

Orzecznictwo sądów i Krajowej Izby Odwoławczej

Wynagrodzenie za realizację zamówienia na roboty budowlane

W artykule omówiono czynniki cenotwórcze robót budowlanych oraz modele wynagrodzeń za nie podczas realizacji zamówienia publicznego. Zasadniczym celem jest udzielenie odpowiedzi na pytania dotyczące wynagrodzenia ryczałtowego – czy jego niezmienność ma bezwzględny charakter, czy artykuł 90 ustawy Prawo zamówień publicznych stosuje się w wypadku zamówień rozliczanych ryczałtowo oraz czy zamawiający może żądać, aby wszyscy wykonawcy dołączyli do oferty kosztorys ofertowy?

LIDIA WIĘCŁAW-BATOR

Czynniki cenotwórcze robót budowlanych

Ustawa Kodeks cywilny¹ z 23 kwietnia 1964 r. (k.c.), w artykule 647 stanowi, że: „przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót,

w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia”. Cena (wynagrodzenie brutto) robót budowlanych w zależności od warunków ich realizacji i rodzaju składa się z²:

a) kosztów bezpośrednich:

- kosztów wyrobów/materiałów i ich zakupu,
- kosztów robocizny,
- kosztów pracy i najmu sprzętu;

b) kosztów pośrednich uwzględniających koszty nieujawnione w kosztach

¹ Ustawa z 23.4.1964 – *Kodeks cywilny* (Dz.U. z 2017 r. poz. 459, ze zm.).

² Zob. J. Traczyk, W. Sikorska-Ożgo, P. Kaczmarek: *Kosztorysowanie w budownictwie – Poradnik*, Warszawa 2016, s. 52-62, Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa PROMOCJA sp. z o.o.

bezpośrednich, zaliczane do kosztów uzyskania przychodów, w tym:

- koszty ogólne budowy:
 - zatrudnienia przez wykonawcę personelu kierowniczego, technicznego i administracyjnego budowy, obejmujące wynagrodzenie tych pracowników nie zaliczane do kosztów bezpośrednich, wynagrodzenia uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych, płace dodatkowe, ewentualne odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych,
 - koszty zatrudnienia pracowników zamiejscowych,
 - koszty podróży służbowych personelu budowy,
 - wynagrodzenie bezosobowe obciążające budowę,
 - koszty bezpieczeństwa i higieny pracy obejmujące: koszty wykonania i likwidacji niezbędnych zabezpieczeń stanowisk roboczych i miejsc wykonania robót budowlanych, koszty zużycia odzieży i obuwia roboczego oraz ochronnego, sprzętu ochrony osobistej, koszty środków higienicznych, sanitarnych i leczniczych,
 - koszty montażu i demontażu obiektów zaplecza tymczasowego oraz koszty amortyzacji lub zużycia tych obiektów,
 - koszty wyposażenia zaplecza tymczasowego,
 - koszty zużycia technicznego, konserwacji i remontów lekkiego sprzętu i narzędzi kwalifikowanych jako środki nietrwałe,
 - koszty utrzymania porządku na terenie budowy oraz koszty kompleksowej usługi serwisu sprzątającego przed przekazaniem terenu budowy inwestorowi,
 - koszty zużycia energii na terenie budowy, zużycia wody, odprowadzenia ścieków i ogrzewania,

- koszty pomiarów geodezyjnych,
- opłaty za zajęcie chodników, pasów drogowych i innych terenów na cele budowy oraz koszty tymczasowej organizacji ruchu,
- koszty badań i prób odbiorowych przewidzianych w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB),
- koszty ubezpieczeń majątkowych budowy,
- koszty całodobowej usługi ochroniarzkiej mienia stałego i niestałego na terenie budowy,
- koszty pomiarów geodezyjnych, geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej i naniesienia wykonanych elementów robót budowlanych na mapę sytuacyjno-wysokościową,
- koszty sortowania, pozostawienia na składowisku i utylizacji odpadów,
- opłaty graniczne, cła, akcyzy i inne opłaty należne,
- koszty opracowania dokumentacji powykonawczej, instrukcji eksploatacji obiektu budowlanego,
 - koszty zarządu, w tym:
 - płace i narzuty na płace pracowników zarządu,
 - koszty delegacji pracowników zarządu oraz koszty eksploatacji służbowych samochodów,
 - koszty biurowe i utrzymania obiektów ogólnego przeznaczenia,
 - koszty amortyzacji i remontów środków trwałych, poza amortyzacją sprzętu ujętą w cenie jego pracy,
 - czynsze i ubezpieczenia,
 - inne koszty zaliczane przez wykonawcę do kosztów zarządu;
- c) zysku, który stanowi przewidywaną nadwyżkę wykonawcy nad kosztami wykonania robót budowlanych;

d) podatku od towarów i usług w wysokości 8% lub 23% sumy kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich i zysku.

