



Radca prawny Andrzej Sokołowski

Radca prawny Piotr Stenko



JARA DRAPAŁA & PARTNERS

LEGAL • TAX

ZMIANY ZAKRESU PRZEDMIOTOWEGO UMÓW ZAWIERANYCH W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH I WIĄŻĄCE SIĘ Z TYM KONSEKWENCJE

1. Wstęp

W toku realizacji kontraktu wielokrotnie pojawia się konieczność zmiany jego zakresu przedmiotowego. W szczególności dotyczy to umów, których wykonywanie trwa dłuższy czas, a do takich zwykle należą umowy o roboty budowlane realizowane na rzecz zamawiających z sektora publicznego. Modyfikacje zakresu robót wiążą się najczęściej ze zmianą koncepcji i wymagań Zamawiającego, błędami opisu przedmiotu zamówienia lub koniecznością wykonania dodatkowych prac, czy też powstaniem okoliczności niezależnych od Wykonawcy jak i Zamawiającego np. klęska żywiołowa, nieprzewidziane warunki gruntowe.

Obowiązująca od dnia 28 lipca 2016 r. (i mająca co do zasady zastosowanie do umów zawartych na skutek postępowań wszczętych po wejściu w życie ustawy nowelizującej¹⁾) nowelizacja ustawy prawo zamówień publicznych (Pzp) dokonała znacznych zmian w zakresie art. 144 Pzp regulującego dopuszczalność modyfikacji umowy²⁾. W ramach niniejszego artykułu postaramy się przedstawić opis najistotniejszych kwestii wiążących się z zagadnieniem zmiany zakresu przedmiotowego umów oraz związanych z tym konsekwencji.

2. Opis przedmiotu zamówienia

Zasada wyrażona w art. 29 ust. 1 Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób „jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”. Przyjmuje się, że opis przedmiotu zamówienia stanowi wyłączne uprawnienie a zarazem obowiązek Zamawiającego. Opis ten jest kluczowym elementem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem ma bezpośredni wpływ na późniejszy kształt umowy, w tym na jej zakres przedmiotowy. Stąd

- 1) Zob. art. 19 ust. 3 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw Dz. U. z 2016 roku, poz. 1020. Co potencjalnie istotne, ustawa nowelizująca przewiduje w art. 19 ust. 3 i n. możliwość wprowadzenia zmian do umowy podlegającej przepisom dotychczasowym w przypadkach wskazanych w treści ww. przepisu, tj. w przypadku gdy: (a) Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany; względnie (b) spełniony został przynajmniej jeden z trzech warunków wskazanych w tym przepisie, tj.:
- (i) w przypadku udzielania dotychczasowemu Wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:
 - z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
 - wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego,
 - (ii) w przypadku udzielenia w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu Wykonawcy robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybach w skazanych w art. 19 ust. 3 pkt 2 i 3 odpowiednio lit. b);
 - (iii) przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu Wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej 20% (w przypadku Zamawiających wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 1-3 ustawy zmienianej) lub 50% (w przypadku tzw. zamówień sektorowych) wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana Wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze, w przypadku gdy zamówienie podstawowe zostałyby udzielone w trybach wskazanych w art. 19 ust 3 pkt 2 i 3 odpowiednio lit. c), zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w niej określonego.
- 2) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych, t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm. („Pzp”) znowelizowane ustawą z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2016 roku, poz. 1020.

nie jest niczym zaskakującym, że to właśnie naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp stanowi znakomitą część zarzutów w odwołaniach wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Konsekwencją tego jest powstanie znacznego dorobku orzeczniczego w zakresie wykładni art. 29 Pzp. Biorąc pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo w tym zakresie można wyróżnić kilka powtarzających się wymagań, jakim musi sprostać Zamawiający, aby opis przedmiotu zamówienia mógł zostać uznany za prawidłowy.

Przede wszystkim wskazuje się, że opis przedmiotu zamówienia powinien być jasny i zrozumiały oraz zawierać wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty. Opis przedmiotu zamówienia nie może być ogólny, niesprecyzowany i przenoszący na Wykonawców składających oferty ciężar jego dookreślenia. Zamawiający przygotowując opis przedmiotu zamówienia powinien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby był **oczywisty i nierodzący rozbieżności interpretacyjnych co do zakresu przedmiotowego zamówienia**. Ujmując rzecz zwięźle, opis przedmiotu zamówienia powinien zostać przygotowany tak, aby Wykonawcy zaznajomiwszy się z jego treścią nie mieli wątpliwości jaki zakres usług czy robót budowlanych wchodzi w zakres zamówienia i na tej podstawie mogli prawidłowo dokonać wyceny złożonych ofert³⁾.

Z drugiej strony obowiązek szczegółowego i precyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia nie ma charakteru nieograniczonego i nie należy traktować go w sposób absolutny. W szczególności w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane na określenie granicy obowiązku wynikającego z art. 29 ust. 1 Pzp ma niewątpliwie wpływ charakter obiektu, którego dotyczy dane zamówienie publiczne. Trudno wymagać od Zamawiającego, aby w opisie przedmiotu zamówienia zawarł przykładowo całokształt dokumentacji technicznej związanej np. z danym obiektem. Podkreśla się też, że w przypadku zamówień publicznych dotyczących robót budowlanych przy analizie prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia należy wziąć pod uwagę konsekwencje wynikające z przyjętego charakteru wynagrodzenia, które uzyska Wykonawca⁴⁾.

W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego wskazuje się, że na skutek odesłania zawartego w art. 14 Pzp zastosowanie będzie miał art. 632 § 1 k.c. stanowiący, że jeżeli strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub

3) Zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 19 grudnia 2016 roku, sygn. akt KIO 2280/16, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 27 grudnia 2011 roku, sygn. akt KIO 2649/11.

4) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 5 lipca 2016 roku, sygn. akt KIO 1101/16, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 26 stycznia 2017 roku, sygn. akt KIO 21/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 19 września 2016 roku KIO 1626/16; KIO 1632/16; KIO 1636/16.

kosztów prac. W związku z tym nie zawsze brak dokładnego sprecyzowania rozmiaru prac bądź uwzględnienia wszystkich elementów kosztotwórczych będzie tożsamy z naruszeniem obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia wynikającego z art. 29 ust. 1 Pzp⁵⁾.

Powyższe nie oznacza jednak, że Zamawiający może zupełnie dowolnie kształtować opis przedmiotu zamówienia. Przyjęcie takiej koncepcji mogłoby prowadzić do nadmiernego obciążenia Wykonawcy, swoistego braku ekwiwalentności świadczeń stron.

Zawarte w art. 14 Pzp odesłanie do kodeksu cywilnego skutkuje również tym, że Zamawiający ma obowiązek ukształtować stosunek prawny uwzględniając treść art. 353¹ k.c. oraz 5 k.c. W związku z tym, postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku prawnego, ustawą i zasadami współżycia społecznego⁶⁾.

Opis przedmiotu zamówienia stanowi odzwierciedlenie potrzeb Zamawiającego. Jednakże potrzeby te nie powinny być oderwane od konkretnego zamówienia publicznego, gdyż „[s]tanowisko Zamawiającego nie **może ograniczyć się do niczym niepopartych ogólnych stwierdzeń o realizacji bliżej nieokreślonego celu publicznego**”⁷⁾. Zatem Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia **stosownie do uzasadnionych potrzeb**. Jeśli Zamawiający decyduje się na wprowadzenie pewnych wymagań (np. konkretnych parametrów technicznych), co może stanowić swego rodzaju ograniczenie dostępu do zamówienia, winien wykazać, że wymagania te wynikają z jego obiektywnie uzasadnionych potrzeb⁸⁾. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający może w opisie przedmiotu zamówienia wskazać minimalne wymagania techniczne lub jakościowe, jak również może wymagać wykonania przedmiotu zamówienia w jakości wyższej niż standardowa, o ile może to uzasadnić obiektywnymi okolicznościami i w sposób klarowny oraz przekonujący te potrzeby uprawdopodobnić⁹⁾.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania należy zauważyć, że w praktyce realizacja zasady wyrażonej w art. 29 ust. 1 Pzp niestety nie jest łatwa. Na gruncie większości inwestycji pojawiają się spory będące skutkiem wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności opisu zakresu przed-

5) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 15 czerwca 2016 roku, sygn. akt KIO 969/16.

6) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 14 września 2016 roku, sygn. akt KIO 1607/16.

7) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 23 maja 2016 roku, sygn. akt KIO 671/16.

8) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 30 stycznia 2017 roku, sygn. akt KIO 68/17.

9) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 listopada 2016 roku, sygn. akt KIO 1995/16.

miotowego prac powierzonych Wykonawcy na podstawie zawartej umowy z Zamawiającym. W konsekwencji często zachodzi konieczność zmiany zakresu przedmiotowego umowy już w trakcie jej realizacji.

3. Zmiana umowy na gruncie art. 144 Pzp

Treść umowy będąca podstawą realizacji zamówienia publicznego co do zasady pozostaje niezmienna i wiąże jej strony od momentu zawarcia umowy do zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia. W tym kontekście powstaje pytanie, co można zrobić jeśli w toku realizacji umowy okaże się, że oczekiwania Zamawiającego odbiegają od opisu przedmiotu zamówienia, na podstawie którego przygotowano ofertę i zawarto umowę, względnie gdy z przyczyn obiektywnych powstaje konieczność wykonania robót nieobjętych pierwotnym przedmiotem zamówienia.

Warunki dopuszczalności ewentualnej modyfikacji umowy zawartej w reżimie zamówień publicznych określa art. 144 Pzp, który wskutek wprowadzonej w lipcu 2016 roku nowelizacji Pzp uległ fundamentalnej zmianie. W ramach implementacji dwóch dyrektyw unijnych, tj. dyrektywy 2014/24/UE¹⁰⁾ oraz dyrektywy 2014/25/EU¹¹⁾ (które oparte są na rozwiązaniach wypracowanych przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) ustawodawca wprowadził mianowicie enumeratywny katalog przesłanek umożliwiających dokonanie zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty. Przepis ten stanowi wyjątek od reguł przewidzianych w art. 140 ust. 1 Pzp (zgodnie z którym zakres świadczenia Wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie) oraz w art. 140 ust. 3 Pzp (na podstawie którego umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem art. 144 Pzp).

Pomimo tego, że na skutek ww. nowelizacji dotychczasowe brzmienie art. 144 Pzp¹²⁾, doznało istotnej zmiany, to punktem wyjścia dla realizacji zamówienia publicznego nadal jest zakaz modyfikacji umów. Zmiana dokonana przedmiotową nowelizacją polega na wprowadzeniu zamkniętego katalogu

10) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz. U. UE. L. z 2014 roku Nr 94, str. 65 z późn. zm. Dalej „**Dyrektywa 2014/24/UE**”.

11) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 roku 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. z 2014 roku Nr 94, str. 243 z późn. zm.

12) „1 Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba że Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.
2. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu.”

przesłanek, w przypadku wystąpienia których (a dokładniej co najmniej jednej z nich) możliwa jest modyfikacja umowy bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania. Jeśli planowana zmiana wykracza jednak poza dopuszczalny zakres zmian przewidziany w art. 144 Pzp, Zamawiający obowiązany jest przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia.

Wśród przewidzianych w znowelizowanym art. 144 Pzp okoliczności, przy zaistnieniu których zmianę umowy można uznać za dopuszczalną, da się przy tym wyróżnić takie, które zmianę zawartej umowy mogą uzasadniać jedynie w przypadku przewidzenia takiej możliwości już na etapie postępowania przetargowego [por. pkt 3.1], jak też takie, których zaistnienie może uzasadniać zmianę umowy niezależnie od treści ogłoszenia o zamówieniu [por. pkt 3.2.1-3.2.3].

3.1. Dopuszczalność zmiany zależna od treści dokumentacji przetargowej

3.1.1. Możliwość zmiany umowy na podstawie jednoznacznych postanowień umownych określających zakres, charakter i warunki zmian

Pierwszą przesłanką umożliwiającą zmianę postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, jest przewidzenie takich zmian w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) „*w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.*”

Powyższe uregulowanie nie stanowi co prawda zbyt daleko idącej zmiany w porównaniu do poprzedniego brzmienia przepisu art. 144 ust. 1 Pzp, jednak w pewnym zakresie wprowadza nowe wymagania. Art. 144 ust. 1 Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji zakazywał dokonywania istotnych zmian postanowień umowy, chyba że Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany (nie precyzując bliżej „sposobu” sformułowania zapisów przewidujących możliwość dokonywania oraz określających warunki zmiany). Po nowelizacji chcąc dopuścić możliwość modyfikacji umowy Zamawiający zobowiązany jest nadto zawrzeć w treści ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ **jednoznaczne** postanowienia określające zakres przewidywanych zmian (w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy) i ich charakter oraz warunki wprowadzenia.

Odnosząc się do pierwszego wymogu, tj. zawarcia „jednoznacznych postanowień umownych” wskazać należy, że dość pomocne w identyfikacji stopnia szczegółowości są wskazania Urzędu Zamówień Publicznych

(„UZP”)¹³⁾. Jak wskazał UZP, „zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności”¹⁴⁾.

Postuluje się również, że w celu skorzystania z możliwości zmiany umowy np. z uwagi na duże opady atmosferyczne, „Zamawiający powinien we wzorze umowy sprecyzować dokładnie, o jakie opady atmosferyczne chodzi, tj. deszczu, śniegu, gradu, w jakich wielkościach (np. milimetry, centymetry słupa wody), przez jaki okres powinny występować (np. ilość dni) czy też **przez dokładne określenie ich skutków**. Umowa powinna precyzyjnie określać konsekwencje wskazanych wydarzeń, np. zmianę terminu realizacji (w dniach, tygodniach, miesiącach), modyfikację dotychczasowego harmonogramu prac (np. przestawienie kolejności poszczególnych robót), zmianę wynagrodzenia (wysokości czy sposobu dokonywania płatności)”¹⁵⁾. Jak widać, Zamawiający w celu dokonania zmiany zakresu umowy musi bardzo precyzyjnie określić, w jakich sytuacjach taka zmiana będzie możliwa. W tym kontekście w literaturze podkreśla się, że przepis art. 144 Pzp wymaga od Zamawiającego dużej przezorności oraz przewidzenia w oparciu o swoje własne doświadczenia, jakie sytuacje mogą wystąpić w trakcie realizacji kontraktu¹⁶⁾.

Kolejnym z „nowych” wymagań, jakie musi spełnić Zamawiający konstruując postanowienie zezwalające na zmianę umowy, jest określenie zakresu możliwych zmian, w szczególności możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy.

Co do określenia charakteru zmian przyjmuje się, że zmiana umowy nie może doprowadzić do zmiany charakteru całego zamówienia, ogólnego charakteru zawartej pierwotnie umowy (np. poprzez zastąpienie zamawianych robót budowlanych kompletnie innymi robotami). W związku z tym przy ocenie, czy określona zmiana umowy prowadzi do zmiany charakteru całego zamówienia („ogólnego charakteru umowy” w rozumieniu art. 72 Dyrektywy 2014/24/UE) należy wziąć pod uwagę najważniejsze jej elementy, a zwłaszcza to, czy dochodzi do zastąpienia pierwotnego przedmiotu zamó-

¹³⁾ Dostępne pod adresem internetowym: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczące-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/zmiany-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego>.

¹⁴⁾ Tamże.

¹⁵⁾ <https://www.uzp.gov.pl/>

¹⁶⁾ K. Różewicz, *Modyfikacja umów w sprawie zamówienia publicznego po nowelizacji Pzp*, cz. I., LEX.

wienia lub zmianą rodzaju zamówienia¹⁷⁾. Określenie charakteru możliwych zmian może również nastąpić poprzez wskazanie np. ich ilości (wskazanie czy zmiany mogą być dokonywane jednokrotnie lub wielokrotnie) oraz ich funkcji (korygująca lub uzupełniająca)¹⁸⁾.

Odnosząc się natomiast do określenia warunków wprowadzenia zmian należy wskazać, że Zamawiający w postanowieniu dopuszczającym modyfikację umowy powinien przewidzieć przykładowo zakres podmiotów mogących zainicjować dane zmiany (o ile postanowienie to nie ma charakteru automatycznego), okoliczności uzasadniające dokonanie zmian oraz sposób ich dokonania¹⁹⁾.

3.1.2. Zmiana umowy na gruncie warunków kontraktu FIDIC

Ze względu na to, że większość kontraktów infrastrukturalnych realizowanych jest w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, warto odnieść się również do możliwości wprowadzania zmian na gruncie FIDIC.

