



Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej

Departament Partnerstwa Publiczno-Prywatnego

WALORYZACJA WYNAGRODZENIA PARTNERA PRYWATNEGO ZA ETAP ROBÓT W RAMACH UMOWY O PARTNERSTWIE PUBLICZNO-PRYWATNYM W ZWIĄZKU Z NADZWYCZAJNYM WZROSTEM CEN MATERIAŁÓW I USŁUG

Gwałtowny i niespodziewany wzrost cen materiałów budowlanych oraz innych kosztów wykonania inwestycji, wzrost inflacji i stóp procentowych, jaki miał miejsce w ostatnim czasie, spowodował po stronie partnerów prywatnych potrzebę zwaloryzowania wynagrodzenia za etap robót w ramach umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, zwanym dalej „PPP”¹. W odpowiedzi na wątpliwości podmiotów publicznych dotyczące możliwości zastosowania takiej waloryzacji wynagrodzenia partnera prywatnego za etap robót w ramach zawartych już wcześniej umów o PPP Departament Partnerstwa Publiczno-Prywatnego przedstawia poniżej następującą opinię. Opinia ta odnosi się do obecnej sytuacji rynkowej, będącej następstwem m.in. konfliktu zbrojnego w Ukrainie i pandemii Covid-19, w związku z czym powinna być stosowana w okresie występowania skutków tych wydarzeń. Opinia ta odnosi się również do możliwości wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych w projektach umów o PPP, które są obecnie na etapie opracowywania w ramach postępowania na wybór partnera prywatnego (nie zawarto jeszcze umowy o PPP).

1. Umowa o PPP

Przy ocenie możliwości dokonania waloryzacji wynagrodzenia za etap robót w ramach zawartych już wcześniej umów o PPP w pierwszej kolejności należy przeanalizować umowę o PPP pod kątem możliwości waloryzacji wynagrodzenia w oparciu o jej postanowienia umowne.

Strony umowy o PPP dysponują szeregiem narzędzi kontraktowych, które pozwalają zaadaptować zmiany, w taki sposób, aby nie wpływały one negatywnie na realizację projektu PPP. W szczególności należą do nich: polecenie zmiany, przypadek kompensacyjny, przypadek dostosowania czy postępowanie w przypadku siły wyższej. Dodatkowym narzędziem, umożliwiającym wyliczenie

¹ Przykładowo można wskazać, że w trakcie obrad, debat i prelekcji Kongresu Budownictwa Polskiego 2022 uczestnicy wypracowali 19 postulatów, będących także rekomendacjami dla branży i administracji państwowej, m.in. niezwłoczne wdrożenie rozwiązań prawnych, zapobiegających destabilizacji sektora budownictwa wobec istotnego i nieprzewidywalnego wpływu wojny w Ukrainie na realizowane i nowe kontrakty; udoskonalenie mechanizmów waloryzacji wynagrodzenia wykonawców w kontraktach publicznych; zrównoważenie ryzyk kontraktowych w umowach na roboty budowlane w segmencie publicznym, dostępne na: <https://pzpb.com.pl/pzpb-postulaty-kongresu-budownictwa-polskiego/>.

wartości zmian, jest model finansowy². Strony umowy o PPP powinny więc rozważyć, czy możliwe jest zwiększenie wynagrodzenia partnera prywatnego na podstawie mechanizmów automatycznie korygujących lub dostosowujących już zawartych w umowie o PPP.

Innym rozwiązaniem pozwalającym dostosować projekt PPP jest zmiana umowy o PPP. Decyzja o zmianie umowy o PPP poprzedzona powinna być rzetelną analizą, co do zasadności zmiany umowy o PPP oraz możliwości dokonania takiej zmiany w świetle wymogów formalno-prawnych. Ograniczenia zmiany umowy o PPP mogą wynikać z przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm., zwanej dalej „ustawą Pzp”) lub z samej umowy o PPP, tj. postanowień regulujących przesłanki i warunki jej zmiany. Należy zwrócić uwagę, że brak otwartości podmiotu publicznego na zmiany umowy o PPP powodować może utratę możliwości optymalizowania projektu PPP, a w niektórych przypadkach spowodować przedwczesne zakończenie umowy o PPP. Należy przy tym pamiętać, że istotna zmiana umowy o PPP może mieć wpływ na podział ryzyka. Co do zasady zmiana umowy o PPP nie powinna naruszać uzgodnionego podziału ryzyka pomiędzy stronami³.

