski logiczne płynące ze sprzeczności dwóch tendencji – Sens konieczności wykazywania wpływu zmiany na koszty leży w tym, że koszty te mogą przekraczać stawkę minimalną**

98. Gdyby jednak było tak, że wzrost minimalnego wynagrodzenia dotyczyć by miał jedynie kosztów bezpośrednio związanych ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia (umów z pracownikami z minimalną pensją), to nie istniałaby potrzeba wykazywania wpływu zmiany na koszty wykonania.
99. Wszak skoro prawo bezwzględnie obowiązujące wymuszałyby zmianę, to zbędne byłoby badanie czy owa nowelizacja miała wpływ na koszt.
100. Cały bowiem sens wykazywania wpływu zmiany na koszty wykonania stałby pod znakiem zapytania i możliwe byłoby automatyczne zwaloryzowanie wynagrodzenia modelem „minimum do minimum”. Szkopuł jednak w tym, że przepis *tiret* piąte art. 456 pkt 4 lit b) PZP przewiduje wykazywanie wpływu. Tym samym konsekwentna wykładnia w modelu „minimum do minimum” prowadziłaby do rozwiązań absurdalnych i wykładni wprost *contra legem*, co jest nie do pogodzenia z dyrektywami wykładni celowościowej.

### III.1.3.4.3 **Poglądy negujące waloryzację stawek wyższych niż minimalne**

101. Niektórzy komentatorzy **negują możliwość waloryzacji stawek wyższych niż minimalne** (*implicite* z myślą o kosztach bezpośrednich) lub nie udzielają odpowiedzi wprost, albo uzależniają odpowiedź od różnych okoliczności<sup>51</sup>
  - (a) *„jeśli wykonawca zakładał dla swoich pracowników/współpracowników stawki wyższe niż minimalne, to nie może żądać waloryzacji wynagrodzenia w oparciu o ww. przepis p.z.p. tj. w związku ze zmianą minimalnego wynagrodzenia.”* E. Walkowiak, Czy można na początku roku zwaloryzować wynagrodzenie wykonawców, jeżeli zmiana minimalnego wynagrodzenia dokonywana jest w styczniu i lipcu?, QA 2167162, LEX/el.2023
  - (b) *„27. Czy "presja pracownicza" związana ze zmianą w ostatnim czasie płacy minimalnej może być czynnikiem warunkującym waloryzację wynagrodzenia? Wykonawca wnosząc o waloryzację wynagrodzenia musi wykazać, że zmiana płacy minimalnej ma wpływ na koszty wykonania zamówienia. Powoływanie się na „presję pracowników” nie jest wystarczającą podstawą do dokonania zmiany.” (...) „38. Głównym kosztem Wykonawcy, jest wynagrodzenie wysoko wykwalifikowanych pracowników. W jaki sposób można wykazać wzrost kosztu? Jeśli kwota wynagrodzenia pracownika zależna jest od Wykonawcy i jego zgody na podwyżkę. Jeżeli w okresie realizacji zamówienia zamawiający zatrudnił nowych pracowników, którzy będą*

<sup>51</sup> Zob. E. Walkowiak, Czy można na początku roku zwaloryzować wynagrodzenie wykonawców, jeżeli zmiana minimalnego wynagrodzenia dokonywana jest w styczniu i lipcu?, QA 2167162, LEX/el.2023, *Eadam*, Waloryzacja wynagrodzeń wykonawców zamówień publicznych - odpowiedzi na pytania ze szkolenia, LEX/el.2022

uczestniczyć w realizacji zamówienia to przedkładając umowy z dotychczasowymi pracownikami jak i nowozatrudnionymi można wykazywać, że wzrosły koszty po stronie wykonawcy. Jednakże będzie to dotyczyło **tylko kosztów związanych z zaangażowaniem w realizację nowych pracowników**, których wynagrodzenie jest wyższe.” Zob. E. Walkowiak, Waloryzacja wynagrodzeń wykonawców zamówień publicznych - odpowiedzi na pytania ze szkolenia, LEX/el.2022

- (c) Na gruncie art. 142 ust. 5 dPZP M. Sieradzka podawała, że: „Odpowiednią zmianą wysokości wynagrodzenia będzie w sytuacji zmiany: (...) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę – suma wzrostu kosztów wykonawcy zamówienia publicznego wynikających z podwyższenia wynagrodzeń poszczególnych pracowników biorących udział w realizacji pozostałej do wykonania, w momencie wejścia w życie zmiany, części zamówienia, **do wysokości wynagrodzenia minimalnego obowiązującej po zmianie przepisów** lub jej odpowiedniej części w przypadku osób zatrudnionych w wymiarze niższym niż pełen etat.”<sup>52</sup>

#### III.1.3.4.4 Odpowiedniość, zmiana wprost proporcjonalna i odzwierciedlenie realnego wpływu jako próba sprawiedliwej alokacji ryzyk

102. **Reasumując tą część rozważań** należy wskazać, że w dobie dynamicznych zmian na rynku wynagrodzeń obserwowanych w ostatnich latach, brak ujmowania w waloryzacji kosztów pośrednich jest praktyką nietrafną, wypaczającą sens przepisu – jakim jest **przywrócenia równowagi ekonomicznej i odpowiedniej alokacji ryzyk wzrostu kosztów wykonania zamówienia publicznego**. Zasadne jest uwzględnienie również kosztów pośrednich w zakresie zmiany wynagrodzenia „indeksacją na skutek wzrostu minimalnego wynagrodzenia” – gdyż tak powinna brzmieć prawidłowa nomenklatura. Natomiast istota błędu zawężającego rozumienia wzrostu kosztów, jest w kontekście wykładni językowej wynikiem **oparcia interpretacji, nie na tym gdzie powinno – tj. na opisie zakresu w którym ma nastąpić zmiana – „wynagrodzenie”, lecz, błędnie - na opisie okoliczności, która ma uruchomić sam mechanizm waloryzacyjny – „zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej” i która ma wywierać wpływ na „wynagrodzenie”, a w konsekwencji tego pomieszania zakresów, dochodzi do pomieszania pojęć i spływającego ujmowania problemu w ten sposób, że zmianie miało podlegać jakoby jedynie „minimalne wynagrodzenie”, gdy tymczasem dopuszczalne, możliwe i zasadne jest wykazywanie wpływu zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej nie tylko na koszty bezpośrednie (pracowników z pensją minimalną) lecz również na koszty pośrednie.**
103. Skoro **Ustawodawca nie przyjął rodzajowego ani kwotowego ograniczenia równej alokacji ryzyk pomiędzy zamawiającym a wykonawcą**, należy

<sup>52</sup> M. Sieradzka [w:] red. dr hab. Małgorzata Sieradzka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, Legalis, art. 436.

odpowiedzieć na pytanie jak powinny wyglądać sprawiedliwe zasady zmiany wynagrodzenia – czy powinny być całkowicie zostawione gestii Zamawiającego, czy też można stawiać wobec nich określone wymagania. Doktryna wskazuje, że zasady zmiany wynagrodzenia powinny być **odpowiednie**<sup>53</sup>, a zmiana wynagrodzenia to **zmiana dostosowująca wprost proporcjonalnie wynagrodzenie wykonawcy do poziomu kosztów ponoszonych na realizację**, w związku ze zmianami przepisów, i powinna **odzwierciedlać realny wpływ zmian tych przepisów na koszty wykonania zamówienia**, a co za tym idzie – powinna być poprzedzona dokonaniem stosownych obliczeń<sup>54</sup>:

- (a) „Przepis wymaga od zamawiającego określenia w umowie konkretnych postanowień określających zasady zmiany wynagrodzenia. „Ani treść tych zasad, ani stopień ich szczegółowości nie zostały jednak przez ustawodawcę określone. **Z uzasadnienia do projektu o zmianie ustawy oraz stanowiska doktryny i orzecznictwa wynika, że zasady te muszą być «odpowiednie».** Ze względu na konieczność zapewnienia stabilności stosunków gospodarczych przyjąć należy, że owe zasady powinny precyzować kwestię waloryzacji wynagrodzenia na tyle szczegółowo, aby w toku realizacji umowy strony niejako automatycznie, według opisanej krok po kroku procedury mogły dokonać procesu zmian”. „Zamawiający musi w umowie przewidzieć mechanizm umożliwiający określenie, czy w ogóle nastąpił, a jeżeli tak, to w jakim stopniu, nastąpił wzrost kosztów wykonania zamówienia. Ciężar udowodnienia wzrostu kosztów i ich rozmiaru obciąża wykonawcę. Zamawiający jednak powinien być w stanie zweryfikować prawdziwość jego twierdzeń. **O ile w przypadku prostego zamówienia, np. na sprzątanie, wydaje się to stosunkowo proste, ponieważ przy wzroście obciążeń wykonawcy związanych z zatrudnieniem osób sprzątających stosunkowo łatwo to wyliczyć, to jednak przy bardziej złożonych zamówieniach nie jest to już takie oczywiste**”.<sup>55</sup>
- (b) W literaturze zauważono, iż: „**Jako „zmianę wysokości wynagrodzenia” należy zatem przyjąć taką zmianę, która dostosowuje wprost proporcjonalnie wynagrodzenie wykonawcy do poziomu kosztów ponoszonych na realizację zamówienia w związku ze zmianami przepisów prawnych wymienionych w art. 436 pkt 4 p.z.p.** Zmiana wynagrodzenia powinna wynikać wprost z zaistniałej zmiany przepisów wymienionych w art. 436 pkt 4 p.z.p. i nie powinna być ani niższa, ani wyższa od wynikającej ze zmiany tych przepisów. Zmiana wynagrodzenia w związku ze zmianami przepisów prawnych wymienionych w art. 436 pkt 4 p.z.p. nie powinna być dokonywana automatycznie, gdyż powinna **odzwierciedlać realny wpływ zmian tych przepisów na koszty wykonania**

<sup>53</sup> E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 436.

<sup>54</sup> J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 436.

<sup>55</sup> E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 436.

*zamówienia, a co za tym idzie – powinna być poprzedzona dokonaniem stosownych obliczeń”<sup>56</sup>*

104. W tym kontekście należy przytoczyć, odwołujący się do art. 353<sup>1</sup> k.c., wyrok KIO z 5 stycznia 2021 (sygn. akt KIO 3600/21), w którym KIO uznała, że „***biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty. Skoro prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, należy uznać, że Zamawiający zarówno za wysoko określił próg zmiany wskaźnika inflacji warunkującego uprawnienie do waloryzacji, jak i zbyt nisko określił maksymalną granicę zmiany wynagrodzenia wykonawcy.***”.

### III.1.3.5. Konieczność zmiany wykładni stosowanej przez zamawiających w kontekście przykładów zmian linii orzeczniczych

105. W konsekwencji właściwa wykładnia celowościowa art. 436 pkt 4 lit. b) *tiret* drugie i piąte PZP dokonywana w kontekście zasady proporcjonalności (art. 16 PZP) i zasady współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonywaniu umowy (art. 431 PZP), a także obowiązujących w Polsce procedur ustawodawczych, wskazuje na dopuszczalność i konieczność waloryzowania na bazie opiniowanego przepisu również kosztów ogólnych ponoszonych po stawkach innych niż minimalne, skoro w świetle danych ekonomicznych ich wzrost jest wynikiem wpływu zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Powyższe rozważania prowadzą do wniosku o **konieczności zmiany, nawet utartej wykładni zamawiających w tym względzie. Nie jest bowiem tak, że raz przyjęte stanowisko w zakresie interpretacji przepisów pozostaje niezmiennie przez cały czas obowiązywania normy/przepisu.** Tak jak zmienia się rynek i społeczeństwo tak i linie orzecznicze sądów i praktyki organów ulegają niekiedy diametralnym zmianom. Tym bardziej, że jak wskazano do problemu odnosi się jedynie część doktryny, a jednocześnie nie przedstawia szerszego uzasadnienie w treści przepisu lub obiektywnie istniejących zjawiskach ekonomicznych.
106. Wielokrotnie zresztą w historii dochodziło do zmiany linii orzeczniczej przez Sąd Najwyższy<sup>57</sup> lub Trybunał Konstytucyjny<sup>58</sup>. **Obok przykładów historycznych**

<sup>56</sup> J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 436.

<sup>57</sup> Zob. przykłady zmian w Ł. Supera, Ochrona uzasadnionych oczekiwań a wsteczne działanie wykładni orzeczniczej w prawie cywilnym, Warszawa 2013, <http://depotuw.ceon.pl/handle/item/275> s. 140

<sup>58</sup> Zob. M. Wiącek, Odstąpienie przez Trybunał Konstytucyjny od swojego wcześniejszego poglądu prawnego, PL 2007/2, s. 58; A. Syryt, Pojęcie „utrwalonej linii orzeczniczej” w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, s. 33 i n., zwłaszcza 43-43 [w:] Studia i Analizy Sądu Najwyższego. Materiały Naukowe. Tom I. Jednolitość orzecznictwa. Standard – instrumenty – praktyka. Dostępne:

**dzieje się to również obecnie.** Przykładowo w słynnej uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 27 marca 2018 r., sygn. akt III CZP 69/17 Sąd Najwyższy, wbrew utartym poglądom i orzecznictwa przyjął możliwość przyznania zadośćuczynienia osobom pośrednio poszkodowanym – najbliższym poszkodowanego, który na skutek czynu niedozwolonego doznał ciężkiego i trwałego uszczerbku na zdrowiu.

107. Idąc dalej, w uchwale Sądu Najwyższego z 2 lipca 2024 r. I CZP 2/24, SN wskazał, że dla skuteczności podniesienia zarzutu potrącenia na podstawie art. 203<sup>1</sup> KPC i odbioru takiego oświadczenia wystarczające jest pełnomocnictwo procesowe. Ugruntowana linia orzecznicza - zakres umocowania pełnomocnika procesowego przewidziany w art. 91 KPC nie uprawnia go do złożenia materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu (zob.: wyrok Sądu Najwyższego z 20 października 2004 r., sygn. akt: I CK 204/04) – została tym samym zanegowana i odrzucona. Treść uchwały stanowiła oczywiste odejście od utrwalonej praktyki orzeczniczej Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, i przyznanie racji dotychczasowo mniejszościowemu pogładowi o ścisłym związku elementu materialnego i procesowego w ramach zarzutu potrącenia.
108. Powyższe przykłady dotyczą kwestii o znaczeniu fundamentalnym, które w poprzednich okresach (tj. przed orzeczeniem SN zmieniającym linię orzeczniczą) prowadziły do oddalania roszczeń. Nie ma więc podstaw prawnych i systemowych, aby nie dokonać zmiany albo doprecyzowania zasad stosowania art. 436 pkt 4 lit. b) PZP.

### **III.2. Przesłanki zastosowania klauzuli waloryzacyjnej – zmiana „minimalnego” oraz wpływ na koszt wykonania zamówienia**

#### **III.2.1. Uwagi ogólne**

109. Umowy zawierane **na okres dłuższy niż 12 miesięcy** winny zawierać określenie zasad korekty wysokości wynagrodzenia wykonawcy.
110. Zgodnie z art. 436 ust. 1 pkt 4 litera b) *tiret* 1-5 PZP zmiana wynagrodzenia powinna nastąpić w przypadku stwierdzenia wpływu zmian wysokości obciążeń o charakterze publicznoprawnym na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Po stwierdzeniu tego wpływu zmiana wysokości wynagrodzenia powinna odzwierciedlać zmiany wysokości obciążeń o charakterze obiektywnym w stosunku do dotychczasowych oraz nastąpić od dnia wejścia w życie przepisów zmieniających wysokość tych obciążeń.<sup>59</sup>
111. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na różnicę w treści obowiązującego obecnie art. 436 ust. 1 pkt 4 litera b) PZP oraz obowiązującego na gruncie dPZP art. 142 ust. 5, w którym odwoływano się do „wprowadzenia odpowiednich zmian wysokości

[https://www.sn.pl/publikacje/BSiA\\_Materialy\\_naukowe/Studia%20i%20Analizy%20SN%20-%20tom%201.pdf](https://www.sn.pl/publikacje/BSiA_Materialy_naukowe/Studia%20i%20Analizy%20SN%20-%20tom%201.pdf).

<sup>59</sup> Por. M. Jaworska [w:] red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2023, Legalis. art. 436.

wynagrodzenia” w związku ze zmianami wysokości obciążeń publicznoprawnych.<sup>60</sup> J. Jerzykowski podnosił więc, że: „O ile jednak art. 142 ust. 5 nakłada na zamawiającego obowiązek wprowadzenia omawianych postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, to nie określa już ich treści. Jedynym wyznacznikiem co do sposobu zrealizowania tego obowiązku jest nazwanie zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy „odpowiednimi”, co oznacza, że zmiany te nie muszą automatycznie całych kwot wzrostu kosztów realizacji zamówienia przekładać na wzrost wynagrodzenia. Koszty te mogą być proporcjonalnie rozkładane na strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, **jakkolwiek z pewnością sprzeczny z omawianym przepisem lub przynajmniej zmierzający do jego obejścia byłby mechanizm, który kosztami tymi w przeważającej mierze obciążałby wykonawcę. Jako taki byłby nieważny z mocy prawa (art. 58 § 1 k.c.)**.”<sup>61</sup>

Nawet więc pod rządami dPZP przekroczenie pewnego progu nierówności skutkowało oceną danego działania Zamawiającego jako obejścia ustawy. Aktualnie taka kwalifikacja – obejście ustawy – również oczywiście jest możliwa – zob. szerzej odnośnie do skutków naruszenia art. 436 PZP przez niezastosowanie lub błędną wykładnię uwagi w rozdziale V poniżej). Obecnie także, z uwagi na rezygnację ustawodawcy ze sformułowania „odpowiednio” zasadne **jest takie ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej, aby wykonawca „odzyskał” pełną wartość wzrostu kosztów wykonania zamówienia w związku ze zmianą wysokości obciążeń publicznoprawnych, a więc obok wzrostu kosztów bezpośrednich również wzrost kosztów pośrednich związanych z realizacją danej umowy.**

112. **Zmiana wynagrodzenia powinna bowiem odzwierciedlać holistycznie efekt zmiany wysokości kosztów ponoszonych w związku z realizacją, tak by zapewnić utrzymanie proporcji wynagrodzenia do kosztów realizacji na poziomie określonym w ofercie**.<sup>62</sup> Postanowienia umowy nie mogą przewidywać zmiany wynagrodzenia jedynie w jednym z rodzaju ponoszonych kosztów, całkowicie przerzucając pozostałe ryzyko wzrostu na drugą stronę, ani zmiany do wysokości określonego limitu, który nie oddawałby w sposób adekwatny i proporcjonalny alokacji ryzyka między stronami, a więc w oderwaniu od wpływu zmiany wysokości obciążeń publicznoprawnych na całość kosztów wykonania zamówienia.
113. Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej zajętego w wyroku z dnia 9 marca 2015 r.: „Zmiana powinna być **„adekwatna”**, wynikająca wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa. Powyższe argumenty uzasadniają również konieczność dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy **od dnia wejścia w**

<sup>60</sup> Zgodnie z art. 142 ust. 5 dPZP: „Umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach **wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy**, w przypadku zmiany (...)”

<sup>61</sup> J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. VII, Warszawa 2018, art. 142, uwaga 9.

<sup>62</sup> Por. M. Jaworska [w:] red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2023, Legalis. art. 436.



**życie zmian przepisów prawa.<sup>63</sup> Przedłużanie negocjacji przez zamawiającego (np. w przedmiocie weryfikacji wartości rzeczywistego wpływu zmiany wartości wynagrodzenia minimalnego na ponoszone koszty) nie może więc prowadzić do przerzucenia na wykonawcę zwiększonych kosztów za okres między wystąpieniem zmiany a zastosowaniem klauzuli waloryzacyjnej.**

114. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 września 2018 r.: „Uwzględniając odwołanie i nakazując Zamawiającemu dokonanie zmian w treści SIWZ Izba stwierdziła, że nieuzasadnione jest postanowienie zawarte w Załączniku nr 7 do SIWZ w § 20.1.8 Wzoru umowy, aby "w przypadku zmiany wysokości stawki podatku VAT, mającej wpływ na wysokość kosztu wykonania zamówienia, zmiana umowy może nastąpić jedynie na pisemny i umotywowany wniosek każdej ze stron po przeprowadzeniu negocjacji w przedmiotowej sprawie". W ocenie Izby, **prowadzenie negocjacji jest nieuprawnione.** Istotne jest wykazanie przez wykonawcę, że zmiana regulacji VAT ma wpływ na koszty wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem, **uzasadniony wniosek wykonawcy, przedstawiający kalkulację kosztów z uwzględnieniem zmiany przepisów, powinien stanowić podstawę do wyrażenia zgodny przez Zamawiającego na odpowiednią zmianę umowy.**<sup>64</sup> W swoim najnowszym orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że: „**waloryzacja wynagrodzenia określonego w umowie musi nastąpić w takim stopniu oraz w takim zakresie, w jakim wynika to ze zmiany przepisów oraz w jakim dotyczy danego wykonawcy, tj. z uwzględnieniem konkretnego (mierzalnego) wpływu zaistniałych zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych na wzrost (lub też obniżenie) kosztów realizacji zamówienia przez danego wykonawcę (tak: KIO w wyroku z dnia 5 września 2018 r., KIO 1681/18). Innymi słowy, zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy powinno nastąpić w takim stopniu, w jakim zmiany prawa, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b PrZamPubl, 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.** Uwzględniając aktualne zapisy projektu umowy, może bowiem zaistnieć sytuacja, w której zastosowanie art. 436 pkt 4 lit. b będzie całkowicie wyłączone. Przykładowo, w razie dokonania waloryzacji wynagrodzenia w oparciu o art. 439 PrZamPubl i wyczerpaniu limitu 5% wartości umowy, nie będzie możliwym zmiana wynagrodzenia wykonawcy np. w razie zmiany stawek podatkowych. **Powyższe klóci się z charakterem przepisu art. 436 pkt 4 lit. b PrZamPubl i celem, dla jakiego przepis ten został wprowadzony do ustawy oraz prowadzi de facto do obejścia prawa.**<sup>65</sup>**

<sup>63</sup> Wyrok KIO z 9.03.2015 r., KIO 346/15, LEX nr 1661956.

