

**Maciej Bendorf-Bundorf**

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-7475-4986

maciek.bendorf@gmail.com

## Zmiana wynagrodzenia ryczałtowego przy robotach dodatkowych w ramach umowy o zamówienie publiczne

### Wstęp

Efektywność publicznych wydatków stanowi jeden z fundamentalnych celów systemu zamówień publicznych. Dbałość o środki publiczne poprzez postulat ich racjonalnego i oszczędnego wykorzystywania jest uznawana za kluczową we wszystkich krajach Unii Europejskiej<sup>1</sup>. Istotne przy tym jest to, że rynki zamówień publicznych poszczególnych państw członkowskich tworzą wspólny, europejski system zamówień publicznych, oparty o zasady oraz wytyczne uregulowane w dyrektywach unijnych<sup>2</sup>. W ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych<sup>3</sup> efektywność ekonomiczna została wprowadzona do katalogu fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>4</sup>.

Może pojawić się jednak pytanie, czy efektywność i oszczędność powinny być uznawane za bezwzględnie najwyższe w hierarchii postulatów, które mają

---

<sup>1</sup> M. Milosavljević, M. Dobrota, N. Milanović, *A new approach to the evaluation of public procurement efficiency among European countries*, „European Review” 2018, nr 2, s. 246.

<sup>2</sup> Do najważniejszych dyrektyw UE, regulujących zamówienia publiczne, należą w szczególności: dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE L Nr 94, s. 65 ze zm.) oraz dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. UE L Nr 94, s. 243 ze zm.). Szerzej nt. europejskich źródeł prawa zamówień publicznych zob. C.H. Bovis, *EU public procurement law*, Cheltenham 2012, s. 59 i nast. Por. również: J. Verdeaux, *Public procurement in the European Union and in the United States: a comparative study*, „Public Contract Law Journal” 2003, nr 4, s. 721 i nast.

<sup>3</sup> T.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605, dalej jako Pzp.

<sup>4</sup> M. Lubieniecka, *Zasada efektywności ekonomicznej*, „Przetargi Publiczne” 2020, nr 12, s. 16.

być realizowane w ramach poszczególnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Należy bowiem brać również pod uwagę obowiązek ochrony interesów wykonawców ubiegających się o zamówienia, a w szczególności już realizujących publiczne kontrakty. Wniosek o szczególnym znaczeniu ochrony wykonawców dla prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych wyciągnąć można bezpośrednio z treści ustawy Pzp, która określa szereg regulacji chroniących interesy uczestników procedur zamówień publicznych po stronie podaźowej, w szczególności system środków ochrony prawnej przysługujących im na niezgodne z ustawą postępowanie zamawiającego<sup>5</sup>. Niewątpliwie ochronie interesów wykonawców służyć ma również obowiązek waloryzacji wynagrodzenia, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów realizacji zamówienia, wprowadzony w art. 439 Pzp<sup>6</sup>.

Zagadnienie stosunku między postulatem efektywności zamówień publicznych a koniecznością ochrony interesów wykonawców zamówień oraz pytanie, którą z zasad należy postawić wyżej w hierarchii, wydają się być szczególnie istotne w kontekście problematyki poruszanej w niniejszym materiale. Celem artykułu jest analiza dopuszczalności zmiany umówionego wynagrodzenia ryczałtowego w sytuacji wystąpienia robót dodatkowych, których wykonawca nie był w stanie przewidzieć na etapie wyceny swojej oferty z uwagi na błędy w zawartej w specyfikacji warunków zamówienia dokumentacji projektowej.

## Wynagrodzenie ryczałtowe w doktrynie prawa cywilnego

Ryczałtowa metoda wynagrodzenia uregulowana jest w art. 632 Kodeksu cywilnego<sup>7</sup>. Zgodnie z tym przepisem jeżeli strony umowy się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Natomiast w myśl § 2 jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

W literaturze z zakresu prawa cywilnego dominuje pogląd o zasadniczej niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego, związanej z obciążeniem ryzykiem

---

<sup>5</sup> Szerzej nt. ochrony interesów wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zob. J. Pokrzywniak, T. Kwieciński, J. Baehr, *Środki ochrony prawnej w procedurach zamówień publicznych*, Warszawa 2006.

<sup>6</sup> Szerzej: E. Wiktorowska, B. Kacprzyk, *Waloryzacja wynagrodzenia*, „Przetargi Publiczne” 2022, nr 3, s. 55 i nast.

