

BIULETYN Konsultant



nr 34-35, listopad 2014

Konferencja

str. 2

Rozstrzyganie sporów przez Sąd Arbitrażowy w świetle obowiązującego prawa

str. 3

Prawnie dopuszczalne zmiany umowy zawartej o realizację zamówienia publicznego

str. 7

Sądowe zabezpieczenie roszczeń powstałych na gruncie kontraktów budowlanych

str. 10

Kary umowne w zamówieniach publicznych – element dyscyplinujący czy poprawa budżetu inwestycji

str. 12

Kara umowna z tytułu opóźnienia w realizacji umowy nie może znacznie przewyższać kary za odstąpienie od umowy

str. 18

Kara umowna jako surogat odszkodowania w kontekście realizacji umów o roboty budowlane...

str. 20

Odbiór robót jako podstawa zgłoszenia obiektu do użytkownika

str. 25

Skutki prawne i kontraktowe decyzji wydanej przez Komisję Rozjemstwa w sporach

str. 28

Klauzula 20.1 w orzecznictwie „powiadomienie o roszczeniu”

str. 30

Brak ustalenia Inżyniera w trybie klauzuli 3.5 [ustalenia] skutkujący pozbawianiem zamawiającego prawa do dochodzenia roszczeń

str. 34

Świadczenie przejęcia i świadczenie wykonania a odpowiedzialność za wady wynikająca z przepisów Kodeksu cywilnego w świetle umowy o roboty budowlane

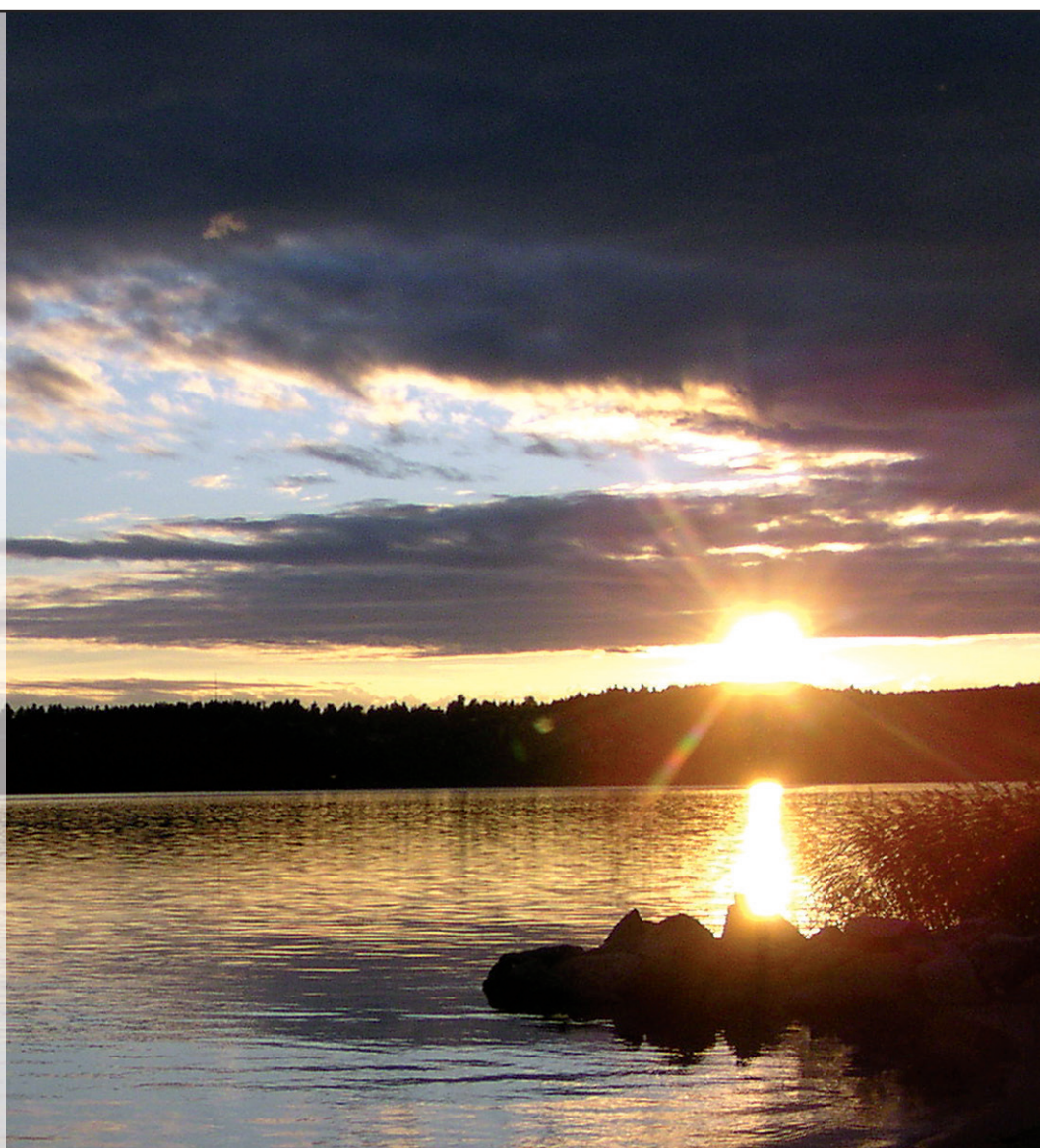
str. 37

Klauzula 13 warunków kontraktowych FIDIC jako odmienny sposób wykonania robót a nie polecenie zmiany umowy

str. 41

Nowy Regulamin Sądu Arbitrażowego przy SIDiR – sprawne, kompetentne i niekosztowne rozstrzyganie sporów budowlanych

str. 49



27-28 listopada 2014

**Konferencja organizowana
przez Sąd Arbitrażowy przy SIDiR
„Zamówienia Publiczne i Inwestycje
Budowlane w Prawie i Orzecznictwie”**



Andrzej
KĄKOLECKI
Prezes Sądu Arbitrażowego
przy SIDiR



Zbigniew J. **BOCZEK**
Dyrektor Europejskiego
Instytutu Ekonomiki Rynków
Wykładowca na studiach
podyplomowych Politechniki
Wrocławskiej, Politechniki
Poznańskiej i Politechniki Gdańskiej
Wiceprezes SIDiR i Wiceprezes
Sądu Arbitrażowego przy SIDiR



Tomasz
LATAWIEC
Prezes Zarządu SIDiR
Wiceprezes Sądu
Arbitrażowego przy SIDiR
Ekspert i Rozjemca FIDIC

Koleżanki i Koledzy

W imieniu Prezydium Sądu Arbitrażowego przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczników w Warszawie oraz Zarządu Stowarzyszenia SIDiR zapraszamy serdecznie do wzięcia udziału w Konferencji „Zamówienia publiczne i inwestycje budowlane w prawie i orzecznictwie”, która odbędzie się w dniach 27, 28 listopada 2014 r. w hotelu Sheraton w Warszawie.

Konferencja organizowana przez Sąd Arbitrażowy przy SIDiR ma w założeniach zgromadzić szerokie grono osób zainteresowanych poprawą skuteczności i szybkości rozstrzygania sporów. Sporów, których w trakcie realizacji procesów inwestycyjnych nie brakuje. Według nas jest ich zdecydowanie zbyt wiele.

I dlatego tak się dzieje też będziemy chcieli podskutować w trakcie Konferencji i być może poszukać recepty na dolegliwości utrudniające realizację inwestycji budowlanych, szczególnie w zamówieniach publicznych.

Sąd Arbitrażowy przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczników w Warszawie jest specjalistycznym sądem właściwym dla rozstrzygania sporów budowlanych. Uważamy, że dzięki profesjonalnemu składowi listy Arbitrów łączącej doświadczonych prawników i inżynierów, składy orzekające są w stanie fachowo rozpatrzyć każdy spór i w wielu przypadkach bez udziału biegłych i rzeczoznawców wydać sprawiedliwy wyrok.

Konferencja jest tak pomyślana, by wszystkie zainteresowane osoby, w tym także te zasiadające w składach orzekających, miały możliwość poruszenia tematów związanych z istotą sporów budowlanych, zasadami które można odnaleźć w Warunkach Kontraktowych FIDIC a także odpowiednim orzecznictwem – w gronie wybitnych specjalistów i uznanych autorytetów. Czasu na dyskusję będzie naprawdę dużo, a my jako Prezydium Sądu Arbitrażowego dopełnimy starań, by z tej dyskusji wyciągnąć wnioski i wprowadzić w życie najlepsze pomysły.

Szanowni Państwo!

Na Konferencji nie powinno zabraknąć nikogo z Was, dla których dobro prowadzonych inwestycji, w tym zwłaszcza z pieniędzy publicznych, jest ważne. Spotkajmy się zatem 27 listopada w hotelu Sheraton w Warszawie i bądźmy aktywni. Bo tylko w ten sposób możemy spróbować naprawić sytuację wytworzoną nie przez nas, ale uderzająca w nas i w nasze środowisko.

Prezydium Sądu Arbitrażowego
przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców
i Rzeczników w Warszawie



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

Kolegium redakcyjne: Zbigniew J. Boczek (redaktor naczelny)

Członkowie: Tamara Małasiewicz, 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, biuro@greg-drukarnia.pl, www.greg-drukarnia.pl

Rozstrzyganie sporów przez Sąd Arbitrażowy w świetle obowiązującego prawa



dr Rafał
MOREK

Adwokat, arbiter Sądu
Arbitrażowego przy SIDiR

Rola arbitrażu w nowoczesnym wymiarze sprawiedliwości

Od lat obserwujemy stały wzrost liczby spraw gospodarczych kierowanych do sądów powszechnych. W 2013 r. liczba ta przekroczyła w Polsce 1,5 mln.¹ O ile sam wzrost ilości sporów może być zrozumiały, towarzyszy bowiem wzrastającej aktywności gospodarczej naszego społeczeństwa, to co raz wyraźniej podkreśla się potrzebę popularyzacji pozasądowych metod ich rozwiązywania, który mógłby stanowić efektywniejszą – w stosunku do rozstrzygania spraw na drodze sądowej – alternatywę. Taką metodą jest zwłaszcza arbitraż.