<sup>64</sup> Wyrok KIO z 5.09.2018 r., KIO 1681/18, LEX nr 2580498; zob. także wyrok KIO z 16.03.2015 r., KIO 413/15, LEX nr 1676163.

<sup>65</sup> Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2022 r., KIO 2984/22. Podobne jak się wydaje stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w wyroku KIO z dnia 21 grudnia 2022 r., KIO 3254/22.

### III.2.2. **Możliwość waloryzacji kosztów pośrednich przekłada się na możliwość wykazania wpływu zmiany minimalnego wynagrodzenia na koszty pośrednie**

115. Okoliczność, iż każdy podmiot gospodarczy, który ofertuje wykonanie zadania inwestycyjnego w postaci zamówienia publicznego uwzględnia w ofercie ponoszone przez siebie koszty działalności nie wymaga wykazywania, ponieważ jest podstawowym zachowaniem w dowolnej działalności gospodarczej. Natomiast konieczność poniesienia zwiększonych kosztów pośrednich na skutek zmiany minimalnego wynagrodzenia stanowi normalne następstwo tej zmiany, w wyniku której wykonawca ponosi większy koszt niż zakładany w ofercie. Sytuacja taka wymaga współdziałania zamawiającego z wykonawcą w celu odzwierciedlenia tej zmiany w zmianie wynagrodzenia wykonawcy.
116. Treść art. 436 pkt 4 lit. b) PZP **uzależnia wprowadzenie odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy od ewentualnego wpływu zmiany przepisów prawa na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę**. Ustawodawca wprowadził zatem **dotatkowe zastrzeżenie**, odnoszące się do okoliczności zmiany wysokości wynagrodzenia, a mianowicie wpływu zmian na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.<sup>66</sup> **Warunkiem dokonania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy jest więc wykazanie wpływu zmiany przepisów prawa na koszt wykonania zamówienia.**<sup>67</sup> Przy czym zamawiający publiczni nie powinni wymagać od wykonawców nazbyt szczegółowego wykazywania wpływu zmiany przepisów na koszt realizacji zamówienia, a już z pewnością działania zamawiających nie mogą być ukierunkowane na pozbawienie wykonawców waloryzacji wynagrodzenia z uwagi na rzekomy brak udowodnienia zwiększenia kosztów.
117. Wyliczenia ekspertów z Opinii ekonomicznej przedstawione w rozdziale II.3.1.3 powyżej, stanowią czytelny dowód na to, że:
- (a) zasadne jest w przypadku wzrostu płacy minimalnej lub minimalnej stawki godzinowej dokonanie zmiany wynagrodzenia wykonawcy poza kosztami bezpośrednimi (pracowników pobierających minimalne wynagrodzenie), również w zakresie kosztów pośrednich (s. 8 i n. Opinii ekonomicznej)
  - (b) możliwe jest również wykazanie wpływu wzrostu minimalnego wynagrodzenia na wzrost kosztów pośrednich (odrębną kwestią jest sposób wykazywania i obliczenia tego wzrostu, w tym za pomocą wskaźników – zob. rozdziały IV.2 i IV.3 poniżej, s. 9-11 Opinii ekonomicznej).
118. Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu zajął jednak w poprzednim stanie prawnym – *implicite* do kosztów bezpośrednich – stanowisko, iż: **„Brak jest**

<sup>66</sup> M. Sieradzka [w:] red. dr hab. Małgorzata Sieradzka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022, Legalis, art. 436.

<sup>67</sup> Zob. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujących od dnia 19 października 2014 r., <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/umowa-w-sprawie-zamowienia-publicznego/waloryzacja-wynagrodzenia-wykonawcy-w-swietle-przepisow-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-obowiazujacych-od-dnia-19-pazdziernika-2014-r>; zob. M. Jaworska [w:] red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2023, Legalis, art. 436; P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, Legalis, art. 436.

**podstaw do stawiania tezy, że podniesienie minimalnego wynagrodzenia za pracę zawsze przełoży się na wzrost wynagrodzeń pracowników wykonawcy - te bowiem nie muszą być określone na poziomie minimalnym, stąd też zastrzeżona w art. 142 ust. 5 p.z.p. i w umowach konieczność wykazania ich wpływu na koszty wykonywania działalności przez wykonawcę.**<sup>68</sup>

119. Powyższe stanowisko budzi wątpliwości w sytuacji, w której z jednej strony chodzi o zmiany wynagrodzenia tylko dla osób na minimalnej pensji, podczas gdy dany wykonawca zamówienia albo w ogóle takich osób nie zatrudnia, albo stanowią oni jedynie kilka procent jego kadry. W sytuacji takiej narasta presja płacowa na wykonawcę zamówienia ze strony pracowników z wynagrodzeniem dotychczas wyższym niż minimalne, a które na skutek podniesienia wynagrodzenia minimalnego: a) zrównało się z wynagrodzeniem minimalnym, b) uległo obniżeniu w stosunku do wynagrodzenia minimalnego na tyle, że zaczyna to być odczuwalne przez tych pracowników. W takiej sytuacji wykonawca zamówienia częstokroć zmuszony jest również proporcjonalnie zwiększyć i tym pracownikom pensje, tak aby nie była ona na poziomie wynagrodzenia minimalnego oraz aby uniknąć odchodzenia personelu, niekiedy kluczowego dla realizacji zamówienia publicznego, który grożąc wypowiedzeniem przedstawia stanowisko, iż „tyle samo zarobi na kasie w supermarkecie”. Takie sytuacje jednak nie spotykają się ze strony zamawiających z akceptacją zmiany kosztów, jako, że w wykładni zamawiających są nie tyle bezpośrednim lecz pośrednim kosztem. Co warto podkreślić wzrost kosztu pośrednich, jest zgodnie z opiniami ekonomistów - **nieuniknionym, skutkiem zmiany pensji minimalnej.**
120. **Należy zatem podkreślić, że według Opinii ekonomicznej (s. 1, 9, 16, 17) wzrost średniej płacy jest napędzany (tzw. pozytywna zależność) wzrostem płacy minimalnej oraz wynagrodzeń pracowników zarabiających stosunkowo niewiele.** W obliczu wymagań stawianych przez PZP oraz aprobaty doktryny i orzecznictwa dla **ścisłej interpretacji art. 436 ust. 1 pkt 4 lit. b) tiret drugie w stosunku do kosztów bezpośrednich**, wykonawcom jest bardzo trudno wykazać, czy wręcz wydaje im się to niemożliwe, żeby wykazać konkretną wartość wzrostu kosztów pośrednich na skutek wzrostu płacy minimalnej., w sytuacji w której wynagrodzenie pracowników zostało określone na poziomie wyższym od płacy minimalnej. Pogląd taki **nie bywa jednak opierany na twardych (lub jakichkolwiek) danych ekonomicznych.** Analiza przedstawiona w Opinii ekonomicznej (s. 1, 9, 16, 17) oraz w rozdziale II.3.1.3 dowodzi jednak jasno, że jest to możliwe, że bezpośrednia korelacja zachodzi a zatem i wykazanie wpływu sprowadza się w istocie nie do pytania, czy wpływ zachodzi, lecz do metody wykazania w sposób optymalny i najdokładniejszy wysokości zmiany wynagrodzenia wykonawcy, która powinna zostać dokonana na tej podstawie. Dotychczas, z przedstawionych już powodów błędnej wykładni, w takim przypadku w praktyce bardzo rzadko dochodziło do waloryzacji wynagrodzenia (albo „pełnej” waloryzacji) na podstawie klauzuli opartej na przepisie art. 436 pkt 4 lit. b) *tiret* drugie i piąte PZP. Zamawiający publicznie bowiem, kierowani prawdziwą lub

<sup>68</sup> Wyrok WSA we Wrocławiu z 11.10.2018 r., III SA/Wr 386/18, LEX nr 2578565.

niekiedy jedynie manifestowaną troską o dyscyplinę finansów publicznych, zazwyczaj uznawali, że wykonawca zamówienia nie wykazał konkretnego wpływu zmiany minimalnego wynagrodzenia na wzrost pozostałych grup wynagrodzeń. W ten sposób, spora grupa sytuacji, które realnie zwiększają koszty wykonawców zamówień (koszty ogólne), pozostaje poza mechanizmem waloryzacyjnym płynącym z omawianej regulacji. Nie jest to rozwiązanie prawidłowe, lecz jak się wydaje niestety celowe zakrzywienie optyki w celu bezpodstawnego przerzucenia ryzyka gospodarczego wzrostu kosztów umów długookresowych na wykonawców.

121. Dotychczasowa błędna praktyka stosowania przepisu wywodzi, iż gramatyczna i systemowa wykładnia art. 436 ust. 1 pkt 4 lit. b) *tiret* drugie PZP nakazywałyby przyjąć, jakoby wskazana w tym przepisie klauzula zawarta w umowie o zamówienie publiczne zezwala wyłącznie na wzrost wynagrodzenia wykonawcy w zakresie wynikającym z zatrudnienia do realizacji zamówienia osób świadczących pracę za minimalne wynagrodzenie za pracę lub stawkę godzinową, i dotyczy wyłącznie wzrostu kosztów z tym związanych. Nietrafność tego zapatrywania na gruncie językowo-logicznym, celowościowym, oraz przy uwzględnieniu analizy ekonomicznej, została wykazana w rozdziale III.1, powyżej.
122. Natomiast dotychczas zajmowane stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiotowym problemie nie dają jednoznacznej odpowiedzi, zauważając z jednej strony **nieokreślenie przez ustawodawcę ani treść zasad zmiany wynagrodzenia, ani stopnia ich szczegółowości**, co ma uzasadniać pewną swobodę zamawiających w tym zakresie, z drugiej strony jednak wskazując, że zasady te **powinny być „adekwatne”** („odpowiedniość” zasad zmiany wynagrodzenia) oraz **powinny odzwierciedlać realny wpływ zmian obciążeń publicznoprawnych na koszty wykonania zamówienia** (brak automatyzmu)<sup>69</sup>.
123. Powyższe wskazuje na raczej pozytywne stanowisko w stosunku do waloryzacji kosztów ogólnych, ponieważ dla adekwatnego oddania realnego wpływu zmiany minimalnego na koszty wykonania zamówienia, zasadne jest nie automatyczne ograniczenie do kosztów bezpośrednich, lecz dokonanie oceny wykazania przez wykonawcę realnego wpływu na wzrost kosztów, a więc też kosztów ogólnych.
124. Jak wyjaśnił Urząd Zamówień Publicznych, cytując wydany w stosunku do art. 142 ust. 5 dPZP wyrok KIO z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt KIO 346/15: *„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 przepisów prawa. Przy czym wykonawca powinien wykazać wpływ zmiany przepisów prawa na koszty wykonania zamówienia” (...)* *„Zamawiający zobligowany jest zatem do sformułowania i opisanie zasad wprowadzania zmian w wysokości należnego*

<sup>69</sup> Zob. Prawo zamówień publicznych. Komentarz", wyd. II, H. Nowak, M. Winiarz (red.), <https://ekomentarzpzp.uzp.gov.pl/prawo-zamowien-publicznych/art-436> (dostęp 25.09.2024 r.), Opinia UZP Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy w świetle przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych obowiązujących od 19.10.2014 r. <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/umowa-w-sprawie-zamowienia-publicznego/waloryzacja-wynagrodzenia-wykonawcy-w-swietle-przepisow-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-obowiazujacych-od-dnia-19-pazdziernika-2014-r>.

wykonawcy wynagrodzenia. **Ani treść tych zasad, ani stopień ich szczegółowości nie zostały jednak przez ustawodawcę określone. Ze stanowiska doktryny i orzecznictwa wynika, że zasady te muszą być „odpowiednie”.** Ze względu na konieczność zapewnienia stabilności stosunków gospodarczych przyjąć należy, że **owe zasady powinny precyzować kwestię waloryzacji wynagrodzenia na tyle szczegółowo, aby w toku realizacji umowy strony mogły dokonać procesu zmian, według opisanej krok po kroku procedury.** Klauzula umowna określająca zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia może przykładowo przewidywać złożenie przez wykonawcę wniosku o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia z uzasadnieniem zawierającym szczegółowe wyliczenie całkowitej kwoty, o jaką pierwotnie ustalone wynagrodzenie uległoby zmianie. Uzasadnienie może składać się z pisemnego zestawienia wynagrodzeń (zarówno przed, jak i po zmianie) pracowników świadczących usługi, **wraz z określeniem zakresu (części etatu), w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy, oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi, a także niezbędnej dokumentacji dowodowej.**<sup>70</sup>.

125. W innej natomiast opinii wskazano, że: „Zmiana wynagrodzenia, o której mowa wyżej nie powinna być dokonywana automatycznie, gdyż powinna ona **odzwierciedlać realny wpływ zmian obciążeń publicznoprawnych na koszty wykonania zamówienia**, a co za tym idzie powinna być poprzedzona dokonaniem stosownych obliczeń.”<sup>71</sup>.
126. Natomiast Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w opinii z dnia 24 marca 2022 r.; wskazał: „Przykładowo, **klauzule przeglądowe w zakresie kosztów usług lub dostaw służących realizacji świadczenia oraz kosztów osobowych, w zakresie, w jakim jest to możliwe do przewidzenia, powinny niwelować negatywne skutki takich zmian, w szczególności konsekwencje związane z zachwianiem równowagi ekonomicznej stron zawartej umowy.** Należy również podkreślić, że przepisy ustawy Pzp w odniesieniu do niektórych czynników cenotwórczych, nadały klauzulom waloryzacyjnym charakter obligatoryjny. W obecnym stanie prawnym, stosownie do treści art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Pzp, każdy zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązany jest do przygotowania odpowiednich zapisów umownych, o ile umowa zawierana jest na okres dłuższy niż 12 miesięcy, które służyć będą waloryzacji świadczeń należnych wykonawcy w stosunku do zmiany poziomu, określonych treścią przywołanego przepisu, czynników wpływających na cenę wykonania zamówienia publicznego.”.

<sup>70</sup> Urząd Zamówień Publicznych [w:] "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", wyd. II, H. Nowak, M. Winiarz (red.), <https://ekomentarzpzp.uzp.gov.pl/prawo-zamowien-publicznych/art-436> (dostęp 25.09.2024 r., cytując wydany w stosunku do art. 142 ust. 5 dPZP wyrok KIO z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt KIO 346/15

<sup>71</sup> Zob. Opinia UZP Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy w świetle przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych obowiązujących od 19.10.2014 r. <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/umowa-w-sprawie-zamowienia-publicznego/waloryzacja-wynagrodzenia-wykonawcy-w-swietle-przepisow-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-obowiazujacych-od-dnia-19-pazdziernika-2014-r.>

#### IV. PRAWIDŁOWA PRAKTYKA WALORYZACJI NA RYNKU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH NA GRUNCIE ART. 436 PKT 4 LIT. B) TIRET DRUGIE I PIĄTE PZP, W ŚWIETLE MOŻLIWOŚCI I SPOSOBÓW WYLICZENIA KOSZTU OGÓLNEGO

##### IV.1. Uwagi ogólne – oparcie praktyki na obiektywności czynników i uwzględnieniu wymogów art. 16 PZP, 431 PZP oraz art. 354 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP

127. **Opierając się na bezspornym założeniu, że podstawowym zadaniem klauzul waloryzacyjnych jest doprowadzenie do równowagi ekonomicznej stron stosunku umownego, tak, aby jak najbardziej realnie odzwierciedlały zmiany okoliczności w toku realizacji zamówienia**, klauzule te mają więc urzeczywistnić ideę zwiększenia ochrony obu stron kontraktu przed zjawiskiem wzrostu cen materiałów istotnych z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia. **Klauzule waloryzacyjne nie mogą mieć więc charakteru pozorowanego** - nie jest wystarczające formalne zawarcie klauzuli, która jednak jest nieadekwatna do realiów rynkowych<sup>72</sup> (a umowa „skonstruowana by stwarzać wrażenie równorzędności” jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego<sup>73</sup>). **Zastosowanie klauzul musi realnie dostosowywać umowę do aktualnych warunków rynkowych. Brak urzeczywistnienia w treści klauzul waloryzacyjnych ich zasadniczego celu może być zatem poczytywane jako naruszenie obowiązku lojalności ze strony zamawiającego** (por. uwagi dot. art. 431 PZP i 354 k.c. – rozdział II.1.2 powyżej) a w konsekwencji dopuszczenie się naruszenia przez zamawiającego obowiązków wynikających z umowy, w szczególności **obowiązku współdziałania** (art. 354 § 2 k.c.) w zakresie wykonywanego przez wykonawcę zamówienia publicznego. Brak współdziałania zamawiającego w realizacji zamówienia publicznego należy zakwalifikować można natomiast kwalifikować jako zwłokę wierzyciela, która może pociągać za sobą skutki określone w art. 486 k.c., w tym przede wszystkim obowiązek naprawienia szkody (zob. rozdział V.3.2.4 poniżej).
128. Należy zauważyć, że jak wynika z Opinii ekonomicznej (s. 2) – *„Konieczność podwyższania kosztów pośrednich w następstwie zmian minimalnego wynagrodzenia może stanowić istotną przyczynę wzrostu ogólnych kosztów prowadzenia działalności i przyczyniać się do wzrostu cen oferowanych usług. Może to mieć znaczenie m.in. przy potrzebie urealniania wynagrodzeń na potrzeby corocznej waloryzacji dokonywanej w zamówieniach publicznych lub w zawieranych pomiędzy stronami klauzulach waloryzacyjnych, jeżeli odnoszą się do efektu wywoływanego przez wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę.”*. Zatem realne uwzględnienie aspektu ekonomicznego przy wykładni art. 436 pkt 4 lit. b) PZP, winno prowadzić do wniosku, że **przepis ten reguluje podwyższenie wykonawcom wzrostu wszystkich kosztów płacowych**, a więc poza kosztami bezpośrednimi również wzrost kosztów pośrednich w aspekcie płacowym (wynikający z zależności ekonomicznych proporcjonalny wzrost wynagrodzeń

<sup>72</sup> Wyrok KIO z 2.03.2022 r., KIO 440/22, LEX nr 3402438.

<sup>73</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 25 września 2014 r., XII Ga 463/14.

- innych niż minimalne, w tym wynagrodzeń na stanowiskach biurowych, kierowniczych i zarządczych).
129. Żeby natomiast mówić o **realności dostosowania umowy do aktualnych warunków rynkowych, konieczne jest zastosowanie w klauzuli waloryzacyjnej obiektywnych, bezspornych dla stron parametrów / wskaźników dokumentujących w sposób precyzyjny rozmiar zachodzącej zmiany**. W poszukiwaniu stosownego **wskaźnika dla konkretnej branży** (wskaźnik branżowy) należy przeanalizować stosowane w praktyce obrotu rozwiązania (zob. rozdziały IV.2.2, IV.2.3 poniżej)
130. Udowodniwszy błędność dotychczasowej praktyki na rynku zamówień publicznych dotyczących usług, należy w ramach ustalenia prawidłowej praktyki skupić uwagę na **sposobie optymalnego i precyzyjnego zmierzenia i wykazania** całości należnego do wyrównania wzrostu.
131. Problemem bowiem do rozstrzygnięcia pozostaje już jedynie metodologia właściwego oddania zakresu wzrostu tj. m.in. znalezienie właściwego wskaźnika, koszyka wskaźnikowego, dla oparcia klauzuli waloryzacyjnej indeksowej, lub oparcie się na dokumentach finansowych dotyczących danego przedsiębiorstwa, lub też wyliczenie wychodzące z punktu widzenia ceny ofertowej i uwzględniające koszty pośrednie jako określony procent narzutu jak w ofercie.

#### IV.2. Wyliczenie i wykazanie wartości waloryzacji

132. Doktryna wskazuje, że **„wykonawca musi wykazać, że zmiana, na którą się on powołuje, wywiera wpływ na koszty wykonania przez niego zamówienia. Umowa powinna przewidywać także zestaw środków, za pomocą których wykonawca udowodni ten wpływ. Jeśli takich zapisów szczegółowych umowa nie przewiduje, to wykonawca wszelkimi dostępnymi sobie środkami może taki efekt osiągnąć.”**<sup>74</sup> Ponieważ umowy często stosownych wytycznych i procedur nie zawierają, istotności nabiera możliwość sięgnięcia po wszelkie możliwe środki wykazujące poniesienie kosztów, w tym odwoływanie się do formuły ekonomicznej, czy odwoływanie się do dostępnych w danym momencie sprawozdań finansowych z lat ubiegłych, o czym szerzej w dalszych rozdziałach.

##### IV.2.1. Podmioty publiczne, w których praktyce dochodzi do wyliczania i wykazywania wartości waloryzacji

133. Samo istnienie możliwości wykazywalnej i wyliczalnej zmiany wynagrodzenia a tym samym konieczność jej dokonania, potwierdzili:
- (a) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w opinii z dnia 24 marca 2022 r.<sup>75</sup>;

<sup>74</sup> M. Kopacka-Biculewicz, Czy wykonawca we wniosku o waloryzację wynagrodzenia może powołać się na wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę, jeżeli w ofercie i kosztorysie ofertowym przyjął stawkę roboczogodzinny zdecydowanie wyższą niż minimalna stawka godzinowa?, QA 2491385, LEX/el. 2024

<sup>75</sup> Opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 marca 2022 r.