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1610), dalej jako KC.

straty strony przyjmującej zamówienie (wykonawcy)<sup>8</sup>. Podkreśla się przy tym, że przy wykorzystaniu tej metody wynagrodzenia zamawiający już w momencie zawierania umowy posiada niemal pewność co do wysokości wynagrodzenia, które będzie musiał zapłacić<sup>9</sup>. Ryzyko po stronie zamawiającej jest ograniczone z uwagi na możliwość obniżenia wynagrodzenia ryczałtowego w przypadku niewykonania przez wykonawcę części zamówionych robót, proporcjonalnie do zakresu robót, które nie zostały zrealizowane<sup>10</sup>.

Należy jednak wskazać, że w doktrynie prawa cywilnego występują poglądy, zgodnie z którymi zasadniczy brak możliwości zmiany umówionego wynagrodzenia ryczałtowego posiada pewne wyjątki. Przykładowo, według Przemysława Drapały można wymienić aż cztery przykłady odstępstwa od zasady niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego, funkcjonujące niezależnie od określonej w art. 632 § 2 KC możliwości sądowej zmiany wysokości ryczałtu. Autor wymienia w szczególności sytuację, w której następuje zmiana parametrów ekwiwalentności po stronie wykonawcy. Ustalona w momencie zawarcia umowy wysokość ryczałtu stanowić ma ekwiwalent za wykonanie określonych robót budowlanych w określonym czasie i z wykorzystaniem określonej technologii. W przypadku wystąpienia zdarzeń, które powodują zmianę zakresu niezbędnych prac lub też zdarzeń, w wyniku których zmianie ulega czas wykonywania robót lub też zmiana technologii, uzasadniona może być modyfikacja wynagrodzenia ryczałtowego. Jako inny przykład sytuacji, w której wykonawca może dochodzić wynagrodzenia w wysokości wyższej niż pierwotnie umówiona wysokość ryczałtu, autor wskazuje na możliwość żądania wynagrodzenia za prace dodatkowe, nieprzewidziane umową, na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu<sup>11</sup>.

Zdaniem Macieja Gutowskiego niezmiennosc wynagrodzenia ryczałtowego stanowi jego istotę. Możliwość ustalenia i zamrożenia kwoty wynagrodzenia, niezależnie od kosztów potrzebnych do wykonania umowy, stanowi podstawowy powód stosowania ryczałtu. Autor wskazuje przy tym, że rygor niezmienności wysokości wynagrodzenia nie obejmuje swoim zakresem przypadków nierzetelnego postępowania strony zamawiającej, w wyniku którego wykonawca został wprowadzony z błąd, co uniemożliwiło mu prawidłowe oszacowanie kosztów oraz określenie zakresu robót. Co więcej, wskazuje na wyrok

<sup>8</sup> Zob. w szczególności: A. Kowalczyk, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2023, s. 1278.

<sup>9</sup> K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 1423.

<sup>10</sup> B. Szolc-Nartowski, [w:] M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2022, s. 1065; także: J. Gudowski, *Kodeks cywilny. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, t. III: *Zobowiązania. Część 2*, Warszawa 2019, s. 528.

<sup>11</sup> P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IV: *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa 2017, s. 683–684.

Sądu Najwyższego z 9 października 2014 r.<sup>12</sup>, w który stwierdzono, że w ramach konstrukcji wynagrodzenia ryczałtowego nie jest wykluczone żądanie przez wykonawcę wynagrodzenia za prace, które nie były objęte zakresem zawartej umowy. Sąd przyjął przy tym, że w następstwie wykonania dla zamawiającego prac dodatkowych, które stanowią korzyść majątkową, bez dokonania zmian w umowie stanowi podstawę do dochodzenia zapłaty wynagrodzenia za dane roboty na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu<sup>13</sup>. Ponadto w przypadku wystąpienia trudności w udowodnieniu wartości prac dodatkowych, sąd może na podstawie art. 322 KPC<sup>14</sup> zasądzić określona sumę, według własnej oceny, w oparciu o analizę okoliczności sprawy<sup>15</sup>.

### **Wynagrodzenie ryczałtowe w stosunku prawnym zamawiający – wykonawca zamówienia publicznego**

Ustawa Pzp nie zawiera przepisu, w którym znajduje się definicja wynagrodzenia ryczałtowego. Trzeba zatem przyjąć, że zgodnie z ogólnym odesłaniem określonym w art. 8 ustawy<sup>16</sup>, odnośnie do analizowanej kwestii, należy stosować przepisy KC.