W tym miejscu należy wskazać, że na gruncie poprzedniego brzmienia art. 144 Pzp pojawiały się liczne wątpliwości co do samej dopuszczalności w kontrakcie zawartym na podstawie Pzp dokonania zmiany w rozumieniu warunków FIDIC. Wśród przedstawicieli doktryny pojawiały się poglądy, że subklauzula 13.1 warunków FIDIC jest niezgodna z art. 144 Pzp.²⁰⁾ Wskazywano także, że ewentualne zmiany dokonane na podstawie tej klauzuli powinny podlegać unieważnieniu na mocy art. 144 ust. 2 Pzp. W tym zakresie, na uwagę zasługuje wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 30 marca 2017 r. (wydany jeszcze na gruncie poprzedniego brzmienia art. 144 Pzp), z którego wynika, że odesłanie do klauzul Ogólnych Warunków Kontraktowych FIDIC jest równoznaczne ze spełnieniem warunku przewidzenia możliwości wprowadzania zmian w umowie w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z warunkami ich wprowadzenia²¹⁾. W aktualnym stanie prawnym regulacje warunków kontraktowych FIDIC wydają się co do zasady spełniać wymogi określone w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp (z zastrzeżeniem, że wprowadzona zmiana umowy nie może prowadzić do zmiany charakteru umowy – vide art. 144 ust 1b Pzp), wobec czego wydaje się, że dla samej dopuszczalności zmian zapisy ogólnych warunków FIDIC nie muszą

¹⁷⁾ W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, art. 72, nb. 16.

¹⁸⁾ K. Różewicz, *Modyfikacja umów w sprawie zamówienia publicznego po nowelizacji Pzp*, cz. I., LEX.

¹⁹⁾ K. Różewicz, *Modyfikacja umów w sprawie zamówienia publicznego po nowelizacji Pzp*, cz. I., LEX.

²⁰⁾ Zob. omówienie ww. poglądów dokonane przez H. Wysoczańskiego, *Prawo do zmiany oraz polecenie zmiany treści umowy o roboty budowlane w świetle warunków FIDIC*, Warszawa 2017, rozdział III, § 3 pkt III z powołaniem się m.in. na Z. Boczka, *Realizacja inwestycji budowlanych w systemie zamówień publicznych oraz procedury FIDIC*, Szczecin 2015, s. 83-84.

²¹⁾ Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 marca 2017 roku, sygn. akt II GSK 1899/15.

być modyfikowane w celu zapewnienia ich zgodności z polskim prawem²²⁾. Ostateczne przesądzenie zgodności postanowień FIDIC dot. zmian kontraktu ze znowelizowanym art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp nastąpi dopiero w orzecznictwie sądowym, przy czym pozostaje jeszcze czekać na pierwsze rozstrzygnięcia dotyczące tego zagadnienia.

Warunki kontraktowe FIDIC przewidują prawo do zmiany zakresu robót w klauzuli 13 „Zmiany i korekty” poszczególnych ksiąg warunków FIDIC, zaś subklauzula 13.1 określa je mianem „Prawo do Zmieniańia”²³⁾ względnie „Prawo do Zmian”²⁴⁾.

Zanim przejdziemy do omówienia procedury zmiany i możliwego zakresu zmian na gruncie warunków kontraktowych FIDIC warto zwrócić uwagę, jak ujmowane jest samo **pojęcie zmiany na podstawie poszczególnych ksiąg FIDIC**. Otóż, zgodnie z subklauzulą 1.1.6.9. księgi czerwonej FIDIC²⁵⁾ zmianą określa się każdą zmianę w Robotach, poleconą lub zatwierdzoną jako zmiana na mocy klauzuli 13.1. Natomiast subklauzula 1.1.6.9. w żółtej księdze FIDIC²⁶⁾ i subklauzula 1.1.6.8. w srebrnej księdze FIDIC²⁷⁾ stanowi, że Zmiana oznacza „*jakąkolwiek zmianę w wymaganiach Zamawiającego lub robotach, która jest polecona lub zatwierdzona jako zmiana według klauzuli 13*”.

W świetle klauzuli 13.1 warunków FIDIC²⁸⁾ Zamawiającemu, który – zgodnie z subklauzulą 3.1. lit a – jest reprezentowany przez Inżyniera Kontraktu,

-
- 22) Należy przy tym pamiętać, że w odniesieniu do kategorii rodzajów zmian określonych w art. 144 ust. 1 pkt 2-8 zmiany takie są co do zasady dopuszczalne niezależnie od postanowień umowy.
- 23) Tak np. w tzw. czerwonej księdze FIDIC, zarówno w (i) Warunkach Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego, wydanie angielsko-polskie 2000 (tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999), wydanie angielsko-polskie 2000, Cosmopoli Consultants, jak i (ii) Warunkach Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego, wydanie angielsko-polskie 2008 roku, czy też (iii) w żółtej księdze FIDIC, tj. w Warunkach Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę, tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999, wydanie angielsko-polskie 2000, Cosmopoli Consultants
- 24) Tak np. Warunki Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę, 4 wydanie angielsko-polskie niezmiennione 2008 z erratą (tłumaczenie 1 wydania 1999), wydawnictwo SIDIR.
- 25) Wszelkie cytaty z treści tzw. czerwonej księgi FIDIC pochodzą z Warunków Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego, wydanie angielsko-polskie 2000 (tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999), wydanie angielsko-polskie 2000, Cosmopoli Consultants.
- 26) Wszelkie cytaty z żółtej księgi FIDIC pochodzą z Warunków Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę, 4 wydanie angielsko-polskie niezmiennione 2008 z erratą (tłumaczenie 1 wydania 1999), wydawnictwo SIDIR.
- 27) Wszelkie cytaty ze srebrnej księgi FIDIC pochodzą z Warunków Kontraktu na realizację EPC/pod-klucz, tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999, COSMOPOLI Consultants.
- 28) W braku odmiennego wskazania odwołania do warunków FIDIC będą odnosić się zarówno do czerwonej, żółtej, jak i srebrnej księgi FIDIC.

przyznano uprawnienie do jednostronnego wprowadzenia zmiany w wymaganiach Zamawiającego lub robotach. Prawo do wprowadzenia zmiany zostało ujęte w warunkach FIDIC bardzo szeroko. Tylko czerwona księga FIDIC zawiera katalog możliwego zakresu zmian i wskazuje, że zmiana może obejmować: (i) zmianę ilości każdego elementu robót objętych kontraktem, (ii) zmianę jakości i innych cech charakterystycznych któregośkolwiek elementu robót objętych Kontraktem, (iii) zmianę pozycji, poziomu i/lub wymiarów którejkolwiek części robót, (iv) pominięcie jakiejkolwiek części robót, wszelkich robót dodatkowych, urządzeń, materiałów lub usług koniecznych dla robót stałych, włącznie z towarzyszącymi im próbami końcowymi, wierceniami i innymi próbami i pracami badawczymi lub (v) zmiany w kolejności i terminach wykonywania robót. Jednakże należy mieć na uwadze, że jest to katalog przykładowy.

Zgodnie z klauzulą 13 warunków FIDIC Wykonawca ma obowiązek zrealizować wprowadzane zmiany. W zasadzie, przysługujące Wykonawcy możliwości odmowy wykonania zmian są bardzo ograniczone:

- Na gruncie czerwonej księgi FIDIC, Wykonawca może odmówić wprowadzenia zmiany w przypadku gdy nie może z łatwością otrzymać dóbr wymaganych do zmiany i niezwłocznie poinformuje o tym inżyniera kontraktu. Należy jednak zauważyć, że nawet jeśli Wykonawca korzystając z powyższej procedury odmówi wprowadzenia zmiany, to i tak inżynier kontraktu może nie uznać odmowy Wykonawcy i potwierdzić wcześniej wydane polecenie zmiany. Wówczas jedyną możliwością zakwestionowania zmiany przez Wykonawcę będzie wystąpienie z roszczeniem w trybie określonym w klauzuli 20 warunków FIDIC.
- Na gruncie żółtej i srebrnej księgi FIDIC oprócz możliwości odmowy w przypadku gdy Wykonawca nie może z łatwością otrzymać dóbr wymaganych do zmiany i niezwłocznie poinformuje o tym inżyniera kontraktu, przewidziano dodatkowo możliwość odmowy realizacji zmiany w sytuacji gdy zmniejszy ona bezpieczeństwo lub pogorszy właściwości robót, lub będzie miała niekorzystny wpływ na dotrzymanie gwarancji.

