



ZMIANA UMOWY Z UWAGI NA NADZWYCZAJNY WZROST CEN (WALORYZACJA WYNAGRODZENIA) - podstawowe zagadnienia

Celem opracowania jest ujęcie w sposób syntetyczny wskazówek dotyczących stosowania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy przez Skarb Państwa lub inny podmiot publiczny, z perspektywy dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz gospodarności działania (wydatków) zamawiającego. W podsumowaniu opracowania zawarto ogólne wnioski odnoszące te wskazówki do zjawisk spowodowanych wojną w Ukrainie.

I. WPROWADZENIE

- (1) Waloryzacja wynagrodzenia jest na potrzeby opracowania rozumiana jako urealnienie wynagrodzenia wykonawcy z uwagi na tego rodzaju wzrost¹ cen materiałów lub innych kosztów niezbędnych do realizacji umowy, który skutkuje powstaniem znacznej nierównowagi ekonomicznej stron umowy² – stanowi instrument, dzięki któremu następuje usunięcie skutków tego zdarzenia. Wobec ryzyka występowania zjawisk trudnych lub nawet niemożliwych do przewidzenia na etapie zawierania umowy, a mających przemożny wpływ na procesy gospodarcze (np. konflikt zbrojny, pandemia), stosowanie mechanizmów waloryzacji wynagrodzenia jest w wielu przypadkach uzasadnione, a wręcz konieczne.

Niedokonanie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy może nie tylko poważnie zachwiać równowagą ekonomiczną stron na niekorzyść wykonawcy, ale częstokroć może prowadzić do negatywnych konsekwencji dla zamawiającego, tj. do skutków mniej korzystnych niż stosowna zmiana umowy.

¹ Ze względu na obecną sytuację rynkową opracowanie skupia się na wzroście cen, a w konsekwencji podwyższeniu wynagrodzenia wykonawcy, należy jednak pamiętać, że w przypadku gwałtownego spadku cen to zamawiającemu na zasadach opisanych w opracowaniu przysługiwałoby żądanie obniżenia wynagrodzenia.

² Zasada swobody umów zezwala na obiektywną ekonomiczną dysproporcję świadczeń stron umowy. Zatem jedynie w przypadkach znacznej dysproporcji świadczeń dopuszczalna jest ingerencja w istniejące zobowiązanie na podstawie przesłanek i w granicach określonych przepisami prawa, w szczególności KC oraz PZP. Wyraźnie zaznaczyć należy, że opracowanie dotyczy tego rodzaju ingerencji *ex post* w już zawartą umowę. Natomiast umowy w sprawie zamówień publicznych mogą zawierać klauzule waloryzacyjne obejmujące swym zakresem zmiany cen nie tylko o charakterze nadzwyczajnym i prowadzącym do znacznego zachwiania ekwiwalentności świadczeń. Wprowadzanie bowiem do umów w sprawie zamówień publicznych postanowień pozwalających na dostosowanie zobowiązań stron do zmieniających się okoliczności należy oceniać generalnie pozytywnie. Jest to również rozwiązanie zdecydowanie właściwsze niż epizodyczne korzystanie z wyjątkowych rozwiązań ustawowych zezwalających na dokonanie zmiany umowy, o których mowa w tym opracowaniu.

- (2) Zarówno na gruncie prawa zamówień publicznych hołdującego zasadzie niezmienności umów, jak i na gruncie Kodeksu cywilnego, który traktuje zmianę wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy jako sytuację nadzwyczajną, **nie budzi wątpliwości sama możliwość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.**

Kluczowe jest sprawdzenie, czy zaistniały przesłanki waloryzacji oraz uchwycenie właściwego (uzasadnionego w konkretnych okolicznościach) jej zakresu. W zależności od rodzaju okoliczności, które uzasadniają zmianę umowy (ich skali, możliwości ustalenia typowego wpływu na kontrakty danego rodzaju itp.), analizy w tym zakresie mogą mieć różny stopień szczegółowości – zob. szerzej w pkt (9) i (10).