Z szacunków Ministerstwa Gospodarki, które opublikowano we wrześniu 2014 r. założenia projektu ustawy o wspieraniu polubownych metod rozwiązywania sporów², wynika, że konflikty w sprawach gospodarczych w Polsce generują rocznie ok. 40 miliardów złotych kosztów dla przedsiębiorców. Koszty te obejmują m.in. wydatki na prowadzenie postępowań sądowych, straty związane z utratą renomy, zaufania u klientów czy czasu na prowadzenie sporu w sądzie.³

Pomimo iż raport Banku Światowego „Doing Business 2014” pokazuje, że sprawność polskiego systemu sądownictwa i egzekucji roszczeń kontraktowych w sprawach gospodarczych (enforcing contracts) w ciągu ostatnich 5 lat znacznie się poprawiła⁴, średni czas postępowań sądowych w Polsce nadal jest długi i wynosi 480 dni, zaś średni czas oczekiwania na wykonanie wyroku – 145 dni.⁵ W sądach warszawskich, w których koncentrują się sprawy dotyczące zamówień infrastrukturalnych realizowanych dla publicznych zamawiających, a także w skali ogólnopolskiej – w tych sprawach, w których konieczne jest przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego (co w sprawach budowlanych jest dość częste) – terminy te są znacznie dłuższe.⁶ Poza opieszałością i przewlekłością postępowań, najczęściej przytaczane niedomagania sądownictwa powszechnego dotyczą: niezadowolienia z poziomu orzecznictwa związanego m.in. z niedostatecznym zrozumieniem przedmiotu sporu, brakiem przygotowania sędziów oraz niskiego poziomu kompetencji biegłych sądowych.⁷

W branży budowlanej niewydolność systemu państwowego sądownictwa i egzekucji przyczyniła się do kilku fali masowych upadłości przedsiębiorców oraz przyjmowania incydentalnych rozwiązań legislacyjnych (takich jak tzw. spec-ustawa drogowa z 2012 r.), które tylko częściowo zmiętygowały negatywne skutki tego zjawiska.

Arbitraż jest metodą rozstrzygania sporów, która pozwala wyeliminować większość wad związanych z funkcjonowaniem sądownictwa powszechnego. Niestety, jest wykorzystywany nadal w niewielkim stopniu. Eksperti szacują, że rocznie w Polsce toczy się w sumie ledwie ok. tysiąca postępowań arbitrażowych.⁸ Główną przyczyną takiego stanu rzeczy wydaje się być niski poziom

¹ Mały Rocznik Statystyczny 2013, s. 104, dostępny m.in. na stronie <http://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/roczniki-statystyczne-gus/>.

² Założenia projektu ustawy o wspieraniu polubownych metod rozwiązywania sporów, 17.09.2014 r., <http://konsultacje.gov.pl/node/3563>.

³ Rekomendacje Zespołu do spraw systemowych rozwiązań w zakresie polubownych metod rozwiązywania sporów gospodarczych, ułatwiających wykonywanie działalności gospodarczej, 25.07.2014 r., <http://konsultacje.gov.pl/node/3537>.

⁴ Doing Business 2014, s. 113, zob. zwłaszcza dane w tabeli 18.4 i komentarz autorów raportu „Poland has made the greatest progress toward the frontier in regulatory practice in enforcing contracts in the past 5 years”; www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-reports/English/DB14-Full-Report.pdf.

⁵ Rekomendacje Zespołu, ibidem, s. 2.

⁶ Informacja roczna o działalności okręgu Sądu Okręgowego w Warszawie w 2013 r., <<http://warszawa.so.gov.pl/sprawozdania.html>>.

⁷ Zob. m.in. R. Boguszewski, O przestrzeganiu prawa i funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości w Polsce, Komunikat nr 4763, Data wydania: 14.1.2013, CBOS, cyt. w: M. Kube (red.), Sądy na Wokandzie 2013 Przejrzystość i wydajność pracy, Analiza FOR nr 17/2013, 4 listopada 2013 r.

⁸ S. Pieckowskie [cyt. w:] „Forum Arbitrażu obaliło cztery mity”, 10 kwietnia 2014 r., <http://www.mediacje.lex.pl/czytaj/-artykul/forum-arbitrazu-obalilo-cztery-mity>.



kapitału społecznego⁹, w tym zaufania i zaangażowania w instytucje społeczeństwa obywatelskiego w Polsce.¹⁰

Sądy arbitrażowe (sądy polubowne) to sądy prywatne, złożone z jednego lub większej liczby arbitrów, którym powierza się, w miejsce sądów powszechnych i na podstawie woli stron, rozpoznawanie i rozstrzyganie sporów cywilnoprawnych, w szczególności gospodarczych. Generalną podstawą do poddawania sporów pod rozstrzygnięcie sądów arbitrażowych – w miejsce powszechnych – są konstytucyjne i systemowe zasady swobody przedsiębiorczości, wolności gospodarczej, swobody umów i autonomii woli stron. Są one ideowym podłożem regulacji sądownictwa polubownego w Kodeksie postępowania cywilnego (art. 1157–1217), obowiązującej od 17 października 2005 r. Wzorem dla tej regulacji stało się prawo modelowe (ustawa wzorcowa) z 1985 r. o międzynarodowym arbitrażu handlowym opracowane przez UNCITRAL, Komisję Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ.

Zapis na sąd polubowny (umowa arbitrażowa)

Polski Kodeks postępowania cywilnego tradycyjnie nazywa umowę o poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego (umową o arbitraż) „zapisem na sąd polubowny” (art. 1161). **Zapis na sąd polubowny uznaje się za centralną instytucję sądownictwa polubownego. Właściwość sądu polubownego wywodzi się bowiem z umowy.** Poprawne sporządzenie zapisu jest niezbędne do zapewnienia pełnej skuteczności rozstrzygnięciom arbitrażowym, ponieważ w praktyce skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego nierzadko znajduje oparcie w zarzutach dotyczących ważności, skuteczności lub zakresu zapisu (art. 1206 § 1 pkt 1 k.p.c.).

Umowa arbitrażowa może wskazywać stały sąd polubowny jako właściwy do rozstrzygnięcia sporu, np. Sąd Arbitrażowy przy SIDIR.¹¹ Stałe sądy polubowne ogłaszają swoje regulaminy, określające szczegółowe zasady prowadzonych przed nimi postępowań. Jeżeli jednak klauzula arbitrażowa nie wskazuje stałego sądu polubownego, arbitraż będzie prowadzony *ad hoc*, na podstawie przepisów części V k.p.c. Podstawową zaletą arbitrażu instytucjonalnego jest możliwość skorzystania z profesjonalnego zaplecza organizacyjnego i merytorycznego.

Dopuszczalne jest zawarcie umowy o poddanie pod rozstrzygnięcie sądu polubownego sporu już istniejącego (umowa taka jest nazywana kompromisem), a także zamieszczenie w umowie materialnoprawnej, albo w odręb-

nej umowie z nią związaną, klauzuli przewidującej, że spory mogące wyniknąć w związku z tą umową będą rozstrzygane przez sąd polubowny (tzw. klauzula arbitrażowa, przez niektórych autorów nazywana klauzulą kompromisarską). W praktyce klauzule arbitrażowe są zawierane częściej od kompromisów. Dokonywanie zapisu na sąd polubowny już po zaistnieniu sporu zdarza się raczej sporadycznie, gdyż pozwanemu zależy wówczas na ogół na odsunięciu w czasie rozstrzygnięcia, stąd woli „zmusić” powoda do skorzystania z lokalnego sądu niż zgodzić się na szybki arbitraż.

Klauzula arbitrażowa zachowuje autonomiczny charakter w ramach umowy podstawowej. Do dokonania oceny jest ważności i skuteczności powołany jest w pierwszej kolejności sam sąd arbitrażowy (art. 1180 k.p.c., § 4 ust. 3 Regulaminu Sądu Arbitrażowego SIDIR), którą to zasadę określa się mianem „kompetencji-kompetencji” (*Kompetenz-Kompetenz*). Szczególną postacią zapisu na sąd polubowny, przewidzianą w art. 1163 k.p.c., jest odpowiednie postanowienie w umowie lub statucie spółki handlowej, spółdzielni lub stowarzyszenia. Wykładnia przywołanego przepisu oraz jego stosunek do art. 1157 k.p.c., regulującego zagadnienie tzw. zdatności arbitrażowej, budziły w ostatnich latach w doktrynie wiele wątpliwości.¹²

Arbitrzy

Możliwość wyboru arbitrów jest jedną z fundamentalnych różnic między sądownictwem polubownym i powszechnych. Ustawodawca pozostawił stronom daleko idącą swobodę w tym zakresie, zastrzegając jedynie, że arbiter musi posiadać pełną zdolność do czynności prawnych i nie być jednocześnie czynnym sędzią państwowym (art. 1170 k.p.c.).

O ile zatem Kodeks ustala jedynie podstawowe, minimalne wymagania w odniesieniu do arbitrów, o tyle szczególne dodatkowe kryteria mogą wynikać z zapisu na sąd polubowny, regulaminu stałego sądu polubownego lub z praktyki władz danego sądu.¹³ Mogą one dotyczyć, na przykład, posiadania pewnych kwalifikacji zawodowych lub właściwości osobistych, w szczególności określonego wykształcenia, doświadczenia, znajomości języków obcych.

W przypadku arbitrażu instytucjonalnego możliwość dokonania przez strony wyboru arbitrów bywa niekiedy ograniczana. Na przykład, listy arbitrów mają na celu z jednej strony pomóc stronom w wyborze odpowiednich osób do rozstrzygnięcia ich sprawy, z drugiej zaś pozwalają na zapewnienie koniecznych kwalifikacji arbitrów stale

⁹ Zob. m.in. M. Jamka, Zaufanie w budowie, Rzeczpospolita 7 listopada 2012 r.

¹⁰ Diagnoza Społeczna 2013 Warunki i Jakość Życia Polaków, red. Janusz Czapinski Tomasz Panek, s. 285 i n. Wg J. Czapinskiego, jako wskaźniki kapitału społecznego można przyjąć uogólnione zaufanie interpersonalne, dobrowolną (niewymuszoną np. charakterem samorządu zawodowego) przynależność do organizacji i pełnienie w nich funkcji, udział w nieprzymusowych zebraniach publicznych i zabieranie na nich głosu, organizowanie takich zebrań, dobrowolne działania na rzecz społeczności lokalnej, w tym nieodpłatna praca na rzecz potrzebujących (wolontariat), udział w wyborach parlamentarnych oraz pozytywny stosunek do demokracji i generalnie otwartość na innych. Pod względem ogólnego zaufania zajmujemy jedno z ostatnich miejsc wśród krajów objętych badaniem European Social Survey (ESS) w 2006 i 2012 r. Podobna sytuacja dotyczy innych wskazanych parametrów.

¹¹ Wzorcowa klauzula arbitrażowa tego Sądu jest opublikowana na jego stronie internetowej: <http://arbitraz-sidir.pl/>.

¹² Na ten temat w szczególności G. Suliński, Rozstrzyganie sporów ze stosunku spółki kapitałowej przez sąd polubowny, Kraków 2008. Do zagadnień tych odniósł się niedawno Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 7 maja 2009 r., sygn. III CZP 13/09. Wynika z niej, że art. 1163 § 1 k.p.c. nie zawiera normy szczególnej w stosunku do art. 1157 k.p.c. w zakresie wymagania, aby spory poddane pod rozstrzygnięcie sądu polubownego mogły być przedmiotem ugody sądowej. Zatem rozstrzygane w drodze arbitrażu mogą być tylko takie spory, które można zakończyć ugodą. Spór o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwał organów spółki nie może być przedmiotem ugody sądowej, więc poddanie go pod arbitraż jest niemożliwe.