W odniesieniu do podwyższenia wynagrodzenia partnera prywatnego w związku z występującym w ostatnim czasie wzrostem cen zastosowanie znajdują również wytyczne przygotowane na zlecenie Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej, m.in. Wytyczne Tom IV Zarządzanie Umową o PPP⁴.

2. Analiza przepisów prawnych stanowiących podstawę do waloryzacji wynagrodzenia i zmiany umowy o PPP

Jeśli analiza umowy o PPP wykaże, że nie przewiduje ona możliwości jej zmiany w zakresie podwyższenia wynagrodzenia partnera prywatnego za etap robót, wówczas można odwołać się do przepisów ustawy Pzp.

W przypadkach, o których mowa w art. 4 ust. 1 albo ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2023 r. poz. 30, zwanej dalej „ustawą o PPP”), do umowy o PPP, w tym jej zmian, stosuje się przepisy ustawy Pzp, w tym art. 455 ustawy Pzp dotyczący zmian umowy o zamówienie publiczne⁵.

Tym samym, wnioski zawarte w Opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy PZP”⁶ (dalej jako „Opinia UZP” lub „Opinia”), odnoszące się do umów o zamówienie publiczne, znajdują odpowiednie zastosowanie również w przypadku umów o PPP.

² Wytyczne PPP Tom IV: Zarządzanie Umową o PPP, str. 56-57, dostępne na:

https://www.ppp.gov.pl/file.php?i=przegladarka-plikow/Wytyczne-PPP-Tom-IV-06-10-2021-FIN_1.pdf.

³ Ibidem, str. 60-62.

⁴ Dostępne na: <https://www.ppp.gov.pl/wytyczne/>.

⁵ Dla umów zawartych przed dniem 1 stycznia 2021 r. lub po dniu 31 grudnia 2020 r., w następstwie postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843).

⁶ Opinia Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 marca 2022 r. pt. „Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy PZP”, dostępne na: <https://www.gov.pl/attachment/460666b4-19a9-43f8-8edc-5f807dac761c>.

Urząd Zamówień Publicznych (dalej jako „UZP”) jako możliwą podstawę prawną zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazuje art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp. Pierwsza z wymienionych wyżej przesłanek (tj. art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) dotyczy możliwości dokonania zmiany umowy niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych. Druga (tj. art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) - dotyczy możliwości zmiany umowy, jeżeli konieczność jej zmiany, w tym w szczególności zmiany wysokości ceny, spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy. Konieczne jest również ustalenie, że zaistnienie określonych nieprzewidywalnych zjawisk wpływa na realizację danej umowy i powoduje konieczność jej zmiany.

Uzupełniając, nie można również pominąć innej bezpośredniej podstawy prawnej dla zmiany umowy o zamówienie publiczne dokonywanej w związku z istotną zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, którą może być art. 48 ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. z 2022 r. poz. 2185). Artykuł ten usuwa dotychczasowe wątpliwości dotyczące dopuszczalności waloryzacji wynagrodzeń wykonawców.

2.1. Klauzule waloryzacyjne

Wyłączenie stosowania do umów o PPP m.in. przepisów art. 436 pkt 3 i 4, art. 439 ustawy Pzp dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy⁷ powoduje, że umowa o PPP nie musi zawierać tego typu postanowień. Nie oznacza to jednak, że w umowach o PPP nie stosuje się waloryzacji. Celem tego wyłączenia jest pozostawienie stronom umowy o PPP większej niż wynika z ustawy o Pzp swobody w zakresie regulowania tego typu kwestii (np. poprzez wykorzystywanie klauzul waloryzacyjnych automatycznych w miejsce wnioskowania o zmiany)⁸.

Zgodnie z dotychczasową praktyką umów o PPP mechanizm waloryzacji wynagrodzenia odnosił się wyłącznie do etapu utrzymaniowego i nie obejmował waloryzacji nakładów inwestycyjnych. Mechanizm ten miał charakter automatyczny i opierał się o ogólnie dostępne wskaźniki, takie jak: wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (CPI), przeciętne miesięczne nominalne wynagrodzenie brutto w sektorze przedsiębiorstw, wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej. W części umów stosuje się tzw. koszyki waloryzacyjne złożone z kilku wskaźników, do których przypisane są odpowiednie wagi.