- (3) Jeżeli wzrost cen, mający wpływ na wykonanie umowy wykracza poza zwykłe (normalne) ryzyko kontraktowe, waloryzacja może nastąpić w przypadkach, gdy:
- (i) umowa nie zawiera klauzuli waloryzacyjnej albo
 - (ii) w zakresie, w jakim waloryzacja na podstawie klauzuli waloryzacyjnej zawartej w umowie w dotychczasowym brzmieniu jest niewystarczająca.
- (4) Waloryzację wynagrodzenia wykonawcy mogą przewidywać umowne klauzule waloryzacyjne, które powinny znaleźć zastosowanie w pierwszej kolejności w razie stwierdzenia wzrostu cen. Kwestia stosowania zawartych w kontraktach klauzul waloryzacyjnych zasadniczo pozostaje poza zakresem opracowania. Dotyczy ono waloryzacji wynagrodzenia w przypadku, gdy strony nie zawarły w umowie klauzuli waloryzacyjnej lub gdy jej zastosowanie jest niewystarczające do zniwelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności realizacji umowy lub niemożliwym do przewidzenia zakresem zmiany.
- (5) Jeżeli waloryzacja wynagrodzenia wymaga zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w pierwszej kolejności należy ustalić dopuszczalność zmiany w świetle prawa zamówień publicznych (dla umów zawartych przed dniem 1 stycznia 2021 r. – art. 144 ustawy z 29 stycznia 2004 r., „dPZP”, zaś dla umów zawieranych od 1 stycznia 2021 r. – art. 454 i art. 455 ustawy z 11 września 2019 r., „nPZP”). Należy brać pod uwagę przede wszystkim przesłanki przewidziane w art. 455 ust. 1 pkt 4 nPZP (art. 144 ust. 1 pkt 3 dPZP), których dotyczy pkt II opracowania. **Ta przesłanka dopuszczalności zmiany umowy jest wskazywana przez Urząd Zamówień Publicznych³ wprost jako możliwa do zastosowania w przypadku gwałtownego wzrostu cen materiałów i kosztów niezbędnych do realizacji umowy.**
- (6) Przepisy Kodeksu cywilnego (art. 357¹ KC lub art. 632 § 2 KC) przewidują tzw. *klauzule rebus sic stantibus*, które przyznają wykonawcy – przy spełnieniu określonych w nich przesłanek – uprawnienie do żądania zmiany umowy, także w zakresie wysokości wynagrodzenia. **Żądanie takie może być dochodzone przed sądem. Nie ma jednak przeszkód, aby strony uwzględniły ustawowe przesłanki waloryzacji wynagrodzenia w drodze zmiany umowy (zawarcia aneksu), bez wdawania się w spór sądowy.**

³ Zob. Urząd Zamówień Publicznych, [Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp.](#)

- (7) Do zawarcia aneksu do umowy, zwiększającego wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy, nie jest niezbędne zgłoszenie przez wykonawcę żądania opartego o klauzulę *rebus sic stantibus*. Innymi słowy, zawarcie aneksu nie musi być formą (czy skutkiem) ugody, dotyczącej spornego roszczenia wykonawcy lub skierowania sprawy na drogę sądową.

Do zawarcia aneksu dopuszczalnego w świetle art. 455 ust. 1 pkt 4 nPZP (art. 144 ust. 1 pkt 3 dPZP) zamawiający nie musi poszukiwać innej podstawy w Kodeksie cywilnym niż art. 353¹ KC⁴. **Należy przy tym pamiętać, że planowana zmiana umowy powinna podlegać nie tylko analizie pod kątem dopuszczalności w świetle PZP, ale także, równolegle, weryfikacji przez jednostkę sektora finansów publicznych pod kątem kryteriów gospodarności działania.** Zmiana umowy nie może więc mieć charakteru dowolnego, ale musi być zgodna z zasadami dokonywania wydatków publicznych tj. powinna mieć charakter celowy i oszczędny (o czym szerzej w pkt III). Znaczne prawdopodobieństwo skutecznego dochodzenia przez wykonawcę zmiany umowy na podstawie klauzul *rebus sic stantibus* stanowi typowy (choć potencjalnie nie jedyny możliwy) sposób uzasadnienia gospodarności zmiany umowy, zarazem zgodny ze wskazanymi przepisami nPZP i dPZP.