¹³ Zob. § 15 Regulaminu Sądu Arbitrażowego SIDIR oraz listę arbitrów opublikowaną na stronie internetowej tego Sądu.

współpracujących z tymi sądami i budowania w ten sposób ich renomy. Przykładowo, zgodnie z § 17 ust. 2 Regulaminu Sądu Arbitrażowego SIDIR, arbitrem jedynym oraz arbitrem przewodniczącym mogą być wyłącznie osoby wpisane na Listę Arbitrów.

Zasadą jest, że sąd polubowny składa się z trzech arbitrów (art. 1169 § 2 k.p.c., § 23 Regulaminu Sądu Arbitrażowego SIDIR). O ile w praktyce dość często spotyka się powoływanie do rozstrzygnięcia sporu arbitra jedyne- go (por. 1169 § 1 k.p.c., zgodnie z Regulaminem Sądu Arbitrażowego SIDIR Zespół orzekający składa się z arbitra jedyne- go, gdy strony tak postanowiły albo gdy wartość przedmiotu sporu nie przekracza 100 tys. zł), o tyle składów większych niż trzyosobowe niemal w ogóle nie spotyka się. Z kolei powołanie sądu polubownego w składzie dwóch arbitrów – chociaż w polskim prawie, odmiennie niż m.in. w prawie francuskim, dopuszczalne – powoduje ryzyko wystąpienia impasu, w którym arbitrzy nie będą w stanie wydać rozstrzygnięcia.

Osoba powołana na arbitra powinna niezwłocznie ujawnić stronom wszystkie okoliczności, które mogłyby wzbudzić wątpliwości co do jej bezstronności lub niezależności (art. 1174 § 1 k.p.c., § 20 ust. 2 Regulaminu Sądu Arbitrażowego SIDIR). Gdy zachodzą okoliczności, które budzą uzasadnione wątpliwości w tym zakresie, a także wtedy, gdy nie ma kwalifikacji określonych w umowie stron, arbiter może zostać wyłączony (art. 1176, § 21 Regulaminu Sądu Arbitrażowego SIDIR). Arbiter może również ustąpić z własnej woli albo zostać odwołany na podstawie porozumienia stron (art. 1175 i 1177 § 1 k.p.c., § 22 Regulaminu Sądu Arbitrażowego SIDIR).

Postępowanie przed sądem polubownym

O ile w ramach postępowania przed sądami powszechnymi rola umowy (umowy procesowej) jest ograniczona i ściśle regulowana przepisami prawa¹⁴, o tyle w postępowaniu arbitrażowym zgodna wola jego stron ma podstawowe znaczenie. Zasada ta znalazła wyraz w art. 1184 k.p.c., zgodnie z którym strony mogą – z zastrzeżeniem przepisów szczególnych – uzgodnić zasady i sposób postępowania przed sądem polubownym. W braku odmiennego uzgodnienia stron sąd polubowny może prowadzić postępowanie w taki sposób, jaki uzna za właściwy. W szczególności nie jest przy tym związany przepisami o postępowaniu przed sądami powszechnymi. Przyznanie prymatu zasadzie autonomii woli stron umożliwia m.in. takie ukształtowanie postępowania w sposób dostosowany do potrzeb i oczekiwań stron wywodzących się z różnych systemów i kultur prawnych, branż, czy typów organizacji (np. podmiotów należących do sektora finansów publicznych).

Pozostawiając zasadniczo swobodę kształtowania zasad postępowania arbitrażowego stronom i sądowi polubownemu, ustawodawca wyraźnie wskazał pewne ogólne reguły, którym musi odpowiadać każde postępowanie przed sądem polubownym. Na plan pierwszy wśród nich wysuwa się zasada równego traktowania i prawa stron do wysłuchania i przedstawienia swoich twierdzeń oraz do-

wodów na ich poparcie (art. 1183 k.p.c., § 7 ust. 2 Regulaminu Sądu Arbitrażowego SIDIR). Każda ze stron jest ponadto uprawniona do zajęcia stanowiska w odniesieniu do dowodów i twierdzeń przedstawionych przez stronę przeciwną (por. art. 1189 § 3 k.p.c.).

Rozprawa nie jest jednak koniecznym elementem postępowania arbitrażowego. Strony mogą uzgodnić, że postępowanie będzie prowadzone bez wyznaczania rozprawy. Jeżeli jednak jedna ze stron zażąda rozpoznania sprawy na rozprawie, sąd polubowny jest obowiązany przychylić się do jej wniosku (art. 1189 § 1 k.p.c., § 32 Regulaminu Sądu Arbitrażowego SIDIR).

Wyrok arbitrażowy

Autonomia woli stron postępowania arbitrażowego przejawia się również w tym, że mogą one upoważnić sąd polubowny do rozstrzygnięcia ich sporu nie tylko według prawa wybranego, ale również według ogólnych zasad prawa lub zasad słuszności (art. 1194 § 1 k.p.c., § 8 ust. 1 Regulaminu Sądu Arbitrażowego SIDIR). Orzekanie na zasadach słuszności nawiązuje do tradycji prawa pretorskiego oraz *arbitratum boni viri*, mających łagodzić rygorystycznego stosowania sztywnych i sformalizowanych reguł prawnych do rozmaitych okoliczności faktycznych. Orzekanie na zasadach słuszności nie oznacza jednak dowolności w ocenie sprawy. Arbitrzy obowiązani są do przeprowadzenia postępowania dowodowego i przeanalizowania zebranego materiału w zwyczajnym zakresie.

Jeżeli sąd polubowny rozpoznaje sprawę w składzie więcej niż jednego arbitra, jego orzeczenia zapadają większością głosów, chyba że strony uzgodniły inaczej. Wyrok arbitrażowy powstaje z chwilą podpisania go przez arbitrów, zgodnie z wymaganiami art. 1197 k.p.c. (§ 39 ust. 1 Regulaminu Sądu Arbitrażowego SIDIR).

Stosunkowo często zdarza się, że w ramach postępowania arbitrażowego dochodzi do zawarcia ugody. Sąd polubowny typowo umarza wówczas postępowanie (art. 1196 § 1 k.p.c., § 41 ust. 1 Regulaminu Sądu Arbitrażowego SIDIR). Artykuł 1196 § 2 k.p.c. i § 41 ust. 2 Regulaminu Sądu Arbitrażowego SIDIR wyraźnie jednak dopuszczają w takim przypadku możliwość nadania ugodzie formy wyroku. **Wyrok arbitrażowy jest pod pewnymi względami instrumentem prawnym atrakcyjniejszym od ugody, w szczególności ze względu na to, że korzysta z powagi rzeczy osądzonej oraz z dogodnej możliwości uznania i wykonania zagranicą na podstawie konwencji nowojorskiej z 1958 r.**

Wyrok sądu polubownego i ugoda zawarta przed sądem polubownym zyskują moc prawną na równi z wyrokiem sądu powszechnego lub ugodą zawartą przed takim sądem po ich uznaniu przez sąd albo po stwierdzeniu przez sąd ich wykonalności (art. 1212 § 1 k.p.c.).

Postępowania post-arbitrażowe

Kontrola wyroków arbitrażowych przez sądy powszechne ma charakter ograniczony. Jedynym środkiem zaskarżenia ostatecznego (zgodnie z art. 1205 § 2 k.p.c. postępowanie arbitrażowe może mieć charakter dwu- lub

¹⁴ Por. R. Kułski, Umowy procesowe w postępowaniu cywilnym, Kraków 2006.



więcej instancyjny, w praktyce jednak zdarza się to niezwykle rzadko) wyroku sądu polubownego wydanego w Polsce jest skarga o uchylenie tego wyroku uregulowana w art. 1205–1211 k.p.c. Skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego ma charakter *sui generis* i jest nadzwyczajnym środkiem kontroli orzecznictwa sądów polubownych przez sądy państwowe. Postępowanie ze skargi odbywa się według przepisów księgi pierwszej części pierwszej Kodeksu postępowania cywilnego (art. 1207 § 2). Podstawy skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego zostały wymienione w sposób wyczerpujący w art. 1206 k.p.c.

W stosunku do zagranicznych orzeczeń arbitrażowych nie ma możliwości ich uchylenia przez sądy polskie. Sąd może jednak odmówić uznania albo stwierdzenia wykonalności zagranicznego wyroku sądu polubownego na podstawie przesłanek podobnych do tych, które uzasadniają żądanie uchylenia wyroku (art. 1215 § 2 k.p.c.).

Zgodnie z art. 1212 k.p.c. wyrok sądu polubownego oraz ugoda zawarta przed tym sądem mają moc prawną na równi z wyrokiem sądu powszechnego lub ugoda sądową – po ich uznaniu przez sąd albo po stwierdzeniu przez sąd ich wykonalności. Ustawa wymaga zatem przeprowadzenia szczególnego dodatkowego postępowania, aby orzeczenia arbitrażowe mogły być w pełni skuteczne i wykonalne.

O uznaniu albo stwierdzeniu wykonalności wyroku sądu polubownego lub ugody przed tym sądem zawartej sąd orzeka na wniosek strony. Do wniosku należy załączyć oryginał lub poświadczony przez sąd polubowny odpis jego wyroku lub ugody przed nim zawartej, jak również oryginał lub urzędowo poświadczony odpis zapisu na sąd polubowny. Jeżeli wyrok sądu polubownego lub ugoda przed nim zawarta albo zapis na sąd polubowny nie są sporządzone w języku polskim, do wniosku należy ponadto dołączyć ich uwierzytelniony przekład na język polski (art. 1213 k.p.c.).

Ustawodawca rozróżnił orzeczenia, które nadają się do wykonania w drodze egzekucji, od tych, które się do tego nie nadają. Pierwsze z nich podlegają stwierdzeniu wykonalności, drugie zaś – uznaniu. Przesłanki odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej zostały jednak określone w art. 1214 § 3 k.p.c. w sposób jednolity – niezależnie od tego, czy wyrok lub ugoda podlegają uznaniu czy stwierdzeniu wykonalności. Analogiczne kryteria kontroli orzeczeń arbitrażowych: brak zdatności arbitrażowej i sprzeczność z klauzulą porządku publicznego, sąd bierze pod uwagę w postępowaniu ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego (art. 1206 § 2 k.p.c.).

O uznaniu albo stwierdzeniu wykonalności wyroku sądu polubownego wydanego za granicą lub ugody zawartej przed sądem polubownym za granicą sąd orzeka po przeprowadzeniu rozprawy (art. 1215 § 1 k.p.c.), a ponadto bierze pod uwagę dodatkowe przesłanki odmowy uznania albo stwierdzenia wykonalności (art. 1215 § 2 k.p.c.), analogiczne do podstaw skargi o uchylenie wyroku arbitrażowego wskazanych w art. 1206 § 1 k.p.c.

