

dr Marek Stachowski
www.prawnakancelaria.eu
tel. 512-448-737
e-mail. mstachowski@prawnakancelaria.eu

Warszawa 7 kwietnia 2014

Opinia prawna

Sporządzona przez
Sporządzona w dniu
Sporządzona na zlecenie
Dotycząca

dr Marka Stachowskiego
8 kwietnia 2014

.....
w sprawie sposobu rozliczania wykonanych prac porządkowych na podstawie zawartej umowy z firmą sprzątającą oraz stwierdzenie czy umowa zawarta pomiędzy stronami ma charakter umowy kosztorysowej czy umowy ryczałtowej.

Przybliżona Wartość przedmiotu
sporu

265 921 zł.

Sporządzona na podstawie dokumentacji:

Umowa o sprzątnięcie wraz załącznikami zawarta pomiędzy YYYY a XXXXX w dniu 21 listopada 2013 r.

Spis treści

- I. Tezy opinii
- II. Przedmiot opinii.
- III. Stan faktyczny sprawy
- IV. Analiza prawna
- V. Wnioski.
- VI. Konsekwencje
- VII. Proponowane działania.

Podstawa prawna

- Dz.U.1964.16.93 Ustawa Kodeks cywilny.
- Dz. U. z 2006 r. Nr 79, poz. 551 ustawa z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Pomocniczo

- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 marca 2006 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 46, poz. 331 z dnia 21 marca 2006 r.).
- Ustawa o cenach z dnia 5 lipca 2001 r. Dz. U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1050 wprowadzająca 12 grudnia 2001 r. zmiany w obowiązujących przepisach w sprawie kosztorysowania budowlanego.

- Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004 r. Nr 130, poz. 1389)
- Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072, z dnia 16 września 2004)

Tezy

1. Wynagrodzenie zawarte w umowie ma walor umowy kosztorysowej.
2. Sposób rozliczenia stron winien odbywać na podstawie treści par. 6 ust. 4 umowy w oparciu o treść załącznika nr. 1.
3. Treść Formularza Cenowego – Zadanie 2 określa wyłącznie górną granicę wynagradzania i nie może stanowić podstawy do bieżących rozliczeń pomiędzy stronami w odniesieniu do faktycznie wykonanych prac mając na uwadze treść par. 6 ust. 4 umowy oraz treść załącznika nr 1 określającego wykaz prac i ich częstotliwość. Zatem wynagrodzenie należne wykonawcy za sprzątanie powierzchni magazynowej określonej w załączniku nr 1 pod pozycją 33 (magazyn zbioru) winno odbywać wyłącznie z uwzględnieniem sprzątania raz w tygodniu.

UZASADNIENIE

I. Przedmiot opinii

Przedmiotem opinii jest wyłączenie stwierdzeniem czy umowa zawarta pomiędzy YYYY a firmą XXXX jest umową o charakterze ryczałtowym czy też umową o charakterze kosztorysowym a ponadto określenie prawidłowego rozliczania pomiędzy stronami umowy z uwagi na rozbieżności jakie powstały pomiędzy stronami na podstawie rzeczonyj umowy co do sposobu i wysokości zapłaty za wykonaną usługę.

II. Stan faktyczny sprawy

Strony w dniu 01 grudnia 2013 r. zawarły umowę o świadczenie kompleksowych usług sprzątania i utrzymania w ciągłej czystości budynki A, B, G. Umowa została zawarta na czas znaczony do 31 lipca 2015 r. Do umowy zostały załączone załączniki określające sposób wykonania umowy, częstotliwość wykonywanych prac oraz powierzchnie do sprzątania. Na tle załącznika nr. 1 oraz Formularza Cenowego – Zadanie 2 w zw. par. 6 ust. 1-4 umowy powstał spór co do sposobu rozliczania wykonawcy oraz co do rodzaju wynagrodzenia (kosztorysowe czy też ryczałtowe).