Na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych³ (Pzp) zamawiający jest zobligowany opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W związku z tym zamawiający powinien zamieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) informacje o czynnikach cenotwórczych robót budowlanych, które wykonawca winien uwzględnić oszacowując wysokość ceny oferty⁴. Szczególną uwagę winien zwrócić na opis właściwości wyrobów/materiałów, ponieważ ich koszty stanowią największy udział w cenie robót budowlanych (tabela 1, s. 119).

Waloryzacja cen czynników produkcji budowlanej

Realizacja długookresowych kontraktów budowlanych jest obarczona wysokim ryzykiem waloryzacji cen czynników produkcji budowlanej (tabela 2, s. 120).

W celu ochrony wykonawców przed stratami, jakie mogą ponieść w związku z podwyższeniem ciężarów publicznoprawnych wchodzących w koszty realizacji zamówienia publicznego, ustawodawca w art. 142 ust. 5 Pzp zobligował zamawiających do zamieszczania w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w wypadku zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług,
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę⁵ (tabela 3, s. 121),
- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, – jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zamawiający nie może w umowie zawęzić katalogu przesłanek zmian wynagrodzenia wykonawcy wskazanych w art. 142 ust. 5 Pzp.⁶

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) z 9 maja 2015 r.⁷ wskazuje, że: „Stawki

³ Ustawa z 29.1.2004 – *Prawo zamówień publicznych* (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.).

⁴ Zob. L. Więclaw-Bator: *Nieprawidłowości i uchybienia w zakresie formułowania postanowień umów w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane realizowane w formule »buduj«*, „Budownictwo i Prawo”, nr 3/2017, s. 26-31.

⁵ Ustawa z 10.10.2002 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847, ze zm.).

⁶ Zgodnie z wyrokiem KIO z 23.3.2015, sygn. akt KIO 443/15, LEX nr 1677962: „brzmienie SIWZ dopuszczające możliwość podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy wyłącznie w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu w zakresie wzrostu kosztów osób zatrudnionych na umowę o pracę, z wyłączeniem kosztów osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych stanowi naruszenie art. 142 ust. 5 p.z.p.”.

⁷ Sygn. akt KIO 346/15.

Tabela 1. **Udział procentowy cen czynników produkcji budowlanej w cenie budowy obiektu budowlanego wg SEKOCENBUD**

Przykładowe obiekty	Udział cen czynników produkcji budowlanej w cenie budowy obiektu (%)				
	Robocizna	Wyroby/ materiały	Sprzęt	Koszty pośrednie	Zysk
Budynek mieszkalny wielorodzinny 4-kondygnacyjny z garażem podziemnym	20,9	54,2	4,2	16,3	4,4
Budynek administracyjno-biurowy 6-kondygnacyjny podpiwniczony	19,6	53,3	6,0	16,6	4,5
Szkoła podstawowa z przedszkolem dla 240 + 40 dzieci	21,2	56,3	2,7	15,6	4,2
Przedszkole 2-oddziałowe	21,6	55,3	2,9	15,9	4,3
Przedszkole rejonowe 2 kondygnacje + piwnice	21,2	56,8	2,5	15,4	4,1
Szkolna hala sportowa o konstrukcji murytano-żelbetowej	15,9	63,6	4,0	13,0	3,5
Hala sportowo-widowiskowa z lodowiskiem dla 2 890 widzów	15,5	64,3	4,1	12,7	3,4
Autostrada „A” dwujezdniowa	7,3	40,4	25,7	21,0	5,6
Ulica w ciągu drogi głównej „G” jednojezdniowa z dwustronnym chodnikiem i zatokami	10,9	58,6	12,0	14,6	3,9
Chodnik (ciąg) pieszo-rowerowy na obszarze miejskim	20,5	44,5	10,3	19,5	5,2
Parking ogólnodostępny (dla 180 samochodów osobowych)	16,2	54,6	9,0	16,0	4,2
Oświetlenie parkingu, ulicy	15,6	60,6	6,2	13,9	3,7
Przepust drogowy jednootworowy z rur żelbetowych \varnothing 100 cm	19,5	41,5	12,9	20,6	5,5
Most w ciągu autostrady „A” dwujezdniowy, kablodetonowy, jedenastoprzęsłowy	12,2	41,4	20,3	20,6	5,5
Wiadukt w ciągu drogi głównej „G” jednojezdniowy, żelbetowy czteroprzęsłowy	12,2	47,4	17,0	18,5	4,9
Sieć wodociągowa z rur żelbetowych \varnothing 300 mm	12,9	53,6	12,9	16,3	4,3
Sieć ciepłownicza z rur preizolowanych z alarmem 2 x \varnothing 168,3 x 250 mm	8,6	69,7	8,2	10,7	2,8
Sieć kanalizacyjna z rur PVC \varnothing 250 mm	34,4	35,3	1,5	22,8	6,0
Sieć kanalizacyjna z rur kamionkowych \varnothing 300 m	31,8	36,0	3,7	22,5	6,0
Sieć kanalizacyjna z rur żelbetowych WIPRO \varnothing 800 mm	30,7	30,5	7,8	24,5	6,5
Oczyszczalnia ścieków – zbiornik ścieków dowożonych	20,3	47,7	8,7	18,4	4,9
Boisko na terenie przyszkolnym	9,1	65,8	9,9	12,0	3,2

