

# BIULETYN Konsultant



nr 27, grudzień 2012

## Temat dnia

str. 2

**Wady stwierdzone przy odbiorze a wady zgłoszone w okresie udzielonej rękojmi i gwarancji jakości – prawa i obowiązki stron umowy o roboty budowlane w przypadku wystąpienia wady**

str. 3

**Interes publiczny to nie to samo co interes Skarbu Państwa**

str. 10

**Subklauzula 20.1 częściowo niezgodna z prawem**

str. 12

**Klauzula 15.5 warunków kontraktowych FIDIC w świetle Art. 644 Kodeksu Cywilnego**

str. 13

**Zamówienia publiczne – źródło czy blokada innowacyjnego procesu budowlanego**

str. 15

**Pojęcie ryczałtu w robotach budowlanych**

str. 19

**Wnioski dotyczące postępowania Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w zakresie zlecenia robót w systemie przetargowym**

str. 21

**Czego konsultanci mogą się nauczyć od notariuszy?**

str. 23

**V Konferencja Naukowa Urzędu Zamówień Publicznych**

str. 25

**Aktualności SIDiR**

str. 27

**Wszystkiego najlepszego  
i samych sukcesów  
w Nowym 2013 Roku**



Tomasz  
**LATAWIEC**  
Prezes Zarządu SIDiR

### Koleżanki i Koledzy

Mijający rok obdarzył nas niespotykaną ilością trudnych do wytłumaczenia zdarzeń w trakcie realizacji inwestycji budowlanych. Większość z nich dotyczyła zamówień publicznych, a zwłaszcza tych związanych z infrastrukturą i ochroną środowiska. No i co dla nas, Konsultantów najważniejsze – w zasadzie prawie wszystkie z tych kontraktów były prowadzone w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC (WK FIDIC). Tyle tylko, że słowo „w oparciu” użyte jest mocno na wyrost. Po prostu większość z zamawiających tak bardzo pozmieniała pierwotne WK FIDIC, że nie tylko my jako fachowcy od „fidica”, ale także szerokie grono wykonawców i Inżynierów, uważają takie działania za daleko idące nadużycie. Od kilku miesięcy powszechnie stało się wskazywanie, że właśnie nasze wzorce FIDIC powinny być pomocne przy rozwiązywaniu problemów na co dzień występujących podczas wykonywania robót budowlanych. Powinny być, ale nie są. Bo i nie mogą dlatego, że z pierwowzorem mają wspólne tylko logo FIDIC na okładce. **A wprowadzone przez zamawiających zmiany i poprawki to już radosna twórczość polegająca na przerzuceniu wszelkich możliwych i niemożliwych do oszacowania ryzyk na wykonawców, oraz obłożenie ich obowiązkami – nawet takimi, które w naszym kodeksie cywilnym przypisane są bezwzględnie inwestorowi.** O funkcji Inżyniera nie będę nawet pisał – po prostu Inżynier został sprowadzony do roli listonosza i pokornego wykonawcy poleceń przeróżnych tzw. kierowników projektów powołanych przez zamawiających.

Nie powinno dziwić zatem nikogo, mającego co nieco do czynienia z inwestycjami, to że kontrakty zamiast kończyć się symbolicznym przecięciem wstęgi i kieliszkiem szampana – swój finał znajdują w sądach.

W związku z tym jeszcze bardzo długo strony będą czekały na prawomocne wyroki, ponieważ prawdziwe tsunami sporów, o których my mówimy już od 2010 r. zaleje niewydolne sądy. Muszę wspomnieć, że niektóre z tych sporów trafiły już do Brukseli. I to może być znacznie bolesniejsze dla budżetu. Co z tego wyniknie – nikt nie jest w stanie dzisiaj odpowiedzieć.

Co do samych WK FIDIC i ich ewentualnej zgodności, bądź nie, z polskim systemem prawnym, mamy już pierwsze wyroki nie tylko składów orzekających Krajowej Izby Odwoławczej, ale także XXV Wydziału Sądu Okręgowego w Warszawie właściwego dla pozwów składanych przeciwko Skarbowi Państwa (o pierwszych takich wyrokach możecie Państwo przeczytać na kolejnych stronach Biuletynu). Wiem, że to jeszcze nie może być traktowane jako wykładnia, ale jakaś odpowiedź, co do kierunków w jakich powinniśmy pójść z propozycjami zmian w Warunkach Szczególnych FIDIC.

Dlatego przed naszym Stowarzyszeniem stoi ważne zadanie na nadchodzący rok, polegające na opracowaniu tychże Warunków Szczególnych w odniesieniu i w ścisłym powiązaniu z prawem powszechnie obowiązującym – mimo tego, że każdy wzór FIDIC ma Klauzulę 1.4 [Prawo i język], co w zasadzie powinno wystarczyć, ale jak widać nie wystarcza. Przecież nie kto inny, tylko my – KONSULTANCI FIDIC – powinniśmy podjąć temu wyzwaniu! Bez nas nie powinno się zdarzyć nic, co w jakikolwiek sposób jest związane z FIDIC. A dzieje się dużo. Ba! według mnie za dużo. Może po wydaniu takich zagregowanych Warunków Kontraktowych skończy się samozwańcze majstrowanie i psucie dobrej opinii o naszych wzorcach? Może wreszcie wrócimy do najlepszych praktyk stosowanych na całym świecie. Może w końcu kontrakty będą realizowane od początku do końca zgodnie z kolejnością i logiką zapisaną w 20-stu Klauzulach.

Dlatego zapraszam do współpracy wszystkich chętnych. Im więcej będzie profesjonalnych autorów tak pomyślanych Warunków Kontraktowych, tym bardziej jako środowisko będziemy się mogli utożsamiać z tymi opracowaniami i wspólnie promować kolejne ważne publikacje SIDiR.

Droży Państwo,

ponieważ to wydanie Biuletynu trafi w Wasze ręce w momencie ważnym z prozaicznego punktu widzenia – po prostu na przełomie roku, dlatego pragnę wszystkim życzyć dużo pomyślności, oraz pomysłów na skuteczne wykorzystywanie w Waszych sprawach zawodowych idei FIDIC.

Szczęśliwego Nowego Roku!



Biuletyn Informacyjny „Konsultant”  
Stowarzyszenia Inżynierów, Doradców i Rzeczników (SIDiR)  
Nakład: 2000 egz.

**Adres:** ul. Trębacka 4 lok. 429, 00-074 Warszawa,  
tel./fax.: +48 022 826 16 72, tel./fax.: +48 022 826 56 49, e-mail: [biuro@sidir.pl](mailto:biuro@sidir.pl)

**Kolegium redakcyjne:** Zbigniew J. Boczek (redaktor naczelny)

**Członkowie:** Małgorzata Rogowicz-Angierman, Grażyna Łuka-Doktorska, Włodzimierz Kiernożycki, Tomasz Latawiec

**SIDiR jest członkiem:**



Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils – FIDIC



European Federation of Engineering Consultancy Associations – EFCA



The Dispute Resolution Board Foundation – DRBF

Publikowane w Biuletynie „Konsultant” artykuły prezentują stanowiska, opinie i poglądy ich Autorów. Redakcja zastrzega sobie prawo do adiacji tekstów i zmiany tytułów. Przedruki i wykorzystanie opublikowanych materiałów może odbywać się za zgodą Kolegium redakcyjnego. Redakcja nie ponosi odpowiedzialności za treść zamieszczanych reklam.

**Skład i druk:** Poligrafia GREG, tel. 22 339 01 45, [biuro@greg-drukarnia.pl](mailto:biuro@greg-drukarnia.pl), [www.greg-drukarnia.pl](http://www.greg-drukarnia.pl)

# Wady stwierdzone przy odbiorze a wady zgłoszone w okresie udzielonej rękojmi i gwarancji jakości – prawa i obowiązki stron umowy o roboty budowlane w przypadku wystąpienia wady



Katarzyna

**AUGUSTYNIAK**

Radca Prawny GROSS  
Nieruchomości Kancelaria Prawna,  
ukończyła z wyróżnieniem  
Studia Podyplomowe na kierunku  
„Realizacja inwestycji celu  
publicznego i procedury FIDIC”  
Politechniki Wrocławskiej

Zawierając umowę o roboty budowlane, strony decydują się na wzajemne zaciągnięcie praw i obowiązków zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu – zrealizowania obiektu. Nie można jednak zapominać, że prawa i obowiązki stron wynikające z tej umowy są odmienne a to z uwagi na fakt, że mamy do czynienia z dwoma stronami tej umowy, a mianowicie z inwestorem i wykonawcą.

**Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego**, wraz z zawarciem umowy o roboty budowlane inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia, natomiast wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej. **Pomimo iż treść tego przepisu wydaje się być jednoznaczna, strony często popadają w konflikty w szczególności w momencie, gdy znajdują się na etapie odbioru zrealizowanego obiektu, jak również na etapie późniejszym związanym z okresem udzielonej rękojmi/gwarancji, co w głównej mierze związane jest z przypadkami wystąpienia wad.**

W dalszej części artykułu przeprowadzona zostanie próba zaprezentowania i uzmysłowienia tego, że **uprawnie-**

**nia i obowiązki stron umowy o roboty budowlane są odmienne w zależności od momentu, w którym doszło do ujawnienia i zgłoszenia wady.** Często bowiem to właśnie brak elementarnej wiedzy zarówno inwestorów, jak i wykonawców odnośnie wzajemnych praw i obowiązków związanych z wystąpieniem wady, jak również z problemami z rozróżnieniem konsekwencji zależnych od momentu wystąpienia wady są przyczyną zbędnych nieporozumień i sporów sądowych.

## UMOWA O ROBOTY BUDOWLANE – POJĘCIE I PRZEDMIOT

Ogólne ramy umowy o roboty budowlane zostały uregulowane w przepisach art. 647 – 658 Kodeksu cywilnego<sup>1</sup>. Zgodnie z najnowszym orzecznictwem<sup>2</sup>, umowa o roboty budowlane stanowi odrębny typ umowy nazwanej i nie jest podtypem umowy o dzieło. W związku z tym przy kształtowaniu i interpretacji postanowień umowy o roboty budowlane bezpośrednie zastosowanie znajdują przepisy części szczegółowej Kodeksu cywilnego o umowie o roboty budowlane, a jedynie w sprawach dotyczących skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub dotyczących wykończenia obiektu albo wykonania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosować się będzie odpowiednio przepisy Kodeksu cywilnego o umowie o dzieło. Dopiero w pozostałym zakresie zastosowanie znajdują przepisy ogólne Kodeksu cywilnego.

Świadczenie wykonawcy w ramach umowy o roboty budowlane, stanowiące jednocześnie przedmiot umowy o roboty budowlane, polega na oddaniu inwestorowi obiektu budowlanego, czyli zgodnie z przepisami Prawa budowlanego<sup>3</sup> – budynku wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, budowli stanowiącej całość techniczno – użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami lub obiektu małej ar-

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

<sup>2</sup> Zob. uchwałę SN z 11.01.2002 r., sygn. akt IIICZP 63/01, LEX nr 50044; wyrok SN z 12.02.1991 r., sygn. akt III CRN 500/90, LEX nr 3753; wyrok SN z 25.03.1998 r., sygn. akt II CKN 653/97, LEX nr 33754.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (t.j.: Dz.U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.).

chitektury. Wprowadzenie przepisu art. 6471 Kodeksu cywilnego rozwiało ostatecznie wątpliwości co do możliwości uznania za przedmiot umowy o roboty budowlane robót budowlanych w szerokim zakresie, czyli takich, które nie muszą prowadzić do oddania obiektu budowlanego jako całości, lecz które w efekcie prowadzą do oddania obiektu inwestorowi.

Przedmiotem umowy o roboty budowlane jest zakres prac budowlanych, które mają być wykonane w ustalonym przez strony terminie w zamian za określone w umowie wynagrodzenie wykonawcy. **Na podstawie art. 649 Kodeksu cywilnego uznaje się, w razie wątpliwości, że wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy.** Przedmiot umowy strony precyzują zarówno bezpośrednio w umowie o roboty budowlane poprzez szczegółowe wskazanie obowiązków wykonawcy, jak również często w załącznikach do niej (np. dokumentacji technicznej)<sup>4</sup>, które stanowią wówczas integralną część umowy o roboty budowlane. **W interesie stron leżeć winno precyzyjne określenie przedmiotu umowy tak, aby nie powstały co do tego żadne wątpliwości.**

Inwestor w swoim interesie w umowie o roboty budowlane powinien zobowiązać wykonawcę do wykonania powierzonych mu prac, odsyłając do szczegółowo wymienionych: urzędowych zgód i pozwoleń, decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, decyzji o pozwoleniu na budowę, projektu budowlanego (w którego skład wchodzi m.in. projekt zagospodarowania terenu, projekt architektoniczno – budowlany, warunki przyłączenia obiektu do mediów i dróg), szczegółowego opisu obiektu, oferty wykonawcy, harmonogramu realizacji inwestycji, w tym planu płatności przy czym istotnym jest określenie hierarchii wspomnianych dokumentów. Wskazane jest nadto określenie w umowie lub załącznikach do niej nie tylko zakresu prac, technologii ich wykonania, materiałów, które mają być wykorzystane, ale również zakresu prac przewidzianych dla podwykonawców.

W umowie o roboty budowlane należy też oznaczyć zakres czasowy potrzebny do wykonania prac przez wykonawcę. Zakres ten może być określony w postaci daty kalendarzowej rozpoczęcia i zakończenia prac, ale najczęściej okres wykonania prac podaje się przeliczając go na dni, tygodnie lub miesiące, od chwili np. przekazania placu budowy. Uszczegółowienie czasu wykonywania prac zamieszcza się w umowie, jednak z reguły stanowi ono załącznik w postaci harmonogramu prac.

## POJĘCIE RĘKOJMI

**W przypadku umowy o roboty budowlane, odpowiedzialność z tytułu rękojmi to odpowiedzialność za wady robót, nieujawnione w chwili dokonywania odbioru robót, ale ujawnione w oznaczonym czasie od wykonania zobowiązania przez wykonawcę.** Co ważne, jest to odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, a więc niezależna od winy wykonawcy i jest odpowiedzialnością powstającą z mocy ustawy, nawet jeśli strony w umowie nic na ten temat nie postanowią.

**Zapisy dotyczące rękojmi za wady przewidziane zostały w głównej mierze w art. 556 - 576 Kodeksu cywilnego).** Według art. 556 Kodeksu cywilnego wada fizyczna występuje wtedy, gdy rzecz sprzedana bądź ma wadę zmniejszającą jej wartość lub użyteczność ze względu na cel oznaczony w umowie albo wynikający z okoliczności lub przeznaczenia rzeczy, bądź nie ma właściwości, o których istnieniu zapewniono, bądź gdy rzecz została wydana w stanie niezpełnym.

Należy jedynie zauważyć, że zagadnienie uprawnień z tytułu rękojmi za wady przy umowie o roboty budowlane przedstawia się w zasadzie tak samo jak przy umowie o dzieło. Bowiernie stosownie do art. 656 § 1 Kodeksu cywilnego, do rękojmi za wady obiektu wykonanego na podstawie umowy o roboty budowlane stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Przekładając uprawnienia z rękojmi w przypadku wady przedmiotu umowy o roboty budowlane, należy jednocześnie pamiętać o wskazanych w rozdziale pierwszym rozwiązaniach wynikających z art. 637 w zw. z art. 656 Kodeksu cywilnego. Jest oczywiste (por. art. 637 § 2), że pewne wady — z ich istoty — w ogóle nie mogą być usunięte. Wtedy także musi odpaść możliwość żądania naprawy dzieła, choć w art. 637 § 1 brak takiego wyłączenia. W braku możliwości lub woli naprawy albo gdy rozsądny jej termin jest od razu nierealny, o uprawnieniach zamawiającego decyduje charakter wady. Nie ma on jednak możliwości wyboru pomiędzy przyznanymi mu w tym przepisie uprawnieniami, ich przesłanki są bowiem wyraźnie rozróżnione.

**Charakteryzując możliwe wady dzieła, Sąd Najwyższy w wyroku z 8 stycznia 1999 r.<sup>5</sup>, wskazał, że wadami istotnymi dzieła mogą być zarówno usterki niedające się usunąć (wady nieusuwalne), jak i usterki dające się usunąć (wady usuwalne). W uzasadnieniu tego orzeczenia podkreślono, że wadami istotnymi są te, które czynią dzieło niezdatnym do zwykłego użytku, albo które sprzeciwiają się wyraźnej umowie. Wszystkie inne – uważa się za wady nieistotne. Rozstrzygając w uchwale z 15 lutego 2002 r.<sup>6</sup>, przedstawione zagadnienie prawne, Sąd Najwyższy uznał, że: „Jeżeli przyjmujący zamówienie nie usunął skutecznie wad dzieła w wyznaczonym terminie (art. 637 § 1 k.c.), zamawiający nie może żądać upoważnienia przez sąd do usunięcia wad na koszt przyjmującego zamówienie (art. 480 § 1 k.c.)”.** Sąd Najwyższy wskazał w nim m.in., że: „Kwestia prawnej dopuszczalności wykonania zastępczego, jako sposobu usunięcia wady w ramach uprawnień z tytułu rękojmi, rozważana jest w literaturze przede wszystkim na gruncie przepisów kodeksu cywilnego o rękojmi za wady fizyczne przy umowie sprzedaży (art. 561 § 2 k.c.). W kwestii tej, która co do umowy o dzieło rozstrzygana jest analogicznie, nie ma zgodności poglądów. Przepisem przewidującym uprawnienie zamawiającego do żądania od przyjmującego zamówienie usunięcia wad dzieła jest art. 637 § 1 k.c., a sankcje nieusunięcia (nieskutecznego usunięcia) wad w wyznaczonym terminie przewiduje art. 637 § 2 Kodeksu cywilnego; sank-

<sup>4</sup> Jambroży M., Umowa o roboty budowlane, Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr, Gdańsk 2008, s. 17.

<sup>5</sup> I CKN 957/97 (OSNC 1999, nr 7-8, poz. 131).

<sup>6</sup> III CZP 86/01 (OSNC 2002, nr 11, poz. 132, OSP 2003, nr 1, poz. 1; MoP 2002, nr 14, s. 666) z krytycznymi głosami E. Rott-Pietrzyk i E. Łętowskiej.

cje te to odstąpienie od umowy przez zamawiającego, jeżeli wady są istotne i żądanie obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku, jeżeli wady są nieistotne. Przepis ten nie przewiduje możliwości żądania przez zamawiającego upoważnienia przez sąd do usunięcia wad na koszt przyjmującego zamówienie. Możliwość taka nie wynika też z przepisów kodeksu cywilnego o rękojmi przy sprzedaży (art. 556-576), które stosownie do art. 638 Kodeksu cywilnego znajdują odpowiednie zastosowanie do rękojmi przy umowie o dzieło.