⁷ Art. 7 ust. 3a ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. 2023. poz. 30, z późn. zm.).

⁸ Wytyczne PPP Tom III: Umowa o PPP, wersja 2.0, str. 12, dostępne na: https://www.ppp.gov.pl/media/system/podstrony/Wytyczne-Tom-III-Umowa-PPP-wersja-2-0_1.pdf.

Oznaczało to w praktyce, że ryzyko związane ze wzrostem cen robocizny i materiałów budowlanych w całości spoczywało na partnerze prywatnym z wyjątkiem sytuacji wskazanych w umowie (np. siła wyższa).

Aktualna sytuacja makroekonomiczna spowodowała jednak, że w obecnie toczących się postępowaniach na wybór partnera prywatnego powyższe podejście uległo diametralnej zmianie. Do negocjowanych projektów umów o PPP wprowadza się mechanizm automatycznej waloryzacji tej części wynagrodzenia partnera prywatnego, która odpowiada wydatkom inwestycyjnym ponoszonym przez partnera prywatnego na etapie budowy danej infrastruktury. Mechanizm ten opiera się na ogólnie dostępnych wskaźnikach takich jak wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez Główny Urząd Statystyczny⁹.

2.2. Brak postanowień w umowie o PPP odnoszących się do waloryzacji wynagrodzenia za etap robót budowlanych

Brak postanowień w zawartej już umowie o PPP odnoszących się do waloryzacji wynagrodzenia za etap robót budowlanych nie stanowi przeszkody do dokonania takiej waloryzacji.

Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej (dalej jako „PGRP”) zwraca uwagę w swojej opinii z lipca 2022 r. pt. „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia) – podstawowe zagadnienia”¹⁰, zwanej dalej „Opinią PGRP”, że „jeżeli wzrost cen, mający wpływ na wykonanie umowy wykracza poza zwykłe (normalne) ryzyko kontraktowe, waloryzacja może nastąpić w przypadkach, gdy umowa nie zawiera klauzuli waloryzacyjnej albo w zakresie, w jakim waloryzacja na podstawie klauzuli waloryzacyjnej zawartej w umowie w dotychczasowym brzmieniu jest niewystarczająca”¹¹. PGRP wskazuje, że wówczas zmiana umowy może polegać na jednorazowym podwyższeniu wynagrodzenia, wprowadzeniu do umowy klauzuli waloryzacyjnej lub modyfikacji istniejącej klauzuli waloryzacyjnej. Mając na uwadze powyższe, jeżeli umowa nie zawiera klauzuli waloryzacyjnej, waloryzacja może zostać dokonana w szczególności w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jeżeli zaistniały okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć, pomimo dochowania należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i spełnione zostały pozostałe przesłanki wymienione w tym przepisie.

Warto w tym miejscu przywołać pogląd UZP, zgodnie z którym okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze i powinny być niezależne od stron umowy. Za okoliczności takie należy uznać m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwałtowna dekoniunktura, ograniczenie dostępności

⁹ Wielkości i wskaźniki ogłaszane przez Prezesa GUS, dostępne na:

<https://stat.gov.pl/metainformacje/opis-wskaznikow-gus/wielkosci-i-wskazniki-oglaszane-gus/>.

¹⁰ Opinia Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej z lipca 2022 r. pt. „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia) – podstawowe zagadnienia”, dostępne na: <https://www.gov.pl/attachment/c6d6cb31-2e03-4e75-8170-a05d5c45e785>.