Źródło: Zagregowane wskaźniki waloryzacyjno-prognostyczne ZWW”, Zeszyt 74/2017 (1770) IV kw. 2017 r., s. 53-185, Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa PROMOCJA Sp. z o.o.

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. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je uwzględnić również przy kalkulowaniu

Tabela 2. Zmiany cen w budownictwie w latach 2009–2017 wg GUS* i SEKOCENBUD

Rodzaj ceny/stawki	Zmiana w % w stosunku do IV kwartału poprzedniego roku									
	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	
Cena produkcji budowlano-montażowej wg GUS	↓0,8	↑0,1	↑1,7	↓1,2	↓1,9	↓0,6	↓0,7	↑0,1		
Stawki robocizny kosztorysowej (netto) wg SEKOCENBUD	Roboty ogólnobudowlane inwestycyjne	↓3,5	↑1,1	↓0,3	↓0,1	↓1,6	↑1,1	↑1,4	↑1,5	↑4,0
	Roboty ogólnobudowlane remontowe	↓2,3	↑1,1	↑1,2	↓0,1	↓0,7	↑0,4	↑1,3	↑1,9	↑3,9
	Roboty instalacji sanitarnych	↓2,1	↑1,2	↑0,8	↑0,5	↓1,0	↑0,9	↑1,5	↑1,9	↑4,3
	Roboty instalacji elektrycznych	↓3,0	↑1,0	↑1,1	↑0,3	↓0,8	↑1,1	↑1,1	↑2,2	↑3,8
	Roboty inżynierskie	↓1,4	↑0,7	↑1,1	↓0,1	↓2,1	↑0,1	↑2,1	↑1,5	↑4,6
	Wykończeniowe w wysokim standardzie	↓1,4	↓0,3	↓1,0	↑0,5	↓1,0	↑0,7	↑0,9	↑0,7	↑2,4
Ceny materiałów wg SEKOCENBUD	Materiały budowlane	↓4,9	↑0,2	↑1,4	↑0,9	↓2,3	0,00	0,00	↓0,9	↑2,5
	Materiały instalacyjne	↑1,2	↑1,3	↑4,0	↑2,9	↓1,1	↑2,7	↑2,6	↑1,3	↑1,8
	Materiały elektryczne	↑1,1	↑16,5	↑11,9	↓23,7	↓13,4	↑1,4	↑2,6	↓2,1	↑4,3
	Ogółem	↓3,9	↑1,2	↑2,1	↓0,2	↓2,7	↑0,1	↑0,3	↓0,6	↑2,2
Ceny najmu i pracy sprzętu budowlanego (ogółem) wg SEKOCENBUD	↑2,1	↑2,0	↑2,9	↑1,9	↓0,2	↓0,2	↑0,7	↑0,4	↑0,8	

* <<http://gus.gov.pl>>

Źródło: „Zagregowane wskaźniki waloryzacyjno-prognostyczne ZWW”, Zeszyt 74/2017 (1770) IV kw. 2017 r., s. 41-47, Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa PROMOCJA Sp. z o.o.

ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę.”