Stosownie do art. 637 § 1 zd. 2 Kodeksu cywilnego, przyjmujący zamówienie może odmówić naprawy, gdyby wymagała nadmiernych kosztów. Artykuł 637 § 2 zdanie pierwsze Kodeksu cywilnego ogranicza uprawnienie zamawiającego do obniżenia wynagrodzenia „w odpowiednim stosunku”. Interes przyjmującego zamówienie chroni też podział wad na istotne i nieistotne i związane z tym podziałem zróżnicowanie uprawnień przysługujących zamawiającemu w razie wad dzieła (art. 637 § 2 zd. 1 Kodeksu cywilnego). Jak podkreśla się w literaturze, podanie rękojmi za wady dzieła ogólnym przepisom o skutkach niewykonania zobowiązań byłoby krzywdzące dla jednej ze stron stosunku opartego na respektowaniu wzajemnych interesów, należy zatem uznać, że samodzielne uregulowanie rękojmi za wady dzieła w zasadzie wyłącza stosowanie do tej instytucji przepisów ogólnych o skutkach niewykonania zobowiązań (art. 471-486 Kodeksu cywilnego)<sup>7</sup>.

Przekładając uprawnienia z rękojmi w przypadku wady przedmiotu umowy o roboty budowlane, należy jednocześnie pamiętać o wskazanych rozwiązaniach wynikających z art. 637 w zw. z art. 656 Kodeksu cywilnego. Jest oczywiste (por. § 2), że pewne wady - z ich istoty - w ogóle nie mogą być usunięte. Wtedy także musi odpaść możliwość żądania naprawy dzieła, choć w § 1 brak takiego wyłączenia. W braku możliwości lub woli naprawy, albo gdy rozsądny jej termin jest od razu nierealny, o uprawnieniach zamawiającego decyduje charakter wady. Nie ma on jednak możliwości wyboru pomiędzy przyznanymi mu w tym przepisie uprawnieniami, ich przesłanki są bowiem wyraźnie rozróżnione.

## GWARANCJA JAKOŚCI

Rozwiązania dotyczące gwarancji przewidziane zostały w artykułach 577 – 581 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 577 Kodeksu cywilnego, w wypadku gdy kupujący (inwestor) otrzymał od sprzedawcy (wykonawcy) dokument gwarancyjny co do jakości rzeczy sprzedanej,yczytuje się w razie wątpliwości, że wystawca dokumentu (gwarant) jest obowiązany do usunięcia wady fizycznej rzeczy lub do dostarczenia rzeczy wolnej od wad, jeżeli wady te ujawnią się w ciągu terminu określonego w gwarancji. Jeżeli w gwarancji nie zastrzeżono innego terminu, termin wynosi jeden rok licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana. Warunki gwarancji muszą być w całości ustalone w umowie, łącznie z terminami, w ramach których gwarancja obowiązuje.

**Odnosnie udzielonej przez wykonawcę gwarancji jakości robót, gwarancja również jest odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka, ale musi być przedmiotem umowy, ponieważ nie powstaje z mocy ustawy.** Natomiast rękojmia jest ukształtowana ustawą (przesłanki odpowiedzialności roszczenia przysługujące oraz czas trwania), przy czym strony w umowie zmodyfikować tę odpowiedzialność, rozszerzając ją lub ograniczając<sup>8</sup>. Co ważne, zgodnie z art. 579 Kodeksu cywilnego, kupujący może wykonywać uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy, niezależnie od uprawnień wynikających z gwarancji.

## PRAWA I OBOWIĄZKI STRON UMOWY O ROBOTY BUDOWLANE ZWIĄZANE Z ODBIOREM

W przypadku umowy o roboty budowlane wyróżnić można dwa zasadnicze reżimy odpowiedzialności:

- 1) odpowiedzialność kontraktowa, dotycząca sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy oraz
- 2) odpowiedzialność deliktowa, dotycząca sytuacji, kiedy zobowiązanie wynika z określonych zdarzeń, np. wypadku na budowie, a nie z umowy między stronami.

W ramach odpowiedzialności kontraktowej rozróżnia się odpowiedzialność:

- 1) za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, oraz
- 2) odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady rzeczy lub wykonanych prac, przy czym do tej kategorii należy także odpowiedzialność z tytułu udzielonej gwarancji.

Ostatni etap realizacji robót budowlanych rozpoczyna się od kluczowego dla zakończenia umowy odbioru robót budowlanych. „Odbiór robót jest elementem przełomowym w stosunkach pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, gdyż [...] potwierdza wykonanie zobowiązania i otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia, bądź wskazuje na jego niewykonanie bądź nienależyte wykonanie w całości lub w części wobec istnienia wad i rodzi odpowiedzialność za wady ujawnione przy odbiorze<sup>9</sup>”.

Odpowiedzialność z tytułu nienależytego wykonania czy niewykonania zobowiązania jest realizowana już w trakcie wykonywania umowy, aż do upływu określonego czasu podacie jej realizacji. Natomiast **odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozpoczyna się dopiero od zakończenia wykonywania umowy, które winna nastąpić wraz z protokołem zdawczo-odbiorczym i także trwa aż do upływu określonego czasu podacie jej realizacji.**

Mówiąc najkrócej, odpowiedzialność kontraktowa może być realizowana już praktycznie od dnia zawarcia umowy, natomiast odpowiedzialność z tytułu rękojmi może być realizowana dopiero zakończeniu wykonywania umowy. Różnice dotyczą momentu powstania odpowiedzialności, okresu trwania odpowiedzialności licząc od daty zakończenia wykonywania umowy oraz przesłanek odpowiedzialności. Z powodu tych różnic konieczne jest rozstrzygnięcie, czy doszło do zakończenia wykonywania umowy, co w przypadku umowy o roboty budowlane sprowadza się do ustalenia, czy dokonano ich odbioru. Należy wyraźnie zastrzec, że je-

<sup>7</sup> Bieniek G. (red.), Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia Zobowiązania, Tom II, Lexis Nexis, Warszawa 2011, s. 189 i n.

<sup>8</sup> Damasiewicz A., Umowa o roboty budowlane z wzorami, Lexis Nexis 2010, Warszawa 2010, s. 181.

<sup>9</sup> Por. Wyrok SA w Katowicach z dnia 17 lutego 2000 r., I ACa 1027/99SA, Pr. Gosp. 2001, nr 2, s. 48.

śli dokonano odbioru, stosuje się – według wyboru uprawnionego – jeden z wymienionych reżimów. Jeśli nie dokonano odbioru, stosuje się tylko przepisy o nienależyтым wykonaniu lub niewykonaniu zobowiązania<sup>10</sup>.

W protokole z odbioru robót niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Protokół odbioru to pokwitowanie spełnienia świadczenia<sup>11</sup>. W związku z powyższym można z pełną świadomością uznać, że inwestor, odbierając protokolarnie roboty bez zastrzeżeń co do jakości, kwituje tym samym spełnienie świadczenia przez wykonawcę<sup>12</sup>.

Strony umowy o roboty budowlane muszą być świadome możliwych scenariuszy oceny wykonania zobowiązania, ponieważ inwestor powinien wiedzieć, jakie ma możliwości reakcji na wystąpienie wad przed, w trakcie i po odbiorze prac, a wykonawca powinien móc rozpoznać, które zachowania inwestora są uprawnione i jakie niosą za sobą konsekwencje<sup>13</sup>.

W związku z potencjalnymi scenariuszami, strony powinny mieć świadomość, że: **usterki prac upoważniają inwestora do kwestionowania należytego wykonania zobowiązania**. Powstaje przy tym jednak istotne pytanie: **czy inwestor ma obowiązek odebrać obiekt budowlany z usterkami?** Zgodnie z art. 488 §2 Kodeksu cywilnego<sup>14</sup>, zamawiający ma prawo odmówić odbioru dzieła i wstrzymać się z zapłatą wynagrodzenia, jeśli dzieło ma wady. Nadto zauważyć należy, że „obowiązek odbioru robót budowlanych wchodzi w rachubę jedynie wówczas, gdy świadczenie wykonawcy odpowiada treści zobowiązania [...]. Inwestor nie ma obowiązku dokonywania odbioru obiektu wykonanego przez wykonawcę niezgodnie ze swym zobowiązaniem, a więc niezgodnie z treścią umowy i zasadami wiedzy technicznej, tj. wadliwego”<sup>15</sup>.

Zamawiający jest obowiązany odebrać wykonane roboty tylko w tym wypadku, gdy zostały wykonane w sposób prawidłowy, zgodny z umową. Gdy w wykonanych robotach występują wady, zamawiający ma prawo odmówić odbioru i żądać usunięcia wad, a do czasu spełnienia tych żądań wykonawca pozostaje w zwłoce z wykonaniem przedmiotu umowy<sup>16</sup>. „Zamawiający, któremu wykonawca zgłasza do odbioru obiekt z wadami, ma także prawo odmowy jego odbioru [...]. Gdyby okazało się, że zamawiający uchylił się od przyjęcia świadczenia bez uzasadnionego powodu, nastąpiłyby skutki zwłoki dłużnika, uzasadniająca zastosowanie art. 477 § 1 Kodeksu cywilnego”<sup>17</sup>.

Mimo tych stanowczych stwierdzeń należy przyjąć, że odpowiedź na pytanie: **czy inwestor ma prawo odmowy przyjęcia robót budowlanych w związku z wystąpieniem usterek?, zależy od skali tych usterek, tj. czy usterki kwalifikują się jedynie jako wady obiektu, czy jako nienależyte wykonanie zobowiązania**.

Nie sposób w tym momencie pominąć treść zapisów Kodeksu cywilnego statuujących zasady naprawy dzieła stosowanych odpowiednio w przypadku umów o roboty budowlane. Zgodnie z treścią art. 637 §1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 656 §1 Kodeksu cywilnego, jeżeli dzieło ma wady, zamawiający może żądać ich usunięcia, wyznaczając w tym celu przyjmującemu zamówienie odpowiedni termin z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu nie przyjmie naprawy. Przyjmujący może odmówić naprawy, gdyby wymagała nadmiernych kosztów. Natomiast zgodnie z art. 637 §1 Kodeksu cywilnego, gdy wady usunąć się nie dadzą albo gdy z okoliczności wynika, że przyjmujący zamówienie nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim, zamawiający może od umowy odstąpić, jeżeli wady są istotne; jeżeli wady nie są istotne, zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. To samo dotyczy wypadku, gdy przyjmujący zamówienie nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Usprawiedliwieniem odmowy sporządzenia protokołu odbioru byłaby niezgodność z projektem lub zasadami wiedzy technicznej. Projekt i zasady wiedzy technicznej stanowią kompromis między tym, co możliwe i konieczne w budownictwie, uwzględniają interes publiczny i prywatny użytkownika, dlatego stanowią kryterium dopuszczalności modyfikacji wymagań odnośnie do jakości takiego obiektu jak dom jednorodzinny. **Wykluczenie istnienia jakiegokolwiek wady w chwili oddania budynku do zwykłego użytku naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą**<sup>18</sup>. Z jednej strony faktem jest, że Kodeks cywilny nie przewiduje precyzyjnego podziału na wady istotne i nieistotne wykonanych prac oraz nie nakazuje przyjąć zrealizowanych prac w sytuacji, gdyby usterki były jedynie nieistotne<sup>19</sup>. Z drugiej strony **brak możliwości rozróżnienia sankcji, zależnie od skali wad, nie uwzględnia równowagi stron i pozwala inwestorowi na wyszukiwanie najdrobniejszych wad w celu odmowy odbioru lub przynajmniej opóźnienia obowiązku zapłaty, co często ma miejsce przy realizowaniu umów o roboty budowlane**. Tymczasem zabezpieczeniu spełnienia obowiązku naprawy wad stwierdzonych przy odbiorze może służyć gwarancja (rękojmia) w postaci umownie wstrzymanej części wynagrodzenia, płaconej po upływie okresu gwarancji czy rękojmi.

<sup>10</sup> Damasiewicz A, op. cit., s. 164 – 165.

<sup>11</sup> Wyrok z SN z 8 stycznia 2004 r., I CK 24/03, LexPolonica nr 389540; por. wyrok SN z 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, OSNC 1997, nr 6-7, poz. 90; wyrok SA w Katowicach z 30 marca 2006 r., I ACa 1900/05, Lex nr 217197.

<sup>12</sup> Wyrok SA w Katowicach z 4 grudnia 2003 r., I ACa 659/03, Lex nr 175228.

<sup>13</sup> Damasiewicz A., Umowa o roboty budowlane w wzorami, Lexis Nexis 2010, Warszawa 2010, s. 201.

<sup>14</sup> Art. 488 §2: jeżeli świadczenia wzajemne powinny być spełnione jednocześnie, każda ze stron może powstrzymać się ze spełnieniem świadczenia, dopóki druga strona nie zaoferuje świadczenia wzajemnego.

<sup>15</sup> Brzozowski S., w: System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań - część szczegółowa, red. Z. Radwański, Warszawa 2001, s. 259-260, Naworski J.P., Glosa do wyroku SN z dnia 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009, nr 1, poz. 7.

<sup>16</sup> Por. uzasadnienie wyroku SN z 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, OSNC 1997, nr 6-7, poz. 90.

<sup>17</sup> Naworski J.P., Glosa do wyroku SN z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, R. Pr. 1998, nr 5, s. 76.

<sup>18</sup> Por. uzasadnienie wyroku SN z 22 czerwca 1007 r., V CSK 99/07, OSP 2009, nr 1, poz. 7.

<sup>19</sup> Naworski J.P., Glosa do wyroku SN z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, R. Pr. 1998, nr 5, s. 76.

Aby uniknąć sporów, zwłaszcza w interesie wykonawcy, warto ustalić w umowie o roboty budowlane, że w przypadku stwierdzenia przy odbiorze wad nieistotnych, inwestor ma jedynie prawo do wskazania ich w protokole i ustalenia terminu ich usunięcia, pod rygorem realizacji uprawnień wynikających z rękojmi, natomiast jest zobowiązany do odbioru obiektu i zapłaty wynagrodzenia, a następnie do realizowania uprawnień z rękojmi<sup>20</sup>.

Sąd Najwyższy orzekł, że prawo wstrzymania się z uiszczeniem wynagrodzenia przysługuje tylko, jeżeli wady mają charakter istotny<sup>21</sup>, jednakże w głosie do tego orzeczenia poddano ten pogląd krytyce, wskazując na brak podziału wad w Kodeksie cywilnym na wady istotne i nieistotne, a co za tym idzie na brak różnicowania skutków prawnych tych wad<sup>22</sup>. Nie polega to jednak na prawdzie, gdyż zgodnie z wspomnianym powyżej art. 637 Kodeksu cywilnego, gdy wady usunąć się nie dadzą albo gdy z okoliczności wynika, że przyjmujący zamówienie nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim, zamawiający może od umowy odstąpić, jeżeli wady są istotne; jeżeli wady nie są istotne, zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. W wyroku z 1 kwietnia 2003 r.<sup>23</sup> Sąd Najwyższy wskazał, że wówczas, „gdy istotne wady dzieła są nieusuwalne lub nie dadzą się usunąć w odpowiednim czasie, skuteczność odstąpienia od umowy o dzieło nie jest uzależniona od wcześniejszego wyznaczenia terminu do usunięcia wad”.

W aprobującej głosie do tego wyroku J.P. Naworski uznał, że „tylko *prima facie* podział wad na usuwalne i nieusuwalne nie stwarza większych problemów i rzecz nie tylko w tym, że *in concreto* mogą się pojawić trudności natury technicznej. Obecnie obowiązujący stan prawny wymaga w każdym przypadku wstępnej oceny zamawiającego co do rodzaju wady, gdyż usuwalny jej charakter determinuje kolejność przysługujących mu uprawnień, stawiając na pierwszym miejscu żądanie naprawy. Innymi słowy, zamawiający nie może odstąpić od umowy w sytuacji, gdy ujawnione wady istotne dadzą się usunąć. Dopiero wtedy gdy wady usunąć się nie dadzą, w rachubę wchodzi uprawnienie do odstąpienia od umowy (art. 637 §2 Kodeksu cywilnego). Co ważne, ryzyko błędnej oceny charakteru wady obciążają zamawiającego, a ustalenie kryteriów decydujących o tym, czy wady są usuwalne nie jest łatwe, jeśli w ogóle możliwe”.

W innym orzeczeniu sąd stwierdził, że na podstawie umowy o roboty budowlane można przyjąć, iż niewykonanie zobowiązania wchodzi w grę, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza normalne ich wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie

zmniejszając ich wartość (wada istotna). Natomiast pozostałe wady świadczą tylko o nienależytym wykonaniu zobowiązania. Jedynie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, odstąpienie od umowy, a co za tym idzie, rzutu na kwestie wymagalności roszczenia o wynagrodzenie za wykonane roboty, przy czym zważywszy na charakter robót budowlanych, gdy poszczególne roboty mają charakter robót oddzielnych, uprawnienia te odnoszą się tylko do tej części robót, do których wady się odnoszą. Wady nieistotne zaś oznaczają wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, rzutu na uprawnienie inwestora, który może się domagać ich usunięcia w oznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia<sup>24</sup>. Ponadto, w razie dysproporcji między skalą wad a zakresem skorzystania z uprawnień przez inwestora, wykonawca może powołać się na art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym takie zachowania inwestora może być uznane za nadużycie prawa. Konsekwencje odmowy przyjęcia zaoferowanego dzieła mogą być znaczne, włącznie z naliczaniem wysokich kar umownych.

Dlatego, z uwagi na fakt, iż Kodeks cywilny w ramach art. 637 §2 przewiduje odmienne konsekwencje w przypadku wad istotnych i nieistotnych dzieła, należałoby takie różnice określić w umowie o roboty budowlane. „W świetle art. 558 § 1 Kodeksu cywilnego (w zw. z art. 656 § 1 i art. 638 Kodeksu cywilnego) nie ma przeszkód, aby strony umowy o roboty budowlane, rozciągając reżim rękojmi na etap odbioru, wyraźnie lub dorozumiany wyłączyły zastosowanie art. 557 § 2 Kodeksu cywilnego, ustalając, że nawet w przypadku stwierdzenia przy odbiorze wad inwestor jest zobowiązany do odbioru obiektu i zapłaty wynagrodzenia, a następnie do realizowania uprawnień z rękojmi<sup>25</sup>.

Ponadto, koniecznym jest zdefiniowanie w umowie o roboty budowlane wad istotnych lub wad nieistotnych (co najmniej jednej z nich). Taka regulacja pozwoli uniknąć sytuacji, kiedy inwestor, w celu opóźnienia zapłaty odmawia dokonania odbioru prac pod pretekstem konieczności dokonania drobnych napraw<sup>26</sup>.

#### Należy uwzględnić, że:

a) warunkiem zapłaty jest należyte wykonanie zobowiązania: o wykonaniu robót w całości lub w części, rodzącym obowiązek wynagrodzenia, można mówić wtedy, gdy zostały one wykonane zgodnie z umową i zasadami budowlanymi i nie wykazują wad istotnych<sup>27</sup>. Powstaje problem relacji między „stwierdzeniem należytego wykonania zobowiązania” a „dokonaniem odbioru”. Przykładowo, wykonawca wydał inwestorowi prace wykonane zgodnie z dokumentacją techniczną, a inwestor wykorzystał efekt pracy wykonawcy i planowanym jego przeznaczeniem, tworząc z niego elementem większej

<sup>20</sup> Naworski J.P., Glosa do wyroku SN z dnia 22 czerwca 7 r., V CSK 99/07, OSP 2009, nr 1, poz. 7.

<sup>21</sup> Wyrok SN z 7 lipca 1997 r., I CKN 520/97, OSNC 200, nr 2, poz. 32.

<sup>22</sup> Zob. głosę J.P. Naworskiego, MoP 1999, nr 11, s. 28 i n.