- (b) Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej w opinii z sierpnia 2022 r. „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia)”<sup>76</sup>;
  - (c) Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad<sup>77</sup>:
    - (i) w 2022 r. zostało zawartych 117 aneksów waloryzacyjnych z 26 wykonawcami (podniesienie limitu waloryzacyjnego do poziomu +/- 10%);
    - (ii) w grudniu 2023 r. zostało zawartych 97 aneksów waloryzacyjnych (podniesienie limitu waloryzacyjnego do poziomu +/- 15%);
    - (iii) do 06 lutego 2024 r. – 322 aneksy waloryzacyjne do umów na bieżące utrzymanie dróg oraz na mniejsze zadania inwestycyjne
  - (d) PKP PLK w aneksach zawieranych do umów na roboty budowlane oraz usługi od początku 2023 r.;
  - (e) inni zamawiający publiczni realizujący wielomilionowe inwestycje np. Gmina Olsztyn, Uniwersytet Warszawski czy Metro Warszawskie Sp. z o.o.
134. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w opinii z dnia 24 marca 2022 r. wskazał: **„Przykładowo, klauzule przeglądowe w zakresie kosztów usług lub dostaw służących realizacji świadczenia oraz kosztów osobowych, w zakresie, w jakim jest to możliwe do przewidzenia, powinny niwelować negatywne skutki takich zmian, w szczególności konsekwencje związane z zachwianiem równowagi ekonomicznej stron zawartej umowy. (...) przepisy ustawy Pzp w odniesieniu do niektórych czynników cenotwórczych, nadały klauzulom waloryzacyjnym charakter obligatoryjny. W obecnym stanie prawnym, stosownie do treści art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Pzp, każdy zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązany jest do przygotowania odpowiednich zapisów umownych, o ile umowa zawierana jest na okres dłuższy niż 12 miesięcy, które służyć będą waloryzacji świadczeń należnych wykonawcy w stosunku do zmiany poziomu, określonych treścią przywołanego przepisu, czynników wpływających na cenę wykonania zamówienia publicznego.”**
135. W/w podmioty, albo *implicite*, albo wprost, poprzez stosowanie w klauzulach waloryzacyjnych, uznają za zasadne stosowanie określonego wskaźnika dla obliczenia kosztów ogólnych. (przykładem jest tu Subkl. 13.8 Warunków Kontraktu w zw. z pozostałymi przepisami Warunków Umów stosowana m.in. przez PKP PLK, GDDKiA, gdzie wskazuje się, że kwoty płatne Wykonawcy - a więc *implicite* obejmujące zarówno koszty bezpośrednie jak i pośrednie - będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen, a waloryzacja ta odbywa się w oparciu o podane w danej subklauzuli wskaźniki cen wyrobów publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego).

<sup>76</sup> Opinia Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia)”

<sup>77</sup> <https://www.gov.pl/web/gddkia/waloryzacja-a-zmiany-cen-na-ryнку---nowe-dane31>



#### IV.2.2. Koncepcje wyliczenia kosztów pośrednich (kosztów ogólnych) w przypadku zamówienia publicznego na realizację usług w oparciu o metody przyjmowane do obliczania kosztów zarządu i administracji

136. Konieczność poniesienia zwiększonych, względem zawartych w ofercie, kosztów ogólnych przedsiębiorstwa na skutek zmiany minimalnego wynagrodzenia jako normalne następstwo tej zmiany – w wyniku której wykonawca ponosi większy koszt niż zakładany w ofercie – wymaga współdziałania zamawiającego z wykonawcą w celu odzwierciedlenia tej zmiany w zmianie wynagrodzenia wykonawcy.
137. Mając na względzie okoliczność, iż **wykazanie kosztów pośrednich (kosztów ogólnych) za pomocą dokumentów może nastęrczać wykonawcom problemy praktyczne** (gdyż kadra średniego szczebla realizuje jednocześnie kilka różnych umów, stąd nie można wykazać tego kosztu jednym dokumentem; multiplikacja kwestii objętości dokumentacji z wyliczeniami arytmetycznymi proporcjonalnego udziału w zamówieniu czyni dokładne skalkulowanie wpływu na każde zamówienie odrębnie praktycznie niemożliwym), zachodzi konieczność sięgnięcia w pierwszej kolejności po metody znane ekonomii, matematyce i statystyce, z powodzeniem stosowane przy obliczaniu kosztów pośrednich dla kontraktów budowlanych.
138. Jak przyjmuje się w doktrynie, koszty pośrednie, w tym koszty zarządu są kalkulowane w oparciu o dane finansowe przedsiębiorstwa konkretnego wykonawcy przy wykorzystaniu powszechnie stosowanych w praktyce formuł, pozwalających na dokonanie właściwej kalkulacji i ustalanie konkretnej **wartości procentowej** tych kosztów. Wymaga to dokonania wyboru najbardziej pasującej do danej sytuacji metody, z tych które najczęściej są wskazywane w literaturze<sup>78</sup>, tj.:
- (a) metody Emden’a wywodzącą się z Wielkiej Brytanii;
  - (b) metody Hudson’a , wywodzącą się z Wielkiej Brytanii;
  - (c) metody Eichleay’a , wywodzącą się ze Stanów Zjednoczonych.
139. **Metoda Emden’a** opiera się na logicznym i statystycznie potwierdzalnym fakcie istnienia zależności rzeczywistych **kosztów prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorstwa w proporcji do całkowitego przychodu wynikającego z prowadzenia działalności**. Zależność ta jest odzwierciedlona w zakresie powiązania wartości danego kontraktu w okresie jego realizacji z udziałem kontraktu w finansowaniu działalności gospodarczej przedsiębiorstwa.
140. W praktyce międzynarodowej, w celu rzetelnego wyznaczenia wysokości wydatków na koszty zarządu, zwłaszcza w okresie wydłużonej realizacji Robót, generalnie ponad poziom przewidywany przez Wykonawcę (na etapie ofertowania) stosuje się właśnie jedną z tych formuł.
- (a) **Wzór Hudson’a:**

<sup>78</sup> A. Sokołowski, I. Franaszczyk, „Roszczenia finansowe Wykonawców związane z przedłużoną realizacją Inwestycji”, Energetyka Wodna, wyd. 3/2021, dostęp: [https://jdp-law.pl/wp-content/uploads/2021/10/20211018\\_IFR\\_AS\\_Roszczenia-finansowe-wykonawcow-zwiazane-z-predluzona-realizacja-inwestycji\\_Energetyka-Wodna.pdf](https://jdp-law.pl/wp-content/uploads/2021/10/20211018_IFR_AS_Roszczenia-finansowe-wykonawcow-zwiazane-z-predluzona-realizacja-inwestycji_Energetyka-Wodna.pdf).

$$\frac{\text{O\&P} \times \text{Kwota Kontraktowa} \times \text{Okres opóźnienia}}{100\% \times \text{pierwotny czas trwania Kontraktu}}$$

gdzie: **O&P** – to procentowy udział Kosztów zarządu (z Oferty)

(b) **Wzór Emden’a:**

$$\frac{\text{O\&P} \times \text{Kwota Kontraktowa} \times \text{Okres opóźnienia}}{100\% \times \text{pierwotny czas trwania Kontraktu}}$$

gdzie: **O&P** – procentowy udział kosztów Zarządu (faktyczny)

(c) **Wzór Eichley’a:**

$$\frac{\text{Oryginalna cena Kontraktowa}}{\text{Całkowity obrót firmy w czasie Kontraktu}} \times \text{Całkowite koszty Zarządu firmy w pierwotnym czasie Kontraktu} = \text{Udział kosztów Zarządu w Wartości Kontraktu}$$

$$\frac{\text{Udział kosztów Zarządu w Wartości Kontraktu}}{\text{Pierwotny czas Kontraktu}} = \text{Dzienna wartości kosztów Zarządu}$$

$$\text{Dzienna wartość kosztów Zarządu} \times \text{Ilość dni przedłużenia} = \text{Wartość kosztów Zarządu w okresie przedłużenia}$$

141. *Wzór Hudson’a* w odróżnieniu od Wzoru Emden’a i Wzoru Eichley’a bazuje na procentowym udziale kosztów zarządu zgodnym z założeniami ofertowymi. W przypadku wzorów Emden’a i Eichley’a uwzględniamy faktyczną wysokość poniesionych kosztów zarządu.
142. *Metoda Eichley’a* jest najczęściej stosowaną metodą pozwalającą na obliczenie wpływu zakłócenia prowadzenia robót na pokrycie Kosztów Zarządu. Formuła umożliwia określenie średniego dziennego (tygodniowego lub miesięcznego) narzutu Kosztów Zarządu dla Kontraktu, który został zakłócony i czas jego realizacji Robót został wydłużony.
143. Formuła Emdena albo jakakolwiek inna metoda ekonomiczna służąca wyliczaniu udziału kosztów pośrednich (ogólnych) w kosztach działalności danego podmiotu albo kosztach realizowanych przez ten podmiot zamówień publicznych uzupełnia, choć nie zastępuje znanych prawu cywilnemu metod określania rozmiaru szkody (dyferencyjnej, obiektywnej etc.).

#### IV.2.3. Możliwość zastosowania wskaźników o charakterze statystycznym

144. Możliwe jest skalkulowanie kwoty dodatkowego wzrostu wynagrodzenia w zamówieniu, w oparciu o **dane statystyczne** dla kilku podmiotów z danej branży usług, które będą pochodzić z powszechnie dostępnego rejestru KRS. W ten sposób powstanie **uśredniony wskaźnik udziału kosztów ogólnych w wynagrodzeniu wykonawcy z danej branży** (szerzej w pkt 172 i n. poniżej).
145. **Nie ma przeszkód dogmatycznych, aby wyliczenie i wykazanie wartości kosztów ogólnych na gruncie regulacji art. 436 pkt 4 lit b) PZP następowało poprzez zastosowanie takich uśrednionych wskaźników statystycznych odnoszących się do podmiotów z danej branży.** To rozwiązanie jest komfortowe dla obu stron umowy, tj. zamawiającego oraz usługodawcy, dostawcy albo wykonawcy, bowiem:
146. Dopuszczalność zmiany wynagrodzenia w oparciu o wskaźniki (niekoniecznie ogłaszane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego) została potwierdzona na kilka sposobów.
147. Po pierwsze, zgodnie z opinią wyrażoną przez Prokuratorię Generalną RP (dalej jako: „PGRP”) 2 sierpnia 2022 r.<sup>79</sup>: **„O zakresie koniecznej (a tym samym dopuszczalnej) zmiany wynagrodzenia wykonawcy, decyduje wpływ powyższych zjawisk na wykonywanie danej umowy. Oceniając ten wpływ, zamawiający może posługiwać się analizami o ogólniejszym charakterze i zagregowanymi danymi. Wnioski w tym zakresie opierają się na obserwacjach procesów rynkowych, które mogą być uogólniane. W szczególności dotyczy to określenia rozmiaru zachodzących zmian, ich gwałtowności, relacji zmian do występujących na rynku trendów, marż występujących w umowach o roboty budowlane, zakresu strat wykonawcy oraz konsekwencji tych ustaleń dla klasyfikacji zmian jako nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych. Nie jest zatem konieczne przeprowadzenie oddzielnej analizy wystąpienia przesłanek waloryzacji dla poszczególnych, typowych kontraktów”.**
148. Po drugie, **użycie owej metody** zostało wprost przewidziane w art. 48 ust. 2 ustawy z dnia 07 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców, który stanowi, że w przypadku, gdy zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczy zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, o której mowa w ust. 1 pkt 1–3, 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.**
149. Po trzecie, użycie metody wskaźnikowej wynika z porównania celów regulacji art. 436 i art. 439 – zob. rozdział IV.2.4 poniżej.
150. Ponadto, stosując analogię do dorobku orzecznictwa w zakresie waloryzacji sądowej, stosowanie wskaźników pozwala na dokonywanie waloryzacji w

<sup>79</sup> <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/zmiana-umowy-z-uwagi-na-nadzwyczajny-wzrost-cen-waloryzacja-wynagrodzenia---rekomendacje>

odpowiedzi na zdarzenia o charakterze powszechnym i unikanie waloryzacji na podstawie problemów dotyczących pojedynczej umowy.

**IV.2.4. Porównanie regulacji art. 436 pkt 4 lit. b) PZP a art. 439 PZP – umowna klauzula waloryzacyjna związana ze zmianą cen materiałów lub kosztów – w kontekście możliwości oparcia na gruncie obu regulacji wykazywania wpływu i sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia przy użyciu wskaźników**

151. Istotne wnioski mogą płynąć również z porównania art. 436 i art. 439 PZP. W art. 439 PZP przewidziano regulację określającą obowiązek zamieszczania klauzul waloryzacyjnych w **umowach na roboty budowlane, dostawy lub usługi zawieranych na okres dłuższy niż 6 miesięcy.**

152. Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 439 PZP:

*„1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy<sup>80</sup>, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.*

*2. 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.”*

<sup>80</sup> Brzmienie nadane ustawą z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. poz. 2185); uprzednio ust. 1 „Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.”

#### IV.2.4.1. Ratio legis regulacji

153. **Ratio legis omawianej regulacji pozostaje zbieżne z celem wprowadzenia art. 436 pkt 4 litera b) PZP.** Dla porządku w tym miejscu należy jednak przytoczyć fragment uzasadnienia do projektu PZP, w którym wskazano, że: „W art. 439 ust. 1 projektu ustawy wprowadza się obowiązek zawarcia w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, **zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, postanowień o zasadach wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.**”<sup>81</sup>
154. M. Jaworska w komentarzu do art. 439 PZP wyjaśnia, że: „**Stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy.**”<sup>82</sup>

#### IV.2.4.2. Przesłanki zastosowania klauzuli waloryzacyjnej z art. 439 PZP w kontekście możliwości posłużenia się obiektywnymi wskaźnikami dla wyliczenia zmiany wynagrodzenia

155. Istotą klauzuli z art. 439 PZP jest **zachowanie ekwiwalentności świadczeń** stron w długoterminowych umowach, lecz jedynie w granicach wyznaczonych przez zamawiającego, co dzieje się przez określenie w umowie w sprawie zamówienia publicznego różnicy cen materiałów lub kosztów, która uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia.<sup>83</sup> W umowie konieczne jest zatem określenie m.in.: **sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia: (i.) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub (ii.) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;**
156. Z treści art. 439 PZP mogą wynikać następujące konsekwencje:
- (a) jak wskazuje E. Wiktorowska: „**Nie powinno budzić wątpliwości, że podstawą do obliczenia zmiany wynagrodzenia powinien 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 indeksacji nie wymaga przeprowadzenia przez 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**

<sup>81</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, VII kadencja, druk sejm. Nr 3624; <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>

<sup>82</sup> M. Jaworska [w:] red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2023, Legalis. art. 439.

<sup>83</sup> J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 439, uwaga 2.

***budowlanych lub usług w przypadku wzrostu lub zmniejszenia wielkości wskaźnika lub zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów.***<sup>84</sup>

- (b) brak zakazu waloryzacji wstecznej, tj. możliwości zrekompensowania wykonawcy kosztów poniesionych przed umowną datą dokonania waloryzacji (tj. np. zawierania aneksu);
  - (c) do obowiązków wykonawcy należy wykazanie zarówno zmiany kosztów na rynku, jak i ich wpływu na koszty realizacji zamówienia;
  - (d) waloryzacja oparta o skonstruowaną zgodnie z art. 439 PZP klauzulę waloryzacyjną, po ziszczeniu się określonych przesłanek, **powinna nastąpić automatycznie.**
157. Z porównania regulacji art. 439 PZP z art. 436 pkt 4 lit. b) tiret drugie i piąte PZP widać, że:
- (a) Obie regulacje dotyczą umów innych niż krótkookresowe, tj. średnio i długookresowych – art. 439 PZP - okres dłuższy niż 6 miesięcy, art. 436 PZP - okres dłuższy niż 12 miesięcy
  - (b) Na gruncie art. 436 pkt 4 lit. b) tiret drugie i piąte PZP „inicjatorem” zmiany wynagrodzenia jest zmiana przepisów w zakresie zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej, w przypadku art. 439 PZP jest nią zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją – przy czym wobec obu zmian ustawodawca wskazuje na potrzebę wykazania ich wpływu,
  - (c) Na gruncie art. 436 PZP ustawodawca ograniczył się ogólnie do konieczności wykazania wpływu, natomiast w art. 439 PZP zostały zawarte wytyczne jak umowa ma ten sposób określenia wpływu określać, w tym wprost odesłano przy sposobie ustalenia zmiany wynagrodzenia do wskaźników zamiany cen materiałów lub kosztów, w szczególności ogłaszanych w komunikacie Prezesa GUS
  - (d) Na gruncie art. 439 PZP wskazuje się na automatyzm waloryzacji, na gruncie art. 436 na brak automatyzmu – wykazywalność.
158. Nasuwa się wniosek, że być może to dzięki użyciu odesłania do wskaźników (większa pewność) na gruncie art. 439 PZP akceptuje się automatyzm waloryzacji, pomimo, że dotyczy umów zawartych na okres **dłuższy niż 6 miesięcy** (a więc także tych których okres przekracza 12 miesięcy, gdyż jednocześnie jest to okres dłuższy niż 6 miesięcy). **W istocie zatem nie ma powodów, dla których przy klauzulach zawieranych w umowach na okresy przekraczające 12 miesięcy, tj. na gruncie art. 436 PZP, skoro już przy krótszych, a nawet w istocie podobnych, okresach możliwe jest odwołanie do wskaźnika i jak widać daje to większą pewność zamawiającym trafności rozwiązania i z tego powodu dopuszczania automatyzmu waloryzacji.**

<sup>84</sup> E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, art. 439.

#### IV.2.4.3. Początkowy termin, w którym dojdzie do zmiany wynagrodzenia

159. Na gruncie art. 439 PZP obowiązkiem zamawiającego kształtującego treść klauzuli waloryzacyjnej jest **określenie początkowego terminu, w którym dojdzie do zmiany wynagrodzenia**. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że: „Przepis ten nie określa natomiast momentu, w którym wykonawca po raz pierwszy może wystąpić z żądaniem i okresów, w których może następować taka zmiana. Przeciwnie z art. 439 ust. 2 pkt 1 wynika, że to zamawiający w umowie określa początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia i z art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy wynika, że zamawiający określa okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy. Ustawodawca pozostawił sposób regulacji zamawiającemu. **Przy czym ustawodawca nie ustanowił nakazu jednokrotności zmiany wynagrodzenia przeciwnie w art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy użył pojęcia okres w liczbie mnogiej**, co oznacza, że dopuścił możliwość zmiany wynagrodzenia więcej niż raz.”<sup>85</sup>
160. M. Jaworska zwraca w tym kontekście uwagę na konieczność uwzględnienia przez zamawiającego celu klauzuli waloryzacyjnej: „Dla prawidłowego określenia klauzuli waloryzacyjnej istotne jest również określenie **ustalenia zmiany wynagrodzenia, tj. dnia, w którym zmiana wynagrodzenia wejdzie w życie początkowego terminu**. Przepisy PZP nie zawierają żadnych zasad czy ograniczeń w ustaleniu tego terminu. (...) **Odpowiednie określenie tego terminu zawsze powinno uwzględniać cel wprowadzenia komentowanego przepisu, tzn. zapewnienia równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę.**”<sup>86</sup>
161. Z przytoczonych wyżej wypowiedzi wynika zatem, że początkowy termin, w jakim dojdzie do waloryzacji wynagrodzenia, **powinien być terminem wystąpienia okoliczności uzasadniających wprowadzenie takiej zmiany**.
162. Natomiast na gruncie art. 436 PZP moment zmaterializowania się przesłanek waloryzacji tj. 1 stycznia danego roku lub 1 lipca danego roku, ma charakter bezsporny i wynika wprost z dat wskazanych w rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej<sup>87</sup>. **Łatwiejsze jest też zatem ustalenie okresu adekwatnego dla danego wskaźnika** (pełne okresy roczne lub półroczne), **co tym bardziej wskazuje na zasadność sięgnięcia do metody wskaźnikowej**.

#### IV.2.4.4. Zakres zmian obu regulacji – art. 436 i art. 439 PZP

163. Wobec użytego w art. 439 PZP sformułowania dot. zmiany ceny materiałów lub kosztów w doktrynie wskazuje się, że: „Ustawodawca posługuje się **pojęciem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia**.

<sup>85</sup> Wyrok KIO z 6.05.2022 r., KIO 1048/22, LEX nr 3399628.

<sup>86</sup> M. Jaworska [w:] red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2023, Legalis. art. 439; zob. także J. Bieluk, K. Zadykowicz-Sokół, Umowa o roboty budowlane w Kodeksie cywilnym i Prawie zamówień publicznych. Komentarz praktyczny z orzecznictwem. Wzory pism. Wyd. 2, Warszawa 2020, Legalis, art. 439.

<sup>87</sup> Zob. np. Rozporządzenie na rok 2025 lub Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U.2023.1893 z dnia 2023.09.15).