Modele wynagrodzeń za roboty budowlane

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie regulują zasad ustalania wynagrodzenia w umowach w zamówieniach publicznych. W myśl art. 139 Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy k.c., jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. W tytule XI „Umowy

o roboty budowlane” k.c. nie wskazano dopuszczalnych rodzajów wynagrodzenia za roboty budowlane. W tytule rozdziału XV k.c. „Umowa o dzieło” wyodrębniono trzy modele wynagrodzeń: na podstawie określonego wskazania podstaw do jego ustalenia (art. 628 § 1 k.c.), kosztorysowe (art. 629 i 630 k.c.) i ryczałtowe (art. 632 k.c.). Zgodnie z uchwałą SN (7) z 29 września 2009 r.⁸: „Przepisy art. 629 i 632 § 2 k.c. mogą mieć zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane”. W wyroku z 14 lipca 2009 r.⁹, KIO wskazała, że: „Zamawiający może samodzielnie określić

⁸ Sygn. akt III CZP 41/09, LEX nr 518164.

⁹ Sygn. akt: KIO/UZP 812/09, KIO/UZP 833/09.

Tabela 3. Minimalne wynagrodzenia za pracę w latach 2007–2018 (w zł brutto)

Okres	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Minimalne wynagrodzenie za pracę	936	1 126	1 276	1 317	1 386	1 500	1 600	1 680	1 750	1 850	2 000	2 100

Źródło: <<http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20022001679>>, zestawienie własne sporządzone na podstawie danych zawartych w aktach wydanych na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

model wynagrodzenia. (...) Stosowanie konkretnego modelu wynagrodzenia – wobec braku unormowań w tym zakresie – zależy przede wszystkim od stanu wiedzy, doświadczenia i polityki zamawiającego”.

Wynagrodzenie wynikające z określonego wskazania podstaw

Zgodnie z art. 628 § 1 k.c.: „Wysokość wynagrodzenia za wykonanie dzieła można określić przez wskazanie podstaw do jego ustalenia (...)”. Analogicznie wysokość wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych można określić przez wskazanie podstaw do jego ustalenia tj.: cen jednostkowych robót budowlanych lub cen czynników produkcji budowlanej wymienionych przez wykonawcę w ofercie. Rozliczenie robót budowlanych następuje wówczas na podstawie kosztorysu powykonawczego opracowanego na podstawie obmiaru robót¹⁰ oraz cen jednostkowych wskazanych przez wykonawcę w ofercie¹¹.

Dany model wynagrodzenia ma zastosowanie w umowach ramowych (na wykonanie powtarzalnych czynności), które nie powodują roszczeń po stronie wykonawcy z tytułu nieuzyskania zamówienia.

Wynagrodzenie kosztorysowe

Rozliczenie kosztorysowe robót budowlanych następuje na podstawie kosztorysu powykonawczego opracowanego na podstawie obmiaru robót oraz cen jednostkowych wskazanych przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym. W modelu tym, to ceny jednostkowe, a nie cena globalna podana w ofercie, w ostatecznym rozrachunku decydują o otrzymanym przez wykonawcę wynagrodzeniu¹².

Artykuł 629 k.c. stanowi: „Jeżeli strony określiły wynagrodzenie na podstawie zestawienia planowanych prac (przedmiar robót budowlanych – dopisek autorki) i przewidywanych kosztów, a w toku wykonywania dzieła zarządzenie właściwego

¹⁰ W wyroku z 6.4.2010, sygn. akt KIO/UZP 306/10, KIO wskazała, iż: „Pojęcie »obmiar robót« (obliczenie ilości robót na podstawie pomiarów z natury) rozumiane jest jako opracowanie sporządzane po wykonaniu robót przez ich wykonawcę na podstawie książki obmiarów, niezbędne do wykonania kosztorysu powykonawczego lub zamiennego”.

¹¹ Zob. L. Więclaw-Bator: *Zamówienia publiczne w budownictwie*, Oficyna Wydawnicza Polcen, Warszawa 2017, s. 253-271 oraz L. Więclaw-Bator, L. Kruska: *Umowy o roboty budowlane w zamówieniach publicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 129-153.

¹² Zob. wyrok KIO z 9.11.2016, sygn. akt KIO 2036/16.

organu państwowego zmieniło wysokość cen lub stawek obowiązujących dotychczas w obliczeniach kosztorysowych, każda ze stron może żądać odpowiedniej zmiany umówionego wynagrodzenia. Nie dotyczy to jednak należności uiszczonych za materiały lub robocizną przed zmianą cen lub stawek”. Kolejny artykuł ustawy Kodeks cywilny wskazuje, że jeśli w toku wykonywania dzieła zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu będącym podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, a to sporządził zamawiający, przyjmujący zamówienie może żądać odpowiedniego podwyższenia wynagrodzenia. Jeśli zestawienie planowanych prac sporządził przyjmujący zamówienie, może on żądać podwyższenia wynagrodzenia tylko wtedy, gdy – mimo zachowania należytej staranności – nie mógł przewidzieć prac dodatkowych. Nie ma podstaw do takiego żądania, gdy wykonał prace dodatkowe bez uzyskania zgody zamawiającego.