<sup>23</sup> II CKN 1417/00 OSNC 2004, nr 6, poz. 97; BSN 2003, nr 10, „Jurysta” 2003, nr 12, s. 36 i 2004, nr 1, s. 31.

<sup>24</sup> Por. uzasadnienie wyroku SA w Katowicach z 30 marca 2006 r., I ACa 1900/05, Lex nr 217197.

<sup>25</sup> Naworski J.P. Glosa do wyroku SN z dnia 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009 nr 1, poz. 7).

<sup>26</sup> Damasiewicz A., op. cit., s. 206.

<sup>27</sup> Por. wyrok SN z 26 lutego 1998 r., I CKN 520/97, OSNC 1998, nr 10, poz. 167; uzasadnienie wyroku SA w Katowicach z 17 lutego 2000 r., I AC a 1027/99, Pr.Gosp. 2001, nr 2, s. 48, „Wspólnota” 2001, nr 26, s. 51.



całości, tj. obiektu budowlanego. Nie doszło jednak do spotkania w sprawie odbioru i podpisania protokołu odbioru. Nie można jednak stwierdzić, że wykonawca nie wydał rezultatu prac tylko dlatego, że nie doszło do formalnego zgłoszeń do odbioru i nie sporządzono protokołu. **Protokół odbioru ma funkcję jedynie dokumentującą czynności, jego zasadniczego znaczenia leży się dopatrywać w płaszczyźnie dowodowej.** Brak protokołu powoduje jednak, iż w konkretnej sytuacji faktycznej nie można dowodzić, że doszło między stronami do wydania i odbioru dzieła nieudokumentowania tej czynności protokołem czy też niedokonania formalnego zgłoszenia robót do odbioru<sup>28</sup>. **W sytuacji kiedy zamawiający z przyczyn leżących po jego uchybia obowiązkowi odbioru robót, następują skutki zwłoki po jego stronie i takie zachowanie pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który uprawniony jest do żądania wynagrodzenia, a roszczenie jego staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę odbiór powinien nastąpić.** Samo wystawienie faktur nie czyni zadość obowiązkowi umownemu<sup>29</sup>.

**b) wystąpienie usterek nie jest automatycznie uzasadnioną przyczyną wstrzymania się z zapłatą wynagrodzenia:** przyczyną odmowy zapłaty może być wcześniejsza odmowa dokonania odbioru przez inwestora i realizacja uprawnień wynikających z nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania. W takiej sytuacji inwestor ma prawo powstrzymać się z zapłatą w odpowiedniej części. **Jeśli jednak usterki należą do kategorii tych, które zgodnie z umową stron lub zgodnie z treścią zobowiązania nie wstrzymują odbioru (np. wady nieistotne), to inwestor nie ma prawa odmowy dokonania odbioru ani odmowy zapłaty wynagrodzenia.** Powinien roboty odebrać i może jedynie realizować roszczenia wynikające z nienależytego wykonania zobowiązania lub rękojmi, tj. żądać naprawy, odszkodowania za zwłokę w naprawie lub obniżenia wynagrodzenia (wtedy traci roszczenie o dokonanie ich naprawy).

**Po odebraniu robót, które wykazują wady, nie przysługuje już zarzut niewykonania umowy i prawo powstrzymywania się ze świadczeniem wzajemnym.** Ustawodawca chroni w takim przypadku interesy inwestora poprzez instytucję rękojmi za wady, której zadaniem jest ochrona zaufania kontrahenta, który ma prawo sądzić, że odebrane roboty stanowią odpowiednik jego świadczenia. Niezależnie od tego może on skorzystać z ochrony wynikającej z przepisów o skutkach nienależytego wykonania umowy (art. 471 Kodeksu cywilnego). **Wybór konkretnego uprawnienia, z którego chce skorzystać, pozostaje w tym przypadku w gestii inwestora i ma on charakter wiążący**<sup>30</sup>.

Aby uniknąć wątpliwości, inwestor powinien w protokole wskazać usterki oraz określić, z jakiego reżimu odpowiedzialności korzysta, zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego i postanowieniami umowy (umowa może rozszerzać lub ograniczać jego możliwość wyboru, przykładowo przez wskazanie, że w razie wad nieistotnych ma obowiązek odebrać roboty i następnie realizować przysługujące mu uprawnienia z tytułu rękojmi lub gwarancji). Protokół powinien zawierać ustalenia co do zakresu wykonanych robót, ich jakości, ewentualnych stwierdzonych usterek, ich charakteru, wraz z ewentualnym terminem ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze<sup>31</sup>. Na tej podstawie łatwiej będzie ocenić, czy inwestor ma prawo odmówić zapłaty wynagrodzenia lub jego części – zależy to od skali wad, umownych postanowień co do skutku wystąpienia takich wad oraz wyboru inwestora co do reżimu odpowiedzialności, z jakiego korzysta wobec wykonawcy.

**c) istnieje różnica między wykonaniem zobowiązania, dokonaniem odbioru i podpisaniem protokołu odbioru:** najczęściej w umowach wskazuje się, że protokoły są podstawą wystawiania faktur, np. „podstawę do wystawienia faktury końcowej i końcowego rozliczenia stanowi protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy”. Jednak trzeba odróżnić wykonanie zobowiązania (które można dowodzić różnymi sposobami, nie wyłącznie przez czynności odbioru potwierdzone protokołem) od dokonania odbioru (dokonanie odbioru można również dowodzić różnymi sposobami, nie wyłącznie przez przedstawienie protokołu) i od podpisania protokołu (który jest jedynie jednym ze sposobów dowiedzenia, że doszło do odbioru prac i ich zrealizowania zgodnie z umową, ale nie jedynym dowodem na te okoliczności).

„Podobnie jak w przypadku umowy o dzieło, tak i przy umowie o roboty budowlane, decydujące znaczenie dla powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia ma odbiór robót i choć regułą jest prowadzenie odbioru w formie pisemnej w postaci tzw. protokołu odbioru, skuteczne może być również dokonanie faktycznego odbioru bez sporządzania formalnego protokołu”<sup>32</sup>. Należy podkreślić, że **w sytuacji gdy wymagalność roszczenia o wynagrodzenie za wykonane roboty uzależniona jest od protokolarnego odbioru robót, decydujące znaczenie ma nie tylko sporządzenie takiego protokołu, ale w razie jego braku albo odsunięcia tej czynności w czasie, w stosunku do okresu, w którym wykonano roboty, istotne znaczenie mają także przyczyny, które to spowodowały**<sup>33</sup>.

Inwestor ma obowiązek stawić się do odbioru niezależnie od tego, czy go dokona, czy też protokolarnie odmówi jego dokonania, wykazując nienależyte wykonanie zobowiązania. Gdyby taki obowiązek nie istniał, otwie-

<sup>28</sup> Por. uzasadnienie w SA w Szczecinie z 14 września 2005 r., I ACa 222/05, OSA 2006, poz. 38.

<sup>29</sup> Por. uzasadnienie w SA w Katowicach z 17 lutego 2000 r., I ACa 1027/99, Pr.Gosp. nr 2, s. 48.

<sup>30</sup> Wyrok SA w Katowicach z 4 grudnia 2003 r., I ACa 659/03, Lex nr 175228.

<sup>31</sup> Por. wyroki SN: z 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, OSNC 1997, nr 6-7, poz. 90; z 7 kwietnia 1998 r., IICKN 673/97, LexPolonica nr 1404134; z 18 lipca 2002 r., IV CKN 1273/00, LexPolonica nr 368223; z 8 stycznia 2004 r., I CKN 24/03, niepubl.; por. także uzasadnienie wyroku SA w Katowicach z 30 marca 2006 r., I ACa 1900/05, Lex nr 217197.

<sup>32</sup> Wyrok SA w Szczecinie z 14 września 2005 r., I ACa 222/05, OSA 2006, nr 11, poz. 38.

<sup>33</sup> Uzasadnienie wyroku SA w Katowicach z 17 lutego 2000 r., I ACa 1027/99, Pr.Gosp. 2001, nr 2, s. 48.



rałyby się możliwość liczenia kar umownych za zwłokę w przekazaniu prac niezależnie od tego, czy zarzuty byłyby uzasadnione, skoro inwestor odmówił odbioru robót, a nie byłoby możliwości zweryfikowania tego po latach<sup>34</sup>.

## KONSEKWENCJE ZGŁOSZENIA WAD W OKRESIE UDZIEŁONEJ RĘKOJMI I GWARANCJI JAKOŚCI

W okresie udzielonej gwarancji wykonawca jest zobowiązany do nieodpłatnego usuwania zaistniałych wad ujawnionych po odbiorze końcowym, Strony mogą zastrzec kary umowne za każdy dzień trwania wad lub za nieusunięcie ich w wyznaczonym, odpowiednim terminie, mogą też zastrzec, że niedochowanie odpowiedniego, wyznaczonego przez inwestora terminu umożliwi mu dokonanie naprawy z pomocą innych osób, na koszt wykonawcy.

Wykonawca może uwolnić się od odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady fizyczne robót budowlanych, jeśli na przykład wady te powstały na skutek wykonania robót ściśle według wskazówek inwestora i zgodnie z dokumentacją budowlaną przekazaną przez inwestora na potrzeby realizacji obiektu. Co ważne jednak, **uwolnienie od odpowiedzialności z tytułu rękojmi nastąpi, jeżeli wykonawca uprzedził inwestora pisemnie o grożącym niebezpieczeństwie powstania wad.** „Zgodnie z art. 637 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 560 Kodeksu cywilnego, zobowiązany z tytułu rękojmi wykonawca odpowiada tylko za wadliwe wykonawstwo obiektu, a więc tylko za takie jego wady, które wynikają z niewłaściwego wykonania robót lub niewykonania innych obowiązków spoczywających na wykonawcy zgodnie z art. 651 Kodeksu cywilnego. Nie odpowiada natomiast za takie wady, które wynikają z zaniedbań inwestora. W sytuacji zatem, **gdy inwestor dochodzi uprawnień z tytułu rękojmi za wady fizyczne obiektu, ich podstawą mogą być wyłącznie wady obciążające wykonawcę**”<sup>35</sup>.

Zgodnie z art. 568 §1 Kodeksu cywilnego: **uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne** wygasają po upływie roku, a gdy chodzi o wady budynku – po upływie lat trzech, licząc od dnia, kiedy rzecz została wydana. Może pojawić się trudność przy ocenie, ile trwa rękojmia w wypadku robót budowlanych, które niekiedy prowadzą do wykonania budynku, a niekiedy innego obiektu budowlanego i to nie zawsze w całości, w ramach jednej umowy<sup>36</sup>. „W przepisie art. 568 Kodeksu cywilnego w kontekście wydłużonego terminu rękojmi jest mowa o wadach budynku. Natomiast umowa o roboty budowlane dotyczy obiektu budowlanego. Zakres obu pojęć nie jest [...] tożsamy. Obiekt budowlany winien być rozumiany najszerszej, o czym świadczy [...] treść art. 3 Prawa budowlanego. Do obiektów zalicza się budynki, budowle i obiekty małej architektury. Budynkiem natomiast jest, zgodnie z brzmieniem ustawy, obiekt trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni przy pomocy przegród budowlanych i posiadający fundamenty oraz dach. Dla pozostałych obiektów budowlanych termin rękojmi wynosi jeden rok (art. 568 k.c.)”<sup>37</sup>. „Uzasadnione wydaje się zapatrywanie o możliwości skracania i wydłużania terminów rękojmi określonych w art. 568 § 1 k.c. [...] Ustalony przez strony termin jest dalej zawitym terminem rękojmi, w ciągu którego obowiązuje reżim tej odpowiedzialności, a po jego upływie uprawnienia z rękojmi wygasają.”<sup>38</sup>

Podsumowując, wystąpienie wad w głównej mierze związane jest z finalizacją prac w obrębie realizacji obiektu w ramach realizacji umowy o roboty budowlane. Poszerzenie i stosowanie wzajemnych praw i obowiązków związanych z wystąpieniem wad przy uwzględnieniu cezury czasowej rozgraniczającej możliwości stron w tym zakresie wydaje się być koniecznym i uzasadnionym, jeśli strony umowy o roboty budowlane chcą w sposób sprawny i konsekwentny doprowadzić do uzyskania konsensusu przy zakończeniu współpracy w obrębie umowy o roboty budowlane.

<sup>34</sup> Por. uzasadnienie wyroku SN z 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, OSNC 1997, nr 6-7, poz. 90.

<sup>35</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 25 stycznia 2006 r., I CK 247/05, Lex nr 346091.

<sup>36</sup> Damasiewicz A, op. cit., s. 182.

<sup>37</sup> Karnicka-Kawczyńska A., Umowa o roboty budowlane, Pr. spółek 1999, nr 7-8, s. 56.

<sup>38</sup> J.P. Naworski, Uprawnienia zamawiającego z tytułu wad obiektu budowlanego (uwagi na marginesie wyroku SN z dnia 12 lutego 1991 r., III CRN 500/90), PUG 1992, nr 10-12, s. 200.

# Interes publiczny to nie to samo co interes Skarbu Państwa



Krzysztof  
**KOWALCZYK**  
radca prawny, partner BSJP



Jarosław  
**SROKA**  
radca prawny, partner BSJP

Tytułowe zagadnienie zostało rozstrzygnięte wyrokiem Sądu Okręgowego Warszawa – Praga z 29 maja 2012 roku (sygn. akt: IV Ca-527/12) w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego budowy drogi ekspresowej S-7 na odcinku od końca obwodnicy Radomia do granicy województwa mazowieckiego, które GDDKiA wszczęła w październiku 2009 roku. W postępowaniu tym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie wykonawcy złożyli oferty, których otwarcie nastąpiło 22 września 2010 roku. Wskutek otwarcia ofert okazało się, że kwota przeznaczona przez GDDKiA na sfinansowanie zamówienia publicznego wynosząca 742.898.900 złotych brutto nie została przekroczona, a najkorzystniejszą ofertę w świetle przyjęto kryterium najniższej ceny złożył zagraniczny wykonawca.

Zamawiający, po stosunkowo długo trwającej (5 miesięcy) ocenie ofert, nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i 22 lutego 2011 roku unieważnił postępowanie, o czym powiadomił wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

Jako podstawę prawną unieważnienia postępowania GDDKiA wskazała art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej także „PZP”), stanowiący, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Podstawą faktyczną unieważnienia było natomiast wydanie przez Radę Ministrów uchwały z 25 stycznia 2011 roku

w przedmiocie Krajowego Programu Budowy Dróg Krajowych i Autostrad na lata 2011 – 2015. Odcinek drogi S-7, którego dotyczyło postępowanie, został umieszczony w załączniku numer 1a do tego programu (obejmującego odcinki dróg, których budowa może rozpocząć się w wyniku uzyskania oszczędności przetargowych oraz oszczędności powstałych na skutek rozliczania zadań oddanych do ruchu, które zostały ujęte w załączniku nr 1 do Krajowego Programu Budowy Dróg Krajowych i Autostrad).

Z tej samej przyczyny GDDKiA unieważniła w lutym 2011 roku jeszcze 14 innych przetargów, między innymi, dotyczących: budowy południowej jezdni autostrady A-18, budowy drogi S-7 na odcinku Nidzica – Napierki, budowy drogi S-5 na odcinku Żnin – Gniezno, czy też budowy drogi S-7 na odcinku Koszwały – Kazimierzowo.

Wykonawca, który w przedmiotowym postępowaniu złożył najkorzystniejszą ofertę nie zgodził się z decyzją GDDKiA i wniósł od niej protest (sprawa rozstrzygana była jeszcze na podstawie ustawy prawo zamówień publicznych w brzmieniu przewidującym ten środek ochrony prawnej) a następnie – po jego oddaleniu przez GDDKiA – odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „KIO”). W odwołaniu wykonawca domagał się nakazania GDDKiA unieważnienia czynności unieważnienia postępowania. Uwzględnienie powyższego żądania wykonawcy prowadziłoby do tego, że postępowanie byłoby kontynuowane.

KIO wyrokiem z 1 kwietnia 2011 roku (sygn. akt: KIO/UZP-606/11) oddaliła odwołanie wniesione przez wykonawcę.

KIO stanęła na stanowisku, że doszło do kumulatywnego ziszczenia trzech przesłanek połączonych adekwatnym związkiem przyczynowo – skutkowym, tj.: (i) zmiany o istotnym charakterze; (ii) powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, przy jednoczesnym (iii) braku możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia tej okoliczności.

KIO uznała, że zmianą o charakterze istotnym było uchwalenie przez Radę Ministrów nowego programu budowy dróg krajowych na lata 2011-2015, które spowodowało, że możliwość wykonania inwestycji stanowiącej przedmiot zamówienia została wstrzymana do momentu uzyskania oszczędności w ramach środków przewidzianych w Krajowym Funduszu Drogowym na kwotę 82,8 mld zł począwszy od 2010 r. W konsekwencji – w ocenie Izby – doszło do utraty przez Zamawiającego środków, które mogłyby przeznaczyć na realizację zamówienia oraz zmiany stanu prawnego w stosunku do istniejącego w dacie wszczęcia postępowania.

Tym samym, zdaniem KIO, w dacie unieważnienia postępowania Zamawiający nie posiadał środków umożliwiających zawarcie umowy z odwołującym się. Na dzień wydania wy-

roku przez KIO zawarcie umowy z odwołującym się również skutkowałoby naruszeniem uchwalonego programu budowy dróg krajowych. GDDKiA nie uzyskuje bowiem akceptacji Rady Ministrów na przekroczenie ustalonego limitu środków przeznaczonych w Krajowym Funduszu Drogowym oraz budżecie państwa na ten cel.

KIO uznała także, że nie można przyjąć, iż odłożenie w czasie realizacji inwestycji stanowiącej przedmiot zamówienia ma przemijający ale nietrwały charakter. Uzyskanie oszczędności na skutek rozstrzygnięć innych przetargów i ostatecznych rozliczeń oddawanych odcinków dróg lub uzyskanie akceptacji Rady Ministrów dla przekroczenia limitu wydatków ma charakter zdarzeń przyszłych i warunkowych – uzależnionych od stanu finansów państwa.

Ponadto KIO uznała, że zmiana powyższych okoliczności miała charakter nieprzewidywalny. Zamawiający, wszczynając postępowanie, działał na podstawie obowiązującej uchwały Rady Ministrów dotyczącej realizacji programu wieloletniego budowy dróg krajowych i nie mógł przewidzieć, że w związku ze zmianą tego programu nie będzie dysponował środkami wystarczającymi do zrealizowania tego konkretnie zamówienia.

Wreszcie, KIO przyjęła, że spełniona została również przesłanka braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania. Wobec ograniczenia środków na budowę dróg krajowych nie jest możliwa realizacja wszystkich uprzednio zamierzonych inwestycji w jednym czasie, a interes publiczny w badanej sprawie winien być oceniany z uwzględnieniem sytuacji finansowej państwa i uwarunkowanej nią możliwości realizacji przedsięwzięć. Zdaniem KIO interes publiczny winien wyrażać się w zachowaniu bezpieczeństwa finansowego państwa, tak aby nie zagrożone było wykonywanie obowiązków ciążących na państwie z mocy ustaw m.in. wypłaty świadczeń socjalnych i finansowania świadczeń zdrowotnych.

**Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający unieważnił postępowanie zgodnie z ustawą prawo zamówień publicznych. W tej sytuacji wykonawca, którego oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą, zdecydował się wnieść skargę do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.**

Oplata od skargi, zgodnie z art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, wynosiła aż 5,000,000 złotych (skargi konstytucyjne, kwestionujące zgodność tego przepisu z konstytucją, obecnie oczekują na rozpoznanie przez Trybunał Konstytucyjny<sup>1</sup>). Wskutek wniesionego przez wykonawcę wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych, opłata ta została obniżona do 1,000,000 złotych (jest to obecnie najwyższa opłata uiszczona w historii polskiego wymiaru sprawiedliwości).

**Sąd Okręgowy Warszawa – Praga w Warszawie rozstrzygnął skargę wyrokiem z 29 maja 2012 roku (IV Ca-527/11). Sąd, uwzględniając skargę zgodnie z wniesionym przez skarżącego żądaniem, zmienił zaskarżony wyrok KIO w ten sposób, że nakazał Zamawiającemu – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad – unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz zwrot na rzecz skarżącego kosztów postępowania.**

W uzasadnieniu swojego wyroku Sąd całkowicie zanechował stanowisko wyrażone przez KIO. Wskazał między innymi, że zmiana programu budowy dróg krajowych na lata

2011 - 2015 dokonana uchwałą Rady Ministrów nie miała charakteru zmiany zewnętrznej i jako taka pozostawała bez wpływu na tok postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślił, iż uchwała Rady Ministrów ma charakter wewnętrzny, obowiązuje tylko jednostki organizacyjne podległe organowi wydającemu te akty i służy realizacji funkcji administrowania państwem, przy czym stan ten jest irrelewantny dla Skarbu Państwa jako podmiotu prawa prywatnego, którego akty wewnętrzne nie mogą wywoływać bezpośrednich skutków dla osób trzecich, działających w sferze tego prawa. Taki stan nie może być zatem kwalifikowany jako zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP. Nie przenosi się on bowiem automatycznie na sferę stosunków prywatnoprawnych, w których stroną pozostaje Skarb Państwa.

Sąd uznał także, iż uchwalenie zmiany programu budowy dróg nie stanowiło istotnej zmiany okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6. PZP. Dla zakwalifikowania zmiany jako istotnej potrzebna jest jej trwałość – rozumiana jako nieodwracalny stan. Tymczasem, w przedmiotowym postępowaniu upatrywana przez Zamawiającego zmiana okoliczności (pozbawienie finansowania) sprowadza się wyłącznie do alokacji środków na realizację zamówienia będącego przedmiotem postępowania, a nie zaprzestania przez Skarb Państwa tego rodzaju działalności inwestycyjnej, a zatem brak jej cechy trwałości i nieodwracalności.

Jako nieprzekonywujące Sąd ocenił także argumenty Zamawiającego odnośnie wywołania przez definiowaną przezeń zmianę okoliczności, stanu sprzecznego z interesem publicznym. W ocenie Sądu, do sprzeczności z interesem publicznym (tu: polegającym na zapewnieniu swobody przemieszczania się, poprawy bezpieczeństwa i warunków prowadzenia działalności gospodarczej, itp.) mogłoby dojść jedynie w sytuacji, gdyby z uwagi na stan finansów państwa zaprzestano realizacji danego rodzaju inwestycji w całości (np.: zaprzestano by w ogóle budowy dróg finansowanych przez Skarb Państwa) lub jakichkolwiek inwestycji. Kontynuacja postępowania o udzielenie zamówienia w takim stanie mogłaby być postrzegana jako sprzeczna z interesem publicznym, gdyż konieczność utrzymania bytu państwa wyprzedzałaby inne dobra publiczne. Wybór jednakże kolejności realizacji poszczególnych inwestycji drogowych (a nie całkowita rezygnacja z takich inwestycji), cechy takiej w ocenie Sądu nie miał. Organizacyjne ograniczenie GDDKiA przy dysponowaniu środkami na zamówienia publiczne nie powoduje zobiektywizowanej niemożności pokrycia przez Skarb Państwa wydatków związanych z przedmiotową inwestycją, a stanowi jedynie realizację określonego, wyrażającego się w alokacji środków, interesu ekonomicznego zamawiającego. Interesu Zamawiającego (nawet gdy nim jest Skarb Państwa) nie można utożsamiać z interesem publicznym.

W tym stanie rzeczy, Sąd uznał, iż nie wystąpiły żadne okoliczności, które wskazywałyby na to, że prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia nie leżało w interesie publicznym. Konsekwencją takiej konstatacji była odpowiednia zmiana zaskarżonego wyroku KIO.

**Wyrok Sądu Okręgowego jest prawomocny i wykonalny, aczkolwiek Prezesowi UZP przysługuje od niego skarga kasacyjna. Jak dotychczas, skarga taka nie została wniesiona, zaś termin do jej wniesienia upływa w lutym 2013 roku.**

<sup>1</sup> Sygn. akt: SK-25/11 oraz SK-26/11 – połączone do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia. Termin rozpoznania sprawy nie został jeszcze wyznaczony. Dokumenty (skarga, stanowisko Sejmu i Prokuratora Generalnego) dostępne w są na stronie internetowej Trybunału Konstytucyjnego pod adresem: [http://www.trybunal.gov.pl/OTK/ezd/sprawa\\_lista\\_plikow.asp?syg=SK%2025/11](http://www.trybunal.gov.pl/OTK/ezd/sprawa_lista_plikow.asp?syg=SK%2025/11).

# Subklauzula 20.1 częściowo niezgodna z prawem



Marcin **BAŁDYGA**  
członek SIDiR

W ostatnim numerze Biuletynu Konsultant – wydanego we wrześniu 2012 r., opublikowane zostały: mój artykuł pt: „Roszczenia w Warunkach Kontraktowych FIDIC” oraz artykuł autorstwa Piotra Bytnerowicza i Magdy Kofluk pt: „Klauzula 20.1 Warunków Kontraktowych FIDIC”. Oba artykuły poświęcone były kwestii przedawnienia roszczeń wykonawcy powstałych wskutek realizacji kontraktu opartego o warunki kontraktowe FIDIC. Tryb postępowania w tej materii reguluje klauzula 20.1 zatytułowana „Roszczenia wykonawcy” (Tłumaczenie FIDIC 1999). Już po opublikowaniu powyższego artykułu dotarł do mnie prawomocny wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 lipca 2011 r. – XXV Wydział Cywilny sygnatura akt XXV C 701/10. Powyższy wyrok, w części poświęconej terminowi na złożenie przez wykonawcę do Inżyniera kontraktu powiadomienia o roszczeniu wykonawcy – przewidzianym w klauzuli 20.1 jako 28 dni – Sąd Okręgowy uznał, podobnie jak autorzy ww. artykułów, iż taki umowny termin prekluzyjny nie może zostać uznany za prawidłowy i zgodny z powszechnie obowiązującym prawem. Zatem z mocy samego prawa, próba nałożenia na wykonawcę ograniczonego do 28 dni terminu z którym wiązałaby się większa niż dopuszcza kodeks cywilny sankcja w postaci utraty uprawnienia do przedłużenia kontraktowego czasu na ukończenie i zapłaty dodatkowego kosztu – jest nieskuteczna.

Podobnie, nie jest możliwe podniesienie zarzutu przedawnienia przez zamawiającego w celu uniknięcia skutków roszczenia. Wykonawcy robót budowlanych, którym strona redagująca treść umowy o roboty budowlane na podstawie wzorca umowy w postaci Warunków kontraktowych FIDIC narzuciła umowny termin prekluzyjny, są uprawnieni do dochodzenia swoich roszczeń powstałych w związku realizacją kontraktu, w terminie 3 lat. Termin rozpoczęcia biegu okresu przedawnienia należy liczyć od momentu w którym roszczenie stało się wymagalne, a więc od momentu w którym wykonawca dowiedział się, lub przy zachowaniu należytej staranności powinien był dowiedzieć się o okoliczności stanowiącej jego podstawę.

Po tym długim wstępie przejdę do omówienia prawomocnego wyroku z dnia 13 lipca 2011 r. o którym mowa na wstępie. Jak zauważył Sąd Okręgowy, wykonawca nie dokonywał pisemnych powiadomień o roszczeniach stosownie do formy wymaganej przez subklauzulę 1.3 [Komunikaty] skie-

rowanych do Inżyniera w trybie subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] z żądaniem przedłużenia czasu na ukończenie oraz dodatkowej płatności. Skład orzekający zwrócił uwagę, że subklauzula 20.1 warunków kontraktowych przewiduje 14-dniowy termin na powiadomienie o roszczeniu (w tym zakresie strony zmodyfikowały podstawowy zapis mówiący o 28 dniowym terminie na powiadomienie), a jako konsekwencją braku prawidłowego powiadomienia Warunki kontraktowe przewidują, że Czas na Ukończenie nie będzie przedłużony, Wykonawca nie będzie uprawniony do dodatkowej płatności, a Zamawiający będzie zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z takim roszczeniem. Sąd ocenił, że zapisy subklauzuli 20.1 należy rozumieć jako próbę wprowadzenia „umownego terminu prekluzyjnego powodującego wygaśnięcie roszczenia i zarazem bezwarunkowe wyłączenie odpowiedzialności zamawiającego, obejmujące swym zakresem także ograniczenie odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną z winy umyślnej”. Podkreślono, iż na podstawie polskiego systemu prawnego „żadna z tych konstrukcji rozpatrywanych również odrębnie nie jest dopuszczalna, a w konsekwencji takie umowne postanowienie jest nieważne”. Sąd zbadał, czy taka konstrukcja może odpowiadać zwolnieniu z długu w rozumieniu art. 508 k.c., ale uznał, iż jest to niemożliwe z uwagi na brak wymaganych oświadczeń stron. **Sąd przypomniał także, iż Warunki kontraktowe FIDIC powstały w systemie prawa „common law”, a chcąc zastosować taki wzorzec w polskim otoczeniu prawnym, należy odpowiednio dostosować jego zapisy, gdyż „nie-dopuszczalne jest bezrefleksyjne, automatyczne inkorporowanie poszczególnych instytucji FIDIC bez uwzględnienia norm ius cogens prawa krajowego”.** Wskazał także, iż zastosowanie takich regulacji niechybnie prowadziłoby do wygaśnięcia wszelkich roszczeń powstałych wskutek realizacji umowy o roboty budowlane, w tym roszczenia o odsetki ustawowe, co w ocenie sądu wprowadziłoby niedopuszczalne na gruncie polskiego prawa konsekwencje.

Skład orzekający jako najistotniejszy zarzut do konstrukcji umownego terminu zawitego wskazał modyfikację instytucji przedawnienia „wprowadzającą w jej miejsce rażąco krótsze terminy zawite, a więc terminy wywołujące znacznie bardziej daleko idące od skutków upływu terminów przedawnienia, co powodowałoby obejście przepisu art. 119 KC.” Sąd wskazał, iż jest to nieskuteczne i że na mocy art. 58 § 1 k.c. na miejsce sprzecznego z prawem zapisu umowy, wchodzi odpowiedni przepis ustawy, ponieważ zastrzeżenie umowne „może zostać dokonane tylko w drodze przepisu prawnego”<sup>1</sup>. **Ponadto sąd wskazał, iż skoro w myśl art. 119 k.c. „terminy przedawnienia nie mogą być skracane ani przedłużane przez czynność prawną, to tym bardziej nie sposób przyjąć, by w braku ustawowej podstawy prawnej dopuszczalnym było tworzenie umownych terminów zawitych, co powodowałoby wygaśnięcie roszczenia”.** Tym samym sąd wskazał na naruszenie

art. 117 § 1 k.c. i art. 119 k.c. oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. **Na dowód braku możliwości kreowania terminów powodujących wygaśnięcie roszczeń o charakterze majątkowym, zwłaszcza w sytuacji, gdy ustawa reguluje ten termin – skład orzekający przywołał wypowiedzi judykatury<sup>2</sup> i doktrynę przedmiotu<sup>3</sup>.** Skład orzekający wskazał także „iż tam, gdzie wola ustawodawcy jest dopuszczenie możliwości umownej modyfikacji terminu przedawnienia określonego roszczenia majątkowego, ustawodawca przewidział taką możliwość (...)”. Wskazał chociażby na przepisy dawnego, ale i obecnie obowiązującego Kodeksu Morskiego (Ustawa z dnia 18 września 2001 r., Kodeks Morski, Dz. U. 2001 r. Nr 138 póź. 1545; tekst jednolity: Dz. U. 2009 r. Nr 217 póź. 1689).

Podsumowując należy zwrócić uwagę na zbieżność argumentacji wymienionych na wstępie autorów artykułów jak i częściowo omówionego Wyroku Sądu Okręgowego

w kwestii uznania, iż do umów o roboty budowlane stosuje się przepisy art. 117-120 k.c., mają one bowiem charakter *ius cogens*, a więc bezwzględnie obowiązujący – stąd ich pierwszeństwo przed bezskutecznymi zapisami umowy o roboty budowlane w oparciu o Warunki kontraktowe FIDIC zapisane w subklauzuli 20.1 dotyczącymi terminu złożenia powiadomienia o roszczeniu pod rygorem utraty uprawnień do przedłużenia czasu na ukończenie oraz otrzymania zapłaty dodatkowego kosztu.

Bardzo zbliżoną argumentację do tej z wyroku SO w Warszawie z dnia 13 lipca 2011 r. znajdziemy także w wyroku SO w Warszawie z dnia 11 czerwca 2012 r. sygnatura akt XXV C 567/11. Również ten drugi wyrok jest prawomocny. Nie jest jednak pewne jak będą podchodziły do przedmiotowej kwestii kolejne sądy sędziowskie, w tym Sąd Najwyższy, gdzie niektóre sprawy zapewne trafią.

<sup>1</sup> Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 1 lipca 1958 r., I CR 683/57 (OSP i KA, nr 7-8, poz. 187).

<sup>2</sup> Sąd Najwyższy w wyroku z 1 lipca 1958 r., I CR 683/57, OSP i KA 1960, nr 7-8, poz. 187.

<sup>3</sup> Zob. Ingatowicz, w: S. Grzybowski, (red.), system prawa cywilnego, Część ogólna, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź, T. I, s. 846 i n.; B. Kordasiewicz, w: Z. Radwański, (red.), System prawa prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2008, s. 678, nb. 179).

## Klauzula 15.5 warunków kontraktowych FIDIC w świetle Art. 644 Kodeksu Cywilnego



Andrzej  
**WYBRANOWSKI**

Radca prawny specjalizujący się w procesie budowlanym, członek SIDI R

**K**lauzula 15.5 Warunków kontraktowych FIDIC<sup>1</sup> dotyczy jednostronnego rozwiązania<sup>2</sup> umowy przez Zamawiającego w dowolnym czasie bez podania przyczyny. Podobną regulację zawiera art. 644 k.c., dotyczący również możliwości odstąpienia od umowy przez zamawiającego bez podania przyczyny w dowolnym czasie, jednak przed ukończeniem dzieła. Co prawda art. 644 k.c. dotyczy umów o dzieło, ale

zgodnie z art. 656 § 1 k.c., przepis ten stosuje się także do kodeksowej regulacji umów o roboty budowlane<sup>3</sup>. Ponieważ art. 644 k.c. dotyczy zarówno umów o dzieło jak i umów o roboty budowlane, dlatego znajdzie zastosowanie do umów opartych na „żółtej” i „czerwonej” książce<sup>4</sup>.

Uwzględniając art. 656 § 1 k.c., norma prawna oparta na art. 644 k.c. dla umów o roboty budowlane będzie brzmieć następująco: *„Dopóki roboty nie zostały ukończone, zamawiający może w każdej chwili od umowy odstąpić płacąc umówione wynagrodzenie. Jednakże w wypadku takim zamawiający może odliczyć to, co wykonawca oszczędził z powodu niewykonania robót.”*

Porównując treść powyższej normy z klauzulą 15.5 Warunków FIDIC (oraz powiązaną z nią klauzulą 19.6), można wskazać na następujące różnice:

1) Zgodnie z art. 644 k.c., przepis ten może mieć zastosowanie jedynie przed ukończeniem robót<sup>5</sup>, tymczasem klauzula 15.5 przewiduje możliwość jednostronnego rozwiązania umowy również po ukończeniu robót<sup>6</sup>;

<sup>1</sup> W przypadku braku wyraźnego wskazania, odwołanie się do warunków FIDIC, będzie oznaczać zarówno „żółtą” książkę jak i „czerwoną” książkę.

<sup>2</sup> Stosując terminologię kodeksu cywilnego, jest to odstąpienie od umowy.

<sup>3</sup> Tak też SN w wyroku z dnia 19 grudnia 2002 r., sygn. akt II CKN 1334/00.

<sup>4</sup> Nie jest zatem konieczne rozważanie w niniejszym artykule, czy, oprócz umów o roboty opartych na „czerwonej” książce, również umowy oparte na „żółtej” książce są umowami o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c., czy też ze względu na fakt, iż projekt wykonuje wykonawca, te ostatnie są umowami o dzieło.

<sup>5</sup> Dla umów opartych na warunkach FIDIC ukończenie robót w rozumieniu art. 644 k.c. będzie najczęściej powiązane z wystawieniem świadectwa przejęcia.

<sup>6</sup> Z treści Klauzuli 15.5 wyraźnie wynika, że oświadczenie o rozwiązaniu może zostać dostarczone Wykonawcy po zwrocie zabezpieczenia wykonania umowy, bez wskazania terminu końcowego. Nie ma więc przeszkód, aby rozwiązanie na podstawie klauzuli 15.5 nastąpiło np. po wydaniu Świadectwa Wykonania.



- 2) Zgodnie z art. 644 k.c., zamawiający może odstąpić od umowy (jednostronnie rozwiązać umowę) bez jakichkolwiek ograniczeń, podczas gdy klauzula 15.5 przewiduje, że zamawiający nie może jednostronnie rozwiązać umowy, aby wykonać prace samemu lub powierzyć je innemu wykonawcy;
- 3) Zgodnie z art. 644 k.c., w wyniku rozwiązania umowy wykonawcy należy się cały zysk, tymczasem klauzula 15.5 przewiduje zysk jedynie w odniesieniu do robót wykonanych, o ile ceny dla wykonanych robót były określone w umowie.

Należy więc uznać, że klauzula 15.5 warunków FIDIC jest umowną modyfikacją art. 644 k.c. Powstaje jednak pytanie, czy art. 644 k.c. jest przepisem bezwzględnie obowiązującym (a więc strony nie mogą umownie zmienić jego treści, a co najwyżej uszczegółowić) semiimperatywnym (a więc postanowienia umowy nie mogą zmieniać treści art. 644 k.c. w sposób niekorzystny dla strony chronionej tym przepisem, natomiast mogą wprowadzać postanowienia korzystniejsze dla tej strony) czy też względnie obowiązującym (strony mogą wyłączyć lub zmienić zakres zastosowania art. 644 k.c. w danej umowie). Tylko bowiem w przypadku względnego charakteru art. 644 k.c., klauzula 15.5 jest zgodna z przepisami.

**Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 grudnia 2003 r., sygn. akt IV CK 294/02<sup>7</sup>, zasygnalizował bezwzględny charakter art. 644 k.c. co najmniej w zakresie wymagalności żądania przez wykonawcę wynagrodzenia, tj. uznał, że wynagrodzenie jest wymagalne już z momentem odstąpienia<sup>8</sup>.** Sąd wyraził się jednak w tym orzeczeniu bardzo niejasno, dlatego nie sposób ustalić na podstawie tego orzeczenia w jakim dokładnie zakresie art. 644 k.c. stanowi zdaniem SN przepis bezwzględnie obowiązujący.

Wydaje się, że przeciwko traktowaniu art. 644 k.c. jako przepisu względnie obowiązującego przemawia przede wszystkim treść art. 395 k.c., dotyczącego umownego prawa do odstąpienia od umowy<sup>9</sup>. Zgodnie z art. 395 k.c., do skutecznego wprowadzenia umownego prawa odstąpienia konieczne jest wskazanie w umowie terminu<sup>10</sup>, przed upływem którego można od umowy odstąpić („Termin”). Gdyby przyjąć, że strony umowy o roboty budowlane mogą dowolnie modyfikować treść art. 644 k.c., to w ten sposób mogłyby w istocie wprowadzić umowne prawo odstąpienia na zasadach jak w art. 395 k.c., z pominięciem jednakże obowiązku wskazania Terminu. W konsekwencji, taka „modyfikacja art. 644 k.c.” stanowiłaby obejście wymogu bezwzględnego wskazania Terminu w umownym prawie odstąpienia, co należałoby uznać za nieważne na podstawie art. 58 § 1 k.c.<sup>11</sup>.

Powyższą tezę pośrednio potwierdza orzecznictwo, wydane w odniesieniu do umownego przyznania wykonawcy prawa do odstąpienia od umowy w dowolnym czasie: takie zastrze-

żenie w umowie o roboty budowlane sądy uznały za nieważne, ze względu na brak wskazania Terminu<sup>12</sup>. Sądy nie uznały zatem, że strony umowy skutecznie zmodyfikowały art. 644 k.c. poprzez przyznanie zamawiającemu możliwości odstąpienia od umowy w dowolnym czasie, a jedynie nieskutecznie wprowadziły umowne prawo odstąpienia określone w art. 395 k.c.

Powyższe rozważania wskazujące na bezwzględny charakter art. 644 k.c., należy uzupełnić o jeszcze jeden argument. Zarówno art. 644 k.c. jak i 395 k.c., przewidując prawo do odstąpienia od umowy bez przyczyny, zabezpieczają interes drugiej strony<sup>13</sup>: w przypadku art. 644 k.c. jest to natychmiastowa wymagalność wynagrodzenia, możliwość odstąpienia tylko przed zakończeniem robót oraz wypłata całego zysku, a w przypadku art. 395 k.c. jest to wskazanie Terminu (przed upływem którego można skorzystać z odstąpienia). Przyjęcie względnego charakteru art. 644 k.c. umożliwiłoby skonstruowanie zapisów w umowie w sposób uniemożliwiający zabezpieczenie interesów wykonawcy na poziomie przewidzianym art. 644 k.c. oraz 395 k.c.

**Reasumując, wydaje się, że koncepcja bezwzględnego charakteru art. 644 k.c. ma uzasadnione podstawy.** Należy jednak wskazać, że w doktrynie zaprezentowano pogląd, zgodnie z którym art. 644 k.c. należy do grupy przepisów dotyczących jednostronnego rozwiązania umowy, które mają „raczej” charakter względnie obowiązujący i w związku z tym mogą być dowolnie modyfikowane przez strony umowy<sup>14</sup>. Twierdzenie to nie zostało jednak w żaden sposób uzasadnione. Co więcej, do wyżej wymienionej grupy zaliczony został (również bez uzasadnienia) art. 56 ust. 1 prawa autorskiego, którego co najmniej semiimperatywny<sup>15</sup> albo wręcz bezwzględny<sup>16</sup> charakter nie jest kwestionowany. Trudno więc uznać przywołany pogląd za przekonujący.

Zasadność zaprezentowanego w niniejszym artykule stanowiska o możliwym bezwzględnym charakterze art. 644 k.c. zostanie ostatecznie rozstrzygnięta przez sąd. Zasadnym jest jednak, aby przy projektowaniu umowy opartej na Warunkach FIDIC uwzględnić powyższe rozważania i dążyć do wykluczenia sytuacji, w której przeciwna strona umowy (w praktyce wykonawca) powoływałaby się przed sądem na niezgodności między art. 644 k.c. a klauzulą 15.5 Warunków FIDIC. Rozwiązania, które można wprowadzić do umowy opartej na Warunkach FIDIC są dwa:

- 1) korzystne dla wykonawcy: dostosowanie klauzuli 15.5 do postanowień art. 644 k.c., lub
- 2) korzystne dla zamawiającego: dostosowanie klauzuli 15.5 do umownego prawa odstąpienia określonego w art. 395 k.c. poprzez wskazanie Terminu i wyraźne wskazanie, że klauzula reguluje odstąpienie w rozumieniu art. 395 k.c.<sup>17</sup>

<sup>7</sup> <http://prawo.legeo.pl/prawo/iv-ck-294-02/>

<sup>8</sup> Natychmiastowa wymagalność nie wyklucza konieczności ustalenia wysokości należnego wynagrodzenia, dlatego sam fakt ustalenia przez inżyniera wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia dopiero po odstąpieniu od umowy (o czym stanowi klauzula 19.6) nie wydaje się być odstępstwem od art. 644 k.c. Natomiast odstępstwem są przesłanki określone w klauzuli 19.6, którymi kieruje się inżynier przy ustalaniu należnego wynagrodzenia.

<sup>9</sup> Zasady rozliczenia stron na wypadek odstąpienia, przewidziane w art. 395 § 2 k.c., mają charakter względnie obowiązujący i mogą być dowolnie zmienione przez strony, wyrok SN z dnia 9 września 2011 r., sygn. akt I CSK 696/10.

<sup>10</sup> Tak również np. Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 22 października 2009 r., sygn. akt I ACa 697/09.

<sup>11</sup> Zgodnie z art. 58 § 1 k.c. czynność prawna mająca na celu obejście ustawy jest nieważna.

<sup>12</sup> Wyrok SA w Katowicach z dnia 23 kwietnia 2008 r., sygn. akt V ACa 130/08; wyrok SN z dnia 6 maja 2004 r., sygn. Akt II CK 261/03.

<sup>13</sup> W piśmiennictwie przyjmuje się, że funkcja ochronna przepisu wobec jednej ze stron stosunku zobowiązaniowego może przemawiać za nadaniem jej imperatywnego lub semiimperatywnego charakteru. Zobacz Targosz, K. Włodarska-Dziurzyńska [w]: Umowy przenoszące autorskie prawa majątkowe, wersja elektroniczna dostępna w programie lex, rozdział 3, punkt 1 podpunkt 4.

<sup>14</sup> G. Tracz [w]: Sposoby jednostronnej rezygnacji z zobowiązań umownych, wersja elektroniczna dostępna w programie lex, rozdział IV pkt. 2.

<sup>15</sup> T. Targosz, K. Włodarska-Dziurzyńska [w]: Umowy..., rozdział 3, punkt, podpunkt 6.

<sup>16</sup> E. Traple [w]: Umowy o eksploatację utworów w prawie polskim, wersja elektroniczna dostępna w programie lex, rozdział IV.

<sup>17</sup> W sytuacji w pkt. 2, zamawiający będzie miał możliwość jednostronnego rozwiązania umowy albo w trybie klauzuli 15.5 warunków FIDIC albo w trybie art. 644 k.c.

# Zamówienia publiczne – źródło czy blokada innowacyjnego procesu budowlanego

## praktyczne pytania



Janusz  
**RYBKA**  
Niezależny Inżynier,  
Konsultant SIDIR



Danuta  
**RYBKA**  
Niezależny Inżynier,  
Konsultant SIDIR



Marek  
**WINKOWSKI**  
V-ce Prezes Wrocławskiego  
Parku Technologicznego

Autorzy artykułu poddają pod dyskusję zagadnienie innowacyjności w gospodarce przy realizacji projektów z udziałem środków publicznych. Próbuje znaleźć odpowiedź na zasadnicze pytania: Czy jeden z podstawowych instrumentów oddziaływania państwa na gospodarkę, jakim powinny być zamówienia publiczne, sprzyja czy też przeciwdziała rozwojowi innowacyjnej gospodarki? Czy stosowanie reguł określonych prawem zamówień publicznych służy wyłącznie obniżeniu cen robót, dostaw i usług czy też wpływa na rozwój nowoczesnej gospodarki?

Wieloletnie obserwacje rynku zamówień skłaniają do tezy, że inwestycje prowadzone z udziałem środków pub-

licznych przy powszechnie stosowanym, kryterium wyboru oferty jakim jest „cena” nie pozwalają na wdrożenie rozwiązań innowacyjnych. Zatem rodzi się pytanie czy wprowadzenie nowoczesnych rozwiązań poprzez konkurencyjność ofert, poza konkurencją cenową, powinno wynikać przede wszystkim ze świadomości Zamawiającego, jego innowacyjności, czy też z właściwych regulacji prawnych, które służyć powinny konkurencyjności, równoważności zamówień, uzyskaniu lepszego efektu technicznego czy ekonomicznego.

**Czy zatem istniejące prawo zamówień publicznych utrudnia czy pomaga Inwestorom w pozyskiwaniu nowych rozwiązań i technologii dla procesu budowlanego?**

### WPROWADZENIE

Pojęcie innowacyjności w gospodarce jest „modne” i do końca niejednoznaczne a w prawie niezdefiniowane. Najczęściej przez innowację rozumie się wprowadzanie czegoś nowego, nowatorskiego i przez pryzmat techniczny odnosi do wdrażania prototypów nowych urządzeń lub nowych technologii oraz wprowadzania ich do produkcji. Zgodnie z definicją przyjętą przez Komisję Europejską [2] można się posiłkować typami innowacyjności jako:

1. Innowacyjność produktu – polegająca na stworzeniu bądź ulepszeniu dobra lub usługi;
2. Innowacyjność procesu – polegająca na stworzeniu bądź ulepszeniu metod produkcji lub dostawy;
3. Innowacyjność strategii marketingowej – w sytuacji, gdy stworzone zostają nowe metody marketingowe;
4. Innowacyjność organizacyjna - polegająca na wprowadzeniu nowej metody do praktyki biznesowej, organizacji miejsca pracy lub stosunków zewnętrznych.

Według wskaźnika *Innovation Union Scoreboard* Polska zajmuje bardzo niską pozycję na tle innych państw UE (osiągając zaledwie 0,278 przy średniej 0,516) pod względem „wskaźnika innowacyjności”, mimo iż znacznie wyżej kształtuje się ocena kapitału ludzkiego, również relatywnie lepiej wygląda wskaźnik inwestycji [13]. Nie można nie szukać odpowiedzi na pytanie gdzie leży przyczyna tak niekorzystnej sytuacji. Należy rozważyć czy jeden z **podstawowych instrumentów oddziaływania państwa na gospodarkę jakim powinny być zamówienia publiczne, sprzyja czy przeciwdziała rozwojowi in-**



nowacyjnej gospodarki. Czy „instrument”, ten służy wyłącznie obniżeniu cen dostaw, robót budowlanych i usług czy też sprzyja rozwojowi nowoczesnej gospodarki?

Innowacyjność produktu i procesu (w tym procesu budowlanego) klasyfikowana jest jako innowacyjność techniczna i tę należałoby odnosić do prawa zamówień publicznych (istnieje korelacja z przedmiotowością ustawy – dostawy, usługi, roboty budowlane) [11].

Stawianie kolejnych pytań i wyciąganie wniosków na temat relacji innowacyjność a zamówienia publiczne musi bazować na analizie praktyk i zwyczajów jakie panują na polskim rynku zamówień.

Jeżeli chodzi o stanowisko UE to istotnym dokumentem w zakresie innowacji poprzez zamówienia publiczne jest *„Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień publicznych”*, w której jako szansę dla rozwoju innowacyjności wskazano:

- poprawę skuteczności wydatków publicznych, w tym samego procesu udzielania zamówień (usprawnienie procedur);
- umożliwienie lepszego wykorzystania zamówień publicznych do wspierania wspólnych celów społecznych (ochrona środowiska, gospodarowanie zasobami, usługi publiczne);

W zielonej księdze zaproponowano przy tym instrumenty realizacji wymienionych celów (m.in. odpowiedni tryb postępowania, ochrona własności intelektualnej, oferty wariantowe, zamówienia przedkomercyjne) [3].

### OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA A INICJOWANIE INNOWACYJNOŚCI

Ustawa Prawo zamówień publicznych zobowiązuje zamawiającego do opisywania przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający uczciwą konkurencję, oraz określania wymagań technicznych stawianych dostarczanym towarom lub świadczonym usługom, zgodnie z potrzebami zamówienia. W praktyce objawia się to w tym, że zamawiający nie może ograniczać możliwości złożenia oferty do jednego produktu, bo istotne jest, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji.

Można przyjąć, że Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia (dostawa, usługa, robota budowlana) na dwa sposoby:

- za pomocą cech technicznych i jakościowych (art. 30 ust. 1 – 4 pzp)
- poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych (art. 30 ust. 6), które mogą obejmować opis np. oddziaływania na środowisko.

Pierwszy „sposób” jest powszechnie stosowany, najczęściej przy jedynym kryterium wyboru oferty jakim jest „kryterium cena”. Przy tak prowadzonych zamówieniach publicznych nie sposób mówić, że mamy do czynienia z kreowaniem innowacyjności. Aby wprowadzić konkurencyjność ofert poza konkurencją cenową, Zamawiający musi mieć przede wszystkim świadomość, które z regulacji zawartych w ustawie mogą służyć konkurencyjności, równoważności zamówień, uzyskaniu lepszego

efektu technicznego czy ekonomicznego. Zastosowanie innych kryteriów do oceny ofert niż cena wymaga od zamawiających pewnego wysiłku intelektualnego i wiedzy. A zatem powstaje pytanie, co należy zrobić, żeby zmienić istniejący stan rzeczy?

Na zmianę sytuacji ma wpływ rozumienie prawa zamówień publicznych również przez organy państwowe, szczególnie organy kontrolujące udzielanie i realizację zamówień publicznych. **Organy kontrolujące muszą zrozumieć ideę „racjonalnego” wydatkowania środków przez zamawiających, a nie tylko oszczędnego wydatkowania.** Rozeznanie tego zagadnienia jest dopiero początkiem do zrozumienia prawa zamówień publicznych w płaszczyźnie innowacyjności, która to problematyka jest „wyższym” stadium rozumienia regulacji prawnej. Do tej pory można obserwować na przykładzie kontroli wielu inwestycji „projektów czy programów – literalnie trzymanie się zapisów Wytycznych czy instrukcji prowadzących do tworzenia prawa „powielaczowego”. [7]

Drugi „sposób” opisu przedmiotu zamówienia następuje poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Wydaje się, że ten sposób opisu służy kreowaniu innowacyjności w procesie budowlanym. Zamawiający ma określić swoje oczekiwania bez konieczności jednoznacznego opisywania pod względem parametrów technicznych i jakościowych zamówienia. W tym przypadku odchodzimy od kopiowania katalogu parametrów produktów i technologii czy metod realizacji. W pewnych okolicznościach możemy nie znać finalnego produktu. Inicjujemy środowiska twórcze i nowatorskie do działania w szczególności innowacyjnego. Dla takiego postępowania mamy określone pytania – np. kto ponosi większe ryzyko w zamówieniach, zamawiający czy wykonawca i jak to ryzyko ograniczyć? Dotyczy to zwłaszcza nie osiągnięcia zamierzonego efektu.

Kolejnym zagadnieniem jest „innowacyjny zamawiający” przez co należy rozumieć umiejętność określenia swoich potrzeb funkcjonalnych, z założenia innowacyjnych. Niebagatelną umiejętnością jest określenie sposobu wykazania przez wykonawcę (oferenta) spełnienia wymogów technicznych i funkcjonalnych wskazanych w zamówieniu. Umiejętność formułowania kryteriów dla oceny najkorzystniejszej oferty pod względem np. wymogów środowiskowych, społecznych czy w zakresie innowacyjności z zastrzeżeniem „lub równoważne”. [13]

W powszechnej świadomości dysponentów środków publicznych brak jest przekonania o tym, że to oni powinni być „prowokatorami” nowych rozwiązań.

Większość istotnych przełomów technologicznych miała swój początek przy udziale środków publicznych. Spójrzmy na takie dziedziny jak energetyka jądrowa, technologie kosmiczne, łączność satelitarna czy tak ostatnio popularny gaz łupkowy. To obszary, które obficie korzystały ze środków publicznych i jak istotnie zrewolucjonizowały nasze życie.

Do ciekawych wniosków można dojść analizując historię rozwoju konstrukcji budowlanych. Od czasów piramidy Cheopsa do momentu powstania wieży Eiffla osiągnięta wysokość najwyższych budowli świata wahała się ok. 150 m i przyjmując duże uproszczenie, można zało-



żyć, że były to konstrukcje masywne, dla których dominującym obciążeniem był ciężar własny a materiał przenosił głównie siły ściskające. Diametralną zmianę w tej dziedzinie wprowadziła konstrukcja wieży Eiffla. Na zamówienie rządu III Republiki Francuskiej, z okazji Światowej Wystawy w Paryżu, młodzi inżynierowie pod kierunkiem inż. Gustawa Eiffla, „spionizowali” konstrukcję stalową dotychczas stosowaną do prześię mostów tworząc lekką i dwukrotnie wyższą niż dotychczasowe budowle, słynną do dzisiaj WIEŻĘ EIFFLA. Ta zmiana filozofii myślenia spowodowała rewolucję w rozwoju konstrukcji wysokich i podwojenie ich wysokości nastąpiło nie po kilku tysiącach ale po 120 latach. Źródłem tego postępu było zamówienie publiczne zrealizowane w 1890 roku.

W 2012 r. w Polsce też miało miejsce wydarzenie o randze światowej jakim było EURO 2012. Skala inwestycji realizowanych ze środków publicznych w trybie Pzp była rekordowa. Skutek – adoptowane rozwiązania techniczne i wiele przedsiębiorstw, które zbankrutowały.

Czy tak musiało być?

Dlaczego nie pojawiają się śmiałe, przełomowe rozwiązania w sytuacji tak dużej skali inwestycji?

### KONKURENCYJNOŚĆ A KRYTERIA WYBORU W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Elementem konkurencji między wykonawcami nie jest wyłącznie cena, gdzie nawet urządzenie tego samego producenta w zależności od sprzedawcy może różnić się oferowaną ceną. Chodzi również o zachowanie konkurencji w pełnych aspektach technicznych, sprowadzające się do tego, aby przy uwzględnieniu swoich potrzeb, zamawiający dopuścił nabycie różnorodnych produktów, wytworzonych w konkurencyjnych uwarunkowaniach i przez różnych producentów.

Powszechnie przyjęło się realizować postępowanie o zamówienie publiczne z jednym kryterium wyboru oferty „kryterium cena”. Słabość tego typu postępowań polega na braku wyboru za ustaloną cenę produktu o wyższych parametrach, cechach technicznych i jakościowych czy odmiennej organizacji realizacji procesu budowlanego. **Wobec powszechnej praktyki ustalania jedyne kryterium „cena” większość Zamawiających dąży aby „lepszość” przedmiotu zamówienia określić poprzez opis przedmiotu zamówienia co w wielu przypadkach narusza zasadę równego traktowania, uczciwej konkurencji a także ogranicza możliwość zaistnienia „równoważności” i innowacyjnego podejścia do całego procesu realizacji.**

Należy zwrócić uwagę na definicję „najkorzystniejszej oferty” art. 2 pkt 5 Pzp) [1]. W przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego wydaje się jedynym słusznym rozwiązaniem.