W przypadku zbiegu postępowań ze skargi o uchylenie wyroku arbitrażowego oraz z wniosku o uznanie albo stwierdzenie wykonalności wyroku sąd, do którego skier-

owano taki wniosek, może odroczyć rozpoznanie sprawy. Może również, na wniosek strony żądającej uznania albo stwierdzenia wykonalności wyroku, nakazać drugiej stronie złożenie stosownego zabezpieczenia. Dotyczy to również sytuacji, w której skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego wydanego za granicą wniesiono w państwie, w którym lub według prawa którego wyrok został wydany.

Jednym z głównych założeń proponowanej przez Ministerstwo Gospodarki ustawy jest doprowadzenie do skrócenia czasu trwania postępowań post-arbitrażowych. Cóż bowiem z tego, że sam arbitraż jest szybki, skoro związane z nim postępowania przed sądami powszechnymi mogą ciągnąć się przez wiele miesięcy albo nawet lat.

Uwagi końcowe

Arbitraż jest atrakcyjną alternatywą dla sądownictwa powszechnego. Umożliwia szybsze, bardziej profesjonalne oraz dostosowane do potrzeb i oczekiwań stron rozstrzyganie spraw. Dotyczy to zwłaszcza spraw wywodzących się z wyspecjalizowanych sfer obrotu gospodarczych, takich jak większość spraw budowlanych. Generalistyczny model wykształcenia i profilu zawodowego sędziów sądów powszechnych, ograniczenia dotyczące biegłych sądowych oraz prowadzenia postępowania dowodowego w ogóle, powodują, że rozstrzyganie takich spraw przez sądy państwowe jest dalece nieefektywne. Sąd Arbitrażowy SIDIR i inne wyspecjalizowane sądy polubowne stanowią dlatego dla nich atrakcyjną „konkurencję”. Barierami dla korzystania z niej pozostają niskie zaufanie związane z deficytem kapitału społecznego, niski poziom kultury prawnej oraz notoryczne narzucanie przez publicznych zamawiających wzorów umów przewidujących wyłączną właściwość sądów państwowych. Należy wyrazić nadzieję, że zmiany zaproponowane przez Ministerstwo Gospodarki przyczynią się do przełamania tych barier i popularyzacji arbitrażu w Polsce.

Prawnie dopuszczalne zmiany umowy zawartej o realizację zamówienia publicznego

(granice dopuszczalnego kompromisu z punktu widzenia zamawiającego publicznego)



Tomasz
OZIMKO

Kancelaria prawnicza
Domański Zakrzewski Palinka sp.k.

publiczne, jak również wypracowanie odpowiedniego kompromisu między zamawiającym a wykonawcą, który zmieniałby pierwotnie ustalone zasady współpracy partnera publicznego i prywatnego. Wszelkie zmiany odbywać się oczywiście muszą w granicach prawa, gdyż różne zachowania, niezgodne z zakazami albo nakazami, wynikającymi z różnych przepisów dotyczących realizacji zamówień publicznych, mogą narazić zamawiającego na sankcje prawne.

2. Zarządzanie zmianami w robotach budowlanych

Niewiele procesów inwestycyjnych przebiega zgodnie z założeniami wynikającymi z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyczyn takiego stanu rzeczy jest wiele i nie zawsze wynikają one z przyczyn zależnych wyłącznie od zamawiającego i (lub) wykonawcy. Często źródłem problemów, które pojawiają się na kontraktach budowlanych, są przyczyny zewnętrzne niemożliwe do przewidzenia przez żadną ze stron nawet przy zachowaniu należytej staranności. Przepisy dotyczące udzielania zamówień publicznych, a następnie etapu ich realizacji, dają zamawiającemu pewien katalog instrumentów prawnych, które mogą być pomocne w osiągnięciu celu zamówienia publicznego – zakończenia zadania inwestycyjnego – pomimo pojawiających się problemów i sporów na linii zamawiający i wykonawca. Brak elastyczności zamawiającego w wielu przypadkach może bowiem prowadzić do impasu inwestycyjnego, którego skutkiem często jest odstąpienie od umowy o zamówienie publiczne. Sytuacja taka jest bardzo często niekorzystna dla samego zamawiającego, gdyż zgodnie z ustawą p.z.p. nie istnieją procedury umożliwiające zmianę wykonawcy już rozstrzygniętego przetargu, a zamawiający zmuszony jest do wszczęcia nowego postępowania przetargowego.



Tomasz
DAROWSKI

Partner Kancelarii
Domański Zakrzewski Palinka sp.k.

1. Wprowadzenie

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (p.z.p.) istotnie ograniczają wyrażoną w Kodeksie cywilnym (k.c.) zasadę swobody umów, zwłaszcza w kontekście wprowadzania zmian do treści zawartej umowy o zamówienie publiczne. Należy pamiętać, że system zamówień publicznych stworzony został przede wszystkim w celu kontroli wydatkowania przez organy administracji publicznej środków publicznych, a więc ustawowe ograniczenia znajdują swoje uzasadnienie w ochronie interesu publicznego. **Pomimo obostrzenia fundamentalnej zasady prawa zobowiązań, jaką jest zasada swobody umów, zarówno ustawa p.z.p., jak i dotychczasowa praktyka wskazują, że możliwa jest zmiana zawartej już umowy o zamówienie**

3. Dopuszczalność zmiany umowy w świetle prawa zamówień publicznych

Zgodnie z aktualnym brzmieniem prawa zamówień publicznych zamawiający może dokonać istotnych zmian w zawartej z wykonawcą umowie tylko, jeśli możliwość dokonywania tych zmian przewidział w treści ogłoszenia o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), a także określił warunki takiej zmiany. Z tego powodu większość instrumentów prawnych, jakie powinien zastosować zamawiający powinna być już wdrożona na etapie udzielania zamówienia publicznego. Zamawiający powinien wprowadzić do wzoru (projektu) umowy o zamówienie publiczne postanowienia, które pozwolą na jej zmianę. Działanie to umożliwi uniknięcie ewentualnego zarzutu naruszenia przez zamawiającego dyscypliny finansów publicznych, polegającego na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Zamawiający, przygotowując przetarg, powinien więc określić pewien katalog sytuacji, które mogą wystąpić, a których obiektywnym skutkiem będzie potrzeba zmiany zawartej umowy, np. co do terminu realizacji zamówienia lub terminu płatności wynagrodzenia. Umowa powinna możliwie precyzyjnie określać przesłanki istotnej zmiany umowy o zamówienie publiczne. Oczywiście w każdym przypadku zamawiający ocenić musi czy zmiana umowy jest zmianą istotną, czy też zmianą nieistotną.

Zastosowanie prewencyjnych środków w postaci odpowiednich klauzul umownych pozwoli zamawiającemu na zmianę umowy i dostosowanie jej treści do zmieniających się okoliczności realizacji inwestycji budowlanej bez narażania się na odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

4. Charakter istotnych zmian umowy o roboty budowlane a przepisy o finansach publicznych

Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości „zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które, gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu” (ETS C-454/06).

Z praktyki wynika, że zmiany w umowach o roboty budowlane najczęściej dotyczą zmian w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, a więc zmian w dokumentacji projektowej. Pamiętać należy, że to projekt budowlany, który stanowi integralną część umowy o roboty budowlane, wyznacza zakres zobowiązania wykonawcy robot budowlanych. Zamawiający nie może wymagać od wykonawcy robót budowlanych, aby wykonał roboty, które nie wynikają bezpośrednio z projektu budowlanego. W konsekwencji wykonanie robót budowlanych, które nie zostały przewidziane w projekcie budowlanym, wymaga zawsze zmiany umowy, tj. zawarcia aneksu do umowy podstawowej (udzielenie nowego zamówienia). Zlecenie wykonanie robót dodatkowych z naruszeniem art. 144 ust. 1 p.z.p. będzie naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

Dość powszechna jest również sytuacja, gdy już po wyborze oferty – ale jeszcze przed podpisaniem umowy – niezbędne jest dokonanie zmian w załączonym do siwz projekcie umowy. Stanowiska prezentowane w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej wskazują, że nie ma przeszkód, aby zamawiający publiczny na warunkach określonych w art. 144 ust. 1 p.z.p. dopuścił zmianę umowy w odniesieniu do treści oferty wykonawcy, jednakże jeszcze przed jej zawarciem (wyrok KIO UZP z 22 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 210/10). Dopuszczalność takiego działania dla zamawiającego może okazać się bardzo korzystna w sytuacji, gdy po wyborze wykonawcy budowlanego, ale jeszcze przed podpisaniem umowy o zamówienie publiczne, okaże się, że dostarczona przez zamawiającego dokumentacja projektowa zawiera błędy.

Za działanie szkodliwie z punktu widzenia finansów publicznych uważa się zmianę przedmiotu zamówienia publicznego polegającego na podpisaniu aneksu do umowy dotyczącego robót budowlanych już wykonanych, a nie tych, których wykonanie będzie niezbędne ze względu na przedmiot zamówienia (zob. orzeczenie: BDF1/4900/39/44/RN-11/13/RWPD-39338).

Częstym problemem pojawiającym się podczas realizacji zadania inwestycyjnego jest utrata płynności finansowej przez wykonawcę, szczególnie w sytuacji, gdy umowa o zamówienie publiczne nie przewiduje płatności zaliczkowej, a wykonawca zmuszony jest do ponoszenia znacznych wydatków związanych z dostawą i zakupem materiałów budowlanych. Zmiana warunków płatności określonych w umowie o zamówienie publiczne, a w szczególności ustalenie wcześniejszej płatności, może być uznana jako istotna zmiana umowy. „Zmianę zamówienia należy uznać za istotną, gdy modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia” (ETS C-454/06). Gdy zmiana taka nie została przewidziana w umowie, zamawiający nie powinien jednak bezwzględnie odrzucać prośby wykonawcy o uzyskanie wcześniejszej płatności, gdyż może skorzystać on także z rozwiązań zawartych w przepisach k.c., które do umowy o zamówienie publiczne znajdują zastosowanie wprost (art. 139 ust. 1 p.z.p.). Zamawiający powinien rozważyć możliwość skorzystania z art. 457 k.c., który przewiduje zastrzeżenie terminu płatności na korzyść dłużnika. Zgodnie ze wskazanym przepisem zamawiający, jako dłużnik wykonawcy ze stosunku zapłaty wynagrodzenia, może spełnić swoje świadczenie przed nadejściem terminu. Rozwiązanie takie jest niewątpliwie korzystne dla wykonawcy, ale również samego zamawiającego, który dzięki odpowiedniego wsparcia finansowego wykonawcy uzyskuje większą gwarancję ukończenia inwestycji na czas. W sytuacji, kiedy zmiana warunków płatności nie pociąga za sobą trwałej zmiany sposobu płacenia, to tego rodzaju praktykę, przyjętą i zaakceptowaną przez Zamawiającego, należy uznać za dopuszczalną.