¹¹ Ibidem, str. 2.

surowców, istotny wzrost cen materiałów, pod warunkiem, że mają charakter na tyle nadzwyczajny, że zamawiający, dochowując należytej staranności, nie mógł obiektywnie przewidzieć ich zaistnienia lub skali ich zaistnienia. UZP dodaje, że: „muszą one wynikać z okoliczności nie mających swojego uzasadnienia w normalnych relacjach gospodarczych, w szczególności obserwowanych wahaniach 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 winny być one uwzględniane w ramach klauzul umownych, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, których zastosowanie umożliwia przywrócenie zachwianej tymi zdarzeniami równowagi w umowie łączącej strony”¹². W kontekście powyższych wskazówek interpretacyjnych UZP uznaje, że konflikt zbrojny w Ukrainie, jego zasięg oraz transgraniczne, gospodarcze skutki, zakwalifikować można jako zewnętrzne zjawisko, którego nie można było przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności.

Jak podkreśla orzecznictwo, nie jest przy tym zasadne zakładanie, aby podmiot trudniący się wykonywaniem robót przyjmował za podstawy swoich kalkulacji kosztowych takie zmiany cen produktów, jakie przyjmują np. spekulanci. Podmiot wykonujący roboty budowlane jest przede wszystkim podmiotem profesjonalnie realizującym wykonawstwo w zakresie robót budowlanych, a nie graczem giełdowym. Nie można mu więc czynić zarzutów, że nie przewidywał nagłych skoków cen tylko dlatego, że w historii takie skoki kiedyś już występowały. W gospodarce rynkowej zmienność cen produktów i usług jest naturalna, z tym że chodzi tutaj o zmienność możliwą do przewidzenia w ramach standardowych instrumentów posiadanych przez dany podmiot¹³. Jeśli trend zmiany cen materiałów budowlanych, usług i robocizny był trendem wzrostowym, lecz zmiana cen, która nastąpiła była zmianą skokową i niemożliwą do przewidzenia na etapie składania ofert w postępowaniu w oparciu o dane historyczne ani inne dostępne wskaźniki makroekonomiczne, to nie można w tym wypadku mówić o normalnej – występującej często i powtarzalnie – zmianie cen produktów w gospodarce rynkowej.

UZP w swojej Opinii, podobnie jak PGRP, dopuszcza zastosowanie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w przypadku, w którym w umowie nie przewidziano odpowiednich postanowień w postaci klauzul waloryzacyjnych bądź adaptacyjnych.

2.3. Wystąpienie okoliczności uzasadniających waloryzację a konieczność zmiany umowy o PPP

Zdaniem UZP: „niezbędnym warunkiem zmiany umowy jest również ustalenie, iż zaistnienie określonych zjawisk powoduje konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji, zamawiający w każdym przypadku musi ocenić, czy zaistnienie nieprzewidywalnej sytuacji rzeczywiście wpływa na proces realizacji umowy w taki sposób, iż konieczna jest jej zmiana”¹⁴, co dotyczy również konfliktu zbrojnego w Ukrainie. W konsekwencji, zamawiający powinien

¹² Opinia Urzędu Zamówień Publicznych...op.cit., Str. 7.

¹³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 lipca 2016 r. o sygn. VI ACa 569/15.

¹⁴ Opinia Urzędu Zamówień Publicznych...op.cit., Str. 8.

ocenić, czy dana okoliczność ma rzeczywisty wpływ na realizację danej umowy, czy powoduje konieczność jej zmiany i w jakim zakresie¹⁵.

Zamawiający powinien zatem ocenić, czy nadzwyczajny wzrost cen materiałów budowlanych, usług i kosztów pracowniczych powoduje konieczność zmiany danej umowy. Przy czym, walor przesłanki konieczności wprowadzenia zmian do umowy powinien być określony w sposób obiektywny, czyli przy uwzględnieniu uzasadnionego ryzyka wystąpienia negatywnych konsekwencji braku wprowadzenia zmian, wpływających na działalność podmiotu publicznego. Może to oznaczać np. ryzyko odstąpienia od umowy przez partnera prywatnego i konieczność udzielenia nowego zamówienia uwzględniającego zmienione okoliczności, w tym wyższe, adekwatne do dzisiejszych, koszty jego realizacji.