Wykonawca co do zasady nie ma prawa do zmiany zakresu przedmiotu umowy. Drobne odstępstwo od tej zasady przewidziane jest w subklauzuli 13.2 FIDIC. W świetle tej subklauzuli, Wykonawca ma możliwość przedstawienia propozycji zmiany zakresu robót, która miałaby przyspieszyć ukończenie, zmniejszyć Zamawiającemu koszty przy realizacji, konserwacji lub eksploatacji robót, poprawić Zamawiającemu sprawność lub wartość ukończonych robót lub w inny sposób dostarczyć mu pożytku. Żeby jednak dana propozycja została uwzględniona jako zmiana w rozumieniu warunków FIDIC, wymagana jest zgoda Inżyniera Kontraktu. Sporządzenie propozycji zmiany dokonywane jest przy tym na wyłączny koszt Wykonawcy i musi uwzględniać wszystkie informacje i dokumenty przewidziane w subklauzuli 13.3. „Procedura Zmiany”.

W odróżnieniu od subklauzuli 13.2 srebrnej i żółtej księgi FIDIC, subklauzula 13.2 czerwonej księgi FIDIC przewiduje, że jeśli nie zostało inaczej postanowione, a proponowana przez Wykonawcę i zatwierdzona przez Inżyniera Kontraktu zmiana wpływa na zakres robót stałych, Wykonawca jest zobowiązany do zaprojektowania tych zmian, zaś inżynier ma obowiązek aby określić wartość wynagrodzenia za wykonanie zmiany zgodnie z zasadami zawartymi w dalszej części powyższej subklauzuli. Brak analogicznego uregulowania w żółtej i srebrnej księdze FIDIC wynika przy tym oczywiście z tego, że w formule „Zaprojektuj i Wybuduj” (a więc na gruncie żółtej i srebrnej księgi FIDIC), to Wykonawca ponosi odpowiedzialność za projekt.

Zgodnie z subklauzulą 13.3. warunków FIDIC Wykonawca może również zostać zobowiązany przez Inżyniera²⁹⁾ do opracowania propozycji zmiany robót przed poleceniem zmiany przez inżyniera kontraktu. Subklauzula 13.3 przewiduje również wymogi propozycji zmiany. Wskazać należy, że na podstawie subklauzuli 13.3. Wykonawca ma prawo odmówić sporządzenia propozycji zmiany, podając powody dlaczego nie może zastosować się do życzenia inżyniera. Inżynier Kontraktu, niezwłocznie po otrzymaniu propozycji Wykonawcy, powinien ustosunkować się do niej poprzez jej zatwierdzenie, odrzucenie lub przedstawienie komentarzy.

3.2. Dopuszczalność zmiany niezależnie od treści dokumentacji przetargowej

Jak już wskazano powyżej Ustawodawca wprowadził również szereg przesłanek, których zaistnienie czyni dopuszczalnym dokonanie zmiany umowy zawartej na skutek udzielonego zamówienia publicznego co do zasady niezależnie od tego, czy taka możliwość została wskazana w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia. Wśród takich przyczyn można wyróżnić przewidziane w art. 144 Pzp przesłanki wprowadzenia zmian wiążące się z:

- niezbdnością realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych;
- koniecznością zmiany umowy ze względu na niedające się przewidzieć okoliczności;
- wprowadzeniem zmian o charakterze nieistotnym (w tym również zmian nieistotnych pod względem finansowym).

3.2.1. Niezbdność realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych

Modyfikacja umowy (niezależnie od trybu, w jakim udzielone będzie zamówienie publiczne) jest dopuszczalna w przypadku zaistnienia konieczności realizacji dodatkowych (nieobjętych zamówieniem podstawowym)

²⁹⁾ Względnie Zamawiającego, w przypadku czerwonej księgi FIDIC wydanej przez COSMOPOLI CONSULTANTS – zob. przypis 23 pkt (i).

dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego Wykonawcy, o ile stały się one niezbędne. Dla zapobieżenia ewentualnym nadużyciom skutkującym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie pewnych ograniczeń³⁰⁾. Mianowicie, aby było możliwe wprowadzenie zmian do umowy na podstawie powyższego przepisu, dodatkowe dostawy/usługi/roboty budowlane powinny „stać się” niezbędne, a nadto konieczne jest **łącznie** spełnienie następujących warunków:

- (1) zmiana Wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,
- (2) zmiana Wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla Zamawiającego,
- (3) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Odnosząc się do użytego w ww. przepisie pojęcia niezbędności dodatkowych dostaw/usług/robót budowlanych wskazać należy, iż mimo że ustawodawca nie precyzuje, na czym owa „niezbędność” polega, to wydaje się, że w tym przypadku aktualność znajdują rozważania poczynione na gruncie uchylonego już art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, a dotyczącego realizacji zamówień dodatkowych. Na podstawie powyższego przepisu przyjmowano, że niezbędność należy oceniać przez pryzmat interpretacji pojęcia „prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego”. Jak wskazała Izba w uchwale z dnia 31 lipca 2013 roku, KIO/KD 68/13 „[a]by wykazać zaistnienie tej przesłanki **konieczne jest wykazanie, że bez robót dodatkowych zamówienie podstawowe nie zostanie prawidłowo wykonane. Tym samym chodzi tu nie o to, aby zamówienie podstawowe wobec braku zamówienia dodatkowego, było gorsze, mniej nowoczesne, czy w mniejszym stopniu wykorzystujące nowoczesne technologie, ale o to, aby (...) mógł nastąpić odbiór zamówienia podstawowego**”³¹⁾ [wyr. wł.]. W kontekście art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp w doktrynie wskazywano również, że niezbędność zamówienia dodatkowego dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego może przejawiać się dwójako – z przyczyn technicznych lub ekonomicznych, np. gdy oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, bądź wykonanie za-

³⁰⁾ M. Jaworska, w: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis, art. 144, nb. 9.

³¹⁾ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 31 lipca 2013 roku, sygn. akt KIO/KD 68/13.

mówienia podstawowego byłoby uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego³²⁾.

Co istotne, w przeciwieństwie do stanu prawnego istniejącego do czasu uchylecia art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp (odnoszącego się do zamówień dodatkowych), w którym konieczność wykonania robót musiała wynikać z „sytuacji niemożliwej do przewidzenia”, obecnie na gruncie art. 144 ust. 1 pkt 2. Pzp brak jest takiego ograniczenia, co można uznać za swego rodzaju uelastyczenie procesu realizacji umów.

Kolejnym warunkiem, który musi zostać spełniony łącznie z zaistnieniem powodów ekonomicznych lub technicznych uzasadniających ewentualną zmianę, jest **powstanie istotnej niedogodności lub znacznego zwiększenia kosztów dla Zamawiającego**. Wydaje się, że z uwagi na treść pierwszego warunku (tj. niemożność dokonania zmiany Wykonawcy z powodów ekonomicznych lub technicznych) udowodnienie powstania takiej niedogodności lub zwiększenia kosztów dla Zamawiającego zwykle nie będzie problematyczne, bowiem kategoria „powodów ekonomicznych” jest na tyle szeroka, że będzie obejmować również ewentualne niedogodności oraz znaczne zwiększenie kosztów.

Trzecim warunkiem umożliwiającym zmianę umowy w celu realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych jest ograniczenie wartości **każdej kolejnej zmiany maksymalnie do 50%** wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub w umowie ramowej. Oznacza to, że ustawodawca dopuścił możliwość wielokrotnego dokonywania zmian umowy. Idąc dalej, z uwagi na treść niniejszego przepisu możliwa jest sytuacja, w której suma wartości wprowadzonych zmian może przekroczyć 50% pierwotnej wartości zamówienia. Należy zauważyć, że próg wartości robót dodatkowych jest relatywnie wysoki, wobec czego większość robót dodatkowych powinna się w tym progu mieścić. Sposób ustalenia wartości zmiany precyzuje art. 144 ust. 1d Pzp, który stanowi, że jeżeli umowa zawiera postanowienia przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy z powodu okoliczności innych niż zmiana zakresu świadczenia Wykonawcy, dopuszczalną wartość zmiany umowy (do 50% wartości zamówienia pierwotnego) **ustala się na podstawie wartości zamówienia określonej pierwotnie**, z uwzględnieniem zmian wynikających z tych postanowień.

