

KLAUZULA WALORYZACYJNA W USTAWIE PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

I. Obowiązek waloryzacji

Przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 ustawy Pzp stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Trwający ponad 12 miesięcy proces realizacji zamówienia publicznego, niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływania zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy.

Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych.

Zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.

II. Istota klauzuli waloryzacyjnej

Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

W myśl ustępu 2 przywołanego przepisu 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.

Przy tym należy kolejny raz podkreślić, że przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się zarówno wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie (art. 439 ust. 4 ustawy Pzp).

Obowiązek zawarcia w umowie klauzuli waloryzacyjnej przez zamawiającego dotyczy umów o roboty budowlane lub usługi zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. W przypadku zamówień na dostawę bez względu na okres ich trwania, jak również zamówień na roboty budowlane lub usługi zawarte na okres równy lub krótszy niż 12 miesięcy wprowadzenie klauzul waloryzacyjnych jest fakultatywne, jednak winno nastąpić z zastosowaniem regulacji przewidzianych w art. 439 ust. 2 – 4 ustawy Pzp (wymaganie z art. 440 ustawy Pzp).

III. Obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej

W art. 439 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca kierunkowo wskazał, że klauzula waloryzacyjna powinna zawierać zasady wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że w zależności od przedmiotu zamówienia, branży czy rynku podstawę waloryzacji będą stanowiły różne czynniki cenotwórcze lub koszty, dlatego sporządzenie klauzul ustawowych o ogólnym, uniwersalnym charakterze nie było i nie jest możliwe. To na zamawiającym jako autorze postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, spoczywa obowiązek dokonania analizy swoich potrzeb i wymagań, przedmiotu zamówienia, terminu i warunków jego realizacji, a w konsekwencji wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej w kształcie odpowiadającym charakterowi i specyfice danego przedsięwzięcia.

Wskazany przepis zawiera następujące obligatoryjne elementy, które powinny zawierać klauzule waloryzacyjne:

1. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów (art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp)

Pierwszym takim elementem jest określenie poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia. Prawidłowo ustalony poziom takiej zmiany powinien uwzględniać zmianę cen lub kosztów w danej branży, specyfikę zamówienia, a także odzwierciedlać aktualną sytuację rynkową.

Przez zmianę cen materiałów lub kosztów należy rozumieć zarówno ich wzrost, jak i ich obniżenie względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie. Zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej może powodować zatem odpowiednie zwiększenie, jak również zmniejszenie wynagrodzenia. Poziom takiej zmiany może zostać określony procentowo, jak również kwotowo.

2. Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia (art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp)

Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia winien zostać określony poprzez wskazanie danego punktu w czasie, który posłuży do oceny zaistnienia zmiany uprawniającej do

modyfikacji wynagrodzenia, jak również do ustalenia, czy poziom tej zmiany przekracza wartość wskazaną w umowie. Ustalenie tych okoliczności ma znaczenie dla powstania uprawnienia do żądania zmiany wynagrodzenia. W przypadku gdy umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy (art. 439 ust. 3 ustawy Pzp).

3. Sposób ustalania zmiany wynagrodzenia (art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp)

Kolejnym koniecznym elementem klauzuli waloryzacyjnej jest sposób ustalania zmiany wynagrodzenia. W ramach obowiązku przygotowania projektu umowy poszczególni zamawiający mają swobodę – z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami oraz zasady współdziałania przy wykonaniu umowy – ukształtowania także sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia. Przepis art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje dwa odnośniki w tym zakresie: pierwszym jest użycie odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa GUS, zaś drugim - wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony do żądania zmiany wynagrodzenia.

Warto podkreślić, że nie istnieje wspólny dla wszystkich przypadków wskaźnik waloryzacji. Mierniki waloryzacji należy stosować indywidualnie, w zależności od okoliczności i rodzaju sprawy.

4. Sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia (art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp)

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

Metoda ustalania wpływu takiej zmiany na koszt wykonania zamówienia winna zostać określona w sposób optymalnie obiektywny.

5. Okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy (art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp)

Zamawiający zobowiązany jest również określić, z jaką częstotliwością z żądaniem zmiany wynagrodzenia będzie można wystąpić. Ten element klauzuli winien zapewniać możliwość jej elastycznego i realnego zastosowania.

6. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia (art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp)

Ustalenie maksymalnego pułapu wynagrodzenia za realizowane zamówienie publiczne, a tym samym maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jest istotne zwłaszcza z perspektywy prowadzenia gospodarki finansowej przez zamawiających. Ma na celu ustalenie ekwiwalentności świadczeń stron. Zamawiający może tę wartość ustalić zarówno jako maksymalny procent liczony od wartości pierwotnego wynagrodzenia, jak i maksymalną kwotę, o którą wynagrodzenie może zostać powiększone.

IV. Jak stosować klauzule waloryzacyjne

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

V. Wnioski

Biorąc pod uwagę przybliżone powyżej kwestie, należy w szczególności wskazać, że prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna:

- jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;
- jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych;
- sprzyja sprawnej realizacji inwestycji;
- winna być adekwatna do sytuacji rynkowej;
- nie może stanowić remedium na zaniżoną kalkulację ceny oferty.