Zgodnie z art. 37 ust. 1 ustawy Pzp to na zamawiającym spoczywa obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający ma obowiązek podejmować wszelkie działania niezbędne dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania zamówieniowego oraz dla osiągnięcia celu postępowania, tj. zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami Pzp. To zamawiający opracowuje dokumenty zamówienia publicznego, w szczególności opis przedmiotu zamówienia oraz specyfikację warunków zamówienia, jak również określa treść umowy zawieranej z wybranym wykonawcą. Występując w roli gospodarza postępowania zamówienia publicznego, zamawiający ma prawo do określenia wymogów realizacji zamówienia publicznego, w tym ryczałtowej metody wynagrodzenia wykonawcy, w sposób, który umożliwi mu osiągnięcie zamierzonego celu, w szczególności korzystne ekonomicznie zaspokojenie określonego zapotrzebowania na dostawy, usługi lub roboty budowlane<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Sygn. akt I CSK 568/13.

<sup>13</sup> Analogicznie: wyrok SA w Gdańsku z 12 marca 2014 r., sygn. akt V Aca 846/13; wyrok SN z 11 stycznia 2017 r., sygn. akt IV CSK 109/16.

<sup>14</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1550).

<sup>15</sup> P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. IV, s. 684.

<sup>16</sup> Zgodnie z tym przepisem do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

<sup>17</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 210.

Wykonawca<sup>18</sup> natomiast w oparciu o przygotowane przez zamawiającego dokumenty zamówienia publicznego, w szczególności specyfikację warunków zamówienia oraz opis przedmiotu zamówienia, składa ofertę, która musi być zgodna z określonymi wymogami. Art. 218 ust. 2 Pzp wprost wskazuje, że treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Należy w tym miejscu podkreślić, że na mocy art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, podlega bezwarunkowemu odrzuceniu przez zamawiającego<sup>19</sup>.

Wybór przez zamawiającego ryczałtowego wynagrodzenia wykonawcy, w związku z określoną w art. 632 § 1 KC zasadą jego niezmienności, oznacza co prawda pewne ryzyko dla strony przyjmującej zamówienie, ponieważ nie może ona żądać zwiększenia wynagrodzenia, także w sytuacji gdy w momencie zawarcia umowy rozmiar oraz koszty prac były nie do przewidzenia. Należy jednak podkreślić, że w orzecznictwie przyjmuje się, że wskazana niezmiennosc wynagrodzenia ryczałtowego uwarunkowana jest stwierdzeniem, że przyjmujący zamówienie w chwili szacowania zakresu koniecznych robót oraz ich wartości posiadał rzetelną informację odnośnie do charakteru i przedmiotu swojego świadczenia. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 27 sierpnia 2014 r.<sup>20</sup> rygor art. 632 § 1 KC nie dotyczy sytuacji, w których zamawiający wykazał się nierzetelnością, wprowadzając przyjmującego zamówienie w błąd, w następstwie czego prawidłowe oszacowanie zakresu oraz kosztów niezbędnych robót było uniemożliwione<sup>21</sup>. Natomiast w wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 28 grudnia 2020 r.<sup>22</sup> wprost wskazano, że wykonanie stanowiących korzyść majątkową dla zamawiającego prac, które nie zostały przewidziane w umowie, umożliwia żądanie zapłaty za wykonane roboty, na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu także wówczas, gdy umowa została zawarta w rezultacie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>23</sup>. Należy przy tym wskazać, że świadczenie wykonawcy, wykraczające poza zobowiązanie określone w ofercie, pozbawione będzie ważnego umocownia umownego. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, wyrażonym w wyroku z 7 lutego 2013 r.<sup>24</sup>, „przepisy o zamówieniach publicznych nie uchylają przepisom o bezpodstawnym wzbogaceniu, a roszczenie o zwrot wartości

<sup>18</sup> Pod pojęciem wykonawcy, zgodnie z art. 7 pkt 30 Pzp, należy rozumieć podmiot, który oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożył ofertę lub zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego.

<sup>19</sup> Szerzej: H. Nowak, M. Winiarz (red.), op. cit., s. 689.

<sup>20</sup> Sygn. akt V ACa 181/14.

<sup>21</sup> Tak: Ł. Żelechowski, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2018, komentarz do art. 632.

<sup>22</sup> Sygn. akt I AGa 9/19.

<sup>23</sup> M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2022, s. 27–28.