Analiza orzecznictwa dotyczącego naruszenia dyscypliny finansów publicznych wskazuje, że zmianą istotną jest zmiana terminu wykonania umowy, a więc podpisanie aneksu do umowy w sytuacji, gdy zamawiający nie

przewidział możliwości dokonania takiej zmiany, co może skutkować odpowiedzialnością dyscyplinarną zamawiającego w świetle ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (o.d.f.p.).

5. Granice kompromisu między zamawiającym i wykonawcą a przepisy o dyscyplinie finansów publicznych

Jak wskazano wyżej, publiczny zamawiający, oprócz korzystania z instrumentów przewidzianych ustawą p.z.p., pozwalających na modyfikację umowy o zamówienie publiczne, powinien używać także wszelkich innych prawnie dostępnych metod pozwalających na rozwiązanie konfliktu z wykonawcą robót budowlanych, który to spór blokować może dalszą realizację inwestycji.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 2 o.d.f.p. naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zarówno niepobranie lub niedochodzenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo pobranie, lub dochodzenie tej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia. Na tle prowadzonych inwestycji budowlanych mogłoby się wydawać, że dyspozycja przytoczonego przepisu oznacza bezwzględny nakaz egzekucji wszelkiego rodzaju kar pieniężnych przez zamawiającego od wykonawcy robót budowlanych, w tym przede wszystkim kar umownych za opóźnienie w wykonaniu obiektu budowlanego. W sferze finansów publicznych występuje co prawda obowiązek dochodzenia roszczeń, zamawiający dysponuje jednak pewnym marginesem swobody w podejmowaniu określonych decyzji.

Ustawodawca w ustawie o.d.f.p. nie reguluje wprost kwestii możliwości miarkowania kar umownych, jednak zamawiający powinien pamiętać, że możliwość taka została przewidziana w art. 484 § 2 k.c. W doktrynie z dużą dozą ostrożności komentatorzy dopuszczają możliwość samodzielnego miarkowania kar umownych przez jednostki sektora finansów publicznych. Przykładowo Ryszard Szostak w artykule zatytułowanym „*Gospodarka finansowa i zamówienia publiczne a kontrola w jednostkach sektora finansów publicznych*” opublikowanym w roczniku Najwyższej Izby Kontroli („Kontrola Państwowa” Numer 6 (335), listopad – grudzień 2010, opubl.) wskazał, że jedynie wyjątkowo dopuszczalne jest miarkowanie zastrzeżonych kar umownych. Stwierdzić więc należy, że możliwość miarkowania samodzielnie przez zamawiającego kar umownych istnieje, jednak każdorazowo skrupulatnie ocenić należy okoliczności stanu faktycznego danej sprawy. **Jeżeli analiza sprawy wskazuje, że spełnione zostały przesłanki opisane w art. 484 § 2 k.c. i nie budzą one większych wątpliwości, dopuszczalne jest odpowiednie miarkowanie kary umownej na przykład poprzez zawarcie ugody między zamawiającym a wykonawcą.** W powyższej sytuacji obniżenie kary umownej nie powinno stanowić naruszenia dyscypliny finansów publicznych. **Podkreślić należy, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2007 r. (sygn. akt: I CSK 270/07, LEX nr 530614) „art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie wyłącza**

w żadnym wypadku regulacji Kodeksu cywilnego o karze umownej, w tym o jej miarkowaniu”. W związku z powyższym także w przypadku, gdy kara umowna została zastrzeżona na wypadek nienależytego wykonania umowy zawartej w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, dopuszczalnym jest co do zasady miarkowanie kary umownej.

Podobnie przy egzekucji należności pieniężnych o charakterze cywilnoprawnym zamawiający, po spełnieniu przesłanek ustawowych, ma możliwość umorzyć w całości lub w części, odroczyć lub rozłożyć na raty, wszelkie kwoty dochodzone od wykonawcy w związku z realizacją inwestycji budowlanej.

6. Podsumowanie

Zasady gospodarki finansowej powodują, że realizowanie zadań inwestycyjnych finansowych ze środków publicznych podlega kontroli. Publiczny zamawiający uprawniony jest do zmiany umowy o zamówienie publiczne jedynie na zasadach określonych w ustawie p.z.p. Nierespektowanie zasad udzielania i realizacji zamówień publicznych najczęściej powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji, co z kolei skutkuje odpowiedzialnością dyscyplinarną zamawiającego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Dysponenci środków budżetowych nie powinni jednak zapominać, że problemy pojawiające się podczas realizacji inwestycji budowlanych często powstają z przyczyn niezależnych od stron umowy o zamówienie publiczne, a zamawiający dysponują odpowiednimi instrumentami prawnymi pozwalającymi na polubowne rozwiązywanie sporów z wykonawcami robót budowlanych.



Sądowe zabezpieczenie roszczeń powstałych na gruncie kontraktów budowlanych



Paweł
LEWANDOWSKI
Radca prawny



Joanna
SOCHA-KARAS
Aplikant adwokacji
Kancelaria prawnicza
Domański Zakrzewski Palinka sp.k.

Artykuł 730 Kodeksu postępowania cywilnego uprawnia do dochodzenia na drodze postępowania sądowego ochrony prawnej o charakterze tymczasowym w postaci udzielenia zabezpieczenia w każdej sprawie cywilnej, przed wszczęciem postępowania, jak i w jego toku. Udzielenie zabezpieczenia staje się możliwe jednak jedynie w przypadku, w którym wnioskodawca uprawdopodobni swoje roszczenie oraz to, iż posiada on interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia, co w sporach powstałych na tle kontraktów budowlanych nie zawsze jest łatwe do osiągnięcia.

W sporach między stronami kontraktów budowlanych możliwość sądowego zabezpieczenia roszczeń wynikłych z umowy ma ogromne znaczenie i niejednokrotnie jest niemalże jedynym środkiem ochrony strony umowy przed bezprawnym działaniem kontrahenta i perspektywą m.in. utraty wiarygodności wśród kontrahentów, utraty płynności finansowej przez daną stronę umowy i wszczynania kosztownych i długotrwałych procesów sądowych.

Jedną z częstszych przyczyn wystąpienia z wnioskiem o zabezpieczenie powództwa w sporach budowlanych jest naruszenie lub nadużycie przez daną stronę kontraktu bu-

dowlanego uprawnień mających pierwotnie na celu zdyscyplinowanie kontrahentów do prawidłowego wykonania umowy i zabezpieczenia interesów stron umowy. Wśród najczęściej spotykanych postanowień umownych mających spełnić te założenia wskazać należy:

- (1.1.1.a) uprawnienia do naliczenia kary umownej za naruszenie postanowień umowy,
- (1.1.1.b) gwarancje bankowe lub ubezpieczeniowe,
- (1.1.1.c) kaucje gwarancyjne.

Powyższe zastrzeżenia umowne, choć mają stanowić zapewnienie przyszłego prawidłowego wykonania kontraktu, niejednokrotnie są nadużywane. W praktyce zdarzają się bowiem przypadki niezasadnego skorzystania z uprawnień wynikających z udzielonej gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy czy też bezpodstawnego naliczenia kar umownych i ich potrącenia z innymi wierzytelnościami.

W sporach budowlanych w przypadku, w którym zastrzeżony został obowiązek udzielenia gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, mamy najczęściej do czynienia z gwarancjami nieodwołalnymi, bezwarunkowymi, wypłacanymi na rzecz beneficjenta „bez zbędnej zwłoki” i „na każde żądanie” do maksymalnej kwoty określonej w gwarancji. Co także ważne, oświadczenia beneficjenta gwarancji w przedmiocie żądania wypłaty sumy gwarancyjnej nie podlega żadnemu badaniu merytorycznemu przez gwaranta, a jedynie badaniu formalnemu, co uzasadnione jest abstrakcyjnym charakterem gwarancji. W efekcie powyższego niejednokrotnie zdarza się, że beneficjent gwarancji, w tym przypadku jest to najczęściej inwestor, na skutek często niezasadnego zarzutu niewłaściwego wykonania lub niewykonania zobowiązania (które to nierzadko jest w rzeczywistości nie tyle niezawinione przez wykonawcę, co wręcz powstałe z winy inwestora) występuje do gwaranta z żądaniem wypłacenia sumy gwarancyjnej w pełnej wysokości. Chodzi tu na przykład o przypadki nieuzasadnionego nieodebrania wykonanego obiektu budowlanego w terminie, powodując tym samym rzekome popadnięcie wykonawcy w zwłokę, rzekomo uzasadniające skorzystanie przez inwestora z uprawnienia do wypłacenia kwoty z udzielonej przez inwestora gwarancji bankowej do maksymalnej sumy gwarancyjnej.

Podobny mechanizm można zaobserwować w przypadku, w którym w umowie budowlanej zastrzeżone zostało uprawnienie do naliczania kar umownych w przy-

padku niewykonania lub nienależytego wykonania robót budowlanych. Jednym z częstszych przykładów takiego zapisu umownego jest uprawnienie inwestora do naliczenia kar umownych w przypadku zwłoki wykonawcy w wykonaniu zobowiązania określonego umową. W praktyce w przypadku zaistnienia takiej okoliczności inwestorzy najczęściej dokonują potrącenia naliczonych kar umownych z należnym wykonawcy wynagrodzeniem za zrealizowane już prace. Ponieważ jednak naliczenie kar umownych nie zawsze znajduje uzasadnienie w stanie faktycznym sprawy i uprawnienie to jest niejednokrotnie nadużywane przez strony umowy o roboty budowlane, dochodzi do paradoksalnej sytuacji, w której strona pokrzywdzona pozbawiana jest, innej niż długotrwały i drogi proces sądowy, ochrony prawnej, która zapobiegłaby bezprawnemu działaniu kontrahenta.

We wskazanych sytuacjach najlepszym rozwiązaniem dla strony danej umowy o roboty budowlane jest uzyskanie od sądu zabezpieczenia roszczenia polegającego na zakazie skorzystania przez kontrahenta z wypłaty udzielonej mu gwarancji lub zakazie potrącania kar umownych z innymi wierzytelnościami przed prawomocnym zakończeniem się sporu. Celem zabezpieczenia swych roszczeń kontrahenci niejednokrotnie występują więc do sądów z wnioskami o zabezpieczenie powództwa m.in. poprzez: zakazanie potrącania kar umownych, zakazanie wykonywania praw z udzielonych gwarancji, nakazanie złożenia oświadczenia o cofnięciu oświadczenia w przedmiocie żądania wypłaty sumy gwarancyjnej oraz zakazanie podejmowania dalszych działań zmierzających do realizacji gwarancji, a także zajęcie wierzytelności z rachunku bankowego kontrahenta, w przypadku gdy suma gwarancji została już pociągnięta.