Dla przykładu przyjęcie przez Zamawiającego kryteriów „konceptji badania” i „metodologii badania”, nie czyni zadość dyspozycji normy zawartej w przepisie art.

7 ust. 1 ustawy Pzp. Przyjęcie przez Zamawiającego takich kryteriów oceny ofert jak „konceptja” i „metodologia badania” jest jak najbardziej dopuszczalne, zapewnia bowiem ukształtowanie takiej struktury kryteriów oceny ofert, która pozwoli Zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej, z punktu widzenia realizacji potrzeb Zamawiającego. Jednakże nieodzowne jest, przy określeniu katalogu kryteriów sformułowanych w sposób nieostry, wyeliminowanie dowolności w dokonywaniu oceny poszczególnych ofert. [9]

**Aspekty proinnowacyjne to właśnie wprowadzenie do zamówień publicznych kryteriów oceny ofert innych niż cena.** Z praktyki wynika, że ustalenie właściwych kryteriów oceny ofert uwzględniających aspekty proinnowacyjne stanowią dla zamawiających duży problem. Analizując jednak możliwość wygenerowania innowacyjnego rozwiązania odpowiednio punktując wymienione powyżej kryteriów zauważamy, że tylko w kryterium „wartość techniczna” i „funkcjonalność” produkt innowacyjny ma szansę uzyskać przewagę nad rozwiązaniem rutynowym.

### WYBÓR TRYBU POSTĘPOWANIA O ZAMÓWIENIE A ROZWIĄZANIA INNOWACYJNE

Przed przystąpieniem do zamówienia publicznego zamawiający powinien przeanalizować sprzyjające proinnowacyjne procedury przetargowe. Wydaje się, że godne polecenia są dialog techniczny i dialog konkurencyjny. Dialog techniczny daje możliwość określenia szczegółów technicznych z potencjalnymi wykonawcami przed wszczęciem każdej procedury udzielenia zamówienia ale nie został jeszcze usankcjonowany w ustawie. Dialog konkurencyjny zalecany dla niestandardowych zamówień, oznacza procedurę, w której o udział ubiegać się może każdy wykonawca. Jest to procedura kilkietapowa, w której ma miejsce stopniowe zmniejszanie liczby proponowanych rozwiązań oraz wybór warunków udziału w postępowaniu. W trakcie tej procedury wypracowuje się jedno lub większą liczbę rozwiązań spełniających wymogi stawiane przez zamawiającego, a następnie wybrani kandydaci zapraszani są do składania ofert. Poprzez kontakt z wykonawcami i „dialogowanie” zamawiający ma możliwość doprecyzowania swoich oczekiwań, w tym niebagatelne rozpoznanie rynku w zakresie nowości technologicznych. „Dialogowanie” odbywa się oddzielnie z każdym z zaproszonych do dialogu wykonawców, gdzie można zgłaszać wątpliwości w zakresie wymagań Zamawiającego (m.in. poprzez likwidację nierealnych wymagań) jak i wносить propozycje własnych rozwiązań.

Przy zamówieniach o niższej wartości można polecić jeszcze, uznawany za proinnowacyjny tryb negocjacji z ogłoszeniem.

### PODSUMOWANIE

**Czy zatem istniejące prawo pozwala, przeszkadza czy też sprzyja rozwojowi procesów budowlanych opartych na innowacyjności i na ile zamówienia pub-**



liczne kreują rozwój innowacyjności? Zmieniać prawo zamówień publicznych czy doskonalić system zamówień?

Z aktualnych obserwacji i analiz rynku wynika znaczący brak profesjonalizmu w praktyce zamówień publicznych i potrzeba podnoszenia wiedzy i kompetencji osób odpowiedzialnych za zamówienia publiczne poprzez upowszechnianie dobrych praktyk. Znaczenie mogą mieć konsultacje rynkowe i podnoszenie świadomości zamawiających poprzez wymianę doświadczeń w zakresie innowacyjnych zamówień publicznych. Upowszechnianie dobrych wzorów SIWZ opartych na opisie funkcjonalnym, opracowanych dla potrzeb „zamówień innowacyjnych”.

Niezależnie od słowa pisanego, wytycznych czy rozporządzeń, pozostają do rozwiązania problemy rynku zamówień publicznych takie jak:

- trudności lub brak umiejętności w zdefiniowaniu obiektywnych kryteriów oceny przedmiotu zamówienia, którym jest innowacyjne rozwiązanie/technologia;
- trudności lub brak umiejętności w prawidłowym zdefiniowaniu cech/funkcji, które powinien posiadać przedmiot zamówienia (wskazanie oczekiwanych funkcji, a nie rozwiązań),
- niechęć do podejmowania ryzyka wynikająca z braku doświadczenia i wiedzy ze strony zamawiających,
- przyjmowanie restrykcyjnych kryteriów wyboru oferty, co wyklucza „młode” innowacyjne firmy,
- unikanie ofert wariantowych i trybów negocjacyjnych,
- obawa przed odpowiedzialnością za niestandardowe działania polegające na nabywaniu rozwiązań lub produktów nie zweryfikowanych przez długotrwałe stosowanie na rynku,
- nadmierne posługiwanie się kryterium ceny jako jedynym kryterium oceny ofert,
- nieumiejętność konstruowania umów o zamówienie publiczne w sposób, który pozwalałby twórcom rozwiązań i zamawiającemu na dalszą współpracę mającą na celu rozwój dostarczonego produktu.

Kluczowym jest hołdowanie nienowemu stwierdzeniu: **potrzeba matką wynalazku.**

Podstawowym źródłem wdrażania innowacji powinny być kreatywne, tak definiowane zamówienia aby wymuszały dostawy rozwiązań mających cechy „nowości” techniczno-technologicznej czy organizacyjnej. Ustawa Pzp tego nie ułatwia ale umożliwia. Należy więc z jednej strony wprowadzić odpowiednie modyfikacje prawne a drugiej strony zmotywować, czy wręcz zobowiązać zamawiających do realizacji znacznej ilości zamówień mających cechy rozwiązań innowacyjnych. **Zamówienia publiczne winny być istotnym narzędziem państwa zmierzającym do generowania innowacji szczególnie (ale nie tylko) przy realizacji różnego typu Programów pomocowych.**

Pozostaje wykreowanie innowacyjnego Zamawiającego i zielone światło dla innowacyjnych rozwiązań w procesie budowlanym finansowanych ze środków publicznych.

### LITERATURA

- [1] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych; tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm. - dalej w skrócie jako Pzp.
- [2] Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz. U. UE L 134/114, z późn. zm.
- [3] Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień publicznych, COM(2011) 15.
- [4] Grupa Doradcza Sienna, Tworzenie warunków dla zamówień publicznych sprzyjających innowacjom, ekspertyza na zlecenie Ministerstwa Gospodarki, Warszawa 2007.
- [5] dr Henryk Nowicki, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu „System zamówień publicznych jako regulacja prawna kreująca innowacyjność”
- [6] H. Nowicki (red.), I. Łazuga, J. Wyżgowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji,
- [7] Urząd Zamówień Publicznych Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2009 roku, s. 26.
- [8] Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych, 1.01.2010 – 31.12.2010, NR 12/2010.
- [9] Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 1999 r.,
- [10] Rola władz publicznych we wspieraniu innowacyjności, Raport domos Europa-Centrum Strategii Europejskiej,
- [11] Panasiuk A., Kłoda Z., Zamówienia przyjazne innowacjom, Warszawa 2010r
- [12] Ministerstwo Gospodarki, Urząd Zamówień Publicznych, Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój, Warszawa 2008.
- [13] dr inż. Janusz Rybka, mgr inż. Marek Winkowski, „Czy zamówienia publiczne blokują wdrażanie innowacyjności”, Konferencja SOOIPP KIELCE 25maj 2012.

# Pojęcie ryczałtu w robotach budowlanych



Jan  
**ZAMBRZYCKI**  
Członek SIDiR

W kontraktach na roboty budowlane cena za ich wykonanie może być ustalana w różny sposób. Może to być cena ryczałtowa lub obmiarowa. Coraz bardziej powszechnym staje się wybór ceny ryczałtowej, a co zatem pojawiają się różne interpretacje tego pojęcia. Szczególnie zamawiający skłaniają się do traktowania tej ceny, jako absolutnie stałej nie podlegającej żadnym zmianom. Takie stanowisko wynika głównie z uproszczonej interpretacji treści Ustawy o zamówieniach publicznych, art. 144, który bardzo ogranicza prawo zamawiającego do wprowadzania zmian w ustaleniach kontraktowych. W tej sytuacji warto pochylić się nad zrozumieniem tego pojęcia jakim jest ryczałt.

Jako najważniejsze w rozumieniu ustaleń umowy z wynagrodzeniem ryczałtowym, jest spójne pojmowanie przez strony kontraktu zapisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Ustawa o zamówieniach publicznych (art. 29) wyraźnie nakłada na zamawiającego obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Wszelkie dalsze ustalenia kontraktowe, w tym także cena ryczałtowa, są uzależnione od tego zapisu. Z wieloletniego doświadczenia jako rozjemcy w kontraktach na roboty budowlane mogę stwierdzić, że znakomita większość sporów powstałych pomiędzy zamawiającymi i wykonawcami ma swoje podłoże w braku tej spójności. Na etapie zawierania umowy o roboty budowlane, strony nie zawsze wyczerpują wszelkie możliwe środki, aby właściwie zrozumieć w sposób spójny (przez wykonawcę i zamawiającego) opis przedmiotu zamówienia. To zrozumienie jest podstawowym warunkiem uczciwej i równej konkurencji pomiędzy oferentami przystępującymi do przetargu. Ten czynnik leży u podstaw idei zapisów Ustawy o zamówieniach publicznych i wymogów stawianych przez Unię Europejską. Taka idea jest gwarancją wolnej konkurencji na rynku gospodarczym. W tym zakresie jednostki projektowe mają zasadniczą rolę do spełnienia.

Ustawa o zamówieniach publicznych (art. 30 i 31), w odniesieniu do robót budowlanych, wyraźnie określa jakimi cechami powinien się oznaczać opis przedmiotu zamówienia. Dokumentacja projektowa i specyfikacja techniczna są odpowiednimi narzędziami do dokonania tego opisu. Z tych dokumentów musi jednoznacznie wynikać wielkość, jakość, funkcja, warunki realizacji, warunki odbioru..., przedmiotu zamówienia, a więc zakresu robót budowlanych. Czy praktyka pozwala na wyczerpujące spełnienie tej roli? Z długoletniej praktyki wiem, że nigdy dokumentacja projektowa nie do końca jest w stanie przewidzieć wszelkich okoliczności realizacji inwestycji. Projekt jest zawsze tylko pewną prognozą.

Wykonawcy, przystępujący do przetargu na roboty budowlane według opisu przedmiotu zamówienia, przeprowadzają własną analizę, w tym kosztową, stanowiącą podstawę złożonej oferty. **Ważne jest, aby wszyscy wykonawcy startujący do przetargu jednoznacznie rozumieli opis przedmiotu zamówienia.** Jeśli pozostaje jakaś kwestia niejasna lub nie ścisła, istnieje w procedurze przetargowej instytucja pytań do zamawiającego, na które musi on odpowiedzieć tak, aby wszyscy startujący poznali tę odpowiedź przed złożeniem oferty. Taka procedura jest jasna w przypadku prostych zadań do wykonania. Jeśli ma się do czynienia ze skomplikowanymi przedsięwzięciami budowlanymi, sprawa nie wygląda już tak prosto. W dokumentach nie zawsze wszystko jest do końca rozpoznane. Różnice w ocenie bywają znaczne i w trakcie realizacji robót dochodzi do kontrowersji, a w szczególnych przypadkach do sporów. Świadomi tych kontrowersji i doświadczeni zamawiający wiedzą, że problem ten niesie ryzyko takich niedomówień i w ustaleniach kontraktowych stwarzają odpowiednie zapisy. Świadome ryzyko polega na tym, aby ewentualność pojawienia się elementów nie do końca przewidzianych w dokumentacji przetargowej brać na siebie (zamawiającego), albo przerzucić na wykonawcę, który wtedy to ryzyko odpowiednio wyceni. Świadomość tego zjawiska ma swoje przełożenie na ekonomiczne warunki realizacji:

- jeśli ryzyko nie pojawi się, a zamawiający wziął ją na siebie, to zaoszczędzi na realizacji, jeśli jednak wystąpi, to będzie zmuszony do zapłaty dodatkowego wynagrodzenia wykonawcy;
- jeśli zamawiający przerzuci ryzyko na wykonawcę, to niezależnie od wystąpienia tego ryzyka, będzie zawsze zmuszony zapłacić to wynagrodzenie, bo wykonawca uwzględni go w swojej kalkulacji cenowej.



W planowaniu przedsięwzięć budowlanych, każda ze stron przetargów (zamawiający i wykonawcy) musi przeprowadzić odpowiednią analizę ryzyka, które zawsze przekłada się na cenę kontraktową. Właściwe przygotowanie projektu umożliwi mądry i sprawiedliwy podział tego ryzyka prowadząc do zmniejszenia kosztów i zagwarantowania terminowej realizacji projektu inwestycyjnego. Przypominając te problemy, które są zapewne doskonale znane wykonawcom robót budowlanych, pragnę zwrócić uwagę na czynniki decydujące o wysokości cen ryczałtowych.

Cena ryczałtowa zawsze może zawierać pewien zakres problemów nie do końca przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia, który wyraża się zakresem robót budowlanych. Dlatego wszelkie przedmiary robót powinny być traktowane jako orientacyjne i nie mogą być traktowane sztywno tak, jak w przypadku cen ustalanych obmiarowo. Doświadczony wykonawca musi wiedzieć i przyjmować do swoich kalkulacji cenowych, że może spotkać się z nieprzewidzianymi okolicznościami realizacji, oraz jakie są niezbędne elementy przedmiotu zamówienia, które muszą być zrealizowane tak, aby przedmiot zamówienia spełnił oczekiwane efekty, ale tylko w takim zakresie, jaki wynika z opisu przedmiotu zamówienia. **Są jednak takie elementy, które wykraczają poza opis przedmiotu zamówienia, czyniąc go innym niż to wynika z tego opisu i w takiej sytuacji nie można utożsamiać go z zakresem ustalonym kontraktem, jako obowiązkowego wymogu mieszczącego się w cenie ryczałtowej.** *Nie może być np. tak, że zamawiający w przetargu opisał samochód osobowy na przykładzie marki syrenka, a oczekuje od wykonawcy mercedesa. Oczywiście syrenka musi być zdolna do jazdy (np. mieć koła, o których nie było mowy w dokumentach przetargowych), ale to nie znaczy, że ma spełniać wszystkie warunki mercedesa (np. klimatyzacji podnoszącej komfort jazdy).* Przykładów można tu wymienić wiele. Każdy z takich przykładów wymaga indywidualnego spojrzenia i oceny – czy dany zakres mieści się w cenie ryczałtowej, czy też nie. Pojawienie się robót dodatkowych musi więc być przedmiotem szczegółowej analizy polegającej na uzyskaniu odpowiedzi na pytanie – czy ten dodatkowy zakres mieści się w opisie przedmiotu zamówienia, czy też wykracza poza ten opis i stanowi zmianę funkcji, jakości, wielkości itp., w stosunku do opisanych. Jeśli zmiana polega na zmianie merytorycznej treści opisu (zakresu), to nie może być traktowana jako mieszcząca się w cenie ryczałtowej i wówczas generuje ona koszt i konieczność przyznania wykonawcy wynagrodzenia dodatkowego ponad wartość ryczałtu.

Niezależnie od powyższego stanowiska, pragnę dodatkowo zwrócić w tym miejscu uwagę na ustawowy zapis (art. 632 § 2 kc), który dopuszcza zmianę ustaleń umownych (np. ceny ryczałtowej) w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia w przypadku zaistnienia okoliczności nieprzewidzianych, ale taka zmiana może być przyjęta przez zamawiającego tylko w wyniku decyzji sądu. Rozpatrując taki wniosek zmiany, sąd analizuje bardzo wnikliwie okoliczności pojawienia się takich nieprzewidzianych zdarzeń, które pojawiając się mogły-

by narazić wykonawcę na rażącą stratę. Argumentacja w tej sprawie wymaga bardzo mocnego uzasadnienia. Postępowanie przed sądem, wymagałoby wnikliwego przygotowania dowodów uzasadniających powstanie takiej nadmiernej – rażącej straty. Z doświadczenia wielu przypadków wynika, że nie do końca rozpoznane czynniki realizacji robót budowlanych, szczególnie w zakresie dostępu do terenu budowy, występowania siły wyższej, czy drastycznych zmian na rynku gospodarczych (np. nieprzewidywalny powszechny wzrost cen materiałów) i innych temu podobnych, są poważnie brane pod uwagę i rozstrzygane postanowieniami sądów na korzyść wykonawców.

Zdarza się w praktyce realizacji robót budowlanych, że zamawiający ogranicza zakres pewnych fragmentów robót określonych w kontrakcie i oczekuje od wykonawcy zmniejszenia ceny ryczałtowej. Biorąc pod uwagę zapis art. 632 § 1 kc, zamawiający nie ma podstaw do stawiania takich oczekiwań. Taki pogląd wyraźnie wynika z komentarza Becka do Kodeksu Cywilnego cytowanego wyżej. **Cena ryczałtowa jest zobowiązująca i zmusza zamawiającego do zapłaty wynagrodzenia wykonawcy w pełnym wymiarze.** Zamawiający często jednak oczekuje od wykonawcy określenia oszczędności i pomniejszenia zapłaty właśnie o te oszczędności. Z własnego doświadczenia mógłbym wskazać na liczne przykłady, kiedy zamawiający w takich przypadkach oczekuje korekty ceny ryczałtowej o wartość robót określonych w oparciu o kosztorys sporządzony na podstawie przedmiaru robót. Jest to błędne rozumowanie, sprzeczne z sensem pojęcia ryczałtu. **Ustalenie ceny ryczałtowej jest zupełnie inne od ustalania ceny obmiarowej i nie może być dowolnie przyjmowane w rozliczeniach kontraktów na roboty budowlane.** W kontraktach opartych o ceny obmiarowe strony negocjują parametry cenotwórcze (wartość stawki robocizny, procent na koszty ogólne, procent zysku i inne), a w cenach ryczałtowych takich negocjacji nie prowadzi się. **Dlatego nie można tych dwóch zasad mieszać ze sobą. Przy ustalaniu ceny ryczałtowej wykonawca we własnym zakresie prowadzi kalkulację, jest to jego wewnętrzna polityka firmy i nie musi jej ujawniać drugiej stronie umowy.**

### Reasumując

1. Cena ryczałtowa powinna być jednoznacznie związana z jasnym i wyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia i wtedy stanowi ona niezmienny element kontraktu.
2. Roboty wykraczające poza zakres opisany w materiałach przetargowych, powinny być indywidualnie ocenione i potraktowane jako zwiększające cenę ryczałtową. Wykonanie takich robót zobowiązuje wykonawcę do ich realizacji za dodatkowym wynagrodzeniem.
3. Ograniczenie przez zamawiającego zakresu robót budowlanych nie może wprost stanowić podstawy zmniejszenia ceny ryczałtowej.