2.4. Podział ryzyk w umowie o PPP

Najczęściej występującym podziałem ryzyk w umowach o PPP jest przypisanie ryzyka budowy partnerowi prywatnemu. W świetle Opinii UZP oraz Opinii PGRP można interpretować, że przyjęty w umowie o PPP podział ryzyk polegający na przypisaniu partnerowi prywatnemu ryzyka budowy m.in. w zakresie wzrostu cen materiałów, usług i robocizny odnosi się do standardowych wahań cen i zwykłego ryzyka kontraktowego, zaś ceny, które występują aktualnie na rynku mają charakter nadzwyczajny, niespodziewany i nie były możliwe do przewidzenia przez podmiot publiczny na etapie przygotowania zamówienia publicznego, w swoim charakterze zbliżone są do przypadku siły wyższej.

Zmiany do umowy o PPP należy rozpatrywać w kontekście wszystkich innych podryzyk wynikających z umowy o PPP i składających się na ryzyko budowy, ryzyko dostępności, ryzyko popytu oraz uwzględniając wpływ czynników na ocenę alokacji ryzyk.

Ryzyko budowy obejmuje zdarzenia powodujące zmianę kosztów lub terminów wytworzenia nowych środków trwałych lub ulepszenia już istniejących, w szczególności związane z: opóźnieniem w zakończeniu robót budowlanych; wystąpieniem niezgodności z warunkami dotyczącymi ustalonych standardów wykonania robót budowlanych; wzrostem kosztów; warunkami geologicznymi, geotechnicznymi i hydrologicznymi; z odkryciami archeologicznymi; z warunkami meteorologicznymi; prowadzeniem sporów; wypadkami; protestami organizacji społecznych lub strajkami; brakiem zasobów ludzkich i materialnych; zmianą stanu środowiska naturalnego; wystąpieniem wad fizycznych lub prawnych zmniejszających wartość lub użyteczność środka trwałego; wystąpieniem zmian w przepisach prawnych mających wpływ na realizację przedsięwzięcia; odbiorem technicznym środka trwałego; wystąpieniem wad w dokumentacji projektowej; podwykonawcami; niemożliwością uzyskania lub przedłużania lub opóźnieniami w wydawaniu pozwoleń, zezwoleń, decyzji, koncesji, licencji lub certyfikatów; zmianą celów politycznych; wystąpieniem zewnętrznych zdarzeń nadzwyczajnych, niemożliwych do przewidzenia i zapobieżenia im; brakiem środków finansowych ze strony partnerów¹⁶.

¹⁵ *Ibidem*, str. 8-9.

¹⁶ Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 11 lutego 2015 r. w sprawie rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie (Dz. U. z 2015 r. poz. 284).

Ewentualna waloryzacja wynagrodzenia partnera prywatnego za etap budowy będzie pośrednio związana z podryzykiem wzrostu kosztów i może być traktowana jako element ryzyka budowy. Mimo to nie powinna wpływać na ostateczną alokację ryzyka budowy po stronie partnera prywatnego, w sytuacji gdy pozostała część podryzyk w ryzyku budowy będzie przypisana partnerowi prywatnemu, a podryzyko wzrostu kosztów z uwzględnieniem waloryzacji nie będzie spoczywało na podmiocie publicznym. Zmiana zaś powinna być oparta na obiektywnych i powszechnie stosowanych w danym sektorze wskaźnikach.

2.5. Partycypacja w kosztach waloryzacji

Odnosząc się do kwestii ewentualnej partycypacji w kosztach waloryzacji obu stron umowy o PPP warto podkreślić, że według UZP: „zmiana w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, wprowadzona na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na zasadę proporcjonalności, powinna mieć charakter obiektywny i może być wprowadzona zasadniczo w celu przywrócenia równowagi ekonomicznej stron umowy, jaka istniała w momencie jej zawarcia, a która została zakłócona przez określone zjawiska, które zaistniały na etapie realizacji kontraktu. Celem zastosowania wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp nie jest kompensacja wszelkich strat wykonawcy, ale uwzględnienie w ramach obowiązującego stosunku zobowiązaniowego okoliczności zewnętrznych, jeśli mają one wpływ na jego wykonywanie, z uwzględnieniem oceny ryzyk, dokonanej przez wykonawcę w momencie składania oferty w postępowaniu”¹⁷.

PGRP stoi na stanowisku, że zmianę zawartych dotychczas umów należy także przeanalizować pod kątem zgodności z zasadami gospodarowania środkami publicznymi, zwłaszcza w kontekście gospodarności działania: „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”¹⁸.