3.2.2. Konieczność zmiany umowy ze względu na niedające się przewidzieć okoliczności

Kolejną sytuacją umożliwiającą dokonywanie zmian jest wystąpienie okoliczności, na skutek których konieczna jest zmiana umowy lub umowy ramowej, a których to Zamawiający działając z należytą starannością nie mógł

³²⁾ J. Jerzykowski, w: W. Dierżanowski (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. VI., LEX 2014, art. 67, nb. 7.

przewidzieć. Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp ewentualna zmiana umowy w wyniku niedających się przewidzieć okoliczności może nastąpić pod warunkiem, że wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Treść powyższych przesłanek nawiązuje poniekąd do wspomnianego (uchylonego wskutek nowelizacji) art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, który umożliwiał udzielenie dotychczasowemu Wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówienia dodatkowego, nieobjętego zamówieniem podstawowym i nieprzekraczającym łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia. Na podstawie wówczas obowiązującego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp przyjęto, że „nieprzewidywalna sytuacja, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, powinna mieć przy tym charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego”³³). Nieprzewidywalność zachodzi wówczas, gdy Zamawiający zachowując należyłą staranność nie mógł przewidzieć na etapie opisywania przedmiotu zamówienia wykonania danych robót budowlanych czy usług. Należy jednak podkreślić, że nie chodzi tutaj o wszelkie roboty nieprzewidziane na etapie planowania zamówienia podstawowego, ale tylko o roboty niemożliwe do przewidzenia mimo zachowania należytej staranności. W doktrynie wskazuje się, że „[z]a nieprzewidywalną można uznać jedynie taką sytuację, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby mało prawdopodobne, tj. m.in. zjawiska losowe i niezależne od Zamawiającego, np. klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp.”³⁴) wskazując, że oceny, czy mamy do czynienia z sytuacją „nieprzewidywalną” należy dokonywać w oparciu o to, czy pomimo tego, że dane zjawisko występuje na danym obszarze regularnie, to jego skala przekracza jego standardowy zakres w porównaniu z poprzednimi okresami³⁵).

Z kolei pkt 109 preambuły dyrektywy 2014/24/UE opisuje niedającą się przewidzieć okoliczność jako **okoliczność zewnętrzną, którą Zamawiający nie mógł przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas**. Jak wskazał unijny ustawodawca w dalszej części preambuły: „[w] takim przypadku niezbędny jest pewien stopień elastyczności w celu dostosowania zamówienia do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzania

³³) Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2016 roku, sygn. akt KIO/KD 59/16, Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 stycznia 2017 roku, sygn. akt KIO/KD 77/16, uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 12 kwietnia 2011 roku, sygn. akt KIO/KD 29/11.

³⁴) P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz.*, wyd. 5, Warszawa 2016, nb. 8.

³⁵) Tak P. Granecki na kanwie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 lipca 2002 roku, II SA 756/02. Zob. P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz.*, wyd. 5, Warszawa 2016, nb. 8.

*nowego postępowania o udzielenie zamówienia. **Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć pomimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania a jego przewidywalną wartością***”.

Co istotne, w przeciwieństwie do art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp doprecyzowuje, że przy ocenie czy dane okoliczności mogły zostać przewidziane podczas przygotowywania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia należy zbadać, czy Zamawiający dochował należytej staranności. W tym celu konieczne jest ustalenie minimalnego, zwyczajowo przyjętego poziomu staranności. W świetle art. 355 § 1 k.c. przyjmuje się, że należyta staranność należy rozumieć jako staranność „ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju”, przy czym zgodnie z art. 355 § 2 k.c. „należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności”. Oznacza to, że z jednej strony, przy ocenie postępowania dłużnika należy zmierzać do jej obiektywizacji, a tym samym i generalizacji³⁶⁾, a z drugiej, że w przypadku przedsiębiorców miernik należytej staranności ulega podwyższeniu. Taki podwyższony miernik staranności odnosi się zarówno do Zamawiających publicznych będących przedsiębiorcami (np. PKP PLK, PSE, PGE GIEK), jak też – w drodze ostrożnej analogii – innych wiodących Zamawiających publicznych niebędących przedsiębiorcami (np. GDDKiA).

Tak jak w przypadku zmiany umowy z uwagi na realizację dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego Wykonawcy [por. 3.2.1 powyżej], dodatkowym warunkiem, który musi być kumulatywnie spełniony wraz z brakiem możliwości przewidzenia konieczności zmian umowy lub umowy ramowej przy zachowaniu należytej staranności jest to, aby wartość zmiany nie przekraczała 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

3.2.3. Zmiany o charakterze nieistotnym, względnie „drobne” zmiany

Tak jak przed wejściem w życie nowelizacji, tak i obecnie możliwe jest wprowadzenie do umów zmian o charakterze nieistotnym. W nowelizacji ustawodawca doprecyzował jednak kryteria pozwalające uznać zmiany za nieistotne wprowadzając katalog okoliczności, które skutkują

³⁶⁾ T. Wiśniewski, J. Gudowski (red.) w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania.*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis 2013, art. 355, uwaga nr 1.

uznaniem zmiany za istotną. Zgodnie z art. 144 ust. 1e Pzp zmiana ma charakter istotny, jeśli:

- (1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu;
- (2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:
 - (a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięłyby lub mogłyby wziąć udział inni Wykonawcy lub zostałyby przyjęte oferty innej treści (zmieniłby się krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia lub zostałyby złożone oferty o innej treści);
 - (b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść Wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej (zmienia obciążenia po stronie Wykonawcy);
 - (c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej (zakres zmienionego świadczenia znacznie wykracza poza zobowiązanie Wykonawcy wynikające z oferty lub znacznie się w stosunku do niego zmniejsza);
 - (d) polega na zastąpieniu Wykonawcy, któremu Zamawiający udzielił zamówienia, nowym Wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w art. 144 ust. 1 pkt 4.

Ponadto wprowadzając art. 144 ust. 1 ust. 6 Pzp ustawodawca uznał za dopuszczalne zmiany, których łączna wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp³⁷⁾ i w przypadku zamówień na roboty budowlane jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

4. Skutki wprowadzenia zmian zakresu przedmiotowego umów

Najczęstszym skutkiem zmian zakresu przedmiotowego umów są powstające opóźnienia w realizacji kontraktu związane z koniecznością wykonania prac dodatkowych lub zamiennych, które nie były objęte przedmiotem umowy oraz zwiększenie kosztów, które z reguły nie były objęte wynagrodzeniem przewidzianym w umowie. W związku z tym, wskutek wprowadzenia zmian zakresu przedmiotowego umów po stronie Wykonawcy mogą powstać roszczenia czasowe (tj. roszczenie o przedłużenie terminów realiza-

³⁷⁾ Tj. aktualnie EUR 5.250.000 dla robót budowlanych. Zob. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 roku w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

cji/czasu na ukończenie) oraz roszczenia kosztowe (dot. z reguły wynagrodzenia za realizację robót dodatkowych oraz zwrotu kosztów związanych z przedłużonym czasem realizacji kontraktu).

4.1. Roszczenia związane z przedłużeniem czasu wykonania robót

4.1.1. Roszczenia terminowe

Odnosząc się do pierwszego rodzaju roszczeń, tj. roszczeń czasowych, wskazać należy, że kodeks cywilny nie przewiduje roszczenia Wykonawcy o przedłużenie terminu realizacji robót. Również orzecznictwo Sądu Najwyższego nie potwierdza, iż Wykonawcy przysługuje tego rodzaju roszczenie wobec Zamawiającego. W związku z tym należy uznać, że podstawę roszczenia o przedłużenie czasu na ukończenie robót mogą stanowić jedynie postanowienia umowy zawartej z Zamawiającym. W oparciu o doświadczenia praktyczne można wyróżnić dwie podstawy przedłużenia terminu wykonania robót, tj.: powstanie przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający (np. zwłoka w wydaniu całości lub części terenu budowy, zwłoka w przekazaniu dokumentacji projektowej itp.) oraz przyczyny, za które odpowiedzialności nie ponosi ani Zamawiający, ani Wykonawca (np. wystąpienie nieprzewidywalnych warunków fizycznych, wystąpienie niesprzyjających warunków atmosferycznych itp.).

W celu skutecznego wystąpienia z roszczeniem czasowym Wykonawca powinien udowodnić, że w trakcie realizacji kontraktu wystąpiło zdarzenie stanowiące podstawę przedłużenia terminu ukończenia robót oraz wykazać jaki miało to wpływ na termin ukończenia robót. W umowach FIDIC zgłoszenie roszczenia powinno nastąpić w trybie klauzuli 20.1 warunków FIDIC. W celu skutecznego przedłużenia czasu na ukończenie, strony powinny zawrzeć stosowny aneks do umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności³⁸⁾.