<sup>24</sup> Sygn. akt II CSK 248/12.

materiałów budowlanych wbudowanych w budynek zamawiającego w wykonaniu umowy nieważnej z uwagi na naruszenie przepisów ZamPublU jest roszczeniem o zwrot wartości nienależnego świadczenia<sup>25</sup> znajdującym swe podstawy w przepisach art. 410 § 1 KC w zw. z 405 KC”.

## Niezgodność dokumentacji zamówienia z rzeczywistym stanem rzeczy – pojęcie robót dodatkowych

Mimo zdecydowanego brzmienia art. 632 § 1 KC, nie wyklucza on możliwości dochodzenia roszczeń wynikających z wykonanych prac dodatkowych. Pozostawiając na marginesie rozważań określoną w § 2 przepisu możliwość podwyższenia ryczałtu przez sąd, należy wskazać, że zakaz żądania podwyższenia wynagrodzenia obowiązuje jedynie w odniesieniu do zamówionej roboty budowlanej, w zakresie i w kształcie w jakim nastąpiło jej zlecenie. Jak zatem należy ocenić sytuację, w której wystąpiły różnice między rzeczywistym stanem rzeczy a informacjami określonymi w projekcie budowlanym, na podstawie którego wykonawca, zgodnie z wytycznymi zamawiającego, dokonał obliczenia ceny ryczałtowej w oparciu przedstawioną dokumentację? Zasadne jest wskazanie w tym miejscu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej<sup>26</sup> z 26 lipca 2017 r.<sup>27</sup>, w którym stwierdzono, że „sama zasada wynagrodzenia ryczałtowego nie oznacza, że wykonawca może być obciążony kosztami wykonania prac, które nie wynikają z opisu przedmiotu zamówienia”. Szczególnie istotną tezę znajdziemy w wyroku KIO z 30 listopada 2017 r.<sup>28</sup>: „Wykonawca ma jedynie obowiązek niezwłocznie zgłaszać dostrzeżone wady dokumentacji projektowej na etapie realizacji robót budowlanych, co nie powoduje jednak odpowiedzialności wykonawcy za wady projektu”<sup>29</sup>.

W zakresie kwalifikacji określonych robót jako robót dodatkowych względem zobowiązania głównego przyjmuje się, że decydujące znaczenie powinien mieć zakres zobowiązania wynikający z umowy i dokumentacji projektowej. W przypadku zamówień realizowanych na podstawie dokumentacji projektowej przygotowanej przez stronę zamawiającą kwestia oceny, odnośnie do tego co jest robotą dodatkową, zasadniczo nie wiąże się ze znaczącymi trudnościami interpretacyjnymi. Należy bowiem przyjąć, że status robót dodatkowych będą posiadać wszelkie prace, które są konieczne dla prawidłowej realizacji przed-

<sup>25</sup> Szerzej nt. świadczenia nienależnego zob. P. Horosz, [w:] M. Załucki (red.), op. cit., s. 896 i nast.; L. Jantowski, [w:] M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, op. cit., s. 716 i nast.; W. Dubis, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), op. cit., s. 880 i nast.

<sup>26</sup> Dalej jako KIO.

<sup>27</sup> Sygn. akt KIO 1402/17.

<sup>28</sup> Sygn. akt KIO 2219/17.

<sup>29</sup> Por. S. Mosur-Blezel, *Wady dokumentacji projektowej*, „Przetargi Publiczne” 2021, nr 4, s. 58.



miotu umowy, a ich wykonanie nie zostało przewidziane w dokumentacji projektowej. Wskazana konieczność wykonania powinna być oceniana przez pryzmat zasad sztuki budowlanej czy też zasad wiedzy technicznej, które powinny uzależniać prawidłowość całego procesu budowlanego, w szczególności od wykonania takich robót dodatkowych<sup>30</sup>.

W przypadku gdy wykonawca dokonywał określenia ceny na podstawie przedstawionej przez zamawiającego dokumentacji projektowej, obejmującej przedmiar robót, roboty, które wykraczają poza określony zakres, a które okazały się niezbędne do prawidłowej realizacji całości inwestycji budowlanej, będą posiadać status robót dodatkowych względem zamówienia podstawowego.