Każdą umowę o PPP należy oceniać indywidualnie, ponieważ nie w każdym przypadku okoliczności takie jak długotrwałe skutki pandemii Covid-19 czy konflikt zbrojny w Ukrainie będą powodowały konieczność zmiany umowy. Istotny może okazać się np. fakt, że umowa o PPP została zawarta już w trakcie trwania epidemii Covid-19, a więc partner prywatny w jakimś stopniu powinien był już wziąć pod uwagę te okoliczności przy szacowaniu swojej oferty. W celu oceny, czy i w jakim zakresie należy uwzględnić efekty pandemii Covid-19 lub konfliktu zbrojnego w Ukrainie wymagane będzie przedstawienie przez partnera prywatnego odpowiednich środków dowodowych uzasadniających wpływ danej okoliczności na wzrost cen w odniesieniu do stanu pierwotnego.

3. Zmiana umowy a dług publiczny

Jednocześnie podkreślamy, że w przypadku zmiany umowy o PPP należy dokonać ponownej analizy, czy zmieniona umowa o PPP nadal będzie spełniała przesłanki

¹⁷ Opinia Urzędu Zamówień Publicznych...op.cit., str. 9.

¹⁸ Opinia Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej...op.cit., str. 7.

określone w art. 18a ustawy o PPP i rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 11 lutego 2015 r. w sprawie rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie (Dz. U. z 2015 r. poz. 284), tj. czy przyjęty podział ryzyka pozostanie bez wpływu na zakwalifikowanie zobowiązań z umowy o PPP jako neutralnych z punktu widzenia państwowego długu publicznego i deficytu sektora finansów publicznych. W tym kontekście, ewentualne zmiany do umowy o PPP należy rozpatrzyć na tle wszystkich innych podryzyk (zdarzeń) wynikających z umowy o PPP, składających się na ryzyko budowy, ryzyko dostępności oraz ryzyko popytu. Konieczne jest także rozważenie wszystkich czynników mających wpływ na ocenę alokacji ryzyk.

Brak jest przy tym konieczności odwoływania się w tym przypadku do wytycznych EUROSTAT w zakresie długu publicznego. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 549/2013 z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych w Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE z 2013 r., seria L, nr 174, s. 1 ze zm.; dalej jako „ESA 2010”), które określa zasady przygotowywania przez kraje członkowskie sprawozdań poziomu długu publicznego w ramach procedury nadmiernego deficytu (EDP) posługuje się własnym zakresem pojęciowym, także m.in. partnerstwa publiczno-prywatnego. Ich treść oraz interpretacja poszczególnych pojęć nie są wiążące na gruncie naszego prawa, a w Polsce obowiązują odrębne normy prawne dotyczące klasyfikacji transakcji PPP do długu publicznego.

Niemniej jednak, wydaje się, iż nie jest całkowicie wykluczone sięganie do dorobku EUROSTAT oraz EPEC, chociażby celem porównania, jak interpretacja niektórych zagadnień jest przeprowadzana przez te instytucje. Oczywiście, należy przy tym wyraźnie podkreślić, iż takie sięganie do ich dorobku może się odbywać jedynie posiłkowo i pomocniczo, i jest możliwe tylko w tych przypadkach, w których interpretacja przeprowadzona przez EUROSTAT lub EPEC nie stoi w sprzeczności z polskim prawem, jak również nie prowadzi do jego niedopuszczalnej interpretacji.

W tym kontekście wskazujemy, że w odniesieniu do zmian cen w okresie budowy EUROSTAT wyjaśnił, że podmiot publiczny może bez wpływu na statystyczne ujęcie umowy o PPP przejąć lub dzielić ryzyko zmian cen związanych z budową, ale nie inne ryzyka budowy takie jak: opóźnienie, wybór materiałów, ilość materiałów wady konstrukcyjne. Mechanizm, za pomocą którego podmiot publiczny przejmie lub będzie dzielił to ryzyko, musi umożliwić obiektywną ocenę zmian cen budowy, na przykład poprzez odniesienie do indeksu lub indeksów powszechnie uznawanych w danej jurysdykcji lub sektorze. Musi oddzielać zmiany dotyczące kosztów budowy wynikające ze zmian cen odnoszących się do budowy od zmian kosztów budowy wynikających z innych ryzyk budowy, które należy przypisać partnerowi prywatnemu, jak sporządzenie projektu, opóźnienie, wybór i ilość materiałów. Sposób, w jaki podmiot publiczny ponosi, w całości lub w części, konsekwencje finansowe zmian cen odnoszących się do budowy, np. w formie płatności podczas lub na koniec etapu budowy, nie ma wpływu na ujęcie statystyczne¹⁹. Przy ocenie danej kategorii ryzyka, w omawianym przypadku