- (8) Zmiana umowy, stanowiąca skutek nieprzewidywanego, nadzwyczajnego wzrostu cen, może polegać nie tylko na jednorazowym podwyższeniu wynagrodzenia, rekompensującym już zaistniałe skutki tego wzrostu. **Możliwe jest również dokonanie zmiany umowy polegającej na wprowadzeniu do umowy klauzuli waloryzacyjnej (nowej lub modyfikującej stare postanowienia umowy), przewidującej cykliczną waloryzację wynagrodzenia.** Będzie to uzasadnione wówczas, gdy w chwili aneksowania umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 nPZP (art. 144 ust. 1 pkt 3 dPZP) można przewidzieć, że na skutek tej nieprzewidzianej wcześniej okoliczności prawdopodobne są dalsze wahania cen.
- (9) Analiza podstaw do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego ma siłą rzeczy indywidualny charakter. Jednak w przypadku jednostek, które są stroną wielu podobnych umów, analiza zaistnienia przesłanek do przeprowadzenia waloryzacji **może mieć charakter uogólniony.** Przesłanki związane ze zmianą cen, nieprzewidywalnością tej zmiany, a także rentownością kontraktów mogą bowiem mieć charakter uniwersalny dla pewnego rodzaju kontraktów (a także sytuacji stron tych kontraktów). Przesłanki te opierają się bowiem na obserwacjach procesów rynkowych, które mogą być uogólniane. W szczególności dotyczyć to może określenia rozmiaru zachodzących zmian, ich gwałtowności, relacji zmian do występujących na rynku trendów, marż występujących w umowach danego rodzaju, zakresu strat wykonawcy oraz konsekwencji tych ustaleń dla klasyfikacji zmian jako nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych.

Skala okoliczności uzasadniających zmianę umowy i typowość ich wpływu na kontrakty danego rodzaju (np. łańcuch dostaw, ceny surowców) może powodować, że nie zaistnieje konieczność szczegółowego badania, czy wnioski prawdziwe dla wielu przypadków (kontraktów) będą prawdziwe dla rozpatrywanego przypadku, o takich samych cechach.

⁴ Przepisy PZP dot. zmiany umowy stanowią ograniczenie zasady swobody umów (art. 353¹ KC). Mieszcząc się w granicach zakresu zastosowania wyjątku od tych ograniczeń, przewidzianym np. w art. 455 ust. 1 pkt 4 nPZP (art. 144 ust. 1 pkt 3 dPZP), zamawiający może dokonać zmiany umowy na zasadzie swobody umów, z zastrzeżeniem dyrektyw działania i obowiązków wynikających z innych niż PZP przepisów, w szczególności z UFP czy ustawy z 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym.

- (10) Gdy mamy do czynienia ze zjawiskami o szerokim zasięgu oddziaływania, które ewidentnie i w sposób typowy wpływają na procesy gospodarcze, nie jest konieczne przeprowadzenie oddzielnej, indywidualnej analizy wystąpienia przesłanek uzasadniających waloryzację dla poszczególnych kontraktów.

Wyjątek powinna stanowić sytuacja, gdy jednostka posiada informacje wskazujące, że - mimo zaistnienia generalnych procesów gospodarczych przemawiających za potrzebą zmiany wynagrodzenia wykonawcy - w przypadku konkretnej umowy zmiana taka jest nieuzasadniona. Chodzi o przypadki, w których mimo zaistnienia zewnętrznych zdarzeń, zmiana umowy nie pozostawałaby w związku przyczynowym z sytuacją wykonawcy w ramach konkretnego kontraktu. Przykładowo można wskazać na znaczne zniżenie oferty przez wykonawcę w stosunku do warunków rynkowych, które nawet przy niskich zmianach cen skutkowałyby rażącą stratą wykonawcy. Podobnie należy ocenić niedoszacowanie oferty przez wykonawcę lub nieuwzględnienie przy jej kalkulacji możliwych (przewidywalnych) zmian cen, zwłokę wykonawcy skutkującą koniecznością nabywania towarów i usług po zawyżonych cenach, czy sytuację, gdy wzrost cen jednych materiałów był kompensowany wykonawcy spadkiem cen innych materiałów.