III. Analiza prawna

1. Określenie rodzaju umowy

Mając na uwadze *essentialia negotii* umowy zlecenia a w szczególności treść art. 750 k.c. tj. wykonanie określonej czynności należy uznać bezsprzecznie, że umowa zawarta pomiędzy stronami o wykonanie usług sprzątanania w określonym czasie jest umową:

1. Zlecenia, jako umową nazwaną w k.c. (art. 734-751),
2. Konsensualną,
3. Wzajemnie zobowiązującą,
4. Odpłatną,
5. Starannego działania

Umowę zlecenia określa się jako *umowę starannego działania* w przeciwieństwie do umowy o dzieło, jako umowy rezultatu (art. 627 k.c.). Umowa zlecenia określa rodzaj wykonanej pracy (czynności) na rzecz zleceniodawcy i niekoniecznie będzie związana z uzyskaniem rezultatu, co stanowi przedmiot umowy o dzieło. Nadto należy wskazać, że umowa zlecenie charakteryzuje się możliwością kontroli wykonanych prac przez zleceniodawcę. Zatem wynagrodzenie za wykonanie czynności określonych w umowie zlecenia związane jest ze starannym działaniem wykonawcy a nie rezultatem jego pracy. Oznacza to, że zawarta umowa pomiędzy stronami nakłada na wykonawcę obowiązki starannego działania, za które zostanie mu wypłacone wynagrodzenie określone w par. 6 w zw. z par. 4 i 5 rzeczonyj umowy.

Ponadto należy wskazać, że czynności określony w umowie są czynnościami powtarzalnymi, które po rozwiązaniu umowy pomiędzy stronami na podstawie upływu terminu, na jaki została zawarta nie podlegają ocenie i nie mogą być kwestionowane, co jeszcze bardziej wzmocnia tezę, że w tym przypadku mamy do czynienia z umową zlecenia.

Przedmiotem umowy o dzieło jest przyszły, z góry określony, samoistny, materialny lub niematerialny, lecz ucieleśniony, obiektywnie osiągalny i (w danych warunkach) pewny rezultat pracy i umiejętności przyjmującego zamówienie, którego charakter nie wyklucza możliwości zastosowania przepisów o rękojmi za wady. Przedstawiony zespół cech konstytutywnych występować musi łącznie. Tym samym istotą umowy o dzieło jest osiągnięcie określonego rezultatu, co odróżnia ją od umowy zlecenia (art. 734 i następane kc) oraz od umowy o świadczenie usług (art. 750 kc). Z kolei, umowa o świadczenie usług jest umową starannego działania, a zatem jej celem jest wykonywanie określonych czynności, które nie muszą zmierzać do osiągnięcia rezultatu (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 czerwca 2013 r., III AUa 114/2013, LexPolonica nr 7225733).

Jeżeli celem stosunku umownego jest osiągnięcie określonego rezultatu, to nie wynika stąd, iż dłużnik zobowiązuje się taki rezultat osiągnąć. Treść zobowiązania dłużnika pozostaje, bowiem w ścisłej zależności od natury stosunku prawnego. Jeżeli osiągnięcie rezultatu określonego w celu zawarcia umowy uwarunkowane jest od wielu już istniejących lub innych mających nastąpić zdarzeń oraz czynników zewnętrznych, leżących poza oddziaływaniem dłużnika, to z reguły podejmuje on zobowiązanie starannego działania. W zobowiązaniach starannego działania podjęcie przez dłużnika wymaganych czynności przy zachowaniu wiążącego go stopnia staranności oznacza, że dłużnik wykonał zobowiązanie, pomimo iż nie osiągnięto rezultatu określonego w celu umowy (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 2006 r., II CSK 117/06 (LEX nr 332959)).

2. Określenie rodzaju odpłatności w zawartej umowie.

Kwestią zasadniczą jest forma odpłatności i sposobu rozliczeń pomiędzy stronami tj. określenia czy w umowie zawartej pomiędzy stronami mamy do czynienia zapłatą w formie ryczałtu czy na podstawie kosztorysu.

Co do zasady umowa zlecenia jest umową, w której odpłatność określona jest ryczałtem. Nie oznacza to, że ryczałt nie może wynikać wprost z kosztorysu, jako podstawy określenia wynagrodzenia za wykonywane czynności.