Uzyskanie sądowego zabezpieczenia roszczeń powstałych na gruncie kontraktów budowlanych jest jednak z nieuzasadnionych przyczyn okolicznością rzadką i trudną do osiągnięcia. Praktyka wskazuje, że sądowe zabezpieczenie roszczeń wynikających z kontraktów budowlanych, choć niezwykle istotne, w dalszym ciągu jest niechętnie udzielane przez sądy.

W przypadku dochodzenia zabezpieczenia mającego polegać na uniemożliwieniu skorzystania z udzielonej uprzednio gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej sądy niejednokrotnie wskazują jako podstawę odmowy udzielenia zabezpieczenia na bezwarunkowy, abstrakcyjny i nieodwołalny charakter gwarancji. Powołując się na te cechy gwarancji podnoszone jest, że sądy są nieuprawnione do ingerencji w sferę autonomicznych uprawnień beneficjenta gwarancji, co w ocenie sądów prowadziłoby do utraty znaczenia tego sposobu zabezpieczenia wykonania umowy, jak i stanowiłoby niedozwoloną ingerencję w zasadę swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego.

W przypadku zaś domagania się udzielenia zabezpieczenia, którego celem byłoby pozbawienie możliwości potrącania niezasadnie naliczonych kar umownych z wynagrodzeniem, sądy powołują się na okoliczność, że udzielenie zabezpieczenia jest zbędne, gdyż, w razie nie zapłacenia przez inwestora wynagrodzenia, wykonawca i tak nie będzie miał innego wyjścia jak wystąpić do sądu z pozwem o zapłatę. Taki sposób rozumowania jest niezrozu-

miały i nietrafiony, gdyż w przypadku, w którym po uzyskaniu przez wykonawcę zabezpieczenia inwestor skorzystałby z prawa do potrącenia, to nie wyrze ono skutku, a tym samym nie wpłynie negatywnie na interesy wykonawcy, które mogą być naruszane przez inwestora niezasadnie. **Jak wynika to z samej istoty instytucji sądowego zabezpieczenia, nie daje ono uprawnionemu gwarancji, że zabezpieczone roszczenie zostanie zaspokojone, a jedynie stanowi ochronę jego interesów przed bezprawnym postępowaniem strony przeciwnej na czas toczącego się sporu.**

Choć jak wskazano powyżej uzyskanie zabezpieczenia roszczenia w sporach budowlanych nie jest proste, nie jest też niemożliwe i nieosiągalne. Sceptycyzm i powściągliwość sądów w udzielaniu zabezpieczeń roszczeń powstałych na gruncie kontraktów budowlanych zdaje się powoli zanikać otwierając tym samym drogę do bardziej wyrównanego traktowania stron umów budowlanych. W orzeczeniach sądów zauważyć można bowiem pojawianie się poglądów i wypowiedzi wskazujących na to, że udzielenie zabezpieczenia roszczenia poprzez nałożenie obowiązku powstrzymania się od skorzystania z wypłaty sumy gwarancyjnej nie stanowi naruszenia praw beneficjenta i nie prowadzi do uniemożliwienia zaspokojenia roszczenia w wypadku wygrania procesu, a może doprowadzić jedynie do ewentualnego opóźnienia w wypłacie gwarancji. **Jak słusznie podniósł to m.in. Sąd Apelacyjny w Gdańsku w uzasadnieniu orzeczenia z dnia 10 stycznia 2013 roku wydanego w sprawie o sygn. akt I ACz 1326/12 żądanie wypłaty sumy gwarancyjnej może stanowić nadużycie prawa i być sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.** We wskazanym wyroku Sąd Apelacyjny w Gdańsku uznał także, że „[c]harakter abstrakcyjny gwarancji bankowej, nie pozwalający gwarantowi na merytoryczną ocenę żądania wypłaty sumy gwarancji na rzecz beneficjenta, nie wyklucza ochrony wykonawcy kontraktu przed działaniem beneficjenta gwarancji niezgodnym z dobrymi obyczajami lub obowiązkiem współdziałania i lojalności dłużnika i wierzyciela. [...] Implikuje to konieczność oceny, czy wykorzystanie gwarancji nie wykracza poza jej funkcje zabezpieczające kontrakt, a co za tym idzie konieczność uznania, że wykonawca kontraktu (który, mimo że nie jest stroną umowy gwarancji bankowej, ponosi jej koszt ekonomiczny) ma możliwość ochrony przed nadużyciem gwarancji przez beneficjenta.”

Reasumując powyższe rozważania należy wskazać, że choć sądowe zabezpieczenie roszczeń stron umowy o roboty budowlane nie jest jedynym sposobem na zapewnienie należytej ochrony ich praw i interesów, to odgrywa ono niezmiernie ważną rolę w sporach powstałych na gruncie kontraktów budowlanych, gdyż niejednokrotnie jest ono jedynym ratunkiem dla kontrahentów budowlanych pozbawionych innego ruchu celem zabezpieczenia swych praw lub roszczeń, a w tym przede wszystkim kondycji finansowej i wizerunku publicznego. Podkreślić należy także, że choć uzyskanie sądowego zabezpieczenia roszczenia powstałego na tle sporów budowlanych w dalszym ciągu nie jest proste, to sądy zaczynają podchodzić do tego rodzaju spraw z coraz większą, choć wciąż niewystarczającą, dozą racjonalizmu i wyrozumiałości.

Kary umowne w zamówieniach publicznych – element dyscyplinujący czy poprawa budżetu inwestycji



Agnieszka
SUCHECKA

Radca Prawny, Lider Zespołu
Budownictwo Infrastrukturalne
w Kancelarii Radców Prawnych
Brudkiewicz, Suchecka i Partnerzy

I. Kara umowna w świetle przepisów kodeksu cywilnego

Instytucja kary umownej została uregulowana w artykułach 483 i 484 Kodeksu Cywilnego (dalej, jako KC). Stosownie do treści art. 483 § 1 KC można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Z przepisu tego wynika, że poszkodowany, dochodząc kary umownej, powinien w pierwszej kolejności wykazać, że została ona przewidziana w treści umowy, następnie udowodnić, że umowa nie została wykonana albo, że wykonana była nienależycie.

Wprowadzenie postanowienia o karze umownej powoduje, że wierzyciel jest zwolniony z obowiązku wykazania wysokości poniesionej szkody, co wynika wprost z treści art. 484 § 1 KC, który stanowi, że *w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody*. Oznacza to, że możliwe jest żądanie zapłaty kary umownej w pełnej wysokości bez względu na wysokość wyrządzonej szkody.

Charakter kary umownej został dookreślony w doniosłym orzeczeniu Sądu Najwyższego, który to w swojej uchwale¹ w składzie 7 sędziów sformułował zasadę prawną, że *zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody*. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy stwierdził, że kara zastrzeżona w treści umowy pełni również sankcję kontraktową, która

to może mieć na celu wyłącznie mobilizowanie dłużnika do wykonania swojego zobowiązania. Późniejsze orzecznictwo² stwierdziło dodatkowo, że kara umowna, stanowi rodzaj zryczałtowanego odszkodowania, którego strona w wypadkach określonych w umowie, może dochodzić bez konieczności wykazywania szkody, a nawet wówczas, gdy szkoda nie wystąpiła.

II. Zwykle i kwalifikowane opóźnienie (zwłoka)

W kodeksie cywilnym uregulowano cztery postaci niewykonania zobowiązania wzajemnego. Doktryna wskazuje, że są to: 1) niemożliwość świadczenia, za którą dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, 2) niemożliwość świadczenia, za którą dłużnik ponosi odpowiedzialność, 3) opóźnienie proste, czyli takie, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności oraz 4) opóźnienie kwalifikowane, czyli takie, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Dodatkowo należy wskazać, że kodeks cywilny wyodrębnił również kwalifikowaną postać nienależytego wykonania zobowiązania, taką jak świadczenie wadliwe. Na potrzeby niniejszej publikacji Autor ogranicza się jedynie do zarysu różnicy pomiędzy zwykłym i kwalifikowanym opóźnieniem dłużnika w spełnieniu świadczenia. Informacja ta, niezbędna będzie także do omówienia regulacji „kary umownej” w reżimie Warunków Kontraktowych FIDIC.

Zwykle opóźnienie to taka sytuacja, w której w dacie określonej w umowie – obowiązki jednej ze stron nie zostały wykonane. Dla opóźnienia nie ma znaczenia ustalenie, czy jego przyczyną są okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialności, czy też okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Już samo niewykonanie zobowiązania w terminie, aktualizuje uprawnienia wierzyciela do skorzystania z przysługujących mu praw, przewidzianych w umowie. Innymi słowy opóźnienie to każdy dzień następujący po dacie określonej na wykonanie zobowiązania umownego.

Pojęcie zwłoki zostało określone w treści art. 476 kodeksu cywilnego. Zgodnie z ustawowym znaczeniem zwłoka to opóźnienie z elementem zawinienia dłużnika. Przekroczenie terminu wykonania umowy nie będzie określone jako zwłoka gdy będzie ono następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Taka konstrukcja przepisu ma

¹ Uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów - zasada prawna z dnia 06 listopada 2003 roku, sygn. akt III CZP 61/03, LEX 81477.

² Np. Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 08 marca 2012 roku, sygn. akt: I ACa 153/12.

na celu ochronę dłużnika przed zdarzeniami, w których powstaje problem ze spełnieniem jego zobowiązania, a na które nie ma on wpływu albo są poza ryzykami, które przypisuje się wykonawcy.

III. Kara umowna w Warunkach Kontraktowych FIDIC

Postanowienia dotyczące kar umownych znajdują się również w Warunkach Kontraktowych FIDIC. Niedotrzymanie przez wykonawcę Czasu na Wykonanie skutkuje naliczeniem przez zamawiającego kar umownych na podstawie klauzuli 2.5. Wysokość kar jest z góry określona przez zamawiającego w Załączniku do Oferty i jest naliczana za każdy dzień, który upłynie pomiędzy wyznaczonym Czasem na Wykonanie, a dniem ustalonym w Świadectwie Przejęcia. W ocenie Autora niniejszej publikacji analiza tytułu i treści klauzuli 8.7 Warunków Kontraktowych FIDIC a także treści Załącznika do oferty prowadzi do wniosku, że w warunkach FIDIC powstaje często rozbieżność co do określenia za jakie opóźnienie (proste czy kwalifikowane) przewidziano kary umowne. Tytuł klauzuli 8.7 wskazuje, że wykonawca zobowiązany jest do zapłaty zamawiającemu kar za zwłokę. Analiza zaś treści przedmiotowej klauzuli pozwala na uznanie, że wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kar umownych w przypadku niewypełnienia wymagań klauzuli 8.2 [Czas na Wykonanie]. Wysokość tej kary zostanie obliczona na podstawie ilości dni pomiędzy odpowiednim Czasem na Wykonanie i dniem ustalonym w Świadectwie Przejęcia. Taka dyspozycja wskazuje, na uprawnienie Zamawiającego do naliczenia kary umownej za każdy dzień opóźnienia w rozumieniu kodeksu cywilnego. Dlatego w praktyce bardzo często Wykonawcy niezwykle ciężko bronić się przed naliczeniem kar za opóźnienie powstałego ze względu na okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Klauzula 8.7 Warunków Kontraktowych FIDIC może wprowadzić wątpliwości co do tego, czy zamawiający funkcjonujący w reżimie polskich norm prawnych posiada uprawnienie do naliczenia kary umownej za opóźnienie czy dopiero za zwłokę.