(...) Zmiana którejkolwiek z nich lub obu stanowi podstawę do zmiany wysokości wynagrodzenia. W kategorii kosztów **mieszczą się przede wszystkim koszty osobowe, generowane przez zaangażowany do wykonania zamówienia personel wykonawcy, ale też koszty świadczenia usług niezbędnych do wykonania zamówienia podstawowego, koszty eksploatacyjne sprzętu i inne, związane z wykonaniem danego zamówienia.** W każdym przypadku muszą to być koszty związane z realizacją konkretnego zamówienia, a zatem uzasadnione i konieczne do wykonania przedmiotu danej umowy.”<sup>88</sup>

164. Ustawodawca **w sposób szeroki określił więc zakres zmian implikujących modyfikację wartości wynagrodzenia**, dopuszczając włączenie w to kosztów zarówno tych bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia, jak i pośrednio. Zamawiający publiczni, kształtując warunki umów, winni więc mieć na względzie intencje ustawodawcy, jaką było możliwe pełne zrekompensowanie wykonawcom wzrostu kosztów realizacji zamówień wobec dynamicznych zmian gospodarczych.
165. Przykłady z orzecznictwa Krajowej Izby Gospodarczej wskazują jednak, że **formułowane przez zamawiających klauzule waloryzacyjne są w praktyce często nieefektywne, tj. nie realizują zamierzonego przez ustawodawcę celu.** Powyższe wynika zwłaszcza z przyjęcia (i) bardzo niskich poziomów zmian wynagrodzenia, do jakiej może dojść w wyniku zastosowania klauzuli oraz (ii) długich odstępów czasu, w których może dochodzić do waloryzacji.
166. Wyroku z dnia 2 marca 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że: *„Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie tych kwestii, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą rzeczywiste zmiany cen na rynku. Formułując zatem postanowienia projektu umowy w tym zakresie, zamawiający musi każdorazowo dokonać oceny sytuacji rynkowej w danej branży, której dotyczy udzielane zamówienie i w zależności od wyniku tej oceny (w tym możliwych granic przewidywania), tak określić zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, aby zmiany te dokonywane w trakcie realizacji zamówienia realnie odzwierciedlały zmiany cen na rynku. Tym samym nie jest wystarczające i zgodne z ww. przepisem samo określenie w projekcie umowy np. poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia lub maksymalnej dopuszczalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jeżeli zostały one określone w oderwaniu od sytuacji rynkowej w danej branży, w tym od kształtowania się cen na danym rynku. Takie nieadekwatne do rzeczywistości rynkowej określenie zasad waloryzacji nie daje bowiem stronom umowy szans na rzetelną zmianę wysokości wynagrodzenia odzwierciedlającą zmiany cen związanych z realizacją zamówienia, a w konsekwencji - czyni waloryzację pozorną, iluzoryczną, niespełniającą celów, dla których została*

<sup>88</sup> M. Jaworska [w:] red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2023, Legalis. art. 439; tak też J. Bieluk, K. Zadykowicz-Sokół, Umowa o roboty budowlane w Kodeksie cywilnym i Prawie zamówień publicznych. Komentarz praktyczny z orzecznictwem. Wzory pism. Wyd. 2, Warszawa 2020, Legalis, art. 439; J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 439, uwaga 4.



ustanowiony ww. przepis.”<sup>89</sup> Przenosząc powyższe stanowisko na grunt niniejszej opinii, należy wyszczególnić, że jako nieadekwatne do rzeczywistości rynkowej określenie zasad waloryzacji - nie dające szans na rzetelną zmianę wysokości wynagrodzenia, która to zmiana odzwierciedlałaby zmiany cen związanych z realizacją zamówienia - można wskazać choćby: (a) bardzo niskie poziomy maksymalne zmian wynagrodzenia, do jakiej może dojść w wyniku zastosowania klauzuli, (b) wskaźniki dobrane tak że nie oddają faktycznego wzrostu cen, (c) inne wymogi minimalne dla zastosowania klauzuli sformułowane w ten sposób, że faktycznie niemalże nierealne, (d) zbyt długi okresy dla pierwszego zastosowania.

167. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2022 r.: **„Określenie poziomu zmiany kosztów uprawniającego wykonawcę do waloryzacji na poziomie 10% nie pozwala na zrealizowanie celu art. 439 ust. 1 PZP, bowiem nie zapewnia równowagi stron na wystarczającym poziomie. Opisane powyżej zasady waloryzacji wynagrodzenia powodowałyby bowiem, że wykonawca mógłby liczyć na zmianę wynagrodzenia dopiero po tym, gdy koszty związane z realizacją Umowy wzrosną o ponad 10% w stosunku do kosztów przyjętych do ustalenia ceny oferty. Taki poziom zmian kosztów oznacza, że przed możliwą waloryzacją, dojdzie do "pochłonięcia" niemalże całej marży zakładanej przez wykonawców w tego rodzaju kontraktach, bez możliwości uzyskania rentowności kontraktu nawet już po wykonaniu waloryzacji (świadczenie zatem "po kosztach" albo poniżej ich aż do końca obowiązywania umowy). Oznaczałoby to więc, wbrew intencji ustawodawcy, przerzucenie istotnej części ryzyka związanego ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia na Wykonawcę. Jest więc oczywistym, że takie uwarunkowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy o zamówienie oraz nie niweluje ryzyka związanych z późn. zm. kosztów wykonania zamówienia publicznego, ponieważ przy aktualnym poziomie inflacji oraz poziomie marżowości kontraktów na roboty budowlane, zmiana ww. średniej arytmetycznej o wartość wynoszącą nawet 1% w bardzo istotny sposób przekłada się na utrzymanie rentowności wykonania umowy. (...).”**<sup>90</sup>. Tym samym omawiany mechanizm ma w założeniu chronić wykonawcę przed pochłonięciem całej marży na skutek zmiany poziomu kosztów, zapewnić rentowność kontraktu oraz przeciwdziałać świadczeniu przez wykonawcę zamówienia "po kosztach" albo poniżej ich aż do końca obowiązywania umowy tj. zapobiec przerzuceniu na wykonawcę istotnej części ryzyka związanego ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia. Przy czym judykatura dostrzega, że obecne realia nie pozwalają aby ów mechanizm w istocie zniwelował wtórną nieekwiwalentność świadczeń.
168. Także w wyroku z dnia 3 stycznia 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: **„(...) w następstwie przyjęcia w § 21 ust. 9 Tomu II SWZ - Warunki Umowy ("WU") skrajnie niskiej łącznej maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia [nie więcej niż 10% - przyp. wł.], jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości**

<sup>89</sup> Wyrok KIO z 2.03.2022 r., KIO 440/22, LEX nr 3402438.

<sup>90</sup> Wyrok KIO z 14.06.2022 r., KIO 1192/22, LEX nr 3419808; podobnie Wyrok KIO z 8.09.2022 r., KIO 2193/22, LEX nr 3484311.

wynagrodzenia, co przy aktualnie występującym poziomie inflacji oraz wzrostu wynagrodzeń implikuje uznanie klauzuli waloryzacyjnej z § 21 WU za niewypełniającą dyspozycji art. 439 ust. 1 i 2 Pzp i uniemożliwiającą osiągnięcie celu waloryzacji, jakim jest urealnienie należnego wykonawcy wynagrodzenia, poprzez dostosowanie go do warunków rynkowych, Izba uznała zarzut za niezasadny.”<sup>91</sup>

169. Z powyższego wynika, że **zamawiający często określają maksymalny poziom waloryzacji, w sposób który uniemożliwia uzyskanie przez wykonawców pełnej rekompensaty zwiększenia kosztów realizacji.** W konsekwencji, to właśnie wykonawcy ponoszą realny ekonomiczny ciężar zmieniających się warunków. W odniesieniu do konkretnych stanów faktycznych i zawartych w nich umów należy badać, w jakim zakresie wspomniane klauzule waloryzacyjne pokrywają wzrosty cen materiałów a w jakim także wzrosty innych kosztów realizacji zamówienia w tym kosztów personelu zatrudnionego do wykonania zamówienia. **Dlatego, rozwiązaniem powyższych problemów jest sięgnięcie do art. 436 PZP, który w zakresie kosztów osobowych, ma w istocie zakres tożsamy z art. 439 PZP.**
170. Obchodzenie przez zamawiających jasnego celu regulacji i przekłada się na konieczność samofinansowania przez wykonawców wykonywania umów o zamówienie publiczne a często stanowi po prostu swoistego rodzaju barierę dla uzyskania przez wykonawcę odpowiedniego (uwzględniającego rzeczywiste koszty realizacji) wynagrodzenia. Sytuacja taka zarówno z punktu widzenia oceny prawnej, jak i polityki gospodarczej państwa, nie powinna mieć miejsca. Zaburza ona równowagę ekonomiczną stron umowy o zamówienie publiczne, nie rekompensując wszystkich kosztów realizacji zamówienia publicznego, naruszając art. 20 Konstytucji i przesuwając rzeczywisty model gospodarki z wolnorynkowej w kierunku etatystycznej – z wyraźną przewagą sektora publicznego. Występowanie takiego zjawiska w dłuższej perspektywie może odbić się negatywnie na całym rynku zamówień publicznych, skutkując m.in. zawyżaniem ofert (antycypującym brak rzeczywistej waloryzacji), niestartowaniem w przetargach (w braku otrzymania całości wynagrodzenia za rzeczywiste koszty), falą upadłości i restrukturyzacji podmiotów, które już umowy zawarły i zmuszone są je wykonywać bez rekompensaty wzrastających kosztów realizacji.
171. Z uwagi na obligatoryjne ograniczenie wartości waloryzacji na podstawie klauzul wprowadzonych na mocy art. 439 ust. 1 pkt 4 PZP, tenże mechanizm nie prowadzi on do wyrównania zleceniobiorcy (wykonawcy) pełnego wzrostu kosztów wynagrodzenia personelu w tym zatrudnionego na poziomie wyższym niż minimalne wynagrodzenie lub minimalne stawki godzinowe za pracę. **Tym bardziej zatem zasadne jest sięgnięcie w tym zakresie po art. 436 pkt 4 lit. b) tiret drugie i piąte PZP oraz zastosowanie na jego gruncie dającego dużą pewność dla obu stron metody wskaźnikowej.**

<sup>91</sup> Wyrok KIO z 3.01.2023 r., KIO 3385/22, LEX nr 3481075.

### IV.3. Proponowane metody zwaloryzowania wynagrodzenia

172. W świetle Opinii ekonomicznej (s. 8-11), orzecznictwa, powszechnie dostępnych aneksów zawartych w ramach zamówień publicznych, dokumentów publikowanych przez najważniejsze podmioty z rynku zamówień publicznych, możliwe jest skalkulowanie kwoty dodatkowego wzrostu wynagrodzenia w zamówieniu dotyczącym usług (a więc i kosztów pośrednich), w oparciu o zastosowanie: (a) wskaźników o charakterze statystycznym, jak wskaźnik zmiany średniego wynagrodzenia w danym sektorze – metoda oparta o tzw. wskaźnik branżowy wsteczny lub (b) uśrednionych danych ze sprawozdań zarządczych, (c) danych finansowych faktycznie zastosowanych dla przygotowania oferty w danym przetargu, jak oświadczenia członków zarządu i głównych księgowych, lub też (d) w oparciu o przeniesienie procentu narzutu kosztów pośrednich z ceny w ofercie na kwotę należnej waloryzacji.
173. W Opinii ekonomicznej (s.9-11) zaprezentowano w tej materii trzy opcje, przy czym wspólne jest dla nich podejście do ustalenia wielkości wpływu na koszty bezpośrednie.

#### IV.3.1. Rozwiązania zaprezentowane w Opinii ekonomicznej

##### 174. Wyliczenie waloryzacji dla kosztów bezpośrednich (opcja 1-3)

W odniesieniu do wynagrodzeń osób otrzymujących (w ramach kosztów bezpośrednich) wynagrodzenia **niższe lub równe nowej wartości minimalnego** wynagrodzenia wyliczenie wzrostu kosztów następuje poprzez przemnożenie dotychczasowego kosztu wynagrodzeń przez wskaźnik wzrostu minimalnego wynagrodzenia (Opinia ekonomiczna, s. 9).

W odniesieniu do wynagrodzeń osób otrzymujących (w ramach kosztów bezpośrednich) wynagrodzenia **wyższe od nowej wartości minimalnego** wynagrodzenia wyliczenie wzrostu kosztów następuje poprzez przemnożenie dotychczasowego kosztu wynagrodzeń przez publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wskaźnik wzrostu przeciętnego wynagrodzenia w danej branży (lub wskaźnik ogólny wzrostu przeciętnego wynagrodzenia, jeżeli wskaźnik branżowy nie jest dostępny) (Opinia ekonomiczna, s. 10).

##### 175. Opcja 1 (Branżowa struktura kosztów oraz waloryzacja o dane GUS)

(a) W tej metodzie kalkulacja kosztów pośrednich jest dokonywana w oparciu o zastosowanie danych statystycznych pokazujących relacje między kosztami bezpośrednimi i pośrednimi występującymi powszechnie w danej branży. Wyliczenie tej wartości następuje poprzez uśrednienie danych pochodzących od podmiotów podobnych do wykonawcy (np. kilku podmiotów z danej branży), które będą pochodzić np. ze sprawozdań finansowych w powszechnie dostępnym rejestrze KRS. W ten sposób powstanie uśredniony wskaźnik udziału kosztów pośrednich w kosztach bezpośrednich lub uśredniony wskaźnik udziału kosztów pośrednich w kosztach ogółem występujący u wykonawców z danej branży.

- (b) Następnie, będzie należało wybrać metodologię kalkulacji waloryzacji tego wskaźnika uśrednionych kosztów pośrednich. Analiza ekonomiczna wskazuje, że można do tego zastosować **roczną, procentową odnotowaną już przez GUS zmianę średniego wynagrodzenia brutto dla danego sektora** (np. Administrowanie i działalność wspierająca) w ostatnim roku ogółem lub w kwartałach, dla których będą dostępne odpowiednie dane w momencie prowadzenia negocjacji. Dane o wynagrodzeniach brutto według sekcji publikuje Główny Urząd Statystyczny.

Zaletą tej metody jest opieranie się na zobiektywizowanych danych zarówno w zakresie udziału kosztów pośrednich w branży, jak i założeń dotyczących zmian wynagrodzeń (zob. Opinia ekonomiczna, s. 10).

**176. Opcja 2 (Indywidualna struktura kosztów oraz waloryzacja o dane GUS)**

Opcja 2 zakłada, że waloryzacja w zakresie kosztów pośrednich będzie dokonywana według następujących zasad (podejście do waloryzacji kosztów bezpośrednich opisano już wspólnie przed opcją 1):

- (a) Ustalenie wartości wskaźnika udziału kosztów pośrednich w kosztach bezpośrednich bądź kosztach ogółem za pomocą danych z raportów zarządczych dla konkretnego wykonawcy (czasami będą to koszty rozsięte w ramach grupy spółek, co uzasadnia zastosowanie wskaźnika wyliczanego dla całej takiej grupy) za kwartał poprzedni przed złożeniem oferty.
- (b) Ustalona na tej podstawie wartość kosztów pośrednich powinna być waloryzowana za pomocą wartości procentowej jak w pkt 175(b) powyżej (zob. pkt 4(c) wniosków i rekomendacji). Zaletą tej metody jest opieranie się na danych faktycznie występujących w toku realizacji danej umowy o zamówienie publiczne (zob. Opinia ekonomiczna s. 10, Opcja nr 2).

**177. Opcja 3 (Indywidualna struktura kosztów bezpośrednich oraz narzut kosztów pośrednich zgodny z pierwotną ofertą)**

Na podstawie Opinii ekonomicznej (s. 10-11 dot. Opcji nr 3) możliwe jest wskazanie również trzeciej metody, opartej na założeniu, że zwaloryzowana cena (wynagrodzenie) za wykonanie zamówienia powinna być kalkulowana w sposób możliwie bliski sposobowi przygotowania pierwotnej oferty – a więc powinna być kalkulowana tak jak skalkulowanie ceny w kosztorysie ofertowym, w wyniku czego zostaje zachowany udział kosztów pośrednich.

Tutaj również w pierwszym kroku następuje ustalenie waloryzacji kosztów bezpośrednich, które podobnie jak w metodzie pierwszej i drugiej polega na:

- (a) Zwiększeniu kosztów bezpośrednich ponoszonych po stawkach minimalnych lub do granicy nowej minimalnej - o wzrost nowo ustalonej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej.
- (b) Zwiększeniu kosztów bezpośrednich ponoszonych po stawkach wyższych niż nowa stawka minimalna – o tzw. wskaźnik branżowy tj. wzrost średniej w sektorze (współczynnik dla sektora) rok do roku.

Krok drugi (ustalenie waloryzacji kosztów pośrednich) w tej metodzie polega na nałożeniu na zwaloryzowaną sumę kosztów bezpośrednich procentowej stawki

narzutu kosztów pośrednich (tj. wskaźnika udziału kosztów pośrednich w bezpośrednich) o tym samym współczynniku (procencie), co w pierwotnej ofercie (zob. Opinia ekonomiczna s. 11).

Kalkulowanie w ofertach kosztów pośrednich za pomocą narzutu procentowego jest praktyką powszechną w obrocie gospodarczym. Zastosowanie tej metody pozwala więc skalkulować zwaloryzowaną cenę w sposób najprostszy i najbliższy metodzie pierwotnego wyliczenia ceny.

178. Poniżej możliwości te zostaną bliżej przeanalizowane.

#### **IV.3.2. Stanowisko autorów niniejszej opinii**

##### **IV.3.2.1. Waloryzacja kosztów bezpośrednich**

179. Wszystkie trzy opcje przyjmują jednolite podejście do waloryzacji wynagrodzeń pracowników wchodzących w zakres kosztów bezpośrednich. Wydaje się naturalne podzielenie tej grupy kosztów na dwie podgrupy i następnie zastosowanie bliżej dostosowanych wskaźników wzrostu.

180. W odniesieniu do wynagrodzeń osób otrzymujących (w ramach kosztów bezpośrednich) wynagrodzenia niższe lub równe nowej wartości minimalnego wynagrodzenia wyliczenie nastąpi na bazie wskaźnika wzrostu minimalnego wynagrodzenia, zaś dla wynagrodzeń lepiej zarabiających na bazie publikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wskaźnika wzrostu przeciętnego wynagrodzenia w danej branży (lub wskaźnik ogólny wzrostu przeciętnego wynagrodzenia, jeżeli wskaźnik branżowy nie jest dostępny).

##### **IV.3.2.2. Uśrednione dane ze sprawozdań finansowych dla kilku podmiotów z branży (tzw. metoda pierwsza we wnioskach i rekomendacjach)**

181. Jednym z rozwiązań możliwych do zaproponowania dla branży jest wykorzystanie w analizie kosztów pośrednich zagregowanych i uśrednionych danych z ogólnodostępnych na dany moment sprawozdań finansowych kilku podmiotów z danej branży. Liczba podmiotów może być oczywiście zależna od ilości podmiotów działających w danej branży, tj. jeżeli np. faktycznie na rynku działają jedynie trzy. Jest to metoda, która bez wątplenia oddaje obiektywne realia rynkowe. Po dokonaniu wyboru odpowiednich podmiotów (tzw. próba porównawcza) zadaniem stojącym przed ekonomistami będzie dokonanie odpowiednich wyliczeń. W tym względzie, jak wskazują ekonomiści: *„Opcja 1 zakłada, że kalkulacja kosztów pośrednich jest dokonywana w oparciu o zastosowanie danych statystycznych pokazujących relacje między kosztami bezpośrednimi i pośrednimi występującymi powszechnie w danej branży. Wyliczenie tej wartości następuje poprzez uśrednienie danych pochodzących od podmiotów podobnych do wykonawcy (np. kilku podmiotów z danej branży), które będą pochodzić np. ze sprawozdań finansowych w powszechnie dostępnym rejestrze KRS. W ten sposób powstanie uśredniony wskaźnik udziału kosztów pośrednich w kosztach bezpośrednich lub uśredniony wskaźnik udziału kosztów pośrednich w kosztach ogółem występujący u wykonawców z danej branży”* (zob. Opinia ekonomiczna s. 10).

182. W ten sposób powstanie **uśredniony wskaźnik udziału kosztów pośrednich** w kosztach i wynagrodzeniu wykonawcy z danej branży.
183. Dopuszczalność korzystania ze wskaźników w celu modyfikowania warunków zamówienia publicznego została już potwierdzona przez Prokuraturę Generalną Rzeczypospolitej Polskiej oraz Ustawodawcę (opisano w pkt 146 i n. powyżej).
184. Następnie będzie należało zająć się kalkulacją **wartości waloryzacji** kwoty kosztów pośrednich wydzielonej z wykorzystaniem ww. wskaźnika. Opinia ekonomiczna (s.10) sugeruje w tym względzie następujące rozwiązanie - „*roczną, procentową zmianę średniego wynagrodzenia brutto dla danego sektora (np. Administrowanie i działalność wspierająca) w ostatnim roku ogółem lub w kwartałach, dla których będą dostępne odpowiednie dane w momencie prowadzenia negocjacji. Dane o wynagrodzeniach brutto według sekcji publikuje Główny Urząd Statystyczny.*”
185. Analiza ekonomiczna wskazuje więc, że może mieć tutaj zastosowanie **procentowa zmiana rok do roku średniego wynagrodzenia w przedsiębiorstwach z danego sektora publikowana przez GUS** (np. Administrowanie i działalność wspierająca), tzn. użycie wskaźnika branżowego. Jeżeli bowiem nie ma dostępnych danych statystycznych dla zmiany stawek w ramach całej grupy kosztów pośrednich, to należy stosować obiektywne dane najbardziej zbliżone, którymi niewątpliwie jest wynagrodzenie średnie w danym sektorze. Ono jest bowiem liczone i dla pracowników kluczowych jak np. główna księgowa, ale również dla osoby nadzorującej w terenie kilka różnych umów albo kilku pracowników realizujących zadania w ramach jednej umowy. Ta metoda jest na pewno dokładniejsza niż stosowanie np. inflacji, która zawiera w sobie kilka elementów nieadekwatnych dla kosztów pośrednich.
186. Ponadto, zmiana byłaby dokonywana **o wartości wzrostów, które już faktycznie wystąpiły** (dane rok do roku) a nie jedynie projekcje na kolejny rok, które nie muszą się zrealizować, stąd określenie metoda wskaźnika branżowego wstecznego, nie zaś antycypującego. Dodatkowo Zamawiający mógłby wystąpić w ugodzie o zrzeczenie się przez wykonawcę roszczenia o waloryzację kosztów pośrednich za rok 2024 i poprzednie, co stanowiłoby dodatkową korzyść z zawarcia aneksu/ugody w świetle ustawy o finansach publicznych. Korzystne dla zamawiającego jest też przyjęcie liczenia zmiany rok do roku zamiast np. trzyletniego trendu, ponieważ w tym drugim przypadku zamawiający ponosił by konsekwencje wzrostu w danym roku proporcjonalnie jeszcze przez następne trzy lata

#### **IV.3.2.3. Koszty pośrednie faktycznie przyjęte w ofercie (tzw. metoda druga we wnioskach i rekomendacjach)**

187. W drugiej metodzie proponuje się, aby wartość procentowa kosztów pośrednich, które były ujęte w ofercie (tj. jaki procent narzutu został nałożony), została zweryfikowana za pomocą danych ze sprawozdania zarządczego dla spółki lub grupy spółek (tj. zwizualizowanych danych zebranych z kilku spółek, jednostek, działów czy centrów kosztów, w procesie cyklicznej aktualizacji i analizy panelu KPI<sup>92</sup>,

<sup>92</sup> KPI (ang. *key performance indicators*) - kluczowe wskaźniki efektywności

najczęściej za pośrednictwem systemów klasy ERP<sup>93</sup>) za kwartał poprzedni przed złożeniem oferty. Ustalona na tej podstawie wartość kosztów pośrednich powinna być waloryzowana za pomocą wartości procentowej zmiany jak w metodzie pierwszej (zob. pkt 184 powyżej).