Rozbieżność pomiędzy stronami, co do sposobu określenia wynagrodzenia określanego w umowie związana jest z wprowadzeniem do umowy sposobu rozliczania się stron i wysokości wypłaconego wynagrodzenia w oparciu o treść par. 6 ust. 1, 2, 4 i załącznik 1 oraz Formularz cenowy - zadanie 2 (oznaczony, jako formularz 2b do SIWZ)

We wspomnianych ustępach wprowadzone są następujące parametry:

- ust. 1 - Wynagrodzenie dziennej stawki za 1m² kompleksowego sprzątnia określonego w załączniku do umowy.
- Ust. 2 – określenie maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy po zsumowaniu wszystkich faktur wystawionych przez wykonawcę w okresie trwania umowy,
- Ust. 4 – Miesięczne wynagrodzenie wykonawcy uzależnione będzie od faktycznie posprzątananej powierzchni wyliczeń wg wzoru: stawka za dzień sprzątnia x ilość dni x powierzchnia = kwota należna z daną powierzchnią,
- Załącznik nr 1 określa czynności, jakie winien podjąć wykonawca oraz ich częstotliwość
- Formularz cenowy określa łączną kwotę wynagrodzenia w związku przytoczonym pow. par. 6 ust.2 umowy.

2a. Istota wynagrodzenia ryczałtowego

W doktrynie prawa cywilnego pojęcie wynagrodzenia ryczałtowego oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotą stanowi określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Zamawiający ustalając wynagrodzenie ryczałtowe wyraźnie lub w sposób dorozumiany zakłada, że przyjmujący zamówienie nie będzie domagać się zapłaty wynagrodzenia wyższego. Przyjmujący zamówienie nie może bowiem żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. (*vide komentarz do art.632 kodeksu cywilnego pod red. prof. dr hab. Krzysztof Pietrzykowski, rok wydania: 2009, Wydawnictwo: C.H.Beck wydanie: 5*).

Co oznacza, że dokonując wyboru wynagrodzenia jako ryczałtowego, strony muszą posiadać świadomość, że ustalona w przetargu cena ryczałtowa swym zakresem obejmuje całokształt czynności i kosztów związanych z przedmiotem zamówienia, i nie może być zmieniona przez cały okres realizacji prac (art. 632 par.1 k.c.).

Jednakże w przypadku gdyby po zawarciu umowy z wynagrodzeniem ryczałtowym ujawni się potrzeba wykonania dodatkowych prac nieuwjętych w kalkulacji, których nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. (art. 632 par 2 k.c.). Dowodzenie rażącej straty spoczywa na wykonawcy (art. 6 k.c.) i z reguły jest trudne do udowodnienia, chyba że strony w umowie określiły definicję rażącej straty. W przedmiotowej umowie strony nie określiły definicji rażącej straty, co oznacza, że kwota określona w umowie jest kwotą ostateczną.

Wynagrodzenie ryczałtowe zdejmuje obowiązek z wykonawcy, co do prowadzenia księgi obmiarów, jak również sporządzania kosztorysu powykonawczego. Ponadto brak szczególnych wymogów zamawiającego w

przedmiocie standardu wykonania (jakości materiałów, sprzętu, urządzeń, itp.) oznacza, że wykonawca wywiąże się ze swoich obowiązków kiedy zachowa średni standard wykonania.

Wynagrodzenie ryczałtowe ustalane jest na podobnych zasadach jak wynagrodzenie kosztorysowe, które uwzględnia: 1) dokumentację techniczną, w przypadku jej braku dokumentacja, będąca podstawą określenia zakresu prac ich rodzaju i ilości, 2) ofertę wykonawcy sporządzoną wg szczegółowości żądanej przez zamawiającego, która określa cenę jednostkową, w przypadku omawianej umowy odnosi się to do par. 6 ust 1a w zw. z Formularzem Cenowym – Zadanie 2.

Główna cecha wynagrodzenia ryczałtowego wyraża się tym, że jest określeniem zbiorczym za wykonane zlecenie lub dzieło. A zatem ceną ryczałtową jest ustalenie jej z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów przedmiotu zamówienia, przy czym charakter okoliczności, z uwagi, na które nie przewidziano rozmiaru lub kosztów prac, nie ma większego znaczenia. Należy zauważyć, że w warunkach ceny ryczałtowej ryzyko uwzględnienia wszystkich prac wymaganych dla realizacji całości przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisem tego przedmiotu, dokonany przez zamawiającego w formie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz przedmiarów, spoczywa na wykonawcy. Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający nie ma obowiązku żądania złożenia w ofercie kosztorysów ofertowych. Dokumentacja projektowa, w tym przedmiary załączone do specyfikacji, mają obrazować wykonawcy rozmiar, charakter i zakres robót, który podlega weryfikacji, ocenie i wycenie przez wykonawcę w ramach oferowanej, niezmiennej w toku realizacji, ceny ryczałtowej za wykonanie przedmiotu zamówienia. (*Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 397/10*)