Model wynagrodzenia kosztorysowego ma zastosowanie w kontraktach budowlanych realizowanych w formule „zbuduj”, zwłaszcza w wypadku remontów obiektów zabytkowych.

Wynagrodzenie ryczałtowe

Sąd Najwyższy w wyroku z 20 listopada 1998 r.¹³, wskazał, że: „Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że

wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego”. Zasadniczym elementem rozróżniającym wynagrodzenie ryczałtowe od pozostałych modeli jest alokacja ryzyka, w tym¹⁴:

- kalkulacyjnego wynikającego z niedoszacowania lub przeszacowania rozmiaru lub kosztów robót budowlanych ujętych w opisie przedmiotu umowy;
- wykonawczego związanego m.in. z koniecznością zapłaty kar umownych z tytułu nieterminowego wykonania robót budowlanych, np. na skutek niestabilności zatrudnionej kadry pracowniczej wykonawcy i podwykonawców, awaryjności maszyn i urządzeń oraz nieterminowych dostaw wyrobów. Im krótszy jest termin wykonania robót budowlanych i im wyższa jest wysokość kar umownych za nieterminową realizację przedmiotu umowy, tym wyższy jest koszt ryzyka wykonawczego;
- waloryzacyjnego wynikającego ze wzrostu cen czynników produkcji budowlanej (tabela 2, s. 120).

Model wynagrodzenia ryczałtowego ma zastosowanie w kontraktach budowlanych realizowanych w formule „zaprojektuj i zbuduj” oraz w formule „zbuduj”.

Czego nie obejmuje wynagrodzenie ryczałtowe

Ryczałt nie obejmuje tego, czego zamawiający nie przewidział w SIWZ, w tym zmian w dokumentacji projektowej zainicjowanych przez zamawiającego, skutkujących koniecznością wykonania

¹³ Sygn. akt II CKN 913/97.

¹⁴ Zob. L. Więclaw-Bator: *Zamówienia publiczne...* op.cit., s. 253-271; L. Więclaw-Bator, L. Kruszka: *Umowy o roboty budowlane...* op.cit., s. 129-153; wyrok KIO z 13.5.2013, sygn. akt KIO 973/13.

robót dodatkowych i/lub robót zamiennych generujących dodatkowe koszty¹⁵. Zgodnie z wyrokiem KIO z 2 marca 2010 r.¹⁶: „Nie jest dopuszczalne i możliwe zawarcie z góry w specyfikacji [istotnych warunków zamówienia] i we wzorze umowy, zastrzeżenia, iż umowa obejmuje zakres prac, który obojętnie z jakich przyczyn został pominięty na etapie projektowania lub też obejmuje bez obustronnego porozumienia zakres wszelkich prac dodatkowych czy zamiennych”.

Należy jednak zauważyć, że: „Ustalenie ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych wyklucza możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe jedynie wtedy, gdy te prace są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają. [...] nie jest usprawiedliwione oczekiwanie całkowitego wyłączenia możliwości domagania się wynagrodzenia za prace dodatkowe, zwłaszcza gdy dokumentacja techniczna, która jest podstawą kalkulowania

wynagrodzenia przez wykonawcę, zawiera błędy uniemożliwiające realizowanie zadania dla osiągnięcia założonego efektu końcowego.” – wyrok SA w Gdańsku z dnia 12 marca 2014 roku¹⁷.

Wysokości wynagrodzenia ryczałtowego
Artykuł 632 § 1 k.c. stanowi, że jeżeli strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie było możliwe przewidzenie rozmiaru lub kosztów prac. Niezmiennosc wysokości wynagrodzenia ryczałtowego nie ma jednak charakteru bezwzględny. W wyjątkowych przypadkach dopuszczalne jest zwiększenie¹⁸ lub zmniejszenie¹⁹ ryczałtu. Zgodnie z art. 632 §2 k.c. stanowi, że, jeżeli skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd²⁰ może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać

¹⁵ Zob. wyrok SA w Krakowie z 31.1.2013, sygn. akt I ACa 1282/12.

¹⁶ Sygn. akt KIO 184/10.

¹⁷ Sygn. akt V ACa 846/13.