W praktyce zamówień publicznych, odnośnie do powyższej tezy, może pojawić się argument, że doświadczony wykonawca powinien zakładać możliwość wystąpienia różnic pomiędzy rzeczywistym stanem rzeczy a informacjami określonymi w dokumentacji zamówienia publicznego. Trudno taką argumentację uznać za prawidłową, w szczególności gdy weźmie się pod uwagę treść obowiązujących przepisów wraz z wypracowaną w danym przedmiocie linią orzecznictwem. Zgodnie bowiem z 99 ust. 1 Pzp to na zamawiającym ciąży obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności zaś na określenie ceny, za którą wykonawca jest gotów zrealizować dane zamówienie<sup>31</sup>. Wymóg szczególnej staranności zamawiającego przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia był wielokrotnie podkreślany w orzecznictwie. Przykładowo, KIO w wyroku z 7 września 2017 r.<sup>32</sup> wprost wskazała, że „opis przedmiotu zamówienia powinien być sporządzony przez zamawiającego w taki sposób, aby był on jednoznaczny i wyczerpujący. Jedynie takie skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia w konsekwencji zapewni wykonawcy – bez dokonywania dodatkowych interpretacji – możliwość prawidłowego ustalenia, co jest przedmiotem zamówienia, a także, czy wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia są w nim uwzględnione. Wobec tego prawidłowo opisany przedmiot zamówienia powinien bez problemu pozwolić wykonawcom na zidentyfikowanie potrzeb zamawiającego, a następnie przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią”. Ponadto KIO w wyroku z 29 września 2017 r.<sup>33</sup> wskazała, że „na etapie konstruowania treści SIWZ<sup>34</sup> zamawiający winien dołożyć należytej staranności i wyeliminować w stopniu

<sup>30</sup> Analogicznie: M. Zych, *Prace dodatkowe bez spisanej umowy*, <https://codozasady.pl/p/prace-dodatkowe-bez-spisanej-umowy> (data dostępu: 17.10.2023).

<sup>31</sup> Szerzej: M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 303 i nast.

<sup>32</sup> Sygn. akt KIO 1777/17.

<sup>33</sup> Sygn. akt KIO 1902/17.

<sup>34</sup> Obecnie: SWZ.

możliwie najwyższym wszelkie niejasności i nieprecyzyjne zapisy, tak, aby podczas badania i oceny ofert wyeliminować element subiektywnej, nieznamującej odzwierciedlenia w dokumentach postępowania oceny, która realnie prowadziłyby do stawiania wykonawcom na etapie oceny ofert dodatkowych, nieznanym wcześniej wymagań”.

Odwolywanie się do doświadczenia zawodowego wykonawcy oraz związanej z nim powinności dokonania pewnych założeń nie zasługuje na aprobatę. Wymaganie od wykonawcy, aby w toku wyceny swojej oferty uwzględnił czynniki niewynikające bezpośrednio z przedstawionej dokumentacji projektowej, należy uznać za sprzeczne z podstawowymi celami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Efektem prawidłowo przeprowadzonego postępowania powinien być wybór oferty obiektywnie najkorzystniejszej, co możliwe jest wyłącznie w sytuacji, gdy wszyscy wykonawcy, składając oferty i określając cenę, działają w oparciu o tożsame zespół danych, co wyklucza dopuszczalność wystąpienia elementu domysłu czy pewnych własnych założeń w jakimkolwiek zakresie. W przeciwnym przypadku wybór najkorzystniejszej oferty byłby utrudniony lub nawet niemożliwy, ponieważ składane oferty straciłyby przymiot porównywalności. W sposób oczywisty wynika to z ryzyka, że poszczególni wykonawcy dokonaliby odmiennych przypuszczeń co do rzeczywistego stanu rzeczy i na tej podstawie wycenili swoje oferty.

Powyższe stanowisko podziela KIO, która w wyroku z 21 lutego 2017 r.<sup>35</sup> wprost wskazała, że „zakres usług – możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania – nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych, co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny”. Istotny jest również pogląd KIO, wyrażony w wyroku z 31 stycznia 2017 r.<sup>36</sup>, zgodnie z którym „wykonawca, który zainteresowany jest udziałem w danym zamówieniu publicznych, musi mieć pełną jasność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, w taki sposób, aby bez żadnych wątpliwości mógł ustalić jego szczegółowy zakres, która to wiedza ma następnie wpływ na dokonanie wyceny tej roboty”.

Ważny w kontekście analizowanej problematyki pogląd wyrażony został w wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 5 października 2017 r.<sup>37</sup>, w którym wskazano, że wynagrodzenie ryczałtowe jest z góry określone, a wykonawca pozbawiony zostaje możliwości żądania podwyższenia wynagrodzenia, również w przypadku gdy w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Zasadniczo zatem jest to stanowisko zgodne z poglądami zwolenników zasady niezmienności ryczałtowej metody wynagrodzenia wykonawcy. Do odmiennych wniosków dochodzimy jednak po uwzględnieniu dalszej części stanowiska sądu, wyrażonego w danym wyroku, zgodnie z któ-

<sup>35</sup> Sygn. akt KIO 269/17.