Ryczałt polega na z góry umówionej wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźniej i dorozumianej zgodzie stron, że Wykonawca nie będzie domagał się podwyższenia umówionego wynagrodzenia. Istotą takiej formy wynagrodzenia jest to, że to Wykonawca ponosi ryzyko ale i ciężar odpowiedzialności wykonania wszystkich prac niezbędnych do należytej realizacji zamówienia. (*Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 554/08, KIO/UZP 556/08, KIO/UZP 557/08 Skład orzekający Izby w pełni podziela stanowisko wyrażone w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., Sygn. akt. II CRN 913/97*)

Zasadą jest, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorysy załączone do oferty mają charakter informacyjny, a braki w nich nie są podstawą do jej odrzucenia. Zasady tej Zamawiający nie wyłączył ani w żaden sposób nie zmodyfikował - przeciwnie, podkreślił ją, stosując postanowienia typowe dla wynagrodzenia ryczałtowego. Skoro przy tak ustalonym typie wynagrodzenia wykonawca w cenie oferty zobowiązany jest ująć wszelkie koszty, składające się na cenę realizacji przedmiotu zamówienia, nawet wówczas, jeżeli nie wynikały by z przedmiarów robót, to oznacza to, że ryzyko związane z kalkulacją ceny za przedmiot zamówienia przerzucone jest w całości na wykonawcę. W rezultacie, choćby wykonawca nie ujął w cenie wszystkich kosztów, i tak zobowiązany jest wykonać przedmiot zamówienia w całości, zgodnie z dokumentacją projektową. Zamawiający zresztą wyraźnie zapowiedział, że kosztorysy nie będą podstawą odrzucenia oferty i mają charakter informacyjny. W konsekwencji Izba uznała, że nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (*Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1673/11*).

2b. Istota wynagrodzenia kosztorysowego

W określeniu wynagrodzenia kosztorysowe zawarta jest, co do zasady definicja sposobu obliczania wynagrodzenia. Zatem należy uznać, że przy obliczaniu wynagrodzenia kosztorysowego zostaną wzięte pod uwagę wyłącznie koszty niezbędnych materiałów i robocizna. Wybierając cenę kosztorysową zarówno zleceniodawca jak i wykonawca winni w umowie ją wskazać oraz wskazać, że ostateczna wartość wynagrodzenia będzie ustalona w oparciu o: obmiary końcowe uwidocznione w księgach obmiarów z obowiązkiem określenia częstotliwości zapisów oraz o cenę jednostkową uwidocznioną w ofercie wykonawcy lub w umowie (wartości kosztowe, tj. robocizny kosztorysowej, stawki pracy sprzętu i transportu technologicznego, cen materiałów, narzutu kosztów pośrednich ze wskazaniem, od jakiej wartości będą naliczane, kosztów zakupu w przypadku, gdy nie są ujęte w cenie materiałów, narzutu zysku ze wskazaniem podstawy jego obliczenia stawki podatku VAT.). Ponadto wykonawca, przy wynagrodzeniu kosztorysowym, jest zobowiązany sporządzić kosztorys powykonawczy na cały przedmiot zamówienia lub na jego część, jeżeli tak strony ustaliły w umowie, do którego jest obowiązany dołączyć księgi obmiaru oraz protokół odbioru częściowego lub końcowego z opisem ilości i jakości wykonanych prac.

Bezspornym również jest, że Zamawiający określił, że cena podana przez wykonawców w ofertach ma być cena kosztorysowa, a więc wyliczona na podstawie kosztorysów ślepych, przedmiarów oraz powinna uwzględniać wyjaśnienia udzielone w trakcie postępowania przez Zamawiającego. Określając w SIWZ sposób obliczenia oferty, Zamawiający w wskazał, że cena oferty jest cena kosztorysowa. Cena ta powinna zawierać wszystkie koszty związane z realizacją. (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 2005-09-23, UZP/ZO/0-2617/05).