¹⁸ Zob. wyrok SA w Szczecinie z 30.3.2016, sygn. akt I ACa 994/15, w którym wskazano, że: „[...] ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie sztywnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego. Taka sama zasada obowiązuje odnośnie do inwestora przy ustalaniu czy nie doszło do nadpłaty z jego strony wynagrodzenia za pracę, których wykonawca nie wykonał. Oczywiście przepis art. 632 § 2 k.c. ma charakter dyspozytywny. Przyjęcie w nim jednostronnej ochrony wykonawcy (przyjmującego zamówienie) nie pozbawia stron umowy o roboty budowlane w ramach swobody zawierania umów (art. 353¹ k.c.) możliwości ułożenia tego stosunku prawnego według swego uznania w ten sposób, że zostanie zrównoważone ryzyko przyjęcia wynagrodzenia wykonawcy w formie ryczałtowej. Prawnymi konsekwencjami ukształtowania wynagrodzenia ryczałtowego bez takiej klauzuli jest zarówno niedopuszczalność podwyższenia go, jak też obniżenia”.

¹⁹ Zob. wyrok SN z 16.8.1972, sygn. akt III CRN 202/72, w którym wskazano, iż: „Jeżeli strony w umowie o dzieło określiły wynagrodzenie ryczałtowo, to okoliczność, że przyjmujący zamówienie nie wykonał wszystkich robót, co zmusiło zamawiającego do powierzenia wykończenia dzieła innej osobie (art. 636 § 1 k.c.), nie oznacza przekreślenia ryczałtowości wynagrodzenia. W takiej sytuacji należy od umówionego wynagrodzenia ryczałtowego odliczyć to, co zamawiający musiał wydatkować na dokończenie dzieła, nie zaś określać wysokość wynagrodzenia na podstawie rzeczywistej wartości wykonanych robót”.

²⁰ Wyrok sądu ma wówczas charakter wyroku konstytucyjnego oraz wyroku sąduzącego.

umowę. Przepis ten chroni wykonawcę przed poniesieniem „rażącej straty”, nie chroni natomiast przed utratą dochodu²¹. Przesłankami żądania wykonawcy, opartego na przepisie art. 632 § 2 k.c. są:

- Wystąpienie rzeczywistej, istotnej zmiany stosunku;
- Brak możliwości przewidzenia rzeczywistej, istotnej zmiany stosunków;
- Zagrożenie powstania rażącej straty przyjmującego zamówienie w wypadku wykonania dzieła w zmienionych warunkach przy utrzymaniu ryczałtu. Przy czym: „Rażąca strata« oznacza stratę ponad przeciętną nieobjętą typowym ryzykiem gospodarczym” – wyrok SN z 6 grudnia 2006 r.²²;
- Związek przyczynowy między zmianą stosunków a zagrożeniem rażącej straty dla przyjmującego zamówienie.

Artykuł 90 Prawa zamówień publicznych a zamówienia rozliczane ryczałtowo

W wypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 90 Pzp, zamawiający obligatoryjnie (ust. 1 i ust. 1a pkt 1) lub fakultatywnie (ust. 1a pkt 2) zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w tym o złożenie dowodów. Jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień (nie wywiąże się z obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 2 Pzp) lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzą, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający będzie zobligowany odrzucić jego ofertę

(art. 90 ust. 3 Pzp). Przepis art. 90 Pzp znajduje zastosowanie w wypadku modelu wynagrodzenia ryczałtowego. Zgodnie z wyrokiem KIO z 1 marca 2017 r., sygn. akt KIO 72/17: „[...] Ryczałt – pomimo tego, że stanowi wynagrodzenie za całość robót niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich rzeczywistych rozmiarów i kosztów [...] – nie jest dla zamawiającego zabezpieczeniem przed zaoferowaniem mu rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce chociażby w przypadkach, w których wykonawca kalkulując cenę oferty nie uwzględni w niej jakiegoś istotnego dla wykonania zamówienia elementu, co zostanie ujawnione, przykładowo, na etapie składania wyjaśnień. [...] także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać, że wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do jej wysokości będą one następnie wykorzystane w procedurze przewidzianej przepisem art. 90 ustawy Pzp i powinny przekładać się na czytelność, spójność i rzetelność składanych wyjaśnień. Wykonawca, który takimi kalkulacjami nie dysponuje w ogóle, bądź którego kalkulacje nie posiadają wymienionych wcześniej cech, naraża się na odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp”.

²¹ Zob. wyrok SN z 15.11.2006, sygn. akt V CSK 251/06.

²² Sygn. akt IV CSK 290/06.