188. Zaletą tej metody jest opieranie się na danych faktycznie występujących w toku realizacji danej umowy o zamówienie publiczne (Opinia ekonomiczna, s. 10).

#### **IV.3.2.4. Metoda waloryzacji ceny usługi (tzw. metoda trzecia we wnioskach i rekomendacjach)**

189. Trzecią metodę można określić mianem metody waloryzacji ceny usługi, ponieważ wzrost w wyniku waloryzacji jest skalkulowany w ramach tej metody analogicznie do skalkulowania ceny w kosztorysie ofertowym. W wyniku takiego zabiegu zostaje zachowany faktyczny udział kosztów pośrednich w cenie usługi również po waloryzacji, a więc waloryzacja dokonywana jest z zachowaniem równowagi udziału wszystkich kosztów w cenie, z chwil składania oferty.

190. Metoda trzecia polega w istocie na

(a) Nałożeniu – na wartości uzyskane na skutek waloryzacji kosztów bezpośrednich – procentowej stawki zwykłego, w danej organizacji, narzutu kosztów pośrednich o tym samym współczynniku (procencie), co w pierwotnej ofercie (por. Opinia ekonomiczna s. 10-11).

(b) Nałożeniu na wartość uzyskaną wyniku realizacji tej procedury marży o współczynniku (procencie) wynikającym z pierwotnej oferty.

191. Dla prawidłowej oceny metody trzeciej konieczne jest szczegółowe wniknięcie w jej model matematyczny. W rzeczywistości bowiem na skutek tego, że koszty pośrednie naliczamy jeszcze raz, ale od bazy zmienionej jedynie skutkami zmiany pensji minimalnej, to **zmiana kosztów pośrednich ma związek również jedynie ze zmianą pensji minimalnej**. Nic innego nie zmienia się w bazie. Nie jest przykładowo tak, że w kosztach bezpośrednich zmienia się cena jakiegoś materiału i na tak zmienione koszty byłyby nakładane ponownie koszty pośrednie. W bazie zmieniają się tylko koszty zmienione na skutek zmiany pensji minimalnej.

192. W ocenie autorów niniejszej opinii wszystkie trzy metody są równorzędne i równoprawne.

#### **IV.4. Elementy cenotwórcze podlegające waloryzacji na gruncie art. 436 PZP**

193. Przedkładając ofertę na realizację zamówienia publicznego, usługodawca dokonuje kalkulacji oczekiwanego wynagrodzenia zasadniczo w następujący sposób:

(a) **koszty bezpośrednie;**

---

<sup>93</sup> ERP (ang. *Enterprise Resource Planning*) - Planowanie Zasobów Przedsiębiorstwa - oprogramowania i systemów używanych do planowania i zarządzania całym głównym łańcuchem dostaw, produkcji, usług, zasobów finansowych i innych procesów organizacji.

- (b) **koszty ogólne/pośrednie**, które stanowią narzut na koszty bezpośrednie (zob. co do podziału kosztów uwagi w II.1.2 powyżej);
- (c) **marża**, narzut na sumę dwóch poprzednich pozycji.
194. W tym kontekście szczególnie ważna jest konkluzja, że **koszty ogólne (oraz szerzej koszty pośrednie w aspekcie pozapłacowym)** podlegające waloryzacji **nie stanowią elementu zysku**, a rzeczywisty koszt, jaki ponosi każde przedsiębiorstwo w związku ze swoją działalnością. Są więc one **immanentnie związane z realizacją każdej umowy**, tak samo jak koszty bezpośrednie. Jedyna różnica polega na tym, że nie są one w całości związane z wykonaniem danej umowy, lecz np. tylko w części np. w ramach proporcjonalnego podziału tych w związku z całością portfela zamówień wykonawcy bądź zaangażowania pracownika w dany kontrakt (np. wynagrodzenie asystentki, która zajmuje się wsparciem dwóch dyrektorów kontraktu).
195. To stanowisko potwierdza wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05 marca 2021 r., I CSKP 61/21, w którym wskazano wprost, że: *„Nie ulega wątpliwości, że do wykonania prac budowlanych, w celu zrealizowania przedmiotu umowy, powód zaangażował materiały budowlane, robociznę oraz sprzęt. Są to koszty bezpośrednie. Jednak oprócz tego, do kosztów wykonania robót budowlanych w ramach przedsiębiorstwa, a tym samym wchodzących w skład szkody pod postacią straty, zalicza się tzw. koszty pośrednie. Jak stanowi § 1 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia z dnia 18 maja 2004 r., koszty pośrednie stanowią składnik kalkulacyjny wartości kosztorysowej, uwzględniający nieujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu. W konsekwencji **koszty pośrednie nie mogą być identyfikowane z korzyściami przedsiębiorcy**, lecz, gdy nie zostaną pokryte z uzyskanego przez niego przychodu, stanowią uszczerbek w jego majątku, gdyż i tak muszą być poniesione w celu prawidłowego funkcjonowania przedsiębiorstwa. W takim przypadku gdyby powód ich nie otrzymał musiałby je pokryć z przychodu osiągniętego z innych kontraktów”*.
196. Pomimo że powołany wyrok został wydany na kanwie umowy o roboty budowlane, nic nie stoi na przeszkodzie, aby odnieść go również do kontraktów dotyczących dostaw oraz usług. Każde przedsiębiorstwo ponosi bowiem takie koszty jak koszt zatrudnienia personelu administracyjnego, najmu biura bądź jego bieżącego utrzymania, mediów, leasingu pojazdów itp. Na gruncie art. 436 pkt 4 lit b) *tiret* 2 i 5 PZP jako relewantne byłyby oczywiście jedynie koszty ogólne w aspekcie płacowym.
197. Swego rodzaju trudnością może okazać się wyodrębnienie kosztów pośrednich, które przedsiębiorca poniósł w związku z wykonaniem umowy, a co wynika z jednoczesnej realizacji kilku bądź nawet kilkunastu umów o podobnym przedmiocie, do którego wykorzystywana jest ta sama infrastruktura. Również ta okoliczność przemawia za tym, aby waloryzacja następowała w pierwszej kolejności właśnie w oparciu o wskaźniki statystyczne.



#### IV.5. Uprawdopodobnienie wzrostu kosztów realizacji umowy

198. Jedną z przesłanek zmiany wynagrodzenia na gruncie art. 436 pkt 4 lit. b) *tiret* drugie i piąte PZP jest, po **wykazaniu istnienia wpływu** zmiany minimalnego wynagrodzenia na nie, również **wykazanie wysokości wzrostu kosztów zarówno bezpośrednich jak i kosztów pośrednich** – dzięki czemu zamawiający wie ile powinien wykonawcy w związku z tą zmianą dopłacić. Z tego względu, wraz z wyliczeniem wartości zwaloryzowanego wynagrodzenia, warto przedstawić zamawiającemu kilka bądź kilkanaście przykładów, które wykażą wzrost kosztu względem dnia przedstawienia oferty. Chodzi tutaj o uprawdopodobnienie zasadności żądanej kwoty bez konieczności składania całości dokumentacji finansowej związanej z realizacją zamówienia.
199. Dla potwierdzenia wzrostu kosztów **bepośrednich** właściwym jest przedstawienie dokumentów potwierdzających ponoszenie kosztów płacowych wprost związanych z wykonaniem umowy (wykazanie rzeczywistego kosztu) np. listy płac (tzw. payroll), wyciągu z programu księgowego, faktur VAT oraz zapytań ofertowych wraz z odpowiedziami kontrahentów uzyskanych w trakcie postępowania przetargowego. Dla niektórych dóbr i usług są także publikowane powszechnie dostępne archiwa cenowe.
200. Względem uprawdopodobnienia wzrostu kosztów **ogólnych** (płacowych), konieczne jest zastosowanie innego podejścia. Wynika to z ich charakteru (por. pkt 27, 137 i 184 powyżej). Ustalenie udziału kosztów ogólnych jako całości (nie kosztów poszczególnych umów) w wynagrodzeniu powinna następować, jak wskazano powyżej i na wstępie, w ramach trzech metod, w tym na bazie wskaźnika lub rzeczywistych danych finansowych dla danej umowy. Z tego względu rekomendujemy, w ślad za ekonomistami (zob. s. 10 Opinii ekonomicznej), również w ramach drugiej metody waloryzowanie go historyczną, obiektywną zmianą w ostatnim roku ogółem lub w kwartałach, dla których będą dostępne odpowiednie dane w momencie prowadzenia negocjacji, tak, aby osiągnąć miarodajną wartość zmiany. Nie powinno jednak ulegać wątpliwości, że z uwagi na specyfikę (a) kosztów ogólnych oraz (b) metody wskaźnikowej ustalania ich udziału w wynagrodzeniu – waloryzowanie na podstawie zmiany w ostatnim roku ogółem jako swoiste uproszczenie stanowi jednak w pełni zasadną formą uprawdopodobnienia.
201. Zamawiający zabiegając o możliwość chociaż częściowej weryfikacji wystąpienia wpływu dla danej umowy zmian kosztów ujawnionych we wskaźnikach, nie powinien zatem żądać od zleceniobiorcy dokumentacji, poza wymaganą dla zastosowania w/w podejścia. Ryzykiem uwarunkowania od przedstawienia dokumentacji zawarcia aneksu waloryzacyjnego, w skrajnym przypadku może doprowadzić do wypowiedzenia/odstąpienia od umowy przez usługodawcę i konieczności zawarcia przez zamawiającego umowy z wynagrodzeniem wyższy właśnie o wartość wskaźników.
202. Końcowo, należy wskazać, że w przeciwieństwie do robót budowlanych oraz dostaw, **rynek usług charakteryzuje się niskim wskaźnikiem rentowności** projektów ze względu na oparcie tego biznesu o efekt skali. Oznacza to, że **nawet niewielkie zmiany kosztu głównego elementu cenotwórczego np. na poziomie 10%**

**będzie prowadzić do utraty przewidywanego zysku w całości.** Co więcej, w takiej sytuacji wykonawca będzie stał przed widmem poniesienia rażącej straty w przypadku dalszej realizacji kontraktu. Tym bardziej zatem za wystarczające dla potrzeb waloryzacji w takiej sytuacji winno być uprawdopodobnienie wzrostu kosztów za pomocą posłużenia się wskaźnikiem oraz historyczną, obiektywną zmianą rok do roku wzrostu średniego wynagrodzenia z danego sektora.

#### **IV.6. Odmowa waloryzacji wynagrodzenia w oparciu o dane statystyczne jako przejaw niegospodarności**

203. W tym kontekście warto również zwrócić uwagę, że odmowa zwaloryzowania wynagrodzenia w oparciu o dane statystyczne może być w istocie przejawem niegospodarności jednostki publicznej i zostać negatywnie oceniona w świetle przepisów dotyczących dyscypliny finansów publicznych. Tego rodzaju pogląd został potwierdzony przez PGRP: *„Porównanie prawdopodobnych w konkretnych okolicznościach scenariuszy może prowadzić do wniosku, że działaniem, które można ocenić jako **niegospodarne** byłaby **odmowa podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy mimo spełnienia przesłanek dopuszczalności zmiany umowy**, zwłaszcza, gdy wykonawca może choćby potencjalnie, skutecznie żądać podwyższenia wynagrodzenia na podstawie klauzul rebus sic stantibus”.*
204. Szerzej skutki naruszenia art. 436 pkt 4 lit. b) *tiret* drugie i piąte PZP zostaną przeanalizowane w następnym rozdziale.

#### **V. SKUTKI NARUSZENIA PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO ART. 436 PKT 4 LIT B) TIRET DRUGIE I PIĄTE PZP**

205. Wobec powyżej przedstawionego **prawidłowego rozumienia art. 436 pkt 4 lit. b) *tiret* drugie i piąte PZP**, nie powinno ulegać wątpliwości, że zarówno (a) **brak klauzuli** (w tym klauzule „pozorne”), (b) nadmiernie **wąskie wykładanie prawidłowo sformułowanej klauzuli**, np. powielające w zasadzie treść przepisu, jak również (c) **nadmiernie wąsko sformułowanie klauzuli** waloryzacyjnej (sprecyzowane pod zwrot jedynie „minimum do minimum” – ograniczające waloryzację jedynie do pracowników literalnie znajdujących się na minimalnym wynagrodzeniu za pracę, z pominięciem bezpośredniego wpływu omawianego przepisu na pozostały element kosztu spowodowanego wzrostem minimalnego wynagrodzenia, w tym koszty ogólne - przeczą celowi tego przepisu i stanowią jego naruszenie. Różną są jednak skutki tego naruszenia w zależności od formy jego naruszenia, co zostanie przedstawione w niniejszym rozdziale.
206. Już w tym momencie należy zaznaczyć, że dla klauzul nadmiernie wąsko sformułowanych, jako sprzecznych z celem i treścią przepisu art. 436 PZP oraz 16 PZP, jak również sprzecznych z zasadami współżycia społecznego oraz z właściwością (naturą) umowy zawartej w trybie zamówień publicznych, przewidującą pewien model równowagi stron i określoną wyważoną alokację ryzyk pomiędzy zamawiającym a wykonawcą – rozważenia wymaga kwestia nieważności klauzuli, o czym szerzej w podrozdziałach V.3.1, V.3.3, V.3.4, V.3.5, V.3.6 poniżej.

**V.1. Całkowity brak w umowie klauzuli waloryzacyjnej z art. 436 pkt 4 lit b PZP**

207. Całkowite pominięcie zawarcia klauzuli waloryzacyjnej w umowie, wbrew wyrażanemu wprost obowiązкови z art. 436 pkt 4 lit b PZP, jako jaskrawy błąd winien znaleźć stosowną sankcję.
208. Kontrastuje z tym jednak umiarkowane podejście orzecznictwa KIO do takiej formy naruszenia. Zgodnie bowiem z orzecznictwem KIO dla podobnej sytuacji na gruncie art. 439 PZP **skutkiem takiego naruszenia jest wprowadzenie wada postępowania, ale nie jest to wystarczająca przesłanka unieważnienia postępowania**: „Brak w projekcie umowy wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych oraz wartości wynikających z art. 439 ust. 2 p.z.p. **jest wadą postępowania, w tym znaczeniu, że projektowane postanowienia umowy zawierają określone braki w stosunku do wymagań wynikających z przepisów prawa. (...) Stwierdzenie przez zamawiającego, że postępowanie jest obarczone określoną wadą (w tym przypadku niezgodnością projektowanych postanowień umowy z art. 436 pkt 3 p.z.p. oraz art. 439 ust. 2 p.z.p.), nie jest wystarczającą przesłanką unieważnienia postępowania. Zamawiający powinien dodatkowo ustalić - oraz wykazać w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania - że wady te są na tyle istotne, że uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”<sup>94</sup>.**
209. Dalsze jednak skutki wskazuje doktryna, zgodnie z którą w takiej sytuacji naruszenia art. 436 PZP można skorzystać z **roszczenia o unieważnienie umowy na podstawie art. 70<sup>5</sup> k.c. w związku z art. 457 ust. 5 PZP – w formie powództwa o ukształtowanie, na skutek którego zapadły wyrok będzie miał charakter konstytutywny ze skutkiem ex tunc**. Literatura podkreśla tu odmienność tego środka z nieważnością bezwzględna i stosowanie obu sankcji na różnych etapach umowy: a) unieważnialności – na etapie zawierania tj. tuż po jej zawarciu, a b) nieważności - po jej zawarciu, na etapu realizacji: „Funkcja art. 70<sup>5</sup> KC jest inna niż art. 58 KC. Pierwszy z wymienionych przepisów ma na celu zapewnienie prawidłowości samego procesu dochodzenia do zawarcia umowy, podczas gdy sankcja nieważności bezwzględnej odnosi się do treści umowy zawartej między stronami”<sup>95</sup>. Rozwiązanie to nie może być jednak uznane za wystarczające, choćby ze względu na krótkie terminy zawite tego roszczenia (jednego miesiąca *a tempore scientie*, jednego roku *a tempore facti* od zawarcia umowy).
210. Literatura nie poprzestaje więc na skutku w postaci unieważnialności i wskazuje również na **dopuszczalność sankcji nieważności bezwzględnej** – m.in. P. Machnikowski zaznacza, że: „Istnienie komentowanego przepisu [art. 70<sup>5</sup> – przypis wł.] **nie wyłącza możliwości obarczenia umowy zawartej w wyniku przetargu czy aukcji sankcją nieważności bezwzględnej, jeżeli umowa ta jest sprzeczna z ustawą lub zasadami współżycia społecznego (art. 58 KC) albo naruszono bezwzględnie wiążące normy dotyczące trybu**

<sup>94</sup> Wyrok KIO z 30.03.2022 r., sygn. akt KIO 636/22.

<sup>95</sup> P. Mikłaszewicz, [w:] Kodeks cywilny Komentarz, Art. 70<sup>5</sup> KC red. serii Osajda/red. tomu Borysiak 2024, wyd. 32, Legalis.

**postępowania przetargowego (w przypadku przetargów obligatoryjnych, uregulowanych przepisami szczególnymi).** Ustalenia nieważności (na podstawie art. 189 KPC) może żądać każdy, kto ma w tym interes prawny, a wyrok ma w tym przypadku charakter deklaracyjny.<sup>96</sup>

211. Reasumując, mimo, iż spośród wszystkich możliwych przypadków naruszenia **brak klauzuli** jest najjaskrawszym, nie jest jednak w świetle orzecznictwa KIO wystarczającą przesłanką unieważnienia postępowania. Tym niemniej w takiej sytuacji wykonawcy przysługuje możliwość sięgnięcia do **sankcji unieważnialności** umowy na etapie zawierania umowy oraz **nieważności bezwzględnej**, po zawarciu umowy.

## V.2. Błędna wykładnia zamawiającego przy formalnie prawidłowym brzmieniu klauzuli waloryzacyjnej

212. Możliwa jest również sytuacja w której użyte brzmienie klauzuli *prima facie* jest w pełni zgodne z prawidłową wykładnią, tzn. zastosowano wprawdzie klauzulę **formalnie zgodną z prawidłową wykładnią** przepisu, gdyż np. użyto po prostu **kalki z treści przepisu**, ale **praktyka stosowania i jej wykładnia przez zamawiającego prowadzi do wniosków sprzecznych** z prawidłową wykładnią i dąży do wyrównywania jedynie kosztów bezpośrednich „minimum do minimum”.
213. W sytuacji takiej pomiędzy stronami dochodzi do sporu o wykładnię prawidłowo sformułowanego postanowienia umownego – innym słowy winne jest nie sformułowanie lecz jego zawężająca interpretacja przez zamawiającego. Mając na względzie słuszność przedstawionej w niniejszej opinii prawidłowej wykładni przepisu, oraz zbieżność sformułowania użytego w klauzuli waloryzacyjnej z prawidłową wykładnią, wykonawca ma możliwość wystąpić z roszczeniem kontraktowym (o spełnienie świadczenie poprzez zapłatę) wspartym art. 65 § 2 k.c. o zapłatę wynagrodzenia należnego z tytułu wzrostu kosztów bezpośrednich oraz kosztów ogólnych, w wyniku podniesienia płacy i stawki minimalnej.
214. W sytuacji takiej wykonawcy służy również dodatkowo roszczenie na podstawie odpowiedzialność odszkodowawcza *ex contractu* z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kontraktowego. Wykonawca dochodząc od zamawiającego roszczeń o koszty pośrednie ze względu na brak współdziałania nie opiera się bowiem o art. 354 k.c. jako samodzielną podstawę roszczeń, gdyż w takim już przypadku doktryna wskazuje: „**[b]rak współdziałania wierzyciela zwykle jest kwalifikowany jako jego zwłoka, ze skutkami określonymi w art. 486 § 1 k.c., w tym z obowiązkiem naprawienia szkody doznanej przez dłużnika**”<sup>97</sup>; „**[b]rak współdziałania wierzyciela z dłużnikiem może być zakwalifikowany jako zwłoka wierzyciela i rodzić obowiązek naprawienia szkody poniesionej przez dłużnika** (zob. szerzej komentarz do art. 486 KC; w orzecznictwie uz. wyr. SA w Warszawie z 15.3.2013 r., VI ACa 1337/12, Legalis, w którym wskazano nawet, że naruszenie tego obowiązku może być podstawą odpowiedzialności wierzyciela na podstawie art. 471 KC, choć nie wskazano

<sup>96</sup> P. Machnikowski, [w:] Kodeks cywilny Komentarz, Art. 70<sup>5</sup> KC red. Gniewek/Machnikowski 2023, wyd. 11, Legalis.