Dodatkowo powszechnie stosowaną praktyką w polskim systemie zamówień jest modyfikacja katalogu kar. Z pierwotnie przewidzianej jednej kary umownej, zamawiający wskazują kilkanaście a nawet kilkadziesiąt okoliczności, które dają im uprawnienie do naliczenia kary umownej. Rozrost klauzuli 8.7 powoduje, że zanika jej nadrzędny cel, motywujący wykonawcę, a rozpoczyna się wzajemna nieufność stron umowy i proces tworzenia dokumentacji na potrzeby ewentualnych sporów sądowych.

Dalsza część niniejszej publikacji poświęcona została na analizę postanowień umownych dotyczących kar zamieszczonych we wzorach umów opracowanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad oraz w przygotowanym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych dotyczących obiektu liniowego w rozliczeniu kosztorysowym.

IV. Kary umowne we wzorze umowy PKP PLK S.A.

Na potrzeby niniejszego artykułu Autor przeanalizował przygotowany przez PKP PLK S.A. projekt umowy na realizację inwestycji polegającej na zaprojektowaniu i wykonaniu robót.

Zgodnie ze zmodyfikowaną klauzulą 8.7 wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną „za:

- A. Niewypełnienie postanowień SubKLAUZULI 8.2 [Czas na Ukończenie] – wówczas, z uwzględnieniem SubKLAUZULI 2.5 [Roszczenia Zamawiającego], Wykonawca zobowiązany będzie zapłacić Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,02% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.
- B. Niewykonanie w terminie Etapu, ustalonego w Harmonogramie rzeczowo-finansowym oraz w SIWZ – wówczas zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,02% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej wartości każdego Etapu, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

Zamawiający może wstrzymać egzekwowanie kary umownej naliczonej za zwłokę w wykonaniu Etapu, jeżeli Wykonawca przedstawi Zamawiającemu gwarancję bankową zapłaty naliczonej kary umownej. Jeżeli Wykonawca wykona przedmiot Umowy w Pierwotnym Czasie na Ukończenie wówczas Zamawiający może odstąpić od egzekwowania naliczonej kary. W przeciwnym razie Zamawiający uprawniony będzie do wyegzekwowania należności wynikających z kary umownej, w szczególności poprzez uruchomienie gwarancji lub poprzez potrącenie należności wynikającej z kary umownej z płatności przysługującej Wykonawcy. Powyżej określona regulacja dotycząca możliwości wstrzymania egzekwowania kary umownej w sytuacji przedstawienia przez Wykonawcę gwarancji bankowej jej zapłaty nie dotyczy jednak sytuacji, w której Zamawiający, wskutek zwłoki Wykonawcy w realizacji danego Etapu poniósł szkodę bądź sytuacji, w której Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazał Etap, za który naliczenie kary umownej w przypadku zwłoki w jego realizacji będzie obligatoryjne i potrącanie w sposób niezwłoczny i nieodwołalny z płatności należnych Wykonawcy.

- C. Nieprzedstawienie systemu zapewnienia jakości w terminie i zakresie, o którym mowa w SubKLAUZULI 4.9 [Zapewnienie Jakości] w wysokości 5.000,00 PLN za każdy dzień zwłoki.
- D. Nieprzekazanie Raportu o Postępie Prac w terminach i zakresie określonym w SubKLAUZULI 4.21 [Raporty o Postępie Pracy] w wysokości 2.000,00 PLN z każdy dzień zwłoki.
- E. Przystąpienie do robót bez zatwierdzonego Programu Zapewnienia Jakości, Projektu Tymczasowej Organizacji Ruchu lub wykonywania Robót niezgodnie z zatwierdzonym Projektem Tymczasowej Organizacji Ruchu – w wysokości 5.000 PLN za każdy dzień stwierdzonych nieprawidłowości.
- F. Zabezpieczenie miejsca Robót niezgodne z „Wytycznymi zabezpieczeniami miejsca robót wykonywanych na torze zamkniętym podczas prowadzenia ruchu pojazd-



- dów kolejowych po torze czynnym z prędkością $V \geq 100$ km/h Id-18" oraz „Tymczasowym regulaminem prowadzenia ruchu pociągów w czasie zamknięć torowych” w wysokości 10.000,00 PLN za każdy dzień stwierdzonych nieprawidłowości.
- G. Niedostarczenie Zamawiającemu Harmonogramu rzeczowo-finansowego w terminie ustalonym w SubKLAUZULI 8.3 [Harmonogram Rzeczowo Finansowy] – wówczas zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,02% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej za każdy dzień zwłoki.
- H. Brak aktualizacji Harmonogramu rzeczowo-finansowego – karę w wysokości 0,02% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.
- I. Niedotrzymanie terminu usunięcia wad określonego w Świadectwie Przejęcia w wysokości 1% wartości brutto poszczególnych prac lub robót, których wada dotyczy za każdy dzień zwłoki.
- J. Niedotrzymanie terminu usunięcia usterki (wady) w okresie zgłaszania wad w terminie określonym w Programie Funkcjonalno – Użytkowym (8 godz. od zgłoszenia), w wysokości 1.000 PLN za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia.
- K. Z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 30% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.
- L. Nieobecność wymaganego przez Umowę przedstawiciela Wykonawcy uprawnionego do podejmowania wiążących decyzji na naradach i spotkaniach koordynacyjnych, w wysokości 15.000 PLN odrębnie za każdy przypadek nieobecności w wyznaczonym terminie narady lub spotkania.
- M. Opóźnienie w przekazaniu dokumentu polisy ubezpieczeniowej lub dowodu opłacenia składki, w wysokości 40.000 PLN za każdy dzień opóźnienia w przekazaniu polisy lub dowodu opłacenia składki.
- N. Przedłużenie zamknięć w wysokości 1.000 zł za każdą rozpoczętą godzinę wydłużenia przydzielonego zamknięcia toru, które wystąpi z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.
- O. Przekroczenie zadeklarowanej w ofercie sumy czasu zamknięć torowych, w wysokości 0,01% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia.
- P. Udzielone, a niewykorzystane zamknięcia torowe jednego toru za każdą rozpoczętą godzinę w następującej wysokości:
- linii magistralnej [*] PLN.
 - linii pierwszorzędnej [*] PLN.
 - głównego dodatkowego [*] PLN.
 - stacyjnego [*] PLN.
 - wstrzymanie ruchu według indywidualnej kalkulacji.
- R. Każde naruszenie postanowień SubKLAUZULI 4.1 [Ogólne Zobowiązania Wykonawcy] akapit 8, w wysokości 10.000 PLN.
- S. Każde naruszenie postanowień SubKLAUZULI 4.1 [Ogólne Zobowiązania Wykonawcy] akapit 9, w wysokości 10.000 PLN.
- T. Powierzenie wykonania części przedmiotu Umowy Podwykonawcom (dalszym podwykonawcom) bez zgody Zamawiającego bądź też za nieprzedłożenie do zaakceptowania przez Zamawiającego projektu Umowy o podwykonawstwo (lub projektu jej zmiany) zgodnie z SubKLAUZULĄ 4.4 [Podwykonawcy] – karę w wysokości 20.000 PLN.
- U. Nieprzedstawienie Zamawiającemu w terminie wskazanym w Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii Umowy z podwykonawcą lub jej zmiany bądź też za przedstawienie Umowy z podwykonawcą niezgodnej z postanowieniami określonymi w Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] – karę w wysokości w wysokości 0,02% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.
- V. Brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom – karę w wysokości 5% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.
- W. W przypadku konieczności stosowania sygnałów zastępczych (Sz) wynikających z wydłużonego czasu trwania Robót z winy Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10.000 PLN za każdą dobę stosowania sygnałów zastępczych.
- X. W razie odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn wskazanych w SubKLAUZULI 15.2 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 30% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej."

Natomiast na rzecz wykonawcy została przewidziana jedna kara umowna – w przypadku odstąpienia od Kontraktu przez wykonawcę, z powodów innych niż wskazane w klauzuli 16.2. W takiej sytuacji zamawiający zapłaci wykonawcy karę umowną w wysokości 30% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.

Powyższy katalog kar jest powszechnie stosowany w udzielanych przez PKP PLK zamówieniach. Postanowienia dotyczące odpowiedzialności wykonawcy z tytułu nienależytego wykonywania obowiązków często są jeszcze dodatkowo rozszerzane. Zamawiający dostosowuje je do specyficznych warunków poszczególnych inwestycji, poszukując dodatkowych obowiązków wykonawcy, za których niewykonanie ma możliwość naliczenia kar.

PKP PLK, jako zamawiający przewiduje między innymi kary umowne za niezrealizowanie całości przedmiotu umowy w Czasie na Ukończenie i jednocześnie za niezrealizowanie poszczególnego odcinka zgodnie z przyjętym harmonogramem. Efektem, czego może być sytuacja kumulacji kar umownych za niezrealizowanie poszczególnych odcinków w terminie i za przekroczenie Czasu na Ukończenie dla całości zadania. Dodatkowo, należy zwrócić uwagę na wysokość kar umownych przewidzianych za nieobecność przedstawiciela Wykonawcy na naradach i spotkaniach koordynacyjnych, czy za opóźnienie w przekazaniu dokumentu polisy ubezpieczeniowej lub dowodu opłacenia składki. Zastrzeżona wysokość tych kar odpowiednio 15.000 złotych i 40.000 złotych są zdecydowanie nieadekwatne w stosunku do poziomu poniesionej czy możliwej do poniesienia przez zamawiającego szkody.