Żądanie załączenia kosztorysu ofertowego

Analiza kilkuset zamówień publicznych na roboty budowlane wskazuje, że zamawiający stosunkowo często zamieszczają w SIWZ zapis, iż wykonawca jest zobowiązany załączyć do oferty kosztorys ofertowy. W orzecnictwie²³ przyjęło się, że w wypadku ceny ryczałtowej ma on jedynie znaczenie informacyjne. W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych²⁴: „Brak jest [...], co do zasady, podstaw do żądania kosztorysu ofertowego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji ustalenia przez zamawiającego wynagrodzenia w postaci ceny ryczałtowej, a w konsekwencji brak jest również podstaw do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. oferty wykonawcy, który do oferty nie załączył kosztorysu ofertowego”. I dalej: „Odrzucanie ofert w nieuzasadnionych przypadkach stanowi [...] ograniczenie dostępu do rynku zamówień publicznych

i jest istotnym zagrożeniem dla efektywności wydatkowania środków publicznych, szczególnie środków Unii Europejskiej”²⁵. Według Prezesa UZP²⁶: „Kosztorys ofertowy może stanowić pomoc w przypadku wyjaśnień udzielanych na żądanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, lub też obowiązek jego złożenia może towarzyszyć zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym wykonawcą”. W ocenie autorki zastrzeżenie w SIWZ, iż wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, jest zobligowany do przedłożenia zamawiającemu kosztorysu ofertowego (przed lub po podpisaniu umowy) jest celowe, ponieważ dokument ten może okazać się istotny m.in. w wypadku²⁷:

- przeprowadzenia analizy zasadności waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 142 ust. 2 Pzp,

²³ Zob. m.in.:

– wyrok SA w Poznaniu z 6.3.2001, sygn. akt I ACa 1147/00, w którym wskazano, iż: „Jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego”;

– wyrok KIO z 2.7.2008, sygn. akt KIO/UZP 616/08, w którym wskazano, iż: „Co do zasady kosztorys ofertowy ma przy cenie ryczałtowej znaczenie pomocnicze, a nieistotne rozbieżności między jego treścią a treścią otrzymanych przedmiarów nie oznaczają niezgodności treści oferty z treścią SIWZ skutkującej odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.”.

²⁴ Odpowiedź Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (z upoważnienia prezesa Rady Ministrów) z 15.4.2013 na zapytanie nr 3791 w sprawie interpretacji ustawy – Prawo zamówień publicznych dotyczącej załączenia kosztorysów ofertowych do oferty, <<http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=1F86417E>>.

²⁵ Odpowiedź Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (z upoważnienia prezesa Rady Ministrów) z 12.5.2013 na interpelację nr 14147 w sprawie prawidłowości postępowania zamawiającego w przypadku braku kosztorysu ofertowego, <<http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=19E15817>>.

²⁶ Odpowiedź prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (z upoważnienia prezesa Rady Ministrów) z 15.4.2013 na zapytanie nr 3791.

²⁷ Zob. L. Więclaw-Bator: *Zamówienia publiczne...*, op.cit., s. 253-271; L. Więclaw-Bator, L. Kruszka: *Umowy o roboty...*, op.cit., s. 129-153.

- żądania obniżenia odpowiedniej części wynagrodzenia z uwagi na zaniechanie wykonania części robót budowlanych,
- żądanie obniżenia odpowiedniej części wynagrodzenia z uwagi na stwierdzenie istotnych wad robót budowlanych (art. 637 § 2 k.c.),
- monitorowania czy ceny robót budowlanych ujęte w umowach o podwykonawstwo nie są wyższe od ceny zaoferowanej przez wykonawcę.

Badania wskazują, że stosunkowo często zamawiający zobowiązują wykonawców (przed lub po podpisaniu umowy) do przekazania zamawiającemu tabeli wartości elementów scalonych, tj. zestawienia tabelarycznego cen ryczałtowych klas robót budowlanych lub elementów obiektu budowlanego. W wypadku umów o roboty budowlane polegające na budowie całych obiektów budowlanych zdarza się, że wykonawcy celowo zawyżają w tabelach wartości elementów scalonych ceny robót polegających na wykonaniu stanu zerowego i stanu surowego obiektu i zawyżają ceny ryczałtowe robót wykończeniowych, aby jak najszybciej otrzymać należności.

Wynagrodzenie mieszane

W ramach swobody kontraktowej (art. 353¹ k.c.) strony mogą zastrzec w umowie, że wykonawca otrzyma wynagrodzenie mieszane:

- wynagrodzenie ryczałtowo-kosztorysowe – wynagrodzenie ryczałtowe za

roboty budowlane objęte umową oraz wynagrodzenie kosztorysowe za roboty dodatkowe²⁸;

- lub wynagrodzenie kosztorysowo-ryczałtowe – wynagrodzenie kosztorysowe z pewnymi elementami wynagrodzenia ryczałtowego, np.: wskazaniem, że wysokość wynagrodzenia zostanie ustalona na podstawie kosztorysu powykonawczego oraz że jego ostateczna wysokość nie może przekroczyć określonej ceny.