<sup>97</sup> K. Grzesiowski [w:] *M. Załucki* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2024, Legalis, art. 354.

przykładów, w których taka odpowiedzialność może zaistnieć; w doktrynie A. Klein, *Skutki*, s. 157 oraz P. Machnikowski, w: *System PrPryw*, t. 5, 2013, s. 157, Nb 104).<sup>98</sup>. Podstawą prawną roszczeń o zapłatę kosztów pośrednich, które stanowią w istocie postać szkody ponoszonej przez wykonawcę wskutek konieczności poniesienia ich wzrostu, bez zrekompensowania go przez zamawiającego wbrew obowiązкови umownemu wynikającemu z prawidłowej wykładni klauzuli waloryzacyjnej wprowadzonej na podstawie art. 436 PZP, jest powołany art. 486 k.c.

215. Zamawiający publiczny w takiej sytuacji jako wierzyciel ma umowny i ustawowy (art. 354 k.c.) obowiązek współdziałania z wykonawcą przy spełnieniu świadczenia. Z powodu naruszenia tego obowiązku zamawiający może w pewnych sytuacjach popaść w zwłokę wierzyciela (art. 486 § 2 k.c.) i na tej podstawie odpowiadać za powstałą szkodę (art. 486 § 1 k.c.). Z wyroku Sądu Najwyższego z 25 sierpnia 2010 r., sygn. V CSK 297/09, wynika, że „*obowiązek współdziałania wierzyciela z dłużnikiem aktualizuje się wtedy, gdy ze względu na właściwości świadczenia dłużnika nie jest ono możliwe do wykonania bez określonego działania lub zaniechania wierzyciela*”. Brak wyrównania wynagrodzenia, w tym kosztów ogólnych, w zw. ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia, stanowi formę szkody – wydatków poniesionych przez wykonawcę w związku z koniecznością wyższego niż planował finansowania kosztów osobowych wykonania usługi - zamówienia publicznego. Nie budzi wątpliwości, iż gdy przyczyną takiego wzrostu jest wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę, itd., połączone z brakiem wyrównania kosztów ogólnych, co stanowi przejaw braku współdziałania potrzebnego do spełnienia świadczenia, a tym samym zwłokę wierzyciel – wykonawca może dochodzić odszkodowania.

### V.3. Nadmiernie wąsko sformułowana klauzula waloryzacyjna

216. Jako najbardziej skomplikowany pod względem dogmatycznym jawi się przypadek zastosowania **nadmiernie wąsko sformułowanej klauzuli waloryzacyjnej**, sprecyzowanej pod zwrot wzrostu wynagrodzeń jedynie w zakresie odpowiadającym wzrostowi wynagrodzeń pracowników z minimalnym wynagrodzeniem za pracę albo z minimalną stawką godzinową tzw. „indeksacja minimum do minimum” - wprost sprzecznej z prawidłową wykładnią przepisu, lecz w przekonaniu zamawiającego zgodnej z art. 436 PZP. W takiej bowiem sytuacji nie tylko dochodzi do sporu o wykładnię postanowienia umownego (art. 65 §2 k.c.), lecz do sporu o prawidłowość wykonania obowiązku ustawowego z art. 436 PZP przez takie, błędne sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej (spór o sprzeczność postanowienia umownego z art. 436 PZP wykładanym według prawidłowej koncepcji a w efekcie spór o wykładnię samego 436 PZP).

<sup>98</sup> W. Borysiak, [w:] , Kodeks cywilny. Komentarz. red. Serii K. Osajda/red. Tomu W. Borysiak, Legalis 2024, wyd. 32, art. 354.

### V.3.1. Nieważność bezwzględna

217. Skutkiem takiego naruszenia może być nieważność tego postanowienia umownego (klauzuli waloryzacyjnej), choć niekoniecznie całej umowy, bowiem postanowienie o waloryzacji stanowi *accidentalium negotii*.
218. Podstawa prawna dla ustalenia **bezwzględnej nieważności** części postanowień umowy – w zakresie tak wąsko sformułowanej klauzuli waloryzacyjnej - wynika z **art. 58 § 3 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 § 1 i § 2 k.c. w zw. z art. 16, 17 i 436 PZP** z uwagi na stosowanie wąskiej, nie znajdującej potwierdzenia w przepisie, wykładni, zawężającej zwrot wzrostu kosztów jedynie do podstawowego fragmentu normy tj. do wzrostu kosztów bezpośrednich w zakresie płac pracowników znajdujących się na minimalnym wynagrodzeniu za pracę, z pominięciem wzrostu kosztów ogólnych. Sprzeczność takiego rozumowania wynika z jego sprzeczności:
- (a) ustawą – art. 436 PZP (zob. uwagi dot. wykładni w rozdziale III i IV powyżej) oraz art. 16 PZP (odpowiednik art. 7 dPZP) statuującym zasadę proporcjonalności i przejrzystości, oraz art. 17 PZP dotyczącym zasad udzielania zamówień publicznych w sposób zapewniający najlepszą jakość oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych;
  - (b) zasadami współzycia społecznego, w tym słusnością kontraktową, rzetelnością i lojalnością wobec kontrahenta, sprawiedliwością, uczciwością i równością stron, zasadami uczciwego obrotu, w związku z faktem, że konkretne brzmienie klauzuli zostaje wprowadzone do umowy przy wykorzystaniu przez zamawiającego silniejszej pozycji kontraktowej i wykorzystaniu adhezyjnego charakteru umowy o zamówienie publiczne (zob. rozdział II.1.1 powyżej);
  - (c) właściwością (naturą) zobowiązania zarówno w (i) znaczeniu szerszym (z uwagi na asymetryczną alokację ryzyka wzrostu cen oraz naruszenie istoty zasady waloryzacji) jak i (ii) węższym, tj. wynikającym z natury umowy o roboty budowlane, jaką jest Kontrakt, jak również w znaczeniu (iii) słusności kontraktowej i sprawiedliwego modelu rozłożenia praw i obowiązków umownych.
219. Alternatywnie można również wskazać, że tego typu zachowanie zamawiającego stanowi w istocie kwalifikowane na gruncie art. 58 § 1 k.c. – **obejście ustawy** tj. art. 436 pkt 4 lit b) *tiret* 2 i 5 PZP i art. 16, 17 PZP, czego skutkiem jest również bezwzględna nieważność tych postanowień (art. 58 § 3 k.c.), chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek.
220. Sankcja nieważności bezwzględnej oznacza, że czynność nie wywołuje żadnych skutków prawnych w sferze cywilnoprawnej, a stan ten ma charakter definitywny, nie podlegający konwalidacji. Utrwalone jest stanowisko, że rozstrzygnięcie o nieważności może nastąpić zarówno w oddzielnym postępowaniu o ustalenie (art. 189 k.p.c.), jak i w każdym postępowaniu, w którym rozstrzygnięcie takie jest relewantne dla wyniku sprawy.

221. Poniżej, w dalszej kolejności w rozdziałach V.3.4, V.3.5, V.3.6 analizie zostaną poddane poszczególne podstawy nieważności, jak wskazano w w/w punktach a) - c). Uprzedzając te rozważania, już w tym miejscu rozważenia wymagają dalsze skutki jakie stwierdzenie nieważności wywrze na kontrakt i możliwość otrzymania waloryzacji kosztów ogólnych.

### **V.3.2. Co dalej z waloryzacją po stwierdzeniu nieważności klauzuli waloryzacyjnej?**

#### **V.3.2.1. Stan jakby klauzuli waloryzacyjnej nie zawarto**

222. Osiągnięcie skutku w postaci stwierdzenia nieważności nieprawidłowej klauzuli waloryzacyjnej nie oznacza automatycznie konieczności dokonania waloryzacji w prawidłowej wysokości. W istocie znika bowiem podstawa prawna umowna do dokonania jakiegokolwiek waloryzacji. Skoro nie funkcjonuje klauzula waloryzacyjna to stan prawny jest taki, jakby klauzuli tej w ogóle nie zawarto (zob. rozdział V.1 powyżej). Oznaczałoby dla wykonawcy teoretyczną możliwość wytoczenia roszczenia o unieważnienie umowy – art. 70<sup>5</sup> k.c. w zw. z 457 ust 5 PZP, zresztą wątpliwe byłoby, czy terminy zawite zostałyby zachowane, licząc termin od dowiedzenia się o przyczynie unieważnienia. Dla wykonawcy zamówienia byłby to rezultat bezsensowny i nieadekwatny.

#### **V.3.2.2. Wniosek o waloryzację na podstawie art. 455 PZP lub *rebusc sic stantibus* na podstawie art. 357<sup>1</sup> k.c.**

223. Wobec powyższego doktryna i orzecznictwo, szukając lepszych rozwiązań wskazują dwie możliwości:

(a) złożenie wniosku o waloryzację na podstawie 455 PZP,

*„Ponadto, zwrócić należy uwagę, że brak omawianych klauzul waloryzacyjnych, nie przekreśla możliwości zmiany umowy w zakresie kiedy wystąpiłaby okoliczność opisana w art. 436 pkt 4 lit. b p.z.p., i będzie ona miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Wykonawca będzie mógł wnioskować o takie zmiany, nawet jeśli nie zostały one odzwierciedlone w treści umowy. Wniosek wykonawcy powinien zostać rozważony, a jeżeli jest zasadny, zmiana wynagrodzenia powinna zostać wtedy wprowadzona, w oparciu o regulacje art. 455 p.z.p.”<sup>99</sup>.*

albo

(b) *rebus sic stantibus*.

*„W wypadku odmowy dokonania zmiany umowy przez zamawiającego, art. 144 ust. 1 p.z.p. nie może stanowić podstawy żądania zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego. Zmiana wysokości istotnego elementu umowy, jakim jest wysokość wynagrodzenia, **może nastąpić w oparciu o art. 357(1) k.c.**, który z mocy art. 139 ust. 1 p.z.p. ma zastosowanie w zakresie nieuregulowanym przez ustawę o zamówieniach publicznych. W tym jednak celu musi zostać zgłoszone*

<sup>99</sup> M. Smolczewska, Co powinien zrobić zamawiający, jeżeli do wzoru umowy zapomniał wprowadzić zapisów dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia?, LEX, nr QA 2531377

żądanie zmiany treści stosunku łączącego strony, bowiem orzeczenie sądu, w zależności od treści żądania, może odmiennie niż w umowie oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, odmiennie oznaczyć wysokość świadczenia lub orzec o rozwiązaniu umowy.”<sup>100</sup>.

224. Nie ulega wątpliwości, że również te rozwiązania nie można uznać za satysfakcjonujące dla wykonawców i wystarczające dla przywrócenia równowagi kontraktowej. Należy zatem zastanowić się nad innymi rozwiązaniami.

#### **V.3.2.3. Powództwo o złożenie przez zamawiającego oświadczenia o treści zgodnej z art. 436 pkt 4 lit. b) tiret 2 i 5 PZP w zw. z art. 65§2 k.c. i jego prawidłową wykładnią**

225. Analogicznie do sytuacji, w której zamawiający mają umowny obowiązek zawarcia aneksu waloryzacyjnego, w rozważanej sytuacji w istocie dochodzi do ustawowego obowiązku zawarcia klauzuli waloryzacyjnej, skoro poprzednio wprowadzono obarczona była bezwzględnie nieważnością. Co więcej obowiązek ten powinien obejmować cały, w tym przeszły, okres umowy, a więc zawierać w sobie wyrównanie. Inaczej zamawiający korzystaliby z własnego bezprawnego działania, i świadomie wprowadzał nieważne klauzule waloryzacyjne, wiedząc, że i tak osiągnie w ten sposób (*Nemo potest commodum capere de iniuria sua propria*. - Nikt nie może czerpać korzyści z własnego bezprawia).
226. Wobec powyższego przepis art. 436 pkt 4 lit. b) PZP tworzyłby ustawowy obowiązek złożenia oświadczenia woli, którego wyrazem byłoby roszczenie i powództwo na podstawie art.64 k.c. w zw. z art. 1047 k.p.c., o złożenie przez zamawiającego oświadczenia o treści zgodnej z prawidłową wykładnią i treścią przepisu. Uzasadnieniem tego jest fakt, że zamawiający/strony miały pierwotny obligatoryjny obowiązek zawrzeć w umowie o zamówienie publiczne zasady wprowadzania zmian, o których mowa w 436 pkt 4 lit. b) PZP, zatem *ex lege* były i są zobowiązane do złożenia takiego oświadczenia. W takim przypadku kontrola sądu nad złożeniem oświadczenia gwarantuje zachowanie zgodne z literą prawa, nie dojdzie do jego obejścia. Jednocześnie nie zachodzi już ryzyko występujące przy „faktycznie pierwotnym” braku klauzuli, że stanowiłoby to „istotną zmianę umowy wprowadzającą warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści”<sup>101</sup>.

#### **V.3.2.4. Odpowiedzialność odszkodowawcza *ex contractu***

227. Rozważenia w omawianym kontekście wymaga również sięgnięcie po mechanizm odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu* (art. 471 i n. k.c.).
228. Skoro nieważna część umowy jest traktowana tak, jakby nigdy nie powstała, to: (a) zachodzi konieczność zwrotu świadczeń – jeżeli jedna ze stron dostarczyła produkt lub usługę, druga strona musi zwrócić jej równowartość; (b) a jeśli jedna

<sup>100</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4.07.2016 r., VI ACa 569/15, LEX nr 2109567.

<sup>101</sup> M. Smolczewska, Co powinien zrobić zamawiający, jeżeli do wzoru umowy zapomniał wprowadzić zapisów dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia?, LEX, nr QA 2531377.



- ze stron poniosła szkody w wyniku działania opartego na nieważnej umowie, to czy może domagać się odszkodowania – na podstawie 471 KC – odpowiedzialność odszkodowawcza ex contractu.
229. Doktryna wskazuje jednak, że „**obowiązek naprawienia szkody oparty na art. 471 k.c. nie powstaje w sytuacji, gdy pomiędzy stronami nie powstał nigdy stosunek zobowiązaniowy, np. na skutek nieważności zawartej między nimi umowy** (por. Z. Gawlik, w: Kidyba, Komentarz, 2014, t. III, cz. 1, art. 471, Nb 4) albo szkoda powstała przed lub po jego ustaniu (i nie pozostaje z nim w adekwatnym związku przyczynowym). **W takiej sytuacji obowiązek naprawienia szkody oparty jest na innych podstawach odpowiedzialności** (por. wyr. SN z 15.11.2001 r., III CKN 506/00, oraz wyr. SA w Krakowie z 31.1.2013 r., III APa 36/12).”<sup>102</sup>.
230. W orzecznictwie również podkreśla się, że „*Naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania (art. 471 KC) można dochodzić tylko wówczas, gdy strony łączył umowny stosunek zobowiązaniowy (gdy łączyła je **ważna umowa**). **Przepis ten nie ma zastosowania w wypadku zawarcia umowy nieważnej, a naprawienia szkody lub innego roszczenia można wówczas poszukiwać w oparciu o podstawy pozostające w ramach innych reżimów odpowiedzialności.** Tego jednak skarżący nie czynią, bezpodstawnie zarzucając niezastosowanie art. 471 KC w sytuacji, gdy nie doszło do podważenia stanowiska Sądu o nieważności zawartej przez strony umowy.*”<sup>103</sup>.
231. Powyższe poglądy doktryny i orzecznictwa dotyczą rzecz jasna wykluczenia sięgnięcia do art. 471 i n. k.c. w sytuacji, w której ze względu na nieważność postanowienia stwierdzona została nieważność całej umowy, a nie tylko części postanowienia, jak w przypadku nieważności klauzuli waloryzacyjnej.
232. Wobec powyższego teoretyczną możliwość konstruowania odpowiedzialności odszkodowawczej tworzyłoby oparcie koncepcji o art. 56 k.c. w zw. z 471 k.c. Ponieważ odpowiedzialność za przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne ponosi zamawiający (zgodnie z art. 17 PZP), to on jest niejako „gospodarzem” zamówienia publicznego. Stąd też jego powinna obciążać okoliczność, iż na skutek nieważności postanowienia umownego dot. zmiany wynagrodzenia, wykonawca nie otrzymał należnej mu waloryzacji umownej, i z tego powodu poniósł szkodę, a działanie zamawiającego stanowiło naruszenie zobowiązania. Dostrzegalnym problemem tej koncepcji byłoby jednak wskazanie naruszenia jakiego zobowiązania dopuścił się zamawiający. Skoro bowiem z umowy „wypadła” część dot. zmiany wynagrodzenia – to jakie w istocie zobowiązanie narusza zamawiający - nie zmieniając wynagrodzenia, skoro obowiązuje zasada nominalizmu. Prowadziłoby to do przyjęcia braku bezprawności. Być może chodzi o zobowiązania do zawarcia w treści umowy postanowienia odpowiadającego 436 PZP
233. W tym kontekście można jednak rozważyć, czy art. 436 PZP przy uwzględnieniu prawidłowej wykładni, w związku z zasadami współżycia społecznego i ustalonymi zwyczajami pozwalają uwzględnianymi na zasadzie art. 56 k.c. niejako na „wszycie

<sup>102</sup> W Borysiak, Art. 471 KC red. serii Osajda/red. tomu Borysiak 2024, wyd. 32, Legalis

<sup>103</sup> wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15.11.2001 r., III CKN 506/00.

w wycięte miejsce” „protezy”, skoro wola „stron” (zamawiającego jako autora umowy) wcześniej była ewidentnie inna.

234. Dochodziłoby bowiem do naruszenia zobowiązania rozumianego w oparciu o art. 56 k.c. również jako wpisane w umowę – zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje, które niejako wpisują w treść stosunku prawnego - **zobowiązanie do zawierania „ważnych” umów i niestosowania taktyki zawierania z premedytacją umów nieważnych**. Działaniem szkodzącym było umieszczenie w umowie (o charakterze adhezyjnym) postanowienia bezwzględnie nieważnego. Do czasu wprowadzenia art. 353<sup>1</sup> KC to art. 58 KC wskazywany był jako podstawa zasady swobody umów w prawie polskim. Doktryna przyjmuje, że **„Artykuł 56 KC określa konsekwencje prawne prawidłowo (ważnie) dokonanych czynności prawnych i nie rozstrzyga, kiedy czynność prawna jest ważna. Ocena ważności czynności prawnej dokonywana jest na podstawie kryteriów wskazanych w art. 58 KC. Skutkiem ważnej czynności prawnej jest powstanie, zmiana albo zakończenie stosunku prawnego. [Art.] 56 wskazuje, jakie czynniki mają wpływ na treść tego stosunku (czyli prawa i obowiązki stron) – zależy ona od oświadczeń woli stron, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów. (...) Ustawa, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje mogą uzupełniać treść czynności prawnej w zakresie, w jakim nie została ona określona wolą stron. Drugie miejsce w tej hierarchii zajmuje ustawa. Dopiero w zakresie, który nie został określony wolą stron i nie wynika z ustawy, zastosowanie znaleźć mogą zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. Jeśli treść stosunku prawnego może być zrekonstruowana na podstawie ustalonych zwyczajów, nie trzeba odwoływać się do zasad współżycia społecznego, które powinny stanowić ostatnią wskazówkę dotyczącą rekonstrukcji treści stosunku prawnego.”**<sup>104</sup>.
235. Innymi słowy, proponowana koncepcja prowadziła do przyjęcia że w treść samej umowy (w myśl zasady *pacta sunt servanda*) jest wpisane zobowiązanie do tego, że należy jej dotrzymywać, a dlatego również żeby zawierała ważne postanowienia, a nie sprostanie temu może powodować odpowiedzialność odszkodowawczą, jeśli druga strona w związku z nieważnością danego postanowienia poniosła szkodę. Wyraz takiego zobowiązania – prymatu ważności umowy wynika też choćby z tego, że strony zazwyczaj oświadczają, że bez ich oświadczenia w formie pisemnej, zmiana jest nieważna, co pośrednio oznacza, że zobowiązują się dokonywać zmian w sposób ważny i tylko ważną część umowy obejmują wolą stron.

### V.3.3. Nieważność jedynie części umowy – klauzuli waloryzacyjnej „minimum do minimum” (art. 58 § 3 w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c.)

236. W tym miejscu należy powrócić do zaznaczonych jedynie rozważań dotyczących podstaw przyjęcia nieważności klauzuli waloryzacyjnej nadmiernie wąsko sformułowanej i nieuwzględniającej kosztów ogólnych, w oparciu o poszczególne przesłanki art. art. 353<sup>1</sup> k.c.

<sup>104</sup> P. Sobolewski, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 56 KC red. serii Osajda/red. tomu Borysiak 2024, wyd. 32, Legalis.