<sup>36</sup> Sygn. akt KIO 134/17.

<sup>37</sup> Sygn. akt V ACa 380/16.



rym „obciążające wykonawcę ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru lub kosztów prac będące w świetle art. 632 § 1 KC cechą wynagrodzenia ryczałtowego doznaje modyfikacji na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych<sup>38</sup>. Wykonawcy nie może bowiem obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 i art. 31 ww. ustawy”<sup>39</sup>.

## Dopuszczalność zmiany umowy o zamówienie publiczne

Ocena prawna możliwości podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego wymaga analizy dopuszczalności zmiany umowy o zamówienie publiczne w świetle art. 455 Pzp. W kontekście rzeczzonego zagadnienia w pierwszej kolejności należy wskazać na art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy, który wprowadza wyjątek od ogólnego zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w postaci dopuszczalności jej aneksowania, w przypadku gdy zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych przez dotychczasowego wykonawcę, nieobjętych zamówieniem podstawowym, pod warunkiem że stały się one niezbędne oraz występuje kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

– zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności wyposażenia, usług lub instalacji zamówionych w ramach zamówienia podstawowego;

– zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego;

– wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków<sup>40</sup>.

Dopuszczalność zmiany umowy na podstawie wskazanej regulacji uwarunkowana jest wykazaniem, że realizacja określonych robót dodatkowych jest niezbędna. Niezbędność prac rozumiana jest literaturze przedmiotu jako nieodzowność dla realizacji celu zamówienia publicznego, czyli zaspokojenia zapotrzebowania zamawiającego<sup>41</sup>. Oznacza to, że zamówienie dodatkowe udzielone powinno być w niezbędnym zakresie, czyli minimalnym i koniecznym, który pozwoli na prawidłową realizację zamówienia głównego. Jeżeli natomiast

<sup>38</sup> Obecnie: ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

<sup>39</sup> Obecnie: art. 99 i art. 103 Pzp.

<sup>40</sup> A. Gawrońska-Baran, [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktrowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 1052; także: M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2022, s. 1005.

<sup>41</sup> P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 1166.

powierzenie zamówienia dodatkowego obecnemu wykonawcy okaże się w całości lub w określonej części pozbawione cechy niezbędności, powinno zostać udzielone wykonawcy wybranemu w toku nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przeciwnym bowiem przypadku taka zmiana może być uznana za mającą na celu uniknięcie stosowania regulacji przepisów Pzp<sup>42</sup>.

Warto w tym miejscu wskazać, że zdaniem Aleksandry Sołtysińskiej postulat niezbędności zmiany umowy należy odnosić do efektu, który miał zostać osiągnięty poprzez realizację danego zamówienia publicznego. Dodatkowe świadczenia powinny być zatem niezbędne z punktu widzenia należytego wykonania przedmiotu umowy<sup>43</sup>. Dodatkowo w obecnym stanie prawnym kryterium niezbędności danych robót dodatkowych jest najistotniejsze, przy czym nie jest wymagane wykazanie, że dane okoliczności i wynikające z nich roboty były nieprzewidziane<sup>44</sup>.

Obok tak rozumianej niezbędności powinna występować przesłanka niemożności wyboru nowego wykonawcy z powodów natury finansowej lub technicznej<sup>45</sup>. Celem bowiem przesłanek art. 455 ust. 1 pkt 3 Pzp, odnoszących się do braku zasadności realizacji dodatkowych robót budowlanych przez innego wykonawcę, jest skłonienie zamawiającego do dokonania szczegółowej analizy zarówno ekonomicznych, jak i technicznych konsekwencji zmiany wykonawcy, związanych z przedmiotem zamówienia, jak i z przeprowadzeniem kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku korzystnych efektów takiej analizy w odniesieniu do dotychczasowego wykonawcy zmianę umowy należy uznać za dopuszczalną w świetle obowiązujących przepisów<sup>46</sup>.

Podwyższenie umówionego wynagrodzenia ryczałtowego może również nastąpić na podstawie art. 455 ust 1 pkt 4. Przepis ten stanowi, że dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli konieczność zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany wysokości ceny, spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć. Zastosowanie tej możliwości wymaga jednak ustalenia, że zmiana nie będzie modyfikować ogólnego charakteru umowy, a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.