O ile sytuacja, w której strony zawrą porozumienie nie jest problematyczna, to inaczej rzecz się ma w przypadku, gdy Zamawiający odmawia przedłużenia czasu na ukończenie. Kwestia ta jest problematyczna, gdyż jak przyjął Sąd Najwyższy „wbrew stanowisku Sądu Apelacyjnego, [subklauzula – dop. wł.] nie przewiduje dla Wykonawcy jakiegokolwiek „roszczenia” w rozumieniu cywilnoprawnym ani cywilnoprawnego obowiązku wystąpienia o przedłużenie, a jedynie przyznaje mu umowne uprawnienie w tym przedmiocie i określa umowną procedurę skorzystania z tego uprawnienia”³⁹⁾.

W praktyce, na etapie postępowania sądowego Wykonawcy z reguły nie domagają się przedłużenia czasu realizacji umowy, powołują się jednak na okoliczności, które na gruncie kontraktu uzasadniają przedłużenie czasu

³⁸⁾ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2006 roku, sygn. akt II CSK 327/06.

³⁹⁾ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 roku, sygn. akt I CSK 748/12. W doktrynie zob. P. Drapała, *Wzorce umowy FIDIC a przepisy kodeksu cywilnego*, Państwo i Prawo, 2014 roku, nr 11, s. 53 i n.

na ukończenie, dla potrzeb wykazania braku odpowiedzialności Wykonawcy za opóźnienie w realizacji robót, a co za tym idzie bezzasadności ewentualnych kar umownych naliczonych z tego powodu przez Zamawiającego, względnie także dla potrzeb dochodzenia zwrotu kosztów poniesionych przez Wykonawcę w związku z realizacją inwestycji w przedłużonym czasie.

W tym kontekście warto ponownie przywołać ww. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 roku, z którego wynika również, że niewystąpienie przez Wykonawcę z roszczeniem o przedłużenie czasu na ukończenie nie pozbawia go uprawnienia do powoływania się, np. na przyczyny zawinione przez Zamawiającego, które skutkowały opóźnieniem realizacji przedmiotu umowy. Jak wskazał bowiem Sąd Najwyższy w przytoczonym powyżej wyroku: „[z] tych względów niewystąpienie Wykonawcy o przedłużenie terminu wykonania umowy z powodu uchybień Zamawiającego nie pozbawiło go w sprawie dotyczącej m.in. kary umownej prawa powoływania się na to, że przyczyną opóźnienia były okoliczności obciążające Zamawiającego. Nie uzasadnia też przyjęcia współodpowiedzialności Wykonawcy za opóźnienie w wykonaniu robót. Skoro zatem do opóźnienia w wykonaniu umowy łączącej strony doszło wyłącznie z przyczyn leżących po stronie pozwanej, nie było podstaw do obciążenia strony powodowej karą umowną i potrącenia jej z należnego wynagrodzenia”⁴⁰⁾.

4.1.2. Roszczenia kosztowe

Przedłużenie czasu na ukończenie wiąże się najczęściej z powstaniem po stronie Wykonawcy dodatkowych kosztów. W takiej sytuacji podstawę roszczenia Wykonawcy o koszty wynikające z przedłużenia czasu na ukończenie co do zasady stanowią postanowienia umowy zawartej z Zamawiającym, przy czym w okolicznościach konkretnych spraw można także rozważać dochodzenie kosztów wynikających z przedłużenia terminu jako naprawienia szkody, ewentualnie w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu.

W zależności od okoliczności faktycznych oraz tego, czy w umowie strony zdefiniowały pojęcie kosztu, zakres roszczenia o zwrot kosztów może być różny. W przypadku, gdy pojęcie kosztów nie zostało umownie określone przez strony, Wykonawcy może przysługiwać roszczenie o koszty pośrednie w wysokości realnie poniesionych kosztów oraz utraconych korzyści (np. w postaci narzutu z tytułu czystego zysku). Z kolei w przypadku gdy koszty zostały zdefiniowane w umowie, zakres roszczenia będzie co do zasady obejmował koszty wynikające z definicji kosztu zawartej w kontrakcie (np. umowy FIDIC, klauzula 1.1.4.3 żółtej księgi FIDIC „Koszt oznacza całość wydatków, we właściwy sposób poniesionych (lub do poniesienia) przez Wykonawcę na Placu Budowy lub poza nim, wraz z narzutem i podobnymi obciążeniami, ale bez zysku”).

⁴⁰⁾ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 roku, sygn. akt I CSK 748/12.

Wystąpienie przez Wykonawcę z roszczeniem o zwrot kosztów związanych z przedłużeniem czasu na ukończenie nie zawsze będzie możliwe, bowiem niekiedy dochodzi do sytuacji kiedy strony umownie wyłączają taką możliwość. Przyjmuje się niekiedy, że z wyłączeniem roszczeń o zwrot kosztów w przedłużonych terminach realizacji możemy mieć do czynienia w sytuacji np. (w zależności od dokonanej na gruncie art. 65 § 2 k.c. wykładni postanowienia umowy) wykreślenia w umowie opartej na warunkach FIDIC postanowienia uprawniającego Wykonawcę domagania się zwrotu kosztów w przedłużonych terminach realizacji lub zawarcia w umowie postanowienia o zrzeczeniu się przez strony roszczeń⁴¹⁾.

4.2. Pozostałe roszczenia kosztowe

Dla oceny, czy dany zakres prac wykracza poza zakres kontraktu istotne znaczenie ma treść artykułu 649 k.c. zgodnie z którym „[w] razie wątpliwości poczytuje się, iż Wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy”. Na podstawie powyższego przepisu przyjmuje się, że roboty dodatkowe stanowią zaś świadczenia wykonywane poza istniejącym zobowiązaniem, którego zakres określa projekt⁴²⁾. Przepis ten bywa często interpretowany rozszerzająco, jako odnoszący się nie tylko do prac objętych projektem, ale też szerzej, do całości prac wynikających z dokumentacji wymaganej przez stosowne przepisy, w tym m.in. przez STWiORB etc.), jednak nawet taka wykładnia nie wyklucza skutecznego kierowania przeciwko Zamawiającemu roszczeń o zapłatę za roboty wykraczające poza zakres umowy.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na to, że w nowszym orzecznictwie pojawia się jednak próba ograniczenia takiego „rozszerzania” zakresu świadczenia Wykonawcy. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 5 kwietnia 2017 roku, sygn. akt I ACa 630/16 „*przepis ten [art. 649 k.c. – dop. wł.] wprowadza domniemane rozszerzenie (rozwińcie) obowiązków Wykonawcy. Do obowiązków tych należą bowiem wszelkie roboty budowlane potrzebne do realizacji obiektu budowlanego (...). Innymi słowy, zakres rzeczowy danej umowy o roboty budowlane wyznacza konkretny projekt, przy czym chodzi tutaj o projekt budowlany, takim bowiem pojęciem posługuje się Prawo budowlane (milcząc np. na temat „projektu wykonawczego”), a nadto nie ulega wątpliwości, że jest to najważniejszy dokument w procesie budowlanym. To na jego podstawie inwe-*

⁴¹⁾ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie w wyroku z 25 maja 2012 roku, sygn. akt VI A Ca 30/12 i wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie w wyroku z 25 maja 2012 roku, sygn. akt VI A Ca 30/12. Zob. jednak wyrok Sądu Najwyższego z 19 kwietnia 2016 r. I CSK 306/15.

⁴²⁾ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 19 lutego 2016 roku, sygn. akt I ACa 894/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 5 kwietnia 2017 roku, sygn. akt I ACa 630/16, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 22 października 2015 roku, sygn. akt. I ACa 472/15.

stor uzyskuje pozwolenie na budowę i to on stanowi punkt wyjścia dla dalszej (bardziej szczegółowej) dokumentacji. **W razie zatem wątpliwości co jest objęte umową a co nie, należy przyjąć, że Wykonawca zobowiązał się do wykonania prac objętych projektem budowlanym. Roboty wykraczające poza ten zakres stanowią zaś tzw. roboty dodatkowe**⁴³⁾ [wyr. wł.].