Dopuszczalność stosowania mieszanego modelu wynagrodzenia potwierdził Sąd Administracyjny w Szczecinie w wyroku z 30 marca 2016 r.²⁹ wskazując, że: „[...] przepis art. 632 § 2 k.c. ma charakter dyspozytywny. Przyjęcie w nim jednostronnej ochrony wykonawcy (przyjmującego zamówienie) nie pozbawia stron umowy o roboty budowlane w ramach swobody zawierania umów (art. 353¹ k.c.) możliwości ułożenia tego stosunku prawnego według swego uznania w ten sposób, że zostanie zrównoważone ryzyko przyjęcia wynagrodzenia wykonawcy w formie ryczałtowej. Prawnymi konsekwencjami ukształtowania wynagrodzenia ryczałtowego bez takiej klauzuli jest zarówno niedopuszczalność podwyższenia go, jak też obniżenia”.

Z uwagi na złożoność modelu wynagrodzenia mieszanego, nie zaleca się jego stosowania w wypadku umów w sprawie zamówień publicznych.

²⁸ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 14.3.2008, sygn. akt IV CSK 460/2007, w którym wskazano, iż: „Niejednokrotnie w umowach o roboty budowlane jest stosowany tzw. system mieszany, polegający na określeniu wynagrodzenia w sposób ryczałtowy oraz zastrzeżenia, że za prace dodatkowe nieobjęte projektem należy się wynagrodzenie kosztorysowe”.

²⁹ Sygn. akt: I ACa 994/15.

Uwagi i wnioski

Zamawiający winien wskazać w SIWZ wszystkie czynniki mogące mieć wpływ na obliczenie wysokości ceny oferty, w tym:

- zakres robót budowlanych,
- standardy jakościowe, w tym wymagania dotyczące właściwości wyrobów/materiałów, sprzętu, maszyn i środków transportu,
- termin wykonania przedmiotu umowy,
- informację o przyjętym przez zamawiającego modelu wynagrodzenia umownego,
- sposób rozliczenia robót tymczasowych³⁰ i prac towarzyszących³¹,
- informację czy wynagrodzenie będzie wypłacane w transzach czy jednorazowo w całości,
- sankcje z tytułu niewykonania lub nie należytego wykonania umowy przez strony.

Jak słusznie dostrzegła KIO w wyroku z 23 kwietnia 2014 r.³²: „[...] nadmierne ryzyko co do zakresu prac, które przyjdzie wykonawcy realizować w wyznaczonym czasie, niewiadomy zakres materiałów, które będzie mu wolno wykorzystać zniechęca wykonawców do wzięcia udziału w tym postępowaniu, gdzie zakres

rzeczowy nie został w sposób przewidywalny i jednoznacznie ustalony. Tego typu działania prowadzą [...] do ograniczenia uczciwej konkurencji, przez co są niekorzystne dla realizacji celów publicznych, gdyż im mniejsza konkurencja, tym cena najniższej oferty może okazać się wyższa”.

Wykonawca będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego powinien określić wysokość ceny oferty z należytą starannością po dokonaniu rzetelnej analizy ogłoszenia o udzieleniu zamówienia i SIWZ. Jeżeli stwierdzi, że w tych dokumentach brakuje istotnych danych, niezbędnych do obliczenia ceny oferty lub sprzeczność informacji w nich zawartych, winien zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ (art. 38 ust. 1 Pzp).

LIDIA WIĘCŁAW-BATOR

Biuro Kontroli m.st. Warszawy,
rzeczoznawca zamówień publicznych
Ogólnopolskiego Stowarzyszenia
Rzeczoznawców i Konsultantów
Zamówień Publicznych,
biegły sądowy z zakresu budownictwa

³⁰ Roboty towarzyszące – roboty, które są projektowane i wykonywane jako potrzebne do wykonania robót podstawowych, ale nie są przekazywane zamawiającemu i są usuwane po wykonaniu robót podstawowych.

³¹ Prace towarzyszące – prace niezbędne do wykonania robót podstawowych niezaliczane do robót tymczasowych, w tym geodezyjne wytyczenie i inwentaryzacja powykonawcza.

³² Sygn. akt KIO 706/14.

Słowa kluczowe: czynniki cenotwórcze robót budowlanych, modele wynagrodzeń, zamówienia publiczne na roboty budowlane, kosztorys ofertowy, orzecznictwo sądów

Key words: price determining factors, models of payments, construction works procurement, tender cost estimate, judicature of courts