---

<sup>42</sup> M. Jaworska, [w:] M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2024, s. 1092.

<sup>43</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 615.

<sup>44</sup> Por. W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, komentarz do art. 72.

<sup>45</sup> J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, op. cit., s. 1151.

<sup>46</sup> Tak: J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, komentarz do art. 144 Pzp.

Podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego należy uznać za element treści umowy, którego modyfikacja wypełniać będzie znamiona tego przepisu i nie będzie stanowić zmiany ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wniosek taki można wyciągnąć na podstawie analizy treści dyrektywy 2014/24/UE, bowiem owa regulacja krajowej ustawy stanowi implementację art. 72 ust. 1 lit. c dyrektywy. Uzasadnienie wprowadzenia tej przesłanki zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego znajduje się w motywie 109 preambuły do dyrektywy. Prawodawca europejski wskazał, że niezbędny jest pewien stopień elastyczności w odniesieniu do treści umowy zamówieniowej, w szczególności w przypadku kontraktów wykonywanych przez dłuższy czas. W przypadku wystąpienia okoliczności zewnętrznych, których nie można było przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, konieczne jest wprowadzenie mechanizmu umożliwiającego dostosowanie umowy do nowego stanu rzeczy, bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dyrektywa precyzuje przy tym, co należy rozumieć pod pojęciem okoliczności niemożliwych do przewidzenia, stanowiąc, że oznacza ono okoliczności, których nie można było przewidzieć, mimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem dostępnych środków, charakteru i cech projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania a jego przewidywalną wartością. Dyrektywa odnosi się również do kwestii zakresu rzeczowej zmiany, określonego przez zakaz modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Analizowana przesłanka zmiany umowy nie może być stosowana w sytuacjach, w których modyfikacja powoduje zmianę charakteru całego zamówienia, np. przez zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub przez całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Należy jednak wskazać, że przesłanka niemożności przewidzenia pewnych okoliczności w chwili zawierania umowy nie obejmuje zdarzeń jedynie nieprzewidzianych przez strony, a których wystąpienie było możliwe, lecz dotyczy zdarzeń, których zaistnienie było mało prawdopodobne, przy czym brak możliwości przewidzenia ich wystąpienia powinien być analizowany z jak najbardziej obiektywnego punktu widzenia. Analiza ta powinna doprowadzić do wniosku, że przygotowując postępowanie zamówieniowe, zamawiający prawidłowo ocenił swoje potrzeby co do przedmiotu zamówienia, jego zakresu oraz wymagań w zakresie sposobu realizacji. Okoliczności uzasadniające zastosowanie owej przesłanki zmiany umowy muszą bowiem wykraczać poza zakres standardowych ryzyk związanych z realizacją umowy o danym charakterze<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), op. cit., s. 1216.

Wymóg ten może w istotny sposób ograniczyć zastosowanie art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp w praktyce udzielania zamówień publicznych, w których stosowana jest ryczałtowa metoda wynagrodzenia wykonawcy.

Do podwyższenia ryczałtu może ponadto dojść na podstawie art. 455 ust. 2 Pzp, który wprowadza możliwość dokonywania zmian o niewielkiej wartości. Zgodnie z przepisem dopuszczalne są zmiany umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, których łączna wartość jest mniejsza niż progi unijne oraz jest niższa niż 10% wartości pierwotnej umowy (w przypadku zamówień na usługi lub dostawy) albo 15% (w przypadku zamówień na roboty budowlane), a zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy.

Istotne przy tym jest to, że ustawa dopuszcza możliwość wielokrotnego dokonywania modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy, pod warunkiem że ich łączna wartość nie przekroczy progów wartości określonych we wskazanym przepisie. Warto również podkreślić, że dokonanie zmian na podstawie art. 455 ust. 2 Pzp nie wymaga spełnienia jakichkolwiek dodatkowych przesłanek. Regulacja wprowadza bowiem autonomiczny, odrębny od przesłanek uregulowanych w ustępie 1 art. 455 ustawy, mechanizm zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jedynym ograniczeniem jego zastosowania są progi wartościowe wprowadzanych zmian oraz zakaz modyfikacji ogólnego charakteru pierwotnej umowy<sup>48</sup>.