II. DOPUSZCZALNOŚĆ ZMIANY UMOWY NA GRUNCIE PZP

- (11) Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 4 nPZP (art. 144 ust. 1 pkt 3 dPZP), jest możliwa przy spełnieniu następujących przesłanek:
- (i) zaistnienie wzrostu cen, spowodowanego okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć oraz
 - (ii) spowodowana nimi konieczność zmiany umowy, tj. zaistnienie wpływu ww. wzrostu cen na rzeczywiste koszty realizacji umowy, z zastrzeżeniem, że wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie może przekraczać 50% wartości pierwotnej umowy.
- (12) Okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć udzielając zamówienia publicznego, to zdarzenia, które w normalnym przebiegu wydarzeń były mało prawdopodobne do przewidzenia. Nieprzewidywalność ta powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Nieprzewidywalne są zdarzenia, które nie mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością zamawiającego lub z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia, których wystąpienie powinien on przewidzieć. Do takich zdarzeń zalicza się zjawiska losowe (klęski żywiołowe, katastrofy, awarie), ale także zdarzenia wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego⁵.

Co do zasady za okoliczności niemożliwe do przewidzenia i niezależne od stron umowy należy uznać m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwałtowna dekonunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów⁶.

⁵ J. E. Nowicki [w:] M. Kołdecki, J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. IV, Warszawa 2019, komentarz do art. 144, pkt 16.

⁶ Zob. Urząd Zamówień Publicznych, [Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp](#).

- (13) Okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany umowy muszą wynikać z okoliczności niemających swojego uzasadnienia w normalnych relacjach gospodarczych, zwłaszcza obserwowanych wahaniami cen na rynku określonych dóbr, zmianach inflacyjnych itp. Jeśli określone zdarzenia społeczne, finansowe lub ekonomiczne były lub są obserwowane w gospodarce i cechuje je określona ciągłość lub cykliczność, to – jako okoliczności możliwe do przewidzenia – winny być one uwzględniane na odpowiednim etapie procedury zamówieniowej (przy ustalaniu wysokości wynagrodzenia wykonawcy lub w ramach klauzul przeglądowych, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1 nPZP)⁷.
- (14) Katalog okoliczności nieprzewidywalnych zawęża się wyłącznie do takich, które nie wynikają z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a inaczej rzecz ujmując – do okoliczności zewnętrznych. Należy przyjąć zobiektywizowany wzorzec należytej staranności.
- (15) Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego, mieszczące się w zakresie omawianej przesłanki, muszą mieć charakter **przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu**. Uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, gdy wynikają one ze specyfiki zamawianych przez inwestora dostaw, usług lub robót budowlanych, jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego⁸.
- (16) Zmiana konieczna w rozumieniu ww. przepisów to zmiana wymagana z punktu widzenia prawidłowego wykonania umowy, zgodnie z jej pierwotnymi celami i założeniami, lub usunięcia znacznej nierównowagi ekonomicznej stron, naruszonej wystąpieniem nowych okoliczności. Zmiany powinny być przy tym dokonywane z uwzględnieniem zasady proporcjonalności⁹.
- (17) **Zamawiający ocenia, czy zaistnienie nieprzewidywalnej sytuacji rzeczywiście wpływa na proces realizacji umowy w taki sposób, iż konieczna jest jej zmiana**¹⁰. Jednak jak wskazano wyżej zamawiający będący stroną wielu umów może posługiwać się w tym przypadku analizami o ogólniejszym charakterze – zob. pkt (9) i (10).
- (18) Celem zastosowania art. 455 ust. 1 pkt 4 nPZP (art. 144 ust. 1 pkt 3 dPZP) nie jest kompensacja wszelkich strat wykonawcy, ale uwzględnienie w ramach obowiązującego stosunku zobowiązaniowego okoliczności zewnętrznych, jeśli mają one wpływ na jego wykonywanie, z uwzględnieniem ryzyk kontraktowych, jakie spoczywały na wykonawcy¹¹.

⁷ Zob. Urząd Zamówień Publicznych, [Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp](#).

⁸ Zob. Urząd Zamówień Publicznych, [Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp](#).

⁹ M. Jaworska, [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. M. Jaworskiej, Wydanie 12, 2020 r., komentarz do art. 144, pkt 16.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Zob. Urząd Zamówień Publicznych, [Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp](#).