W przypadku wykonania prac wykraczających poza zakres umowy zobowiązania Wykonawcy, które jednocześnie stanowią korzyść majątkową Zamawiającego (nawet pomimo braku odpowiedniej zmiany umowy lub zawarcia dodatkowej umowy regulującej wykonanie tych prac), dopuszczalne jest wystąpienie przez Wykonawcę z żądaniem zapłaty równowartości tych prac na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (szerzej: pkt 5 niniejszego referatu – *Wykonanie robót pomimo braku zmiany umowy lub nieważności umowy o roboty dodatkowe*).

W przypadku sytuacji odwrotnej, kiedy to Wykonawca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego nie wykona robót, które przewidziane były w jego ofercie i projekcie budowlanym i które gotów był wykonać, Wykonawca również nie jest pozbawiony ochrony. W takiej sytuacji Wykonawcy przysługiwać będzie roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za roboty na podstawie art. 639 k.c. zgodnie z którym Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia gdy Wykonawca był gotów wykonać roboty, a doznał przeszkody w ich wykonaniu z przyczyn dotyczących Zamawiającego (przy czym zgodnie z przepisem Zamawiający może odliczyć to, co Wykonawca oszczędził z powodu niewykonania robót). Kolejną zaś z możliwych podstaw dla dochodzenia w tego rodzaju sytuacji roszczeń przez Wykonawcę są roszczenia o naprawienie szkody w postaci utraconych korzyści i poniesionych w związku z takimi robotami kosztów w przypadku np. zawinionej przez Zamawiającego niemożliwości ich wykonania.

5. Wykonanie robót pomimo braku zmiany umowy lub nieważności umowy o roboty dodatkowe

Aspektem do którego nie sposób się nie odnieść omawiając skutki zmian zakresu przedmiotowego umów zawieranych w zamówieniach publicznych jest kwestia wykonania robót pomimo braku dokonania zmiany umowy lub w przypadku nieważności umowy o roboty budowlane. Oczywiście pożądanymi byłoby, żeby zmiany zakresu przedmiotowego prac skutkowały zawsze stosowną zmianą umowy, jednakże, w praktyce dość częstym zjawiskiem jest wykonywanie robót dodatkowych bądź zamiennych mimo braku zmiany umowy lub w sytuacji nieważności umowy o roboty dodatkowe.

⁴³⁾ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 5 kwietnia 2017 roku, sygn. akt I ACa 630/16.

W przypadku wynagrodzenia kosztorysowego występującego najczęściej w zamówieniach publicznych na roboty budowlane realizowanych w formule „wybuduj” w sytuacji wykonania przez Wykonawcę robót dodatkowych nieprzewidzianych umową Wykonawcy może przysługiwać uprawnienie do żądania podwyższenia wynagrodzenia na drodze sądowej na podstawie art. 630 i 631 k.c. Natomiast w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego możliwości podwyższenia wynagrodzenia są dużo bardziej ograniczone. Jak wynika bowiem z art. 632 § 1 k.c., jeśli strony przyjęły ryczałtowy charakter wynagrodzenia, przyjmujący zamówienie co do zasady (z zastrzeżeniem m.in. art. 632 § 2 k.c.) nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Wykonawca akceptując model wynagrodzenia ryczałtowego co do zasady przyjmuje gospodarcze ryzyko wynikające z konieczności wykonania prac, które nie zostały przewidziane w dokumentacji projektowej.

W tym kontekście istotne jest jednak wyrażane w orzecznictwie stanowisko, że za niedopuszczalne uznać należy przerzucenie na Wykonawcę ryzyka gospodarczego, wynikającego z niewystarczającego opisu przedmiotu zamówienia i błędnej treści wyjaśnień udzielonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia⁴⁴⁾. Przyjęcie zaś przez strony wynagrodzenia ryczałtowego nie pozbawia definitywnie Wykonawcy możliwości żądania zapłaty wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych bez zmiany umowy lub w przypadku jej nieważności.

Jednym z odstępstw do zasady niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego stanowi art. 632 § 2 k.c., zgodnie z którym w skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. W związku z tym, na gruncie tego przepisu możliwe jest podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego lub rozwiązanie umowy w przypadku ziszczenia się następujących przesłanek:

- (1) wystąpienia istotnej zmiany stosunków, która była niemożliwa do przewidzenia;
- (2) groźba rażącej straty;
- (3) zaistnienia związku przyczynowo-skutkowego między zmianą stosunków a rażącą stratą.

⁴⁴⁾ Zamiast wielu zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2016 roku, sygn. akt II CSK 197/15. Zob. również wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2015 roku, sygn. akt: KIO 1011/15, dotyczący wprowadzonego przez Zamawiającego do projektu umowy obowiązku powiadomienia Zamawiającego „w terminie 30 dni od zawarcia umowy o nieprzewidywalnych błędach, wadach i usterkach w Wymaganiach Zamawiającego”, (PFU). Jak zauważyła KIO nie sposób wyprowadzić wniosku, iż Wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu (a także PFU) w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, iż istotna zmiana stosunków odnosi się wyłącznie do zdarzenia zewnętrznego, niezależnego od stron, którego nie były one w stanie obiektywnie przewidzieć w dacie zawarcia umowy⁴⁵⁾. Na gruncie tego przepisu wykluczone są natomiast okoliczności zależne od stron lub też zdarzenia losowe o charakterze indywidualnym sprowadzające na Wykonawcę rzeczywiste ryzyko poniesienia rażącej straty. Przyjmuje się w tym kontekście, że wykonanie przez Wykonawcę robót dodatkowych, których konieczność zrealizowania wynikała na skutek np. wad dokumentacji projektowej, nie stanowi zmiany stosunków, o której mowa w art. 632 § 2 k.c.⁴⁶⁾

Co się tyczy natomiast groźby rażącej straty wskazać należy, że za rażącą stratę nie można generalnie uznawać utraty planowanego zysku lub utraty dochodu. Stratę, czyli „nadwyżkę kosztów poniesionych przez przyjmującego zamówienie nad uzyskanym przez niego za wykonanie dzieła wynagrodzeniem”⁴⁷⁾, powinien cechować charakter transakcyjny, tj. powinna być poniesiona w związku z konkretną transakcją w ramach określonego stosunku obligacyjnego⁴⁸⁾. Nie musi to być strata, która zachwiałaby kondycją finansową lub wprowadzała ryzyko upadłości Wykonawcy bowiem „wystarczy zwykła rażąca strata transakcyjna”⁴⁹⁾. Jak przy tym wynika z orzecznictwa i co istotne dla oceny przesłanki nieprzewidywalności zmiany stosunków „nawet starannie kalkulujący przedsiębiorca budowlany nie zawsze jest w stanie przewidzieć nagły wzrost cen materiałów budowlanych o znacznej skali, mimo określonych, wcześniejszych zaszczości na rynku budowlanym. Nie ma bowiem powodu do sugestii, że są to przewidywalne zmiany cykliczne.”⁵⁰⁾

Choć nie jest to wyrażone wprost w ustawie, to przyjmuje się, że trzecią przesłanką materialnoprawną możliwości żądania podwyższenia wynagrodzenia na podstawie art. 632 § 2 k.c. jest związek przyczynowo-skutkowy między zmianą stosunków a zagrożeniem powstania rażącej straty po stronie przyjmującego zamówienie. Należy jednak wskazać, że w tym przypadku nie chodzi o adekwatny związek przyczynowy stanowiący przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej, lecz o powiązanie kazualne między zmianą stosunków a wystąpieniem rażącej straty⁵¹⁾.

45) Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 września 2016 roku, I CSK 659/15.

46) Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2013 roku, sygn. akt IV CSK 354/12, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 września 2016 roku, sygn. akt I CSK 659/15.

47) Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2015 roku, sygn. akt V CSK 589/14.

48) Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2015 roku, sygn. akt I CSK 901/14.

49) Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2015 roku, sygn. akt V CSK 589/14.

50) Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2015 roku, sygn. akt I CSK 901/14.

51) P. Drapała, w: J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna*, Wolters Kluwer Polska 2017, art. 632, uwaga nr 6c, Ł. Żelechowski, w: K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2017, art. 632 k.c., uwaga nr 11.

W kontekście możliwości podwyższenia wynagrodzenia na podstawie art. 632 § 2 k.c. warto zwrócić uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2015 roku (sygn. akt I CSK 901/14), w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że zawarcie w umowie postanowienia wykluczającego umowną waloryzację należnego Wykonawcy wynagrodzenia ryczałtowego nie przesądza o niemożności zastosowania art. 632 § 2 k.c.