237. **Sankcją nieważności bezwzględnej na podstawie art. 58 § 3 k.c. objęta jest jedynie część umowy, w zakresie klauzuli waloryzacyjnej, która jest sformułowana sprzecznie z prawidłową wykładnią art. 436 pkt 4 lit. b) PZP, nie powodując nieważności pozostałych postanowień umownych, które pozostają w mocy.** Jest to rozwiązanie w pełni akceptowalne w doktrynie również w przypadku orzekania o nieważności czynności prawnej wykraczającej poza granice swobody umów: *„Możliwa jest także bezskuteczność (nieważność) częściowa, o której mówi art. 58 § 3 k.c.”*<sup>105</sup>. Należy wskazać, że bez klauzuli waloryzacyjnej strony również zawarłyby Kontrakt, na co wskazuje fakt, że podobne Kontrakty są zawierane w Polsce i na świecie, zaś doktryna nie uznaje umownej klauzuli waloryzacyjnej za postanowienie określające główne świadczenia stron<sup>106</sup>.
238. W następnych rozdziałach przedstawiona zostanie argumentacja prawna uzasadniająca uznanie postanowień klauzuli „minimum do minimum” za sprzeczne z właściwością (naturą) zobowiązania oraz z zasadami współżycia społecznego jak również przepisem ustawy. W tym miejscu należy poczynić uwagę teoretyczną, że na potrzeby uzasadnienia prawnego opinii, przyjęto zgodnie z systematyką art. 353<sup>1</sup> k.c. rozdzielne ujęcie właściwości (natury) zobowiązania oraz zasad współżycia społecznego, oraz od przepisu ustawy. Liczni jednak przedstawiciele doktryny wskazują, że *„kryterium „natury” stosunku nie ma samodzielnej, własnej treści, ale w całości pokrywa się bądź z kryterium ustawy, bądź też z kryterium zasad współżycia społecznego.”*<sup>107</sup>. Jednak i oni przyjmują, że: *„Nie oznacza to jednak – jak sądzę – że nie ma ono całkowicie znaczenia. Powołanie się na właściwość stosunku w procesie stosowania prawa stanowi w wielu wypadkach alternatywny i niekiedy prostszy od pozostałych sposobów (odwołujących się do ustawy czy zasad współżycia społecznego), bardziej intuicyjny wariant uzasadnienia decyzji uznającej określone postanowienie umowne za bezskuteczne.”*. W tym też duchu zaprezentowano odpowiednio najpierw kwestię sprzeczności z zasadami współżycia społecznego a następnie sprzeczność z właściwością (naturą) zobowiązania, mając na względzie, że w świetle licznych poglądów literatury ta druga klauzula generalna ma węższy, mniej uniwersalny charakter i może się w części pokrywać z pierwszą.

#### **V.3.4. Naruszenie zasad współżycia społecznego (z art. 58 § 2 i 3 k.c. oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 § 2 i 3 k.c.)**

239. Zamawiający, decydując się na wprowadzenie klauzuli „minimum do minimum”, **przy wykorzystaniu własnej silniejszej pozycji posiada pełną świadomości, iż prowadzić to będzie do znacznego pokrzywdzenia drugiej strony w zakresie zachowania ekwiwalentności świadczeń. Zamawiający mają świadomość, iż** umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowi **umowę adhezyjną**<sup>108</sup>, stąd wykonawcy mogą w istocie jedynie zaakceptować narzucone im

<sup>105</sup> P. Machnikowski, [w:] System Prawa Prywatnego (red. E. Łętowska), Warszawa 2006, s. 501.

<sup>106</sup> T. Dybowski, A. Pyrzyńska, [w:] System Prawa Prywatnego (red. E. Łętowska), Warszawa 2006, s. 236.

<sup>107</sup> P. Machnikowski, [w:] System Prawa Prywatnego (red. E. Łętowska), Warszawa 2006, s. 508.

<sup>108</sup> Por. wyrok SN z 2 lipca 2021, III CSKP 82/21, wyrok SN z 17 czerwca 2016 r., IV CSK 674/15; wyrok SN z 18 lutego 2016 r., II CSK 197/15, wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1166/13, wyrok KIO z 29 maja 2020 r., KIO 650/20; wyrok KIO z 18.03.2011, KIO 461/11, R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na*

postanowienia, a zadawanie pytań zazwyczaj nie doprowadza do zmiany postanowień. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że **umowa naruszająca zasady uczciwego obrotu oraz lojalności** wobec kontrahenta może być uznana za sprzeczną z zasadami współzycia społecznego. Dotyczy to m.in. sytuacji, gdy do ukształtowania stosunku umownego w sposób wyraźnie krzywdzący dla jednej ze stron doszło przy świadomym bądź choćby tylko **spowodowanym niedbalstwem wykorzystaniu przez drugą stronę własnej silniejszej pozycji, przy znacznej intensywności pokrzywdzenia drugiej strony**<sup>109</sup>.

240. O naruszeniu zasad współzycia społecznego mówi się w sytuacji **negatywnej ocena umowy w świetle wartości moralnych**, tj. kiedy: „*dochodzi do zachwiania równowagi między świadczeniami stron, naruszającego porządek moralny*”<sup>110</sup>. Sytuacja taka bez wątplenia ma miejsce w sytuacji wprowadzenia do kontraktu **treści klauzuli waloryzacyjnej „minimum do minimum”, która prowadzi do asymetrycznego rozkładu ryzyka wzrostu cen choćby w zakresie kosztów pośrednich**, z wykorzystaniem silniejszej pozycji kontraktowej zamawiającego. Zachowanie takie należy oceniać w kategoriach kontraktowego nadużycia, działania niełojalnego, prowadzącego do zachwiania słuszności kontraktowej i sprawiedliwego rozkładu praw i obowiązków umownych.
241. Podobnie inni autorzy wskazują, że: „*Zasady współzycia społecznego oznaczają oceny moralne, wyrażone często w postaci uzasadnionych przez te oceny norm postępowania (norm moralnych), regulujących postępowanie jednych osób wobec innych. Ocena moralna to przeżycie polegające na udzieleniu aprobaty lub dezaprobaty jakiemuś czynowi ludzkiemu ze względu na to, w jakim stopniu przyczynia się ono do sprawiedliwego dobra innych ludzi*”<sup>111</sup>. Na jednoznaczną dezaprobatę zasługuje działanie w postaci niesprawiedliwego rozłożenia ryzyka i ciężarów wzrostu kosztów ogólnych będących składową kosztów wykonania zamówienia publicznego – złożenia ich na barki jedynie wykonawców.

#### V.3.4.1. Naruszenie słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej

242. W konsekwencji stosowania klauzuli waloryzacyjnej zawężającej waloryzację do pensji i stawek minimalnych i nierekompensujących wzrostu kosztów pośrednich, dochodzi na gruncie umów zawieranych w trybie zamówień publicznych do naruszenia **tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej** rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym jak też **korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku – wszystko to uzasadnia nieważność klauzuli waloryzującej „minimum do minimum” podstawie art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 § 2 i 3 k.c.**

*zamówienia publiczne - zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 28; Z. Gordon, *O typologicznej kwalifikacji umów w sprawach zamówień publicznych*, Pzp 2013, z.3, s. 8.

<sup>109</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 26 maja 2021 r., V CSKP 28/21, postanowienie Sądu Najwyższego z 4 kwietnia 2019 r., III CSK 101/17.

<sup>110</sup> Tak K. Osajda, *Kodeks cywilny. Komentarz*. Legalis 353[1] pkt 89

<sup>111</sup> Tak P. Machnikowski, [w:] *System Prawa Prywatnego* (red. E. Łętowska), Warszawa 2006, s. 495.

#### V.3.4.1.1 Słuszność kontraktowa w doktrynie i orzecznictwie

243. W literaturze wskazuje się właśnie na **podstawowe znaczenie równomiernego rozkładu uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym**: „W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. **słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej**, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Przede wszystkim, choć nie wyłącznie, ocenie z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych czy też, szerzej dwustronnie zobowiązujących”<sup>112</sup>. (...) O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy **zawarta przez strony umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej)**, a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego”<sup>113</sup>. Przykładem nadużycia pozycji dominującej zwłaszcza dużych zamawiających publicznych jest narzucanie brzmienia klauzuli waloryzacyjnej zawartej w umowie na podstawie art. 436 pkt 4 lit b.) PZP wprost sprzecznej z celem przepisu (zob. rozdział III.1.1) i jego prawidłową wykładnią (zob. rozdziały III.1.2-III.1.3). **Szczegółowo rzecz ujmując, wśród zasad współżycia społecznego istotnych dla takiej oceny klauzuli waloryzacyjnej minimum do minimum należy wskazać: rzetelność i lojalność wobec kontrahenta, sprawiedliwość, uczciwość równość stron, słuszność kontraktowa, zasady uczciwego obrotu.**
244. Kwestia naruszenia wspomnianych powyżej zasad przy jednoczesnym wykorzystaniu silniejszej pozycji kontraktowej doczekała się obszernego orzecznictwa. Należy tu wskazać m.in., że: „w orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie prezentowano, zasługujący na podzielenie pogląd, iż **umowa naruszająca zasady uczciwego obrotu oraz lojalności wobec kontrahenta może być uznana za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego, w razie braku wystąpienia wyzysku lub nie powstania wszystkich jego przesłanek przewidzianych w art. 388 § 1 k.c.** Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy do ukształtowania stosunków umownych w **sposób wyraźnie krzywdzący** dla jednej ze stron doszło przy świadomym lub tylko spowodowanym niedbalstwem **wykorzystaniu przez drugą stronę swojej silniejszej pozycji**, przy znacznej intensywności pokrzywdzenia drugiej strony”<sup>114</sup>. Podobnie klauzula nadmiernie wąsko sformułowana i niewaloryzująca kosztów ogólnych stanowi **ukształtowanie stosunku prawnego, w sposób krzywdzący wykonawców ze świadomym wykorzystaniem swojej silniejszej pozycji.**
245. Podobnie w wyroku SA w Krakowie z 22.11.2021 r., I ACa 348/20, LEX nr 3302167, wskazano, że: „O sprzeczności z zasadami współżycia społecznego mówi się w

<sup>112</sup> P. Machnikowski, [w:] System Prawa Prywatnego (red. E. Łętowska), Warszawa 2006, s. 495.

<sup>113</sup> P. Machnikowski, [w:] System Prawa Prywatnego (red. E. Łętowska), Warszawa 2006, s. 495.

<sup>114</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 31.03.2016 r., IV CSK 372/15, LEX nr 2037908.

związku z tym także, gdy **na gruncie danej umowy dochodzi do naruszenia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej rozumianej jako równomierny rozkład korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku**. Takie naruszenie ma miejsce, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem w pełni świadomości i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna. **Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest w tych tylko przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi kontraktowej**". Tymczasem w realiach zamówień publicznych nie podlegająca negocjacom nadmiernie wąska treść klauzuli waloryzacyjnej naruszającej wykładnię art. 436 pkt 4 lit. b) PZP jest wprowadzana przez zamawiających z wykorzystaniem w tym aspekcie ich przewagi kontraktowej.

246. Oceny zasad współżycia społecznego w realiach obrotu profesjonalnego dotyczy m.in. wyrok SA w Warszawie z 14.05.2014 r., I ACa 1650/13, akcentujący istnienie **„powszechnie akceptowanych reguł przyzwoitego zachowania się wobec kontrahenta. Szczególne znaczenie mają reguły uczciwości i rzetelności tzw. kupieckiej, których należy wymagać od przedsiębiorcy - profesjonalisty na rynku, a mianowicie przestrzegania dobrych obyczajów, zasad uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania czy lojalności i zaufania. Każda ze stron umowy powinna zatem powstrzymać się od wszelkich zachowań, które świadczą o braku respektu dla interesów partnera lub wywołują uszczerbek w tych interesach** (wyr. SN z dnia 22 czerwca 2010 r., IV CSK 555/09, Lex nr 885035 wyrok z dnia 2 października 2003 r. V CK 241/02, Lex nr 175961).” Ponadto w wyroku tym wskazano, że: **„Judykatura przyjmuje ponadto, że do uznania umowy za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego może prowadzić skrajne naruszenie zasady równości stron.”** [...] „Artykuł 353(1) k.c. nakłada na strony stosunku prawnego ograniczenia w kształtowaniu umów właśnie m.in. z punktu widzenia zasad współżycia społecznego. **Naruszeniem zasad współżycia społecznego będzie zawarcie umowy sprzecznej z uczciwością i rzetelnością kupiecką lub takiej, która kształtować będzie wzajemne stosunki między stronami w sposób ewidentnie uchybiający słuszności.**”
247. Podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 29.12.2022 r., XXIV C 400/21, LEX nr 3700354. Przyjęto, że „Szczęólnego znaczenia na tle art. 58 § 2 k.c. nabierają oceny moralne dokonywane z uwagi na wartość jaką stanowi sprawiedliwa równość podmiotów. Pozwalają one w pewnych przypadkach uznać umowę za nieważną na podstawie przywołanego przepisu **jeżeli jej zawarcie lub nadanie jej określonej treści było wynikiem nadużycia przez jedną ze stron silniejszej (pod różnymi względami) pozycji** (...). O sprzeczności z zasadami współżycia społecznego mówi się także, gdy **na gruncie danej umowy dochodzi do naruszenia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku** (...). Takie naruszenie ma miejsce, gdy zawarta przez

- stronę umowa nie jest wyrazem w pełni świadomie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy **presja ekonomiczna**”
248. Natomiast w wyroku SA w Warszawie z 30.09.2022 r., I ACa 185/22, LEX nr 3501702, zauważono, że „**Działanie wbrew dobrym obyczajom**, w zakresie kształtowania treści stosunku obligacyjnego, oznacza natomiast tworzenie przez partnera konsumenta takich **klauzul umownych, które godzą w równowagę kontraktową stron stosunku umownego.**” Kwestia jest zresztą w sprawach z udziałem konsumentów gruntownie przeanalizowana (zob. m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 listopada 2015 r., I CSK 945/14. Sytuacja wykonawców zamówień publicznych jest w tym przypadku o tyle zbliżona do konsumentów, że pomimo profesjonalnego charakteru swojej działalności, mają oni po drugiej stronie kontraktu podmiot o silniejszej pozycji, który narzucił określoną treść klauzuli waloryzacyjnej.
249. Porównanie z konsumentem jest natomiast istotne w kontekście kwestii poruszonych w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 2 kwietnia 2015 r., I CSK 257/14: „Proces inwestycyjny prowadzący do wybudowania i sprzedaży wyodrębnianych na własność lokali jest długotrwały z uwagi na jego uwarunkowania techniczne i prawne, a to rodzi ryzyko, że czynniki zewnętrzne, rynkowe będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych przez nie na podstawie umowy. **Klauzula waloryzacyjna ma takie oddziaływania zminimalizować, a dzieje się to w interesie obu stron umowy. Trzeba podkreślić, że kontrahent konsumenta musi się na rynku utrzymać, żeby mógł wykonać swoje zobowiązania wobec niego, a zagwarantowanie mu, że otrzyma od konsumenta świadczenia o takiej sile nabywczej, na jaką liczył przy zawarciu umowy ma istotne znaczenie dla zrealizowania tego celu.** (...) Zawarcie umowy zgodnie z wzorcem na początkowym etapie realizacji inwestycji sprawia, że kupujący przez dłuższy czas musi liczyć się z poddaniem mechanizmowi waloryzacyjnemu ceny, którą ratalnie płaci za lokal. Waloryzowanie ceny przy wykorzystaniu zobiektywizowanych wskaźników, nawiązujących do charakteru umowy i przesłanek, które decydowały o określeniu jej wysokości w samej umowie nie jest równoznaczna z określeniem ceny lub jej podwyższeniem wyłącznie przez prowadzącego proces inwestycyjny kontrahenta konsumenta. Przyjęcie, że w takim przypadku konsument musi mieć zagwarantowane nieograniczone prawo odstąpienia od umowy byłoby równoznaczne **z przerzuceniem na kontrahenta konsumenta wszelkiego ryzyka związanego z działaniem czynników rynkowych, sprawiających, że wzajemne świadczenie kupującego traciło na wartości przez czas związania umową.** Ogólny wzorzec kontroli z art. 3851 § 1 KC nie przewiduje obowiązku wprowadzania do umowy nieograniczonego uprawnienia do odstąpienia od niej w przypadku zastosowania waloryzacji umownej.”. Skoro w w/w wyroku za niedopuszczalne uznano przerzucenie całości ryzyka na stronę silniejszą, to tym bardziej jest to niedopuszczalne w stosunku do strony równorzędnej, choć w gruncie rzeczy trafniejsze wydaje się wskazanie, że wykonawcy są w kontraktowo słabszej pozycji względem zamawiających publicznych.
250. Podobnie w doktrynie wskazuje się, że: „**Ograniczenia zasady swobody umów mogą wynikać także z zasad współżycia społecznego, które służą ochronie**

**tw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym (czy także korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku (...)). W tym zakresie badaniu podlega przede wszystkim stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych czy szerzej: dwustronnie zobowiązujących. W przypadku gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca, czyli znacznie przekracza zwykle obserwowane wahania cen towarów i usług (czy także zwykle stosowane marże zysku jednej ze stron transakcji), dochodzi do naruszenia reguł sprawiedliwości kontraktowej. Naruszenie zasad współzycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy ma miejsce w przypadku, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, ponieważ na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy lub presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyny tego nie stanowi niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Z istoty zasad współzycia społecznego jako ocen i norm moralnych, wynika ponadto konieczność uwzględniania także postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy z perspektywy kryteriów moralnych uzasadniona jest jedynie w tych sytuacjach, w których kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi.<sup>115</sup>**

251. Na gruncie zasad współzycia społecznego przykładem nadużycia pozycji dominującej zamawiającego publicznym narzuceniem wykonawcom treści klauzuli waloryzacyjnej.

#### **V.3.4.1.2 Rażąca nieekwiwalentność świadczeń stron – Rażąca dysproporcja między wartością wynagrodzenia umownego a realnymi kosztami realizacji**

252. Jako kolejny aspekt wynikający z zasady swobody umów i wchodzący w skład słuszności kontraktowej, należy w omawianym kontekście nadmiernie wąsko sformułowanej klauzuli waloryzacyjnej wyróżnić i rozpatrzyć kwestię powstałego w efekcie tej regulacji **stanu rażącej nieekwiwalentności świadczeń stron**, który prowadzić musi do uznania niezgodności wskazanej klauzuli z zasadami współzycia społecznego (art. 58 § 3 k.c. w zw. z art. 58 § 2 k.c.). Doktryna wskazuje, że zachowanie wymogu zapewnienia słuszności kontraktowej podlega kontroli przede wszystkim **ze względu na wartość świadczeń stron umów wzajemnych** czy też dwustronnie zobowiązujących<sup>116</sup>.
253. Treść klauzuli waloryzacyjnej prowadzącą do odmowy waloryzacji kosztów ogólnych, można bowiem przy przedstawionych na wstępie założeniach postrzegać nie tylko jako samodzielny ważny powód sprzeczności z naturą stosunku i przekroczenia granic swobody umów, ale co istotne jako poważne zachwianie i w konsekwencji naruszenie równowagi kontraktowej stron oraz **nierównomierne obciążenie tylko jednej strony umowy (wykonawcy) ciężarami**

<sup>115</sup> M. Załucki (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 3, Warszawa 2023/Kozieł, art. 353(1).

<sup>116</sup> Zob. P. Machnikowski, [w:] System Prawa Prywatnego (red. E. Łętowska), Warszawa 2006, s. 495.