Wynagrodzenie kosztorysowe związane jest ściśle według zasad określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia co również podkreśla KIO stwierdzając, że cena kosztorysowa /.../ ustalana dokładnie według wskazówek zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i we wzorze umowy. Przy wynagrodzeniu kosztorysowym musi zachodzić pełna zgodność kosztorysu ofertowego, tak w zakresie opisu wszystkich pozycji w tym zastosowanych materiałów, jak i tożsamej ilości jednostek przedmiarowych (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 795/08)

Zamawiający, który wyraził zgodę, aby kosztorys ofertowy (dla wynagrodzenia kosztorysowego czy ryczałtowego) był sporządzany w szczególności ceny jednostkowej za określony rodzaj robót (za sztukę, m², mb, m³, kg), musi posiadać własną orientację cenową odniesioną do tej jednostki miary. Informacje te mogą pochodzić z własnych doświadczeń (ceny jednostkowe ze zrealizowanych kontraktów), ceny jednostkowe z kontraktów innych zamawiających z terenu działania zamawiającego, ceny jednostkowe „zewnętrzne” z publikacji. Z uwagi na wyjątkową metodę formułowania ceny w kosztorysie inwestorskim, dla zamówień publicznych nie można zalecać, aby ceny jednostkowe służące do porównań pochodziły z kosztorysu inwestorskiego. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1332/09)

2c. Wnioski

W umowie strony dokonały określania górnej granicy wynagrodzenia par. 6 ust. 2, zatem należy wnioskować, że odnosi się to do ceny kosztorysowej albowiem oznaczenie górnej granicy wynagrodzenia wskazuje na możliwość zmiany ostatecznej kwoty wynagrodzenia, której sposób obliczania reguluje par. 6 ust 4, a więc po określeniu faktycznie wykonanych prac (vide odbiór prac budowlanych) będących podstawą wypłaty wykonawcy wynagrodzenia. Oznacza to, że nie może mieć miejsca zastosowanie ryczału, który ze swej istoty nie może być zmieniany, a ewentualna zmiana może nastąpić w przypadkach szczególnych oznaczonych w ustawie.

Forma odbioru prac również sugeruje, że w rzeczonyj umowie mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym, wszelako wykonawca nie ma obowiązku prowadzenia księgi obmiaru, ani też sporządzania kosztorysu powykonawczego. Treść par. 6 ust. 4 wyraźnie wskazuje podstawę rozliczania prac przy uwzględnieniu ceny detalicznej za m² sprzątniętej powierzchni.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, że określone wynagrodzenie w umowie jest wynagrodzeniem kosztorysowym.

3. Określenie sposobu rozliczeń i wysokości wynagrodzenia Kwota , różnica

Prawidłowe obliczenie wynagrodzenia; Cena m² x powierzchnia sprzątania x ilość czynności wykonanych = wynagrodzenie.

W celu prawidłowego obliczenia wynagrodzenia należy bezwzględnie posługiwać się wzorem określonym w umowie z uwzględnieniem załącznika nr 1 poz. 33 oraz Tabeli B. Zestawienie powierzchni do sprzątania w budynku B wg. rodzaju powierzchni. Nie można w celu określenia wynagrodzenia za sprzątanie w szczególności sprzątania pow. magazynu posługiwać się Formularzem Cenowym – Zadanie 2 albowiem wszystkie załączniki należy uznać jako *lex specialist* wobec załącznika Formularz Cenowy – Zadanie 2. **Oznacza to, że w sposób nieuzasadniony została podwyższona ogólna wartość kontraktu określona w Formularzu Cenowym – Zadanie 2.**

Zatem ogólny koszt sprzątania powierzchni określonych w Formularz Cenowy – Zadanie 2 wskazany pod pozycją Kompleksowe sprzątanie a obliczony według wskazanych parametrów w załączniku nr 1. pod pozycją 33 oraz z uwzględnieniem Tabeli B.