*(Artykuł opublikowany również w numerze 250 miesięcznika „Wiadomości” wydawanego przez Izbę Projektowania Budowlanego).*

# Wnioski dotyczące postępowania Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w zakresie zlecania robót w systemie przetargowym



Bogdan  
**ROGUSKI**  
Członek SIDiR

## 1. OGÓLNE TŁO REALIZACJI INWESTYCJI BUDŻETOWYCH

W ostatnich latach w realizacji projektów i drogowych w Polsce skupiła się suma błędów popełnianych przez administrację państwową w prowadzeniu działalności inwestycyjnej. Błędy te doprowadziły to do załamania większości programów unowocześniania infrastruktury technicznej kraju. Terminy osiągnięcia założonych celów nie zostały dochowane, ani nie zostały ponownie ustalone.

## 2. PODSTAWOWE PROBLEMY MERYTORYCZNE

### 2.1 Brak oceny wpływu czasu na sposób realizacji inwestycji

Realizacja inwestycji drogowych w Polsce osiągnęła stan głębokiej zapaści. Przyczyny tego stanu administracja państwowa zrzuca na przedsiębiorstwa wykonawcze usiłując nie dopuścić do oceny własnych błędów i niekompetencji.

Jednym z głównych powodów powstałego stanu rzeczy jest ignorowanie przez administrację powiązania związku czasu z nakładami inwestycyjnymi.

Lekceważeniem roli czasu było np. wydanie przepisów o sposobie finansowania inwestycji ze środków unijnych w dwa lata po udostępnieniu tych środków, przeciąganie się procesów przetargowych co zajęło z grubsza następny rok z siedmioletniego cyklu planowania tych inwestycji. Rezerwując sobie jeszcze czas na rozliczenie nakładów inwestycyjnych na rzeczywiste wykonawstwo pozostawiono praktycznie nie wiele więcej niż trzy lata. Gdyby nie presja EURO 2012 przypuszczalnie administrowanie środkami unijnymi bez rzeczywistych efektów trwałoby nadal. Pozostawiało to wykonawcom bardzo ograniczone okresy realizacji.

Jednym z wyników tego stanu rzeczy było dzielenie zadań na krótkie odcinki i powierzanie ich różnym wykonawcom co spowodowało m.in.

- wzrost zapotrzebowania wykonawców na środki finansowe,

- zwiększenie ilości potrzebnego sprzętu ponad wielkości uzasadnione technicznie,
- nieuzasadnioną konkurencję pomiędzy wykonawcami o dostęp do sprzętu, materiałów i surowców, oraz zatrudnienia siły roboczej.

Ponadto realizacja wypłat za wykonane roboty przebiegała bardzo wolno, i była opóźniana z tytułu różnego podejścia co do zakresu i wyceny robót pomiędzy zamawiającym a wykonawcami.

### 2.2. Wzrost zapotrzebowania na środki finansowe

Przy uruchamianiu tak wielkiego programu inwestycyjnego jedynym rozwiązaniem dla wykonawców było wcześniejsze przygotowanie potencjału wykonawczego. Wywołało to gwałtowny wzrost zapotrzebowania na środki finansowe.

Konieczne było zwiększenie potencjału technicznego, rozbudowa zaplecza, zorganizowanie dostaw materiałowych dla przyszłych budów. Sama realizacja inwestycji przy długich okresach zapłaty wymagała też poważnych środków obrotowych.

Na rozbudowę zaplecza firmy wykonawcze uzyskiwały duże kredyty bankowe, powodujące wzrost kosztów finansowych. Dotyczyło to także wielu poddostawców.

Poważne problemy zaczęły się z chwilą opóźnień w regulowaniu rachunków przez inwestorów co wywołało serię wypowiedzeń kredytów i upadłości firm wykonawczych. Brakowało środków na odsetki, raty kredytów, zapłaty podwykonawcom i dostawcom. Zwłaszcza podwykonawcy i dostawcy pierwsi padali ofiarą nieregulowanych należności.

Nic się nie mówi o skutkach kolejnych redukcji unijnych programów inwestycyjnych, które też w jakiś sposób musiały zaangażować środki wykonawców. Nie wszystkie inwestycje przewidziane do anulowania udało się rzeczywiście zatrzymać.

Nie zostały wykorzystane w pełni możliwości stosowania zaliczek jako elementu zwiększenia płynności finansowej wykonawców i uchronienia ich od niepewnej zależności od kredytów bankowych, a także obniżenia wartości składanych ofert.

### 2.3 Możliwości uzyskania materiałów i surowców

Niespotykana koncentracja robót napotkała na trudności z zapewnieniem potrzebnych materiałów i surowców. Stworzyło to poważne problemy u dostawców. Nie tylko chęć wykorzystania koniunktury ale potrzeba rozwinięcia potencjału wywołały ruchy cenowe o rozmiarach trudnych do przewidzenia (kruszywa, stal, asfalt, cement). Nie znane są realne metody prognozowania zmian cen na taką skalę.

### 2.4 Stan zatrudnienia

Do prowadzenia działalności gospodarczej w budownictwie konieczne jest zaangażowanie poważnego potencjału ludzkiego. Zorganizowanie tego zaangażowania wymaga dłuższego

czasu. Wykonawcy do tego celu wykorzystują podwykonawców. Firmy te są najstabszym ogniwem w organizacji procesu inwestycyjnego.

Masowe zwolnienia z powodu zahamowania realizacji podjętego programu inwestycyjnego mogą być powodem poważnych niepokojów społecznych.

### 3. ORGANIZACJA I ZARZĄDZANIE PROCESEM INWESTYCYJNYM

#### 3.1 Wprowadzenie

W większości realizowanych inwestycji, GDDKiA za podstawę swoich warunków realizacji kontraktów przyjmuje Warunki Kontraktowe FIDIC. Podstawową ideą FIDIC jest prowadzenie robót w duchu współpracy zamawiającego z wykonawcą. Idea ta przewija się przez szereg klauzul Warunków Kontraktowych. Z szerokiego zakresu zagadnień organizacji i zarządzania procesem inwestycyjnym poruszone zostaną tylko niektóre. Dotyczy to zwłaszcza tych zmian wprowadzanych przez GDDKiA, które tej zasadzie przeczą. W tekście niniejszym zawsze mowa jest o robotach budowlanych, projektowaniu i dostawach związanych z robotami prowadzonymi ze środków unijnych lub budżetowych wykonywanych na podstawie zamówień publicznych.

#### 3.2 Przedmiot zamówienia

Według obowiązujących przepisów przedmiot zamówienia określany jest dokumentacją albo ustaleniami Programu Funkcjonalno-Użytkowego. **Polskie przepisy oparte są na nieprawdziwej tezie, że można przedmiot zamówienia obejmującego roboty budowlane, usługi i dostawy opisać całkowicie i bez reszty.** Na tej mylnej zasadzie oparty jest cały system zakazów, kontroli i drobiazgowych rozliczeń. Cały system organizacji realizacji oparty jest na ściganiu wszelkich odchyśleń od w/w zapisów przedmiotu zamówienia. Można przedstawić decyzje ministerialnych dyrektorów, że przy weryfikacji faktury o wielotysięcznej wartości nie zalicza się do uznanych kosztów kwalifikowanych kwoty 7 groszy i wstrzymuje się z tego powodu realizację całej faktury.

Tymczasem ci którzy tak formułują swoje wymagania potrafią wstawiać także klauzule mówiące, że bez względu na zapisy w dokumentacji a zwłaszcza PFU, obiekt ma zostać wykonany zgodnie z najnowocześniejszymi rozwiązaniami, nawet takimi, których nie można było ustalić w czasie wykonywania dokumentacji czy PFU, oraz dodatkowymi żądaniami zamawiającego bez zmiany ceny umownej.

W trakcie realizacji przedmiotu zamówienia powstaje szereg zjawisk powodujących, że koniecznym jest wprowadzanie korekt wynikających przykładowo z

- nieprzewidzianych zjawisk w podłożu geologicznym,
- wad w projektowaniu opartych na błędnych informacjach czy założeniach,
- zmian rynkowych np. przewidywany dostawca zbankrutował, zaprzestano produkcji określonych materiałów itp.

Publikacje powszechnie dostępne przytaczają wiele dowodów na wprowadzanie przez zamawiających setek dokumentów zmieniających ustalony zakres robót.

Stan taki jest pogłębiany przez orzecznictwo KIO i sądowne prezentujące tezę, że występowanie zamawiających jako reprezentujących interes społeczny pozwala na takie formułowanie umów w których pozycja wykonawcy jest znacznie słabsza od zamawiającego a zakres zamówienia **ma charakter ot-**

**warty.** Doprowadza to do braku zainteresowania zamawiających dokładnym precyzowaniem przedmiotu zamówienia i wprowadzaniem ustaleń nieprecyzyjnych, pozwalających na dowolną interpretację zapisów dokumentacyjnych. Dotyczy to zwłaszcza programów funkcjonalno-użytkowych w przypadku stosowania formuły „projektuj i buduj”.

**Należy rozpatrzyć celowość zaniechania stosowania formuły „projektuj i buduj” do czasu, kiedy zamawiający przygotowują się do rozważnego jej stosowania.**

#### 3.3 Warunki kontraktowe

Można łatwo udowodnić, że większość problemów jakie doprowadziły do zapaści budownictwa drogowego w Polsce wynika z ignorowania zapisów zawartych w Warunkach Kontraktowych FIDIC i zastosowanie zasady „projektuj i buduj” do inwestycji, które do tego typu warunków się nie nadają, lub są do nich niewystarczająco przygotowane. Podstawowe zapisy Warunków są powszechnie wypaczane, „okaleczane”, tak, że zgubiona zostaje cała idea założeń FIDIC-owskich w nich zawartych.

Oprócz podstawowo kardynalnego błędu eliminowania jakiegokolwiek odpowiedzialności zamawiającego w procesie inwestowania do takich błędów trzeba zaliczyć m.in.

- wykreślanie zmian wartości kontraktów z tytułu zmian cen materiałów i dostaw, podatków, energii, płac itp.,
- ograniczenie stosowania zaliczek na rozwinięcie działalności przez wykonawców,
- wstrzymywanie odbiorów obiektów z tytułu nieistotnych niedoróbek bez liczenia się z stratami z tytułu nieużytkowania w zasadzie zakończonych obiektów,
- nie możliwe do utrzymania 10 letnie okresy gwarancyjne dla całych projektów bez uwzględniania technicznego zużycia poszczególnych ich części, przekraczające okresy technicznego zużycia niektórych elementów i ich okresów remontowych,
- nieuzasadnione i uniemożliwiające normalną współpracę zakresy kar, które spowodują, że strony zamiast współpracować w realizacji będą zajmować się jedynie naliczaniem i odwoływaniem się od naliczania tych kar,
- mnożenie nieuzasadnione wysokich kar porządkowych za nieprzygotowanie dokumentów organizacyjnych, liczonych za każdy dzień opóźnienia dostarczenia tych dokumentów, najczęściej od wartości całych projektów,
- rezygnacja z wprowadzenia rozjemstwa i arbitrażu na rzecz długotrwałych procesów sądowych.

**Propozycje zawarte w opublikowanych przez GDDKiA Specyfikacjach Istotnych Warunków Zamówienia gwarantują jedynie pewność zerwania kontraktów nie pozostawiając żadnym szans na ich zrealizowanie.**

Nie gwarantują one realizacji „interesu Skarbu Państwa, a zatem interesu publicznego, który w zakresie inwestycji prowadzonych przez GDDKiA skupia się na kwestiach jakości, trwałości, ekonomiki, oraz ma zapewnić możliwe pełne uzyskanie refundacji poniesionych kosztów w ramach funduszy Unii Europejskiej” – jak pisze Pan dyr. Rudnicki w piśmie Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 17.08.2012. Dowodem niepodważalnym jest obecny stan realizacji większości realizowanych obiektów. Dlatego poważne wątpliwości wzbudza powoływanie się w w/w piśmie na doświadczenia GDDKiA jako inwestora publicznego.

# Czego konsultanci mogą się nauczyć od notariuszy?



Władysław  
**BIAŁACHOWSKI**  
Konsultant, Rozjemca  
właściciel B-Act Sp. z o.o.

(po rozmowie z notariuszem)

## Wyzwalanie profesji a jakość usług

Politycy ostatnio polubili „wyzwalać” różne profesje, podobno od hegemonii starszych kolegów, którzy różnymi przykrymi, a zupełnie niepotrzebnymi praktykami, okropnie utrudniają dostęp młodzieży do zawodu.

Z pozoru takie ruchy wydają się słuszne i „sprawiedliwe”. Więcej specjalistów na rynku, większa konkurencja, niższe ceny...

Tylko, czy tak jest? Czy przypadkiem nie odbywa się to kosztem jakości usług świadczonych przez tych tzw. specjalistów?

Świat już dawno wymyślił metodę doskonalenia zawodowego, i to w zawodach o wiele mniej skomplikowanych niż notariusz czy, bliższy nam, konsultant. Otóż, żeby zostać szewcem czy kowalem, trzeba było kilka lat uczyć się zawodu u majstra, najpierw jako uczeń, potem jako czeladnik, by po zdaniu egzaminów mistrzowskich, przy odrobinie szczęścia i jakimś zasileniu finansowym, otworzyć własny warsztat.

## Notariusze – kontrola dostępu do zawodu, a jakość usług

I cóż takiego zrobili notariusze?

Zaraz po zlikwidowaniu monopolu państwowego notariatu w 1989 roku, powołali Krajową Radę Notarialną, która wdrożyła system kontroli dostępu do zawodu – tak, to była/jest kontrola dostępu – i system nauczania, i praktykowania osób aspirujących do tego zawodu. Jaki był skutek? Jest to chyba najsprawniej działająca gałąź usług prawnych w Polsce. A nie jest łatwo; krzyżuje się w prywatnych notariatach zagadnienie pełnienia władz-

stwa Państwa, z działalnością gospodarczą notariuszy. Mimo to system działa świetnie, usługi są „first class”, a tzw. wpadki bardzo nieliczne i starannie eliminowane przez samych notariuszy poprzez sprawnie i rygorystycznie funkcjonujący sąd koleżeński. Niejeden już notariusz pożegnał się z zawodem na skutek wyroku tegoż sądu. Eliminuje to osoby nieuczciwe lub niedouczzone i zapewnia pełne zaufanie społeczeństwa do notariuszy. Co ważniejsze, gwarantuje bezpieczeństwo obrotu gospodarczego. Pewnie nie wszyscy wiedzą, że w Polsce np. ilość transakcji kupna nieruchomości kwestionowana na drodze sądowej wynosi niespełna promil, podczas gdy w Stanach Zjednoczonych około 80%.

Jednym słowem: jest świetnie!

## Nasze podwórko – co zrobić, aby poprawić wizerunek i sytuację materialną Konsultantów?

Na czym polega podobieństwo roli Inżyniera Konsultanta (Kontraktu) do notariusza? Otóż obaj nie są stroną w rozpatrywanych sprawach, a służą sprawie wyższej. Notariusze porządkowi prawnemu, a Inżynierowie – realizowanemu projektowi. Tak przynajmniej powinno być.

Aby tak było, muszą powstać warunki do pełnego zaufania społecznego. Wymaga to oczywiście wysokich kwalifikacji zawodowych i etycznych, a więc konieczny jest system podnoszenia kwalifikacji, starannego doboru osób pełniących te funkcje i kontroli ich funkcjonowania.

Stąd bierze się niezwykle podobieństwo sytuacji Inżynierów do notariuszy. Powstałe odgórnie monopolistyczne Izby Budowlane, do których przynależność jest obowiązkowa pod groźbą zakazu wykonywania zawodu, są ciałami fikcyjnie zapewniającymi jakość pełnienia usług przez Inżynierów.

Nieco inna jest sytuacja Inżynierów konsultantów pełniących funkcje tzw. Inżyniera kontraktu w rozumieniu FIDIC, i pokrewnych, które to funkcje nie są w żaden sposób kontrolowane przez państwo. Są to funkcje importowane do naszego kraju z krajów anglosaskich. Rozpowszechniły się wraz z ogromem pieniędzy napływających do Polski z UE, a też Banku Światowego i innych źródeł. Użyteczność Inżyniera kontraktu już nikogo prawie w Polsce nie dziwi i, zdaje się, funkcja ta wtopi się na zawsze w praktykę polskich procesów inwestycyjnych.

Nie uda nam się wprowadzić quasi monopolu na wzór notariuszy. Powinniśmy jednak użyć wspomniany



wyżej mechanizm zaufania społecznego w celu podniesienia jakości usług konsultantów i zapewnienia godnych warunków pracy, a więc i płacy, dla tych konsultantów, którzy się do tego nadają.

Wszyscy znają rozliczne przypadki tzw. Inżynierów kontraktu, którzy w żadnym wypadku funkcji tej pełnić nie powinni. Z różnych powodów; od braku kwalifikacji do ułomności etycznej. Ale jednak musimy działać w warunkach panującego prawa zamówień publicznych (dopóki nie zostanie zmienione, i o ile). Niestety, wciąż praktycznie jedynym kryterium wyboru Inżyniera kontraktu jest cena, a w każdym razie, jest jedynym praktycznie stosowanym. Statystyki za rok 2011 mówią, że w przetargach na roboty budowlane, cena jako jedyne kryterium była użyta w 95% przypadków, a na usługi w 87%. Tak więc, praktycznie, rzetelny, doświadczony i dobrze wykwalifikowany Inżynier kontraktu nie ma żadnych szans konkurowania z przypadkowym, średnio etycznym człowiekiem „z zewnątrz”. Numerus clausus nie wchodzi w rachubę (jakkolwiek notariusze uważają to za najwłaściwsze rozwiązanie); cóż więc zrobić?

Jedynym wyjściem, jak się wydaje, jest wprowadzenie do świadomości środowiska zajmującego się inwestycjami elitarności stowarzyszenia i jego członków. Później, to już wola zamawiających będzie decydowała, czy wolać najtańsze usługi czy dobre.

Jasne, że wiąże się to z koniecznością wytworzenia owej elitarności naszego środowiska. Moje obserwacje wskazują, że, zarówno poprzednia kadencja zarządu, jak i obecna, sporo w tym kierunku zrobiły.

Należy jednak wzmocnić wysiłki i stworzyć takie mechanizmy, które:

- ułatwią i spowodują istotne podnoszenie kwalifikacji przez nas wszystkich,
- zablokują wchodzenie do organizacji osób niegwarantujących najwyższej jakości usług,
- wyeliminują osoby o wątpliwej etyce.