- nieproporcjonalnymi do korzyści jakie otrzymuje ona na podstawie umowy**, będącej wszak dwustronnie zobowiązującą, a więc z wpisaniem w zobowiązania synallagmatyczne założeniem ekwiwalentności świadczeń stron.
254. Właśnie zachowaniu równowagi stron przy umowach długookresowych zawieranych w reżimie zamówień publicznych służyć miały mechanizmy waloryzacyjne przewidziane w PZP, które jak widać, wskutek błędnych praktyk zamawiających (faktyczne ograniczanie klauzuli indeksacyjnej do minimum), nie spełniają jednak swojego zadania i nie zapobiegają powstawaniu dysproporcji w świadczeniach stron. Na skutek bowiem braku odpowiedniej waloryzacji (uwzględniającej koszty ogólne), stosunek wartości świadczenia zamawiającego i wykonawcy zamówienia publicznego zmienia się w ten sposób, że **zamawiający otrzymuje w efekcie świadczenie wykonawcy umowy ponosząc jedynie ułamek ciężaru jaki w normalnych warunkach musiałby świadczyć w zamian. Okoliczność taka - nieekwiwalentny stosunek prawny prowadzi do nieważności ex lege (art. 58 § 2 i 3 k.c.) klauzuli waloryzacyjnej - z której taka asymetryczna alokacja ryzyka wynika, i która nie zabezpiecza sprawiedliwie interesu wykonawcy – z uwagi na sprzeczność z zasadami współżycia społecznego.**
255. Jak zauważa się w doktrynie: *„ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego jako granicy swobody umów jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badaniu z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega przede wszystkim (choć nie wyłącznie) stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych czy też, szerzej, dwustronnie zobowiązujących. O naruszeniu reguł sprawiedliwości można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca, czyli znacznie przekracza zwykle obserwowane wahania cen towarów i usług czy też zwykle stosowane marże zysku jednej ze stron transakcji.”*<sup>117</sup>.
256. W tym kontekście wprowadzenie niesprawiedliwej treści klauzuli waloryzacyjnej prowadzącej do odmowy uczciwej waloryzacji wynagrodzenia należy również postrzegać jako **niewywiązanie się z obowiązku lojalności kontraktowej** (uczciwości obrotu) wobec partnera umownego i świadome narażanie go na straty przy dalszym wykonywaniu umowy. W zakresie uczciwości obrotu zamawiający publicznie winni **wyznaczać odpowiednie standardy** i normy, nie zaś równać w dół do marginesu i praktyk niesprawiedliwych. Mają oni bowiem pełną wiedzę na temat prawidłowej praktyki polskiej i zagranicznej oraz instrumentarium prawne, żeby ją stosować.
257. Nie może ulegać wątpliwości, że umowa o zamówienie publiczne jest w obecnej praktyce umową o cechach adhezyjności, zawartą przez zamawiającego publicznego mającego faktyczną przewagę nad kontrahentem. **Wykonawca zamówienia** (nawet najsilniejsza polska spółka z danej branży usługowej) **w sposób funkcjonalny jest bowiem zależny ekonomicznie** (znajduje się na słabszej pozycji kontraktowej) od zamawiającego, który przykładowo dysponuje

<sup>117</sup> Zob. P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 11, Warszawa 2023, Legalis art. 353[1], nb. 17.

praktycznie monopolem w danej branży infrastrukturalnej: drogowej, sieci energetycznej albo kolejowej, mającego za sobą Skarb Państwa i jego aparat administracyjny i fiskalny, i decydującego o rozpisaniu przetargu, jego warunkach, maksymalnej możliwej cenie etc. W tym kontekście w orzecznictwie przyjmuje się bowiem, że: *„obiektywnie niekorzystna dla jednej strony treść umowy zasługuje na negatywną ocenę moralną, a w konsekwencji prowadzić do uznania umowy za sprzeczną z zasadami współzycia społecznego w sytuacji, gdy do takiego ukształtowania stosunków umownych, który jest dla niej w sposób widoczny krzywdzący, doszło przy świadomym lub tylko spowodowanym niedbalstwem, wykorzystaniu przez drugą stronę swojej silniejszej pozycji. Umowa zawarta przez stronę działającą pod presją faktycznej przewagi kontrahenta nie może być bowiem uznana za wyraz w pełni swobodnej i rozważnie podjętej przez nią decyzji. Dominująca pozycja jednej ze stron umowy w stosunku do kontrahenta może być zarówno następstwem istniejącego między nimi stosunku zależności o charakterze ekonomicznym (...) Tak samo ocenić trzeba umowę zawartą w warunkach nacisku jednej strony przez wykorzystanie wpływów, czy pozycji związanej z zajmowanym stanowiskiem, z którym wiąże się decydowanie o sytuacji kontrahentów. W tym stanie rzeczy podstawa wniesionej skargi kasacyjnej jest usprawiedliwiona w zakresie zarzucanego w niej naruszenia art. 58 § 2 i art. 353<sup>1</sup> KC”<sup>118</sup>.*

258. W judykaturze ugruntowane jest bowiem stanowisko, że naruszają zasady współzycia społecznego umowy obligacyjne, które kształtują prawa i obowiązki stron stosunku **w sposób nieodpowiadający słuszności kontraktowej**. W szczególności będą to umowy sprzeciwiające się regułom uczciwości i rzetelności profesjonalnej oraz **kontrakty rażąco nierównoważnie kształtujące wzajemne prawa i obowiązki**<sup>119</sup>.
259. Identyczne stanowisko zaprezentowano w stosunku do umów o zamówienie publiczne choćby w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2010 r., KIO 1388/10, gdzie jednocześnie wskazano, że: *„z dezaprobatą moralną spotkać się mogą kontrakty, gdy rażąco nierównoważnie kształtują ryzyka związane z powstaniem lub wykonaniem zobowiązania (tak, wyrok Sądu Najwyższego z 4 października 2001 r., I CKN 328/99; wyrok Sądu Najwyższego z 9 listopada 2006 r., IV CSK 208/06, Pi-. Bank. 2007, nr 7-8, s. 4)”<sup>120</sup>.*
260. W orzecznictwie nie ma też wątpliwości, że **umowa która jest „skonstruowana w taki sposób, by stwarzać wrażenie równorzędności** stron w przypadku danych uprawnień lub obowiązków, by następnie w rozwinięciu danego punktu całkowicie tę równość przekreślić” i której „rzeczywisty cel umowy, a to

<sup>118</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 18 marca 2008, IV CSK 478/07. Por. wyrok Sądu Najwyższego z 12 listopada 1974 r., I CR 602/74, OSP 1976, nr 7-8, poz. 143, uchwała SN z 9 marca 1993 r., III CZP 27/93, OSP 1994, nr 2, poz. 27. Podobnie wyrok Sądu Najwyższego z 19.9.2013 r., I CSK 651/12, OSNC 2014, Nr 7-8, poz. 76.

<sup>119</sup> Zob. choćby wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie - XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 13 sierpnia 2014 r., XII Ga 231/14. Por. w tej kwestii liczne wyroki SN z 6 stycznia 1976 r., I CR 713/75, oraz 7 stycznia 1980 r., II CR 464/79, OSN 1980, nr 7-8, poz. 145; uchwała SN (7) z 22 maja 1991 r., III CZP 15/91, OSN 1992, nr 1, poz. 1; uchwała SN (7) z 17 września 1992 r., OSN 1993, nr 3, poz. 24; wyroki SN z: 11 września 2003 r., III CKN 579/01, OSN 2004, nr 10, poz. 167; 8 października 2004 r., V CK 670/03, OSN 2005, nr 9, poz. 162; 23 czerwca 2005 r., II CK 739/04.

<sup>120</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2010 r., KIO 1388/10.

**osiągnięcie zysku przez jedną tylko ze stron (...) przy nałożeniu licznych obowiązków i ograniczeń co do możliwości zarobkowych pozwanego**<sup>121</sup> jest sprzeczna z zasadami współzycia społecznego. W istocie do takiego efektu prowadzi właśnie klauzula waloryzacyjna „minimum do minimum”, prowadząca do odmowy waloryzacji wynagrodzenia należnego na podstawie umowy w zakresie kosztów ogólnych, która w chwili zawierania może stwarzać pozór równorzędności, by jednak następnie nie spełnić oczekiwań pokładanych w mechanizmie waloryzacyjnym weń wpisanym. Niewpisanie efektywnego mechanizmu waloryzacyjnego do umowy oraz późniejsze arbitralne odmawianie waloryzacji stanowi **nadużycie pozycji silniejszego w stosunku zobowiązaniowym w stopniu jaskrawym i godzi w lojalność kontraktową**. W rezultacie rzeczywisty cel zamówienia publicznego oraz cel społeczno-gospodarczy umowy sprowadzony zostaje do osiągnięcia zysku przez zamawiającego kosztem wykonawcy, oraz ograniczenia możliwości uzyskania należnego wynagrodzenia.

261. Zdaniem natomiast Piotra Machnikowskiego: „*Dla porównania świadczeń konieczne jest ustalenie ich wartości rynkowej (...), a o naruszeniu reguł sprawiedliwości można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca, czyli znacznie przekracza zwykle obserwowane wahania cen towarów i usług czy też zwykle stosowane marże zysku jednej ze stron transakcji. Inne ujęcie byłoby niepraktyczne z punktu widzenia potrzeb obrotu. Nie ma – i ze względu na charakter klauzuli generalnej być nie może – liczbowego kryterium tej oceny, w literaturze i w orzecznictwie nawiązuje się jednak niekiedy (zwykle z różnymi „ostrożnościowymi” zastrzeżeniami) do kategorii „pokrzywdzenia o połowę wartości” (laesio enormis), jako wyrażającej powszechny w społeczeństwie pogląd moralny. (...) Trudniejszym zadaniem jest badanie rozkładu innych niż długi i wierzytelności obowiązków i uprawnień stron. Chodzi tu o ustalenie, czy strony równomiernie obciążone są obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. W literaturze wskazuje się na konieczność zapewnienia wzajemności lub odpowiedniości uprawnień (rozumianych jako przysługiwanie obu stronom takich samych uprawnień lub uprawnień różnych postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień) oraz **proporcjonalności uprawnień** (tj. dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego).”.*
262. Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej opinii, należy wskazać, że ograniczenie do zera waloryzacji wzrostu kosztów ogólnych **w sytuacji jakiegokolwiek wzrostu kosztów stanowi bez wątpienia naruszenie o ponad połowę, a w istocie o 100%**. Samo założenie zakładające zwrot wykonawcom jedynie minimum wzrostu wynagrodzeń z kosztów bezpośrednich, w połączeniu z nieuwzględnianiem w ogóle wzrostu pozostałych wynagrodzeń i kosztów ogólnych *ex definitione* stanowi przykład „**pokrzywdzenia o połowę wartości**” (*laesio enormis*). Skumulowanie bowiem obu ograniczników rodzajowych i kwotowych daje efekt **multiplikujący pokrzywdzenie**,

<sup>121</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 25 września 2014 r., XII Ga 463/14.

**ponieważ nałożenie na założenie zwrotu „minimum” dodatkowo blokady zwrotu kosztów na który wpływał wzrost minimalnego wynagrodzenia/stawki prowadzi do nierównomiernego obciążenia obowiązkami i ryzykami, przy jednoczesnym niezapewnieniu wzajemności lub odpowiedniości uprawnień. Brak jest przysługiwania obu stronom takich samych uprawnień lub uprawnień różnych postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie. Nie funkcjonuje na gruncie klauzuli waloryzacyjnej w jej brzmieniu „minimum do minimum” mechanizm zrównoważenia dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień. W efekcie dochodzi do nieproporcjonalności uprawnień tj. niedostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów zamawiającego, kosztem wykonawcy.**

263. Podsumowując tę część rozważań należy wskazać, że powstała w wyniku zastosowania klauzuli waloryzacyjnej „minimum do minimum” odmowa waloryzacji i sytuacja rażącej nieekwiwalentności świadczeń stron, której przyczyna leży w świadomym lub niedbałym niezapewnieniu w umowie odpowiednich mechanizmów waloryzacyjnych, powinna (analogicznie do poglądów doktryny i orzecznictwa na kanwie konkretnych spraw) zostać uznana za samodzielne kryterium oceny umowy jako niezgodnej z zasadami współżycia społecznego (takimi jak: ekwiwalentność, sprawiedliwość, lojalność kontraktowa) lub według innego poglądu powinna być jedną z dwóch ujmowanych łącznie przesłanek (obok kryterium subiektywnego związanego z naruszeniem autonomii woli przy zawieraniu umowy), których spełnienie skutkować powinno uznaniem przez sąd w tej sprawie, że **postanowienia takiej waloryzacyjnej te zasady naruszyły**. Skutkiem takiej kwalifikacji przez Sąd winno być orzeczenie nieważności tej części umowy na gruncie art. 58 § 2 i 3 k.c.

### **V.3.5. Przekroczenie granic swobody umowy poprzez sprzeczność klauzuli waloryzacyjnej „minimum do minimum” z właściwością (naturą) umowy zawartej w trybie zamówień publicznych (art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c.)**

#### **V.3.5.1. Ujęcie szersze i węższe**

264. Przyjmując zatem na potrzeby argumentu stanowisko o autonomicznym charakterze przesłanki właściwości (natury) stosunku jako granicy swobody umów na gruncie art. 353<sup>1</sup> k.c., należy wskazać, że **klauzula waloryzacyjna nadmiernie wąsko ujmująca obowiązek waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy i blokująca wyrównanie wzrostu kosztów ogólnych są bezwzględnie nieważne na podstawie art. 58 § 3 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c., właśnie ze względu na naruszenie właściwości (natury) zobowiązania zarówno w aspekcie szerokim, jak i węższym tj. natury stosunku prawnego – umowy realizowanej w trybie zamówienia publicznego i zawierającej postanowienia oddające zadość zasadzie waloryzacji (obligatoryjną klauzulę waloryzacyjną).**
265. W literaturze polskiej przedstawiono rozmaite sposoby interpretowania zwrotu **właściwość (natura) stosunku**, który stanowi trzecie ograniczenie zakresu swobody kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego, wymienione w

sformułowaniu art. 353<sup>1</sup> k.c., notabene na pierwszym miejscu. Według koncepcji Marka Safjana wyróżnia się szersze i węższe znaczenie właściwości (natury) stosunku: „Szersze oznaczałoby podstawowe cechy zobowiązaniowego stosunku prawnego, wynikające z samego charakteru tych stosunków w ogóle lub z charakteru pewnej ich kategorii, których naruszenie prowadziłyby do pozbawienia nawiązywanej więzi prawnej sensu czy też istoty. **Właściwość (natura) stosunku w węższym znaczenia związana byłaby z określonym typem stosunku zobowiązaniowego i oznaczała te jego elementy, których modyfikacja lub usunięcie prowadziłyby do zniekształcenia modelu więzi prawnej związanej z danym typem umowy.**” (...) „**model poszczególnego typu zobowiązania tworzą te minimalne elementy danego stosunku, bez których traciłyby on swój sens gospodarczy albo wewnętrzną równowagę aksjologiczną**”.<sup>122</sup>

266. Klauzula waloryzacyjna „minimum do minimum” w zakresie i sposobie wskazanym wielokrotnie powyżej, przekracza granicę swobody umów wyznaczoną przez właściwość (naturę) stosunku w każdym z powyższych ujęć, zarówno w ujęciu węższym, jak i szerszym,. W tej części umowa jest więc bezwzględnie nieważna, zachowując moc w pozostałej, dając asumpt roszczeniu o odszkodowanie (zob. uwagi w rozdziale V.3.2.4 powyżej).

#### **V.3.5.2. Naruszenie natury stosunku w ujęciu szerszym - nierównorzędność stron w zakresie podziału ryzyka gospodarczego - asymetryczna alokacja ryzyka wzrostu cen**

267. W ujęciu szerokim mamy do czynienia z treścią stosunku prawnego – klauzuli waloryzacyjnej „minimum do minimum” – cechującą się **nierównorzędnością stron w aspekcie rozłożenia ryzyk oraz wypaczeniem celu społeczno-gospodarczego i naruszeniem ekonomicznego interesu wykonawców, zmuszonych do współfinansowania zamówienia publicznego.** O nierównorzędności stron świadczy choćby limit waloryzacji kosztów bezpośrednich określony na minimum oraz wyłączenie waloryzacji kosztów ogólnych, będący przykładem rażąco błędnej alokacji ryzyk, szans i korzyści oraz zachwiania równowagi kontraktowej.
268. **Zamawiający w konstrukcji klauzuli waloryzacyjnej „minimum do minimum” zarządzają ryzykiem finansowym w sposób dowolny, według swojego jedynie interesu,** przerzucając jego znaczną część na wykonawców, choć nie powinni tego robić. Klauzula waloryzacyjna w takim kształcie diametralnie odbiega od celu zobowiązania społeczno-gospodarczego. W wyroku KIO z 5 stycznia 2021 (sygn. akt KIO 3600/21) KIO 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**

<sup>122</sup> Zob. P. Machnikowski, [w:] System Prawa Prywatnego (red. E. Łętowska), Warszawa 2006, s. 501. Por. M. Safjan, Zasady swobody umów (Uwagi wstępne na tle wykładni Art. 353<sup>1</sup> k.c.), PiP 1993, Nr 4.

skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i **być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej**".

269. Wobec okoliczności zmian na rynku wynagrodzeń, zaprezentowanych w rozdziale II.3, jest oczywiste, że klauzula waloryzacyjna „minimum do minimum” **nie jest adekwatna do sytuacji rynkowej – limit w niej wskazany jest zatem ustalony sprzecznie z naturą umowy w sprawie zamówień publicznych**.

#### V.3.5.3. Naruszenie zasady waloryzacji

270. Zarówno ograniczenie zwrotu wzrostu kosztów bezpośrednich do prostego wyrównania minimalnej jak i całkowita blokada zwrotu wzrostu kosztów ogólnych - a więc sedno skutków nieprawidłowej wykładni art. 436 PZP stojącej za sformułowaniem klauzuli „minimum do minimum”, ograniczającej zwrot faktycznie należnej kwoty z tytułu wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę - godzą w naturę stosunku wynikającego z zawartej umowy zamówienia publicznego, poprzez naruszenie ustawowo i konstrukcyjnie wpisanej w jej treść zasady waloryzacji, oraz jej konsekwencji.
271. Generalnie, wykonanie zobowiązań pieniężnych następuje w świetle zasady nominalizmu i zasady waloryzacji, które pozwalają zachować sprawiedliwe podejście do kwestii, „*jaka wartość pieniądza jest miarodajna przy wykonaniu zobowiązania pieniężnego*”<sup>123</sup>. Jak wskazuje się w doktrynie: „*Problem wartości pieniądza staje się wyraźnie widoczny w sytuacji, gdy między powstaniem zobowiązania a jego wykonaniem następuje istotna zmiana siły nabywczej pieniądza*”<sup>124</sup>. Strony mogą jednak zgodnie z art. 358<sup>1</sup> § 2 k.c. same zabezpieczyć się przed skutkami deprecjacji pieniądza, zamieszczając wśród postanowień umowy odpowiednie klauzule waloryzacyjne, które uchylają zasadę nominalizmu. Zgodnie z tym przepisem „*Strony mogą zastrzec w umowie, że wysokość świadczenia pieniężnego zostanie ustalona według innego niż pieniądz miernika wartości*”.
272. **Klauzula waloryzacyjna ma konstrukcyjnie zminimalizować ryzyko**, że czynniki zewnętrzne, rynkowe będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych przez nie na podstawie umowy. **Minimalizacja tego oddziaływania dzieje się w interesie obu stron umowy. Trzeba podkreślić, że wykonawca musi się na rynku utrzymać i mieć środki na wykonanie swojego zobowiązania wobec zamawiającego, a zagwarantowanie mu, że otrzyma od zamawiającego świadczenia o takiej sile nabywczej, na jaką liczył przy zawarciu umowy ma istotne znaczenie dla zrealizowania tego celu** (por. wyrok Sądu Najwyższego z 2 kwietnia 2015 r., I CSK 257/14). **Uczynienie z waloryzacji jedynie formalnej wydmuszki nieoddającej realiów ekonomicznych, w tym zaniechanie odwołania do ogólnodostępnych wskaźników, burzę konstrukcje minimalizacji ryzyka i przez to może łamać naturę stosunku wynikającego z zawartej umowy zamówienia publicznego, m.in. w zakresie zasad waloryzacji.**

<sup>123</sup> T. Dybowski, A. Pyrzyńska, [w:] System Prawa Prywatnego (red. E. Łętowska), Warszawa 2006, s. 230.

<sup>124</sup> Ibidem, s. 230.

**V.3.6. Sprzeczność z ustawą - nieważności klauzuli waloryzacyjnej nadmiernie wąskiej z uwagi na naruszenie przepisów ustawy (art. 58 § 1 k.c.) – naruszenie zasady proporcjonalności i przejrzystości**

273. Klauzula waloryzacyjna blokująca waloryzację kosztów ogólnych może zostać uznana za sprzeczną z ustawą – art. 436 PZP (zob. uwagi dot. wykładni w rozdziale III i IV powyżej) oraz art. 16 PZP (odpowiednik art. 7 dPZP) statuującym zasadę proporcjonalności i przejrzystości, oraz art. 17 PZP dotyczącym zasad udzielania zamówień publicznych w sposób zapewniający najlepszą jakość oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych;
274. Należy zauważyć, że co do zasady „**limit waloryzacyjny**” (np. w postaci procentowej lub właśnie klauzuli „minimum do minimum”) **nie był wymaganiem stawianym przez prawo zamówień publicznych dla klauzul waloryzacyjnych w umowach zawartych w tym reżimie.** (tak w poprzednim stanie prawnym wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2014 r, II CSK 773/13), **na pewno zaś nie jest wymagany obecnie na gruncie art. 436 pkt 4 lit. b) PZP.**
275. **W pewnym zakresie ograniczenia waloryzacji klauzulą „minimum do minimum” prowadzą jednak do naruszenia ustawy, tj. w zakresie art. 16 PZP**– zasady proporcjonalności – stanowiącej zasady udzielania zamówień publicznych. O naruszeniu swobody umów świadczy określenie limitu dla wykazywania wpływu na koszty bezpośrednie do wysokości minimalnej krajowej oraz blokada zwrotu wzrostu kosztów ogólnych, w sytuacji, w której (a) wykładnia art. 436 PZP oraz (b) analiza ekonomiczna (zob. Opinia ekonomiczna) wskazują, że istnieje korelacja pomiędzy wzrostem minimalnego wynagrodzenia a pozostałymi wynagrodzeniami winno skutkować waloryzacją na gruncie art. 436 pkt 4 lit. b) PZP również kosztów ponoszonych po wyższych stawkach niż minimalne, co dotyczy też – rodzajowo innych niż bezpośrednio – kosztów ogólnych. Świadczy to o naruszeniu zasady proporcjonalności.
276. Wszystko to prowadzi do wniosku o kwalifikacji naruszenia w prezentowanym przypadku pod kątem **art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 § 1 i 3 k.c. w zw. z 436 pkt 4 lit. b) PZP i art. 16 PZP.** Bowiem **treść i cel klauzuli „minimum do minimum”, jest sprzeczna z ustawą, tj. 436 pkt 4 lit. b) PZP i art. 16 PZP jako całkowicie nieproporcjonalne ograniczenie wykonawcy zwrotu wartości wzrostu wynagrodzenia o znaczną część kosztów bezpośrednich i całe koszty pośrednie.** Każde z tych ograniczników z osobna należy uznać za nieproporcjonalne, a tym bardziej ich kumulację w tego typu klauzuli.
277. W tym kontekście należy przytoczyć, odwołujący się do art. 353<sup>1</sup> k.c., wyrok KIO z 5 stycznia 2021 (sygn. akt KIO 3600/21) KIO uznała, że „***biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia***”

**publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty.**

**Skoro prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, należy uznać, że Zamawiający zarówno za wysoko określił próg zmiany wskaźnika inflacji warunkującego uprawnienie do waloryzacji, jak i zbyt nisko określił maksymalną granicę zmiany wynagrodzenia wykonawcy."**

278. Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, że efekt ekonomiczny klauzuli „minimum do minimum” powoduje naruszenie nie tylko przepis art. 436 pkt 4 lit. b) tiret drugie i piąte PZP w zw. z art. 16 PZP, lecz również samą naturę (właściwość) zobowiązania zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, godząc w ekwiwalentność świadczeń, nierównomiernie rozkładając ryzyka i będąc nieadekwatnymi do ówczesnej i aktualnej sytuacji rynkowej. Jest to bowiem systemowe założenie zbyt niskiego określenia maksymalnej granicy zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

\* \* \*

prof. n. dr hab. Przemysław Drapała  
*radca prawny*

Wojciech Bazan  
*adwokat*

dr Jacek Kudła  
*radca prawny*