Zestawienie powierzchni do sprzątania w budynku B wg. rodzaju powierzchni oraz wskazanego wzoru w par. 6 ust 4 umowy winna wynosić:

- dla powierzchni nie magazynowych wynosi = 342108 zł brutto
- dla powierzchni magazynowych = 42934 zł. brutto

Mają na uwadze powyższe należy uznać, że wartość końcowa określona w Formularzu Cenowym – Zadanie 2 wskazana pod pozycją Kompleksowe sprzątanie została zawyżona uwzględniając czasu trwania umowy o kwotę **265921 zł. Co oznacza, że wartość określona w Formularzu Cenowym – Zadanie 2 wskazana pod pozycją Kompleksowe sprzątanie **650962,49 zł** jest wartością całkowicie bezzasadnie zawyżoną o kwotę **265921 zł.****

Tym samym prawidłowo określone maksymalne wynagrodzenie jakie winno znaleźć się w Formularzu Cenowym – Zadanie 2 wskazana pod pozycją Kompleksowe sprzątanie to kotwa **385042 zł.**

IV. Wnioski.

1. Niewątpliwie umowa zwarta pomiędzy stronami jest umową zlecenia, co, do której ma zastosowanie również art. 750 k.c.
2. Wynagrodzenie określone w umowie ma charakter wynagrodzenia mieszanego, albowiem zastosowano wzór obliczania wynagrodzenia o charakterze kosztorysowym równoległe określając ryczał, jako górną granicę wynagrodzenia, które nie podlega zmianie z wyjątkiem sytuacji określonych w art. 632 k.c. Niemniej należy przyjąć, mając na uwadze intencje zleceniodawcy oraz charakter umowy, że wynagrodzenie wskazane w umowie posiada walor wynagrodzenia kosztorysowego z uwzględnieniem sposobu jego obliczania, przy zastosowaniu elementów kosztorysu, jako wynagrodzenia minimalnego i wynagrodzenia maksymalnego, na podstawie wskazanego w umowie wzoru.
3. Wynagrodzenie winno odbywać się w oparciu o umowę tj. na podstawie obioru prac lub ich odnotowaniu w stosownych dokumentach (załączniki do umowy) z uwzględnieniem treści załącznika nr 1 do umowy, w którym jednoznacznie wskazana jest częstotliwość i zakres prac, jakie obowiązany jest wykonać wykonawca bez możliwości zwiększenia ich częstotliwości.
4. Błędem zleceniodawcy było umieszczenie pow. magazynowej do sprzątnięcia w tej samej tabeli, w której wskazane są częstotliwości sprzątnięcia elementów pow. ogólnodostępnej. Błąd polega na tym, który jest powielany również w Formularzu Cenowym Zadanie -2, że w sposób nieuzasadniony została podwyższona wartość kwoty wynagrodzenia kontraktu. Uznać należy, że kompleksowe sprzątnięcie pow. ogólnodostępnych jak i magazynu powinny być rozdzielone z określeniem ich częstotliwości sprzątnięcia, i jako takie winny figurować pod osobnymi pozycjami w Formularzu Cenowym – Zadanie 2 oraz w załączniku nr. 1.
5. Rozliczenie prac bez uwzględniania załącznika nr 1 a opierając się na formularzu cenowym zadanie 2 jest niedopuszczalne, w przypadku gdy nie został uwzględniony zapis par. 6 ust 4. Wszelako należy uznać, a wyrażone jest to, w orzecznictwie i ex verbis w umowie będącej przedmiotem opinii, że w przypadku rozbieżności w interpretacji umowy i załączników przez strony pierwszeństwo będą miały zapisy umowy art. 1 ust 2 umowy w zw. z par. 6 ust. 2. Wysokość wynagrodzenia za kompleksowe sprzątnięcie i sposób jego obliczania określono w pkt. III ust. 3 opinii

V. Konsekwencje

1. Biorąc pod uwagę obliczoną wartość będącą podstawą wynagrodzenia wykonawcy w szczególności różnicę faktycznie należnej zapłaty a wynagrodzeniem określonym w Formularzu Cenowym – Zadanie 2 i w par. 6 ust 2 umowy należy uznać za poważne uchybienie zleceniodawcy biorąc pod uwagę ustawę o zamówieniach publicznych i sposób gospodarowania środkami publicznymi. To uchybienie spowodowało, że powstała nieuzasadniona rozbieżność pomiędzy stronami, co do sposobu obliczania wynagrodzenia wykonawcy ale również gdyby przyjąć wyłącznie za podstawę obliczenia wartości określone w Formularzu Cenowym – Zadanie 2 stanowiłoby to poważne uszczuplenie majątku zleceniodawcy poprzez wypłatę nienależnego wynagrodzenia a ponadto ziściłaby się przesłanka **bezpodstawnego wzbogacenia po stronie wykonawcy**. Kwestie świadomego bądź nieświadomego działania zleceniodawcy nie stanowiły przedmiotu opinii.
2. W razie rozliczenia prac w oparciu wyłącznie o Formularz Cenowy – Zadanie 2 stanowiący załącznik do umowy bez uwzględnienia częstotliwości prac określonych w załączniku nr 1, a w szczególności do pozycji sprzątnięcie magazynu w zw. z par. 6 ust. 4 należy uznać, że w przypadku