Podsumowując, nadzwyczajny wzrost cen, spowodowany okolicznościami zewnętrznymi, których przewidzenie było obiektywnie mało prawdopodobne (np. wybuch epidemii, konflikt zbrojny itp.), a przez to wykraczający poza zwykłe ryzyko kontraktowe wykonawcy, uzasadnia zmianę umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 nPZP (art. 144 ust. 1 pkt 3 dPZP), jeśli ma rzeczywisty wpływ na wykonanie konkretnej umowy. Zamawiający może dokonać zmiany koniecznej, to jest takiej, która jest wymagana w celu prawidłowego wykonania umowy zgodnie z jej pierwotnymi założeniami, zakłóconymi przez ww. okoliczności.

III. ASPEKT GOSPODARNOŚCI

- (19) Omówione w pkt II przepisy PZP mają na celu zapewnienie, by zmiana umowy była zgodna z ogólnymi zasadami udzielania zamówień publicznych.

Spełnienie przesłanek z art. 455 ust. 1 pkt 4 nPZP (art. 144 ust. 1 pkt 3 dPZP) powoduje, że zmiana umowy nie powinna być oceniana jako naruszająca te zasady, w szczególności zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności.

- (20) Dodatkowe wydatki, jakie na realizację umowy poniesie zamawiający (jednostka sektora finansów publicznych) powinny być zgodne z art. 17 nPZP oraz z zasadami wynikającymi z UFP, w szczególności powinny być dokonane w sposób oszczędny, celowy i efektywny. Wymaga to każdorazowo analizy. Niemniej, w świetle uwzględniającej zasadę proporcjonalności wykładni przepisów art. 455 ust. 1 pkt 4 nPZP (art. 144 ust. 1 pkt 3 dPZP), szczegółowe kryteria dopuszczalności zmiany dokonywanej na ich podstawie oraz kryteria gospodarności zmiany umowy zmierzającej do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w dużej mierze pokrywają się.

Typowym (choć nie jedynym możliwym) sposobem uzasadnienia zgodności zmiany umowy zmierzającej do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy z dyrektywami gospodarności jest analiza zasadności, przynajmniej potencjalnych, żądań wykonawcy wywodzonych z klauzul *rebus sic stantibus*.

- (21) Formalne zgłoszenie żądania, o którym mowa w art. 357¹ lub art. 632 § 2 KC, przez wykonawcę nie stanowi warunku *sine qua non* dokonania zmiany umowy w celu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy (wykraczającej poza ramy waloryzacji umownej). Przesłanki żądania opartego o te przepisy w praktyce pozwalają jednak w bezpieczny sposób ustalić zakres dopuszczalnej i gospodarnej zmiany umowy zmierzającej do waloryzacji wynagrodzenia (ponad zakres waloryzacji umownej).

W przypadku, gdy takie żądanie zostaje zgłoszone, a jest co do zasady lub co do wysokości sporne – podlega ocenie, o której mowa w art. 54a UFP¹² (aneks stanowi wówczas formę lub skutek ugody). Zawarcie ugody w sprawie spornego żądania wykonawcy może zostać uznane – w określonych w art. 54a UFP okolicznościach – za działanie nie tylko dopuszczalne, ale wręcz pożądane z punktu widzenia zasad gospodarowania środkami publicznymi, zwłaszcza zasady celowości i efektywności ich wydatkowania.

¹² Zob. [Rekomendacje PGRP dotyczące postępowania w zakresie polubownego rozwiązywania sporów](#).