¹⁹ EUROSTAT, Directorate D – Government Finance Statistics (GFS), Clarification on the application of a guide to the statistical treatment of PPPs: responses to frequently asked questions, 20 June 2022, dostępne na:

w szczególności ryzyka budowy, zamawiający powinien uwzględnić odrębnie każde zdarzenie (podryzko), które zostało zaadresowane w umowie o PPP.

4. Podsumowanie

Przepisy ustawy Pzp oraz ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców uprawniają podmiot publiczny do zmiany umowy o PPP w zakresie zwiększenia wynagrodzenia. Podmiot publiczny powinien przeanalizować opłacalność takiej zmiany, biorąc pod uwagę również potencjalne wystąpienie skutków pośrednich, jak: wydłużenie wykonania umowy, odstąpienie od umowy przez partnera prywatnego lub jej wypowiedzenie, ryzyko skutecznego dochodzenia podwyższenia wynagrodzenia przed sądem. PGRP wskazuje, że „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”²⁰.

W przypadku gdy na podstawie umowy o PPP nie można zwaloryzować wynagrodzenia za etap robót, podstawą do takiej waloryzacji może być w szczególności art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych.

Brak w umowie o PPP klauzuli waloryzacyjnej nie stanowi przeszkody dla waloryzacji na podstawie ww. przepisów prawa. Przeszkody takiej nie stanowi również przejęcie przez partnera prywatnego w umowie ryzyka zmiany kosztów budowy. W naszej opinii można bowiem przyjąć, że przewidziany w umowie o PPP podział ryzyk odnosi się do standardowych wahań cen i zwykłego ryzyka kontraktowego, zaś ceny, które występują aktualnie na rynku mają charakter nadzwyczajny, niespodziewany i nie były możliwe do przewidzenia przez zamawiającego na etapie przygotowania zamówienia publicznego, a więc nie zostały uwzględnione w ramach umownego podziału ryzyk.

Przepisy prawa zatem zezwalają na waloryzację wynagrodzenia partnera prywatnego, w przypadku gdy zawarta wcześniej umowa o PPP nie zawiera odpowiednich postanowień umożliwiających taką zmianę. Nie jest ona obligatoryjna. Jednak działaniem niegospodarnym (ze strony podmiotu publicznego) byłaby odmowa podwyższenia wynagrodzenia partnera prywatnego mimo spełnienia przesłanek dopuszczalności zmiany umowy o PPP, zwłaszcza gdy partner prywatny może, choćby potencjalnie, skutecznie żądać podwyższenia wynagrodzenia na podstawie klauzul rebus sic stantibus (czyli tzw. klauzul waloryzacyjnych zawartych w Kodeksie cywilnym). W tym kontekście podmiot publiczny nie przychyłając się do wniosku partnera prywatnego w zakresie waloryzacji wynagrodzenia powinien wziąć pod uwagę możliwość i koszty skutecznego dochodzenia przez partnera prywatnego waloryzacji umowy o PPP przed sądem, opóźnienia w realizacji projektu PPP czy też odstąpienie od umowy przez partnera prywatnego i wynikającą stąd konieczność przeprowadzenia kolejnego postępowania w aktualnych realiach rynkowych. Natomiast

<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/1015035/12618762/Clarification+to+the+PPP+Guide+Q%26A.pdf/e928cb53-a0ae-e73f-11de-083bda4b096c?t=1655738471492>.

²⁰ Opinia Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej...op.cit., str. 1.

w odniesieniu do projektów umów o PPP aktualnie opracowywanych w ramach postępowania na wybór partnera prywatnego w celu uniknięcia podobnych wątpliwości warto rozważyć zasadność wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych dotyczących również etapu projektowania i budowy.