wystawienia wcześniejszych faktur uwzględniające lub bieżące ich wystawianie wyłącznie w oparciu rozliczenie określone w Formularzu Cenowym Zadanie 2 stanowić będzie przez zleceniodawcę wypłatę **wykonawcy nienależnego świadczenia.**

Zatem jeżeli takowe świadczenie zostało wypłacone stanowi to, podstawę roszczenia zleceniodawcy o zwrot nienależnego świadczenia, tym samym poprzez czyn niedozwolony wykonawcy tj. wprowadzając w błąd zleceniodawcę o sposobie wykonania umowy nadużywając jego zaufania można również rozważyć roszczenie o naprawienie szkody.

3. Ponadto rozliczenie bez uwzględniania zapisów w umowie oraz załącznika nr 1 może stanowić podstawę przestępstwa określonego w art. 296 k.k. w zw. z art. 303 k.k. Zatem gdyby rozliczenia były niezgodne z zakresem wykonanych prac i dokonana byłaby wpłata wynagrodzenia wykonawcy, mając na uwadze wspomniane przepisy k.k., wówczas bezwzględnie należy zastosować się do treści art. 304 par. 1 k.p.k. uwzględniając możliwość działania nie tylko na szkodę YYYY osób działających w imieniu zlecającego oraz wykonawcy, ale również na szkodę Skarbu Państwa biorąc pod uwagę charakter działalności YYYY.

VI. Proponowane działania.

Należy dokonać aneksem do umowy modyfikacji załączników, o których mowa była w opinii w taki sposób, by nie mogła powstać rozbieżność, co do sposobu obliczania wynagrodzenia wykonawcy, co oznacza, że precyzyjnie winny być określone zadania, powierzchnia do sprzątnięcia oraz częstotliwość wykonanych prac. Zatem:

1. Z załącznika nr 1 wykreślić pozycję nr 33 i wskazać ją, jako samodzielnie funkcjonująca pozycja stanowiąca podstawę obliczenia wynagrodzenia.
2. W Formularzu Cenowym – Zadanie 2 pozycję określoną jako kompleksowe sprzątnięcie rozbić na :
 - a. Powierzchnię ogólną
 - b. Powierzchnię magazynową.

W obu przypadkach wskazać częstotliwość wykonywanych prac, faktyczną liczbę dni, powierzchnię, kwotę wynagrodzenia za m² oraz wynikowo wartość wynagrodzenia jakie winno być wypłacone wykonawcy w czasie trwania umowy. Tym samym powstaną dwie wartości, które po zsumowaniu dadzą prawidłową wartość kontraktową w odniesieniu do kompleksowego sprzątnięcia powierzchni.

Mając na uwadze treść opinii należy dokonać zmian w par. 6 ust. 2 umowy oraz Formularzu Cenowym Zadanie 2 w taki sposób by treść paragrafu 6 ust. 2 odpowiadała kwocie wyrażonej w Formularzu z uwzględnieniem załącznika nr. 1 oraz Tabeli B. Zestawienie powierzchni do sprzątnięcia w budynku B wg. rodzaju co oznacza wymuszenie wprowadzenia korekty w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z umowy i z obliczeń. Wskutek czego wynagrodzenie wykonawcy winno zostać obniżone. Możliwość taka istnieje z uwagi na fakt, że wynagrodzenie należne wykonawcy z umowy jest wynagrodzeniem kosztorysowym, które może ulegać zmianie, w przeciwieństwie do wynagrodzenia ryczałtowego..

Opinię sporządził

dr Marek Konrad Stachowski