## Podsumowanie

Zasada niezmienności ryczałtowej metody wynagrodzenia wykonawcy nie posiada charakteru bezwzględnego. Wniosek taki można wysnuć na podstawie analizy poglądów przedstawicieli doktryny prawa cywilnego, jak również szeregu orzeczeń sądów powszechnych oraz KIO, w których rzeczoną kwestię analizowano bezpośrednio na przykładach stosunków prawnych między zamawiającymi a wykonawcami zamówień publicznych. Wydaje się, że kluczowym warunkiem, od którego uzależniona jest możliwość zmiany wynagrodzenia ryczałtowego, jest to, czy wykonawca w chwili szacowania zakresu koniecznych robót oraz ich wartości posiadał rzetelną informację odnośnie do przedmiotu zamówienia oraz rozmiaru swojego świadczenia. Bowiem w sytuacji gdy w danym zamówieniu publicznym zaistniała konieczność wykonania robót dodatkowych, których nieuwzględnienie w kosztorysie oferty wynikało z wad dokumentacji projektowej przedstawionej przez zamawiającego, przyjąć należy dopuszczalność podwyższenia umówionego wynagrodzenia ryczałtowego i zmiany umowy w jednym z trybów z art. 455 Pzp.

<sup>48</sup> M. Jaworska, [w:] M. Jaworska (red.), op. cit., s. 1095.

Podkreślenia wymaga ponadto, że w przypadku negatywnej decyzji zamawiającego w odniesieniu do roszczeń wykonawcy oraz odmowy w zakresie wniosku o zmianę umowy, wykonawca będzie miał możliwość dochodzenia swoich praw na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Należy bowiem przyjąć, że dodatkowe roboty budowlane będą stanowić świadczenie wykraczające poza zobowiązanie określone w ofercie, tym samym pozbawione będą ważnego umocowania umownego.

## Wykaz literatury

- Balwicka-Szczyrba M., Sylwestrzak A., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2022.
- Bovis C.H., *EU public procurement law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2012.
- Dzierżanowski W., Jaźwiński Ł., Jerzykowski J., Kittel M., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Gawrońska-Baran A., Wiktrowska E., Wiktorowski A., Wójcik P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Granecki P., Granecka I., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Gudowski J. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IV: *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Gudowski J., *Kodeks cywilny. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, t. III: *Zobowiązania. Część 2*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Hartung W., Bałaj M., Michalczyk T., Wojciechowski M., Krysa J., Kuźma K., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Jaworska M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2024.
- Lubieniecka M., *Zasada efektywności ekonomicznej*, „Przetargi Publiczne” 2020, nr 12.
- Milosavljević M., Dobrota M., Milanović N., *A new approach to the evaluation of public procurement efficiency among European countries*, „European Review” 2018, nr 2.
- Mosur-Blezel S., *Wady dokumentacji projektowej*, „Przetargi Publiczne” 2021, nr 4.
- Nowak H., Winiarz M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Osajda K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Pokrzywniak J., Kwieciński T., Baehr J., *Środki ochrony prawnej w procedurach zamówień publicznych*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006.
- Sieradzka M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2022.
- Sołtysińska A., Talago-Sławoj H., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Verdeaux J., *Public procurement in the European Union and in the United States: a comparative study*, „Public Contract Law Journal” 2003, nr 4.

Wiktorowska E., Kacprzyk B., *Waloryzacja wynagrodzenia*, „Przetargi Publiczne” 2022, nr 3.

Załucki M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2023.

Zych M., *Prace dodatkowe bez spisanej umowy*, <https://codozasady.pl/p/prace-dodatko-we-bez-spisanej-umowy>.

## Summary

# Change of lump-sum remuneration in case of additional works under a public procurement contract

**Keywords:** public procurement law, modification of public procurement contract, lump-sum remuneration, additional works in public procurement, errors in the description of the subject matter of a contract.

The article aims to analyze the admissibility of changing the agreed lump sum remuneration in the event of additional works that the economic operator was unable to predict at the stage of pricing his offer due to errors in the specification of terms of a contract. The principle of invariability of the lump-sum method of remuneration is not absolute. Such a conclusion can be drawn based on the analysis of the views of representatives of the civil law doctrine, as well as several judgments of common courts and the National Appeal Chamber, in which the discussed issue was analyzed directly on the examples of legal relations between contracting bodies and economic operators. It seems that the key condition on which the possibility of changing the lump sum remuneration depends is whether the economic operator, at the time of estimating the scope of necessary works and their value, had reliable information regarding the subject of the contract and the size of his provision. When there was a need to perform additional work and the failure to include them in the offer cost estimate was due to errors in the description of the subject matter of a contract, it should be possible to increase the agreed lump sum remuneration and modify the contract.