Za zbyt wygórowaną karę należy również uznać, uprawnienie zamawiającego do zapłaty 5% Zaakceptowa-

nej Kwoty Kontraktowej za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. **Dla przykładu: opóźnienie w zapłacie 1.000 zł na rzecz podwykonawcy może spowodować naliczenie wykonawcy kary umownej na poziomie 5% wartości kontraktu – czyli zwykle kwoty kilkudziesięciu lub kilkusetmilionowej.**

Okoliczność, na którą została zastrzeżona ta kara, nie się za sobą ryzyko, również w sytuacji, kiedy wykonawca traci płynność finansową na skutek bezpodstawnego naliczenia kar umownych przez zamawiającego i ich potrącenia z bieżącym wynagrodzeniem za wykonane prace. **Niestety często zdarzają się sytuacje, w których zamawiający bezpodstawnie nalicza kary umowne w trakcie procesu inwestycyjnego i potrąca je z należnym wykonawcy wynagrodzeniem okresowym. Konsekwencją tego jest utrata płynności finansowej i zdolności do wykonania przedmiotu umowy w terminie, co doprowadza do odstąpienia od umowy przez zamawiających z winy wykonawcy i naliczeniem dalszych kar.**

W ocenie Autora publikacji zamieszczenie w klauzuli 8.7 możliwie wielu obowiązków wykonawcy (jeżeli nie wszystkich), daje zamawiającemu wysokie prawdopodobieństwo uzyskania kar umownych od wykonawcy z różnych podstaw prawnych. Pozyskane w ten sposób środki nie realizują funkcji instytucji kary umownej, jaką przewidział w polskim systemie prawnym ustawodawca. Takie postępowanie zamawiającego nie oddaje również celu, jaki przyświecał twórcom Warunków Kontraktowych FIDIC.

V. Kary umowne we wzorze umowy GDDKiA

Przygotowane przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad wzorcowe szczególne warunki umowy dla kontraktów realizowanych w systemie „Projektuj i Buduj” również przewidują szeroki katalog kar umownych. Zgodnie z nim „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu Kary umowne:

- A. Za przekroczenie Czasu na Ukończenie Robót lub Odcinka, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości:
 - 0,01% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej za każdy dzień zwłoki w pierwszych dwóch tygodniach,
 - 0,03% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej za każdy dzień zwłoki w trzecim i czwartym tygodniu,
 - 0,05% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej za każdy dzień zwłoki w każdym kolejnym tygodniu, począwszy od piątego tygodnia.
- B. Z tytułu odstąpienia od Umowy z przyczyn określonych w Subklauzuli 15.2 [Odstąpienie przez Zamawiającego] lub innych, leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 15% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, a w przypadku odstąpienia od części Robót – w wysokości 15% wartości tych Robót.
- C. Za niewykonanie każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania (Kamieni Milowych) z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w terminie ustalonym w dokumencie Dane Kontraktowe lub w terminie zmienionym zgodnie z Warunkami Kontraktu, w wysokości

0,02% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, za każdy dzień zwłoki. Kary umowne za niespełnienie każdego z warunków dotyczących Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania naliczane będą oddzielnie.

- D. Za nieprzedłożenie lub przekroczenie terminu przedłożenia lub nieuwzględnienie uwag Inżyniera do: Programu lub jego aktualizacji (Subklauzula 8.3 [Program] i Subklauzula 8.6 [Szybkość postępu prac]), raportu (Subklauzula 4.21 [Raporty o postępie pracy]), z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 5.000 PLN (pięć tysięcy złotych), za każdy dzień zwłoki.
- E. Za niedotrzymanie któregoś z terminów usunięcia wad, usterek lub wykonania zaległych prac określonych w Świadectwie Przejęcia w terminach określonych przez 43 WZORCOWE SZCZEGÓLNE WARUNKI KONTRAKTU dla kontraktów realizowanych w systemie „Projektuj i Buduj” Inżyniera lub Zamawiającego w wysokości 10.000 PLN (dziesięć tysięcy złotych) za każdy dzień zwłoki.
- F. Za niedotrzymanie któregoś z terminów usunięcia wad, usterek lub wykonania zaległych prac ujawionych w Okresie Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu w terminach określonych przez Inżyniera lub Zamawiającego w wysokości 10.000 PLN (dziesięć tysięcy złotych) za każdy dzień zwłoki.
- G. Za niezgłoszenie, zgodnie z Subklauzulą 4.4 [Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy], któregoś z Podwykonawców, Dostawców lub Usługodawców – w wysokości 30.000 PLN (trzydzieści tysięcy złotych), za każdego niezgłoszonego Podwykonawcę, Dostawcę lub Usługodawcę.
- H. Za wykonywanie za pomocą Podwykonawców innych Robót niż wskazane w Ofercie bez zgody Zamawiającego – w wysokości 10% wartości wykonywanych przez Podwykonawców Robót.
- I. Za przystąpienie do Robót bez zatwierdzonego Programu Zapewnienia Jakości, Projektu Tymczasowej Organizacji Ruchu lub wykonywanie Robót niezgodnie z zatwierdzonym Projektem Tymczasowej Organizacji Ruchu – w wysokości 10.000 PLN (dziesięć tysięcy złotych), za każdy dzień stwierdzonych powyższych nieprawidłowości”.
- J. Zamawiający zapłaci Wykonawcy Karę umowną z tytułu odstąpienia od Kontraktu z przyczyn zależnych od Zamawiającego w wysokości 15% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, z wyłączeniem przyczyn określonych w Subklauzuli 15.2 [Odstąpienie przez Zamawiającego] i Subklauzuli 15.5 [Uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia] i Subklauzuli 19.7 [Zwolnienie z wywiązywania się – zgodne z prawem] i art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przygotowana przez GDDKiA wzorcowa klauzula 8.7 również zawiera opis wielu sytuacji, w których zamawiający będzie uprawniony do naliczenia wykonawcy kary umownej. **Co istotne, w tym katalogu podobnie jak w przypadku PKP PLK przewidziano możliwość kumulowania kar umownych zarówno za nieukończenie odcinka jak i całości przedmiotu umowy.** Co odróżnia postanowienia obu zamawiających to zastosowanie przez GDDKiA rosnącej od 0,1% - 0,5% Zaakceptowanej Kwo-



ty Kontraktowej wysokości kary umownej w zależności od tygodnia zwłoki, w którym aktualnie znajduje się wykonawca. Podobnie jak w przypadku pierwszego analizowanego wzorca umowy, Autor pragnie wskazać na wygórowanie zastrzeżonej przez GDDKiA kary umownej z tytułu niezgłoszenia podwykonawcy zgodnie z klauzulą 4.4. **Wydaje się, że w tym wypadku również nie została zachowana funkcja kompensacyjna kary umownej. Także motywujący do wykonania całości zobowiązania w terminie charakter kary umownej, został unicestwiony.**

VI. Kary umowne we wzorze umowy Prezesa UZP

W przygotowanym przez Prezesa UZP wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych dotyczących obiektu liniowego w rozliczeniu kosztorysowym podobnie jak w poprzednich wzorcach można stwierdzić „nierówną pozycję” stron stosunku cywilnoprawnego. W punkcie 36. zatytułowanym „Kary umowne” możemy odnaleźć 17 rodzajów kar przewidzianych dla wykonawcy i „aż” dwa rodzaje kar przewidzianych dla zamawiającego.

Zgodnie z przygotowanym i zalecanym przez Prezesa UZP projektem umowy, wykonawca powinien się zobowiązać do zapłaty kary umownej między innymi za:

- a) każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu zakończenia robót przewidzianego w umowie,
- b) każdy dzień zwłoki w wykonaniu określonego etapu robót w stosunku do aktualnego harmonogramu rzeczowo-finansowego,
- c) każdy dzień zwłoki w usuwaniu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości,
- d) każdy dzień zwłoki w przedłożeniu do zatwierdzenia programu naprawczego, zestawienia czy raportu miesięcznego,
- e) odstąpienie przez zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- f) każde dokonanie bezpośredniej płatności przez Zamawiającego na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, w przypadku braku zapłaty wynagrodzenia przez wykonawcę,
- g) każdy dzień zwłoki wykonawcy w terminowej zapłacie wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,
- h) każdy nieprzedłożony do zaakceptowania projekt umowy lub projekt zmiany umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane,
- i) każdą nieprzedłożoną kopię, poświadczoną za zgodność z oryginałem, umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,
- j) brak dokonania we wskazanym terminie wymaganej przez zamawiającego zmiany umowy o podwykonawstwo w przypadku dostaw lub usług w zakresie terminu zapłaty,
- k) każdy dzień wykonywania robót budowlanych przed uzyskaniem zatwierdzenia projektu tymczasowej organizacji ruchu lub wykonywanie prac niezgodnie z zatwierdzonym projektem tymczasowej organizacji ruchu,
- l) dopuszczenie do wykonywania robót budowlanych innego podmiotu niż wykonawca lub zaakceptowany przez zamawiającego podwykonawca,
- m) każdy dzień niezgodnego z zatwierdzonym projektem organizacji ruchu oznakowania, braków w oznakowaniu lub wykonania oznakowania z nienależytą starannością,
- n) każdy rozpoczęty dzień przerwy w zawinionym zaprzestaniu realizacji robót przez wykonawcę,
- o) każde naruszenie zobowiązania do ubezpieczenia wykonawcy i zapłaty składek oraz okazania zamawiającemu potwierdzenia zawarcia umowy i opłaty należnych składek,
- p) każde naruszenie obowiązków związanych z usuwaniem odpadów, przekazywaniem informacji o wytwarzanych odpadach oraz sposobach gospodarowania odpadami,
- q) wykonywanie czynności zastrzeżonych dla kierownika budowy/robót przez inną osobę niż zaakceptowana przez Zamawiającego.

Dla kontrastu należy wskazać, że zamawiający zobowiązany jest do zapłaty wykonawcy kar umownych w sytuacji odstąpienia przez wykonawcę z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, z wyłączeniem okoliczności określonych w art. 145 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz za każdy dzień zwłoki Zamawiającego w przystąpieniu do odbiorów zgłoszonych robót.

Zaproponowana przez Prezesa treść postanowień umownych dotyczących kar umownych znacząco nie odbiega od postanowień proponowanych przez PKP PLK i GDDKiA. Można nawet stwierdzić, że katalog okoliczności, dających zamawiającemu uprawnienie do naliczenia kar umownych jest nawet szerszy, niż to przewidują powyżej wskazane wzory umów. Prezes UZP przewidział, podobnie jak wymienieni wyżej zamawiający, możliwość podwójnego naliczania kar umownych tj. za niezrealizowanie odcinka jak i całości prac. Również zastrzeżenie kary umownej na wypadek nieterminowej płatności wynagrodzenia na rzecz podwykonawców przez wykonawcę jak i na okoliczność dokonania bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawców przez zamawiającego w wielu sytuacjach może prowadzić do kumulowania kar umownych powstałych na bazie tej samej okoliczności. Bardzo rozbudowany katalog zdarzeń powodujących naliczenie przez zamawiającego kary umownej powoduje, że kary przestają mieć charakter pobudzający, a przekształcają się w swoisty bat na wykonawcę, co z kolei bardzo szybko będzie paraliżować każdą inwestycję.

VII. Podsumowanie.

Przytoczone powyżej przykłady postanowień umownych dotyczących kar umownych pozwalają na poddanie w wątpliwość podstawowej zasady równości stron umowy. Przewidziane w umowach kary, do których zapłaty „dobrowolnie” zobowiązuje się wykonawca, zostały zastrzeżone na okoliczności często niezależne od konkretnego podmiotu; czy też za okoliczności – ryzyka

pozostające