Należy jednak zauważyć, że powyższe uwagi dotyczące roszczeń wynikających z art. 632 § 2 k.c. nie mają zastosowania w przypadku wykonania robót nieobjętych umową. W razie ustalenia, że dane roboty, które były niezbędne dla prawidłowej realizacji całego zamówienia zostały wykonane, ale nie były objęte zakresem przedmiotowym umowy (tj. umowa ich nie przewidywała i strony nie zawarły umowy dodatkowej regulującej tę kwestię), Wykonawca może dochodzić swego roszczenia o zapłatę stosownego wynagrodzenia za ich wykonanie na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu⁵²⁾. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 stycznia 2017 roku (sygn. akt IV CSK 109/16) „[w]ówczas, kiedy dochodzi do wykonania robót dodatkowych stanowiących korzyść majątkową dla Zamawiającego, bez dokonania przez strony stosownej zmiany umowy lub zawarcia innego porozumienia regulującego wykonanie tych robót, nie jest wykluczone żądanie przez przyjmującego zamówienie zapłaty równowartości wykonanych robót dodatkowych na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu”⁵³⁾.

W orzecnictwie powszechnie prezentowany jest pogląd, że przepisy ustawy Pzp nie stoją na przeszkodzie zastosowaniu przepisów kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu⁵⁴⁾. I tak, przykładowo w wyroku z dnia 11 maja 2017 roku (sygn. akt II CSK 541/16) Sąd Najwyższy wskazał, że „[w] orzecnictwie ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym **przepisy ustawy o zamówieniach publicznych nie stoją na przeszkodzie zastosowaniu przepisów k.c. o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy, która z braku zachowania właściwej formy stała się nieważna**. Dotyczy to także sytuacji braku umowy jako podstawy określonego świadczenia, które, spełnione, przybiera charakter świadczenia nienależnego w rozumieniu art. 410 § 1 k.c. Uzasadnienie dla takiej tezy wynika z odesłania zawartego w art. 139 ust. 1 Pzp, a także założenia, że strona, która skorzystała z efektów prac wykonanych

⁵²⁾ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 5 kwietnia 2017 r., sygn. akt I ACa 630/16.

⁵³⁾ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2017 roku, sygn. akt IV CSK 109/16.

⁵⁴⁾ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2007 roku, sygn. akt I CSK 234/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 roku, sygn. akt II CSK 377/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2013 roku, sygn. akt II CSK 248/12, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2013 roku, sygn. akt IV CSK 354/12, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2015 roku, IV CSK 368/14, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2015 roku, sygn. akt III CSK 23/15, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2017 roku, sygn. akt II CSK 541/16.

na podstawie nieważnej umowy, jest bezpodstawnie wzbogacona⁵⁵⁾. Odpowiedzialność Zamawiającego za zwiększony koszt robót spowodowany wykonaniem prac dodatkowych w przypadku nieważności umowy potwierdza także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2017 roku (sygn. akt V CSK 481/16): „w przypadku dokonania zmiany umowy zawartej na podstawie prawa zamówień publicznych z naruszeniem art. 139 ust. 2 Pzp w zw. z art. 77 § 1 k.c., nieważna jest zmiana umowy, lecz nie umowa zmieniana. Gdyby zatem okazało się, że strony nie uzgodniły stanowisk w celu zmiany łączącej je umowy, a zatem do jej zawarcia ostatecznie nie doszło, ale powód świadczył na rzecz pozwanego licząc się z tym, że do umowy dojdzie, natomiast pozwany przyjął to świadczenie, zatrzymał je i odmówił rozliczenia się z niego, to relacje między stronami będą wymagały rozważania na podstawie przepisów art. 405 i n. k.c.”⁵⁶⁾. Analogiczne stanowisko zajął m.in. Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 24 listopada 2016 roku (sygn. akt I ACa 752/16): „jeżeli określone roboty nie zostały objęte zakresem rzeczowym umowy o roboty budowlane i zostały wykonane bez zawarcia dodatkowej umowy lub na podstawie nieważnej umowy, lecz służyły prawidłowej i kompleksowej realizacji całego zamówienia, to jakkolwiek Wykonawca nie może skutecznie dochodzić roszczenia o wynagrodzenie na podstawie umowy, to nic nie stoi na przeszkodzie, by zasądzić na jego rzecz dodatkowe wynagrodzenie, odpowiadające rzeczywistej wartości robót dodatkowych – na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu⁵⁷⁾”.

6. Zakończenie

Doświadczenie uczy, że w trakcie realizacji kontraktów często dochodzi do zmiany pierwotnego zakresu umowy, zaś możliwość wprowadzania zmian w umowie nieraz jest niezbędna dla realizacji inwestycji i osiągnięcia zamierzonego przez Zamawiającego celu. Z pewnością korzystna dla wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego była nowelizacja dość lapidarnego w swej treści art. 144 Pzp, którego dotychczasowe brzmienie ograniczało się do stwierdzenia, że w umowie zakazuje istotnych zmian postanowień umowy chyba że Zamawiający przewidział możliwość dokonania zmiany w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu oraz określił warunki takiej zmiany.

Obecne brzmienie art. 144 Pzp jest bardziej rozbudowane i w bardziej precyzyjny sposób wskazuje, jaki jest katalog możliwych zmian.

⁵⁵⁾ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2017 roku, sygn. akt II CSK 541/16, zob. także: wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 19 kwietnia 2017 roku, sygn. akt VI ACa 1713/15.

⁵⁶⁾ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2017 roku, sygn. akt V CSK 481/16.

⁵⁷⁾ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 listopada 2016 roku, sygn. akt I ACa 752/16, zob. także: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2011 roku, sygn. akt II CSK 414/10, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2014 roku, sygn. akt I CSK 568/13, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 5 kwietnia 2017 roku, sygn. akt I ACa 630/16.

Z jednej strony bowiem dopuszczalne jest wprowadzanie do umowy różnego rodzaju zmian⁵⁸⁾, o ile w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ zamieszczona zostanie stosowna (spełniająca wymogi z 144 ust. 1 pkt 1 Pzp⁵⁹⁾) informacja możliwości wprowadzania takich zmian.

Z drugiej strony, ustawodawca przewidział również szereg przypadków, w których dokonywanie zmian w umowie będzie możliwe niezależnie od treści ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ, jak chociażby wówczas, gdy zmiana umowy jest konieczna ze względu na niezbędność realizacji dodatkowych robót budowlanych lub ze względu na zaistnienie okoliczności niedających się przewidzieć przed zawarciem umowy. Nowelizacja doprecyzowała też pojęcie tzw. zmian nieistotnych jak też – w niektórych przypadkach – wprowadziła generalną możliwość wprowadzania zmian o relatywnie niewielkiej wartości.

Trzeba przy tym pamiętać, że nawet w braku zmiany umowy Wykonawca robót budowlanych nie będzie pozbawiony ochrony prawnej, bowiem rozliczenie robót dodatkowych (nieobjętych pierwotnym zakresem zamówienia) możliwe jest również w oparciu o odpowiedzialność odszkodowawczą oraz na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Andrzej SOKOŁOWSKI – radca prawny, partner.
Posiada kilkunastoletnie doświadczenie w występowaniu jako pełnomocnik stron w postępowaniach sądowych i arbitrażowych, w tym dotyczących złożonych inwestycji infrastrukturalnych, wielokrotnie występował przed sądami arbitrażowymi (ICC, KIG, Lewiatan) oraz powszechnymi, doradza inwestorom prywatnym, wykonawcom i podwykonawcom w sprawach związanych z realizacją inwestycji budowlanych i infrastrukturalnych. Ukończył Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku.

Piotr STENKO – radca prawny, associate.
Posiada wieloletnie doświadczenie w sporach wynikających z inwestycji infrastrukturalnych. Jego doświadczenie obejmuje reprezentację i doradztwo na rzecz wykonawców w sporach z inwestorami w zakresie m.in. zapłaty wynagrodzenia za nierozliczone roboty budowlane i tzw. kosztów ogólnych, roszczeń odszkodowawczych związanych z nienależytym wykonaniem kontraktu przez inwestora, kar umownych. Ukończył Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

⁵⁸⁾ Z zastrzeżeniem, że nie mogą one prowadzić do zmiany charakteru umowy.

⁵⁹⁾ Co istotne dla praktyki wydaje się, że wymogi te spełniają dotyczące zmian klauzule przewidziane w warunkach ogólnych FIDIC.