### **Stańmy się organizacją EKSKLUZYWNA, ELITARNĄ!**

Świat jednak nie jest taki oczywisty. Konsultanci angażują się w wiele różnych aktywności; pozycja Inżyniera kontraktu, czy rozjemcy, to tylko niektóre z nich. Świadczenie usług dla stron procesu inwestycyjnego jest powszechne. Tak więc występowanie jako doradca dla wykonawcy robót, czy dla zamawiającego, ustawia konsultanta po jednej ze stron potencjalnego konfliktu. Jest to oczywista różnica w stosunku do roli notariusza, który, z definicji, nigdy nie jest stroną. Czy to wyklucza proponowane wyżej podejście do oparcia społecznego zaufania do konsultantów na przynależności do ekskluzywnej organizacji? Bez wątplenia jest to zagadnienie, które może – i prawdopodobnie będzie – użyte jako argument ewentualnych przeciwników tejże propozycji. Ja jednak uważam, że nie ma w tym sprzeczności. Etyczne i profesjonalne podejście do wykonywanych usług, niezależnie od tego, czy świadczone usługi stawiają nas po jednej ze stron, czy jako obiektywnych strażników racji wyższej, jest niezbędne i jest gwarancją wysokiej jakości świadczonych usług. Więc, jeżeli przynależność do ekskluzywnej organizacji profesjonalistów zacznie być postrzegana przez społeczeństwo jako gwarancja takiej jakości, będzie to z niewątpliwą korzyścią dla nas konsultantów, dla naszych potencjalnych klientów, jak i dla procesów inwestycyjnych.

Jasne: diabeł tkwi w szczegółach. Pewnie trzeba by wyszczególnić role, w których konsultant może się znaleźć, zdefiniować je i ustalić reguły i granice, których nie powinien przekraczać. Już wcześniej wspomniałem o potrzebie ustalenia warunków przystąpienia do stowarzyszenia tak, żeby zapewnić jego ekskluzywność, będącą gwarancją najwyższej jakości i dobrych praktyk. Konieczne również jest przeanalizowanie tych zagadnień w kontekście zasad obowiązujących w FIDIC i EFCA.

Intencją niniejszego artykułu nie jest podanie gotowego rozwiązania, a jedynie zwrócenie uwagi na potrzebę poważnego zajęcia się tym zagadnieniem i wywołania dyskusji.



# V Konferencja Naukowa Urzędu Zamówień Publicznych

## „ZAMÓWIENIA PUBLICZNE JAKO INSTRUMENT SPRAWNEGO WYKORZYSTANIA ŚRODKÓW UNIJNYCH”



Bogdan  
**ROGUSKI**  
Członek SIDiR

Szerokim zainteresowaniem cieszyła się V Konferencja Naukowa Urzędu Zamówień Publicznych, której tematem były zamówienia publiczne w sferze wykorzystywania środków unijnych. Temat konferencji był szczególnie właściwie dobrany biorąc pod uwagę toczącą się gorącą dyskusję dotyczącą przebiegu realizacji projektów finansowanych z udziałem środków Unii Europejskiej i związanych z nimi perturbacji w przetargach, wykonywaniu powierzonych zadań, a zwłaszcza rozliczeń.

Poniżej podano wybrane uwagi, które mogą zainteresować realizatorów projektów wykonywanych na podstawie umów zawieranych zgodnie z Prawem zamówień Publicznych.

### 1. TEMATY KONFERENCJI

Szczegółowe tematy konferencji obejmujące ponad 20 tytułów zostały przygotowane w formie książkowej i wydane przez UZP. Prezes UZP obiecał, że jego trzy wystąpienia – zagajenie, głos w dyskusji i podsumowanie ukażą się w najbliższym Biuletynie UZP.

Koncentracja tak dużej ilości tematów w okresie praktycznie półtora dnia spowodowała, że wprowadzenia bezpośrednie musiały być bardzo krótkie, a dyskusja ograniczona.

Wiele miejsca zajęły specyficzne tematy prawnicze, których streścić tu nie sposób, dotyczących niespójności przepisów prawnych aż do stwierdzeń, że nie wszyscy specjaliści prawa cywilnego przyjęli istnienie Prawa Zamówień Publicznych. Wymieniano tu np. zależności między umowami o dzieło a umowami na roboty budowlane, możliwości ingerencji zamawiającego w umowy pomiędzy wykonawcami a podwykonawcami. Wiele trudności stwarza brak jednorodnej podstawy postępowania odwoławczego. Prawo Zamówień Publicznych nie reguluje charakteru postępowania odwoławczego – czy jest ono postępowaniem administracyjnym czy cywilnym. Nie do końca ustalona jest terminologia w tym postępowaniu i zakres stosowania kodeksu postępowania cywilnego. Nie zostały ustalone kryteria oceny „rażąco niskiej ceny”.

Z szerokiego zakresu tematów należy zwrócić uwagę na kilka spraw związanych z procesem przygotowania, wykonawstwa i rozliczania robót budowlanych.

Biorąc pod uwagę dość powszechne wnioski dotyczące niedoskonałości Prawa Zamówień Publicznych zwracano uwagę, że nie wszystkie zarzuty dotyczą samych uregulowań w Prawie Zamówień Publicznych, a dużej mierze odnoszą się one do sposobów stosowania tego prawa w praktyce. Szereg rozwiązań przewidzianych w tym prawie nie jest stosowanych, lub stosowanych bardzo rzadko. Wymienić tu można poza cenowe kryteria wyboru oferty i wykonawców (a nie jest to, to samo), stosowanie dialogu konkurencyjnego. Utrudniają uczciwą konkurencję zbyt drobiazgowo i często przekraczające rzeczywiste potrzeby wymagania zamawiających zawarte w opisach przedmiotu zamówienia, mnożenie rodzajów i wysokości kar umownych.

Podkreślano, że zakres oddziaływania Urzędu Zamówień Publicznych odnosi się głównie do stosowania Prawa Zamówień Publicznych i ingerencja urzędu w sam proces realizacji jest ograniczona.

### 2. TEMATY ZWIĄZANE Z PROCESAMI WYKONAWCZYMI ROBÓT BUDOWLANÝCH

Zwracano uwagę, że istotny z punktu widzenia wyboru wykonawcy obszar jego zobowiązań w ofercie nie jest wystarczająco egzekwowany w trakcie realizacji inwestycji, nie sprawdza się np. czy dotychczasowe zaangażowanie w inne projekty pozwala mu wykorzystać jego zasoby do projektu objętego danym przetargiem. Ustalono dokumenty, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy, nie wyczerpują wszystkich cech, jakie pozwalają zapewnić rzeczywistą zdolność do sprawnego wykonania robót. Dotyczy to zwłaszcza dostępności środków finansowych niezbędnych do płynnej realizacji inwestycji. Istotnymi są braki informacji o prowadzonych sporach i zobowiązaniach pozabilansowych, możliwości weryfikacji złożonych oświadczeń i rekomendacji, czego nie obejmują obecne przepisy wykonawcze.

Niewystarczająco rozwiązywane są problemy związane z utrudnieniami powstającymi w trakcie przygotowania i realizacji inwestycji. Brak lub opóźnienia decyzji lokalizacyjnych powoduje wzrost konfliktów i kosztów inwestycji. Także w trakcie realizacji projektów zdarza się, że nie dochowuje się dyscypliny lokalizacyjnej. Błędy w dokumentacji technicznej, w tym nie wystarczająco dokładne przygotowanie dokumentacji geologicznej powodują takie same ujemne skutki. Szczególną rolę ma kształtowanie Specyfikacji technicznych, które powinny wiążąco określić sposób realizacji projektu. Znaczną poprawę sytuacji powinny przynieść szersze korzystanie z konkursów przy zamawianiu projektów, wprowadzenie odpowiednich procedur przyjmowania dokumentacji na podstawie merytorycznej dyskusji nad projektem, wzmocnienie nadzoru autorskiego, z likwidacją możliwości oderwania tego nadzoru od projektanta.

Brak jest dokładniejszego ustalenia wymogów dotyczących wykorzystania potencjału podwykonawców i zapewnienia, że ich środki rzeczywiście zostaną wykorzystane. Zwracali na to uwagę także sami podwykonawcy,

którzy rezerwowali swój potencjał do wykonania określonych robót, a później nie zawierano z nimi umów i wykonawca realizował je samodzielnie często ze szkodą dla ich jakości. Urząd Zamówień Publicznych pracuje nad regulacją spraw związanych z podwykonawstwem.

W sprawie upublicznionego projektu UZP, dotyczącego wzorcowej umowy na roboty budowlane stwierdzono, że jest on jeszcze przedmiotem dyskusji i co może spowodować przesunięcie terminu wprowadzenia go w życie. Przy wszystkich zastrzeżeniach do projektu mógłby on być zaporą dla nieograniczonych ingerencji zamawiających w warunki kontraktowe powodujących głęboką nierównowagę pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami. Istotnym stwierdzeniem w trakcie dyskusji było podkreślanie konieczności uruchamiania własnej oceny sytuacji i podejmowania decyzji przez zamawiających zgodnie z naturalnym przebiegiem procesu inwestowania, a nie poszukiwaniem przepisu, często mylnie interpretowanego. Przepisy nigdy nie obejmą wszystkich zdarzeń jakie napotyka się w trakcie inwestowania i nikt uczestników tego procesu od myślenia nie zwolni.

### 3. WAŻNE INFORMACJE DOTYCZĄCE PRZYSZŁYCH ZDARZEŃ

Prezes UZP poinformował uczestników konferencji, że przygotowywane są nowe dyrektywy UE zastępujące dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE – Wniosek Komisji Europejskiej 2011/0483(COD) w sprawie nowej dyrektywy parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych.

Zdaniem Prezesa zmiany tam przewidywane idą tak daleko, że prawdopodobnie będzie koniecznym przygotowania nowego tekstu Prawa Zamówień Publicznych, gdyż do obecnego Prawa Zamówień Publicznych nowych dyrektyw wprowadzić się nie da. Przymuszczałnie zmiany wejdą od 2014 roku.

Następna konferencja naukowa Urzędu Zamówień Publicznych odbędzie się w maju – czerwcu 2013 roku we Wrocławiu.



# Aktualności SIDiR



Grażyna  
**ŁUKA-DOKTORSKA**  
Dyrektor Biura SIDiR

Jesień roku 2012 upłynęła w naszym Stowarzyszeniu pod znakiem ciężkiej pracy: debat, szkoleń i konferencji.

**17-18 września 2012 r.** odbyła się konferencja zorganizowana przez Urząd Zamówień Publicznych Pt. „Zamówienia Publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych”. Pan Bogdan Rogulski reprezentował SIDiR na tej konferencji i przedstawił swoje spostrzeżenia w Biuletynie. Podczas konferencji dyskutowano m. in. specyficznie prawnicze problemy związane z jej stosowaniem. Szereg rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę nie jest stosowanych lub jest stosowanych bardzo rzadko. Koronnym przykładem są pozacenowe kryteria wyboru oferty. Rozpatrywano także zagadnienie proponowanego przez UZP projektu wzorcowej umowy na roboty budowlane. Prezes UZP wskazał, że trwają prace nad przygotowaniem kolejnych Dyrektyw KE, które zaskutkują najpewniej koniecznością przygotowania nowej ustawy o zamówieniach publicznych.

**11 października 2012 r.** Polski Związek Pracodawców Budownictwa (PZPB), Polski Kongres Drogowy, Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR) i Związek Pracodawców Branży Inżynierskiej (ZPBUI) wystosowały wspólnie list do Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej Sławomira Nowaka w sprawie trudnej sytuacji w budownictwie. List nawiązuje do wystąpienia Ministra Sławomira Nowaka podczas „Kongresu Drogowego 2012” zwracając uwagę na trudną sytuację branży budowlanej i konieczność rzetelnego dialogu pomiędzy wszystkimi zainteresowanymi stronami jako przesłanki rozpoznania problemu i uzdrowienia sytuacji. Zgodnie z diagnozą zawartą w liście, podstawowym problemem jest brak równowagi i adekwatnego podziału ryzyka w procesie budowlanym. Pełną treść listu znajdują Państwo na stronie internetowej SIDiR: [www.sidir.pl](http://www.sidir.pl).

W dniu **20 października 2012 r.**, w sobotę, o godz. 10 30 odbyło się szkolenie dla arbitrów i rozjemców SIDiR pt. „Postępowanie przed sądem polubownym i komisją rozjemczą”. Szkolenie wspierali m. in. Przemysław Krzywonos, Jacek Kujawa i Krzysztof Czeszejko-Sochacki. Głównym przedmiotem szkolenia, przeprowadzonego w formie dyskusji, było zestawienie dwu procedur: rozjemczej i postępowania przed sądem polubownym.

W dniu **23 października 2012 r.** odbyła się, zorganizowana przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa (BZPB) w ramach Międzynarodowych Targów Budownictwa Drogowego, Kolejowego oraz Zarządzania Ruchem, debata pt. „Inwestor – wykonawca – podwykonawca: partnerstwo w trudnym projekcie, czy rywalizacja?”.

W debacie wzięli udział: Pan Lech Witecki po. Generalnego Dyrektora Dróg i Autostrad oraz Pan Jacek Sadowy Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Debata została przeprowadzona w formie 2 paneli,

z których pierwszy poświęcony był zagadnieniom relacji pomiędzy zamawiającym i generalnym wykonawcą, a drugi pomiędzy generalnym wykonawcą i podwykonawcą. Zasadniczym problemem tych relacji okazał się brak równowagi pomiędzy stronami. Zastanawiano się, na ile zastosowanie w kontraktach umów FIDIC może rozwiązać problem. SIDiR reprezentowany był przez Prezesa Zarządu Stowarzyszenia Pana Tomasza Latawca, który był jednym z panelistów.

Dnia **19 listopada 2012 r.** odbyło się szkolenie wewnętrzne SIDiR Pt. „Tymczasowe zabezpieczenia roszczeń w sporach budowlanych” współorganizowane przez kancelarię prawną Domański Zakrzewski Palinka. W trakcie spotkania omawiane były przede wszystkim przesłanki i tryb udzielenia zabezpieczeń. Spotkanie poprowadzili eksperci, radcowie prawni z kancelarii Domański Zakrzewski Palinka: Tomasz Darowski, Paweł Paradowski, oraz Małgorzata Wężyk.

W dniach **29-30 listopada 2012 r.**, w hotelu Marriott Courtyard w Warszawie odbyła się, pod auspicjami FIDIC i EFCA międzynarodowa konferencja zatytułowana „Zarządzanie ryzykiem w procesie inwestycyjno-budowlanym – 10 spojrzeń praktyków”. Konferencja została objęta honorowym patronatem Urzędu Zamówień Publicznych, oraz patronatem medialnym przez wydawnictwa „Polskie Drogi”, „Inżynier Budownictwa” oraz „Inżynieria Bezwykopowa”. Gościliśmy ekspertów EFCA i FIDIC oraz znakomitych specjalistów z kraju. Na Konferencji zaprezentowano szerokie spektrum podejścia do problemu – poprzez spojrzenie prawnicze, ekonomiczne i inżynierskie po społeczne i kulturowe. Prezentacje z konferencji znajdują Państwo na stronie internetowej SIDiR: [www.sidir.pl](http://www.sidir.pl).

W dniu **3 grudnia 2012 r.** odbyły się warsztaty SIDiR pt. „Klauzula 20.1 WK FIDIC a prawo polskie. Czy można skrócić termin przedawnienia roszczenia?”. Prelegentem był członek SIDiR, Młody Profesjonalista Pan Marcin Bałdyga. Przedmiotem rozważań było odniesienie ujęcia przedawnienia roszczeń w polskim prawie cywilnym i na gruncie Warunków Kontraktowych FIDIC.

**17 grudnia 2012 r.** Zarząd SIDiR postanowił o przebudowie strony internetowej SIDiR, która będzie bardziej nowoczesna i przyjazna użytkownikom. Projekt ma zostać ukończony w I kwartale 2013 r.

EFCA ogłosiła kolejną edycję konkursu na Młodego Profesjonalistę 2013 roku. Aby przystąpić do konkursu należy mieć mniej niż 35 lat, wykazać się dorobkiem w realizacji przynajmniej jednego projektu. Zgłoszenia należy nadsyłać do biura SIDiR do 31 marca 2013 roku. 31 maja 2013. podczas GAM EFCA, zostaną wybrani laureaci konkursu a ogłoszenie wyników odbędzie się podczas jubileuszowej (100-lecie) konferencji FIDIC w Barcelonie w dniach 15-18 września 2013 r. Główną nagrodą jest uczestnictwo w konferencji FIDIC. Dodatkowe informacje, formularz zgłoszenia i warunki przystąpienia do konkursu – na stronie internetowej SIDiR: [www.sidir.pl](http://www.sidir.pl).

Zostały już zgłoszone nominacje do konkursu na najlepszy projekt 100-lecia FIDIC. Rozstrzygnięcie konkursu odbędzie się podczas uroczystych obchodów 100 rocznicy powstania Federacji na konferencji w 2013 roku w Barcelonie. Więcej szczegółów na stronie SIDiR: [www.sidir.pl](http://www.sidir.pl).

Pan Marcin Mikulewicz – członek Koła Młodych Profesjonalistów SIDiR i zarazem członek Komitetu Sterującego YP EFCA organizuje wspólnie z WAT i Politechniką Łódzką, pod egidą belgijskiego Stowarzyszenia Inżynierów Doradców – ORI, konkurs dla studentów zatytułowany „Euro- Polis 2050” Szczegóły – już wkrótce na stronie internetowej SIDiR.

# Szkolenia otwarte

skierowane do wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego!

Szkolenia odbywają się w godzinach 10-16 pierwszego i 9-15 drugiego dnia w budynku KIG przy ul. Trębackiej 4 w Warszawie.

**Koszt szkolenia: 1000 PLN + 23% VAT od osoby obejmuje:**

- Materiały dydaktyczne
- Rejestrowane w SIDiR zaświadczenie o odbyciu szkolenia
- Ciepłe posiłki
- Przerwy kawowe

Nasi wykładowcy są międzynarodowymi ekspertami i konsultantami FIDIC mają także bogatą praktykę trenerską i pedagogiczną.

Celem szkoleń jest pogłębione wprowadzenie w tematykę zasad FIDIC powszechnie stosowanych w umowach międzynarodowych (kontraktach finansowanych ze środków unijnych czy Bank Światowy) oraz coraz częściej krajowych (w szczególności w obszarze zamówień publicznych).



## Karta zgłoszenia uczestnictwa w szkoleniu:

„Przygotowanie i realizacja inwestycji budowlanej – wymagania prawa krajowego i praktyka realizacyjna”:

17-18.01.2013 r.

„Wprowadzenie do Warunków Kontraktowych FIDIC” wraz z warsztatami:

23-24.01.2013 r.

„Roszczenia i rozstrzyganie sporów w kontraktach budowlanych według warunków ogólnych FIDIC”:

11-12.02.2013 r.

„Inżynier kontraktu według warunków FIDIC i prawa polskiego”:

20-21 .02.2013 r.

„Przygotowanie zamówienia publicznego na roboty budowlane z wykorzystaniem Warunków Kontraktowych FIDIC”:

13-14.03.2013 r.

„Zarządzanie budową na podstawie Warunków Kontraktowych FIDIC”:

20-21.03.2013 r.

Dane uczestnika	Nazwisko i imię .....
	Firma .....
	Adres .....
	Telefon ..... Fax ..... e-mail .....
	Stanowisko .....
do faktury	Nazwa firmy .....
	Adres .....
	NIP .....

**PŁATNOŚĆ:** Płatności należy dokonać 5 dni przed rozpoczęciem szkolenia.  
Nr konta: 26 1910 1048 2252 0362 5222 0001

więcej na:

[www.sidir.pl/szkolenia](http://www.sidir.pl/szkolenia)