- (22) Analizując gospodarność planowanej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy należy podkreślić, że zasadą jest **równomierne rozłożenie na obie strony kosztów ryzyka niemożliwego do przewidzenia wzrostu cen materiałów i kosztów niezbędnych do wykonania umowy**. Stwierdzenie to nie oznacza, że ryzyko to musi być zawsze rozłożone po równo, nieuzasadnione jest natomiast przerzucenie tego ryzyka w całości na zamawiającego.
- (23) Przepisy PZP uprawniają, a nie zobowiązują formalnie zamawiającego do zmiany umowy. Zamawiający, podejmując decyzję o zmianie umowy i podwyższeniu wynagrodzenia, kieruje się własnym interesem (rozumianym jako element interesu publicznego), do którego zaspokojenia powinno prowadzić należyte wykonanie umowy. Uzasadnione jest w związku z tym przeprowadzenie przez zamawiającego **analizy opłacalności zmiany umowy** (podwyższenia wynagrodzenia), uwzględniającej wszelkie istotne z punktu widzenia tego interesu okoliczności, również te związane jedynie pośrednio z realizacją inwestycji lub odstąpieniem od jej realizacji.
- (24) Analiza zamawiającego w szczególności powinna odnosić się do prawdopodobnych w danych okolicznościach scenariuszy zdarzeń, na przykład sytuacji, w której dojdzie do ogłoszenia upadłości wykonawcy, czy scenariusza, w którym wobec zaprzestania przez wykonawcę realizacji przedmiotu umowy dojdzie do odstąpienia od umowy, powstanie konieczność ponowienia procedury zamówieniowej itp. Takie zdarzenia mogą bowiem skutkować znacznym zwiększeniem kosztów wykonania inwestycji (związany z wzrostem cen, koniecznością przeprowadzenia inwentaryzacji, zaznajomienia się przez nowego wykonawcę z robotami już wykonanymi), czy też wydłużeniem wykonania kontraktu, co z kolei może wpływać negatywnie na realizację interesu publicznego i rodzić dodatkowe koszty. Tego rodzaju okoliczności mogą uzasadniać zmianę umowy w zakresie, który nie będzie w pełni tożsamy z zakresem żądania opartego o art. 357¹ KC lub art. 632 § 2 KC.

Należy wyraźnie podkreślić, że dokonując tego rodzaju analiz zamawiający może kierować się okolicznościami wykraczającymi poza konkretną umowę (np. zapewnienie realizacji innych kontraktów, utrzymanie konkurencji na rynku wykonawców świadczących usługi na jego rzecz). W szczególności należy pamiętać, że na zamawiającym spoczywają również obowiązki o charakterze społecznym.

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*.

Odnosząc powyższą analizę do kwestii waloryzacji wynagrodzenia w związku z gwałtownymi, zdecydowanie przewyższającymi dotychczasowe trendy rynkowe nieprzewidywalnymi zmianami cen materiałów i robót budowlanych obserwowanymi obecnie w Polsce w wyniku wojny w Ukrainie:

- (1)** Zdaniem Prokuraturii Generalnej RP gwałtowne, zdecydowanie przewyższające dotychczasowe trendy rynkowe i nieprzewidywalne zmiany cen materiałów i robót budowlanych obserwowane obecnie w Polsce w wyniku wojny w Ukrainie pozwalają na dokonanie zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 nPZP (art. 144 ust. 1 pkt 3 dPZP).
- (2)** 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.
- (3)** Indywidualnie rekomendujemy traktować sytuacje, gdy zamawiający posiada informacje wskazujące, że - mimo zaistnienia generalnych procesów gospodarczych wskazujących na potrzebę zmiany wynagrodzenia wykonawcy - w przypadku konkretnej umowy dokonanie zmiany może być nieuzasadnione.

Ze względu na głębokość i szeroki zakres obserwowanych zjawisk, będą to jednak sytuacje zasadniczo związane z nieprawidłowym przygotowaniem oferty lub wykonywaniem przez wykonawcę kontraktu, a także sytuacje, w których stwierdzone nadzwyczajne okoliczności nie będą miały zasadniczego wpływu na realizację konkretnego kontraktu.
- (4)** Wartość każdej kolejnej zmiany umowy nie może przekroczyć 50% pierwotnej wartości zamówienia. Zasadą jest przy tym równomierne rozłożenie na obie strony kosztów ryzyka nadzwyczajnego wzrostu cen.
- (5)** Zmiana umowy może przybrać formę zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, wprowadzenia do umowy klauzuli waloryzacyjnej (określającej limit waloryzacji), lub zmiany dotychczasowej klauzuli, np. przez podwyższenie wcześniej przyjętego limitu waloryzacji. Zmiana wynagrodzenia jest możliwa również wtedy, gdy zamawiający przewidział klauzulę waloryzacyjną i jest ona niewystarczająca do zniwelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności realizacji umowy.
- (6)** Podstawę stanowiska Prokuraturii Generalnej RP stanowi obecna sytuacja rynkowa, w tym gwałtowność i powszechność negatywnych zjawisk gospodarczych i jest ono aktualne w okresie, w którym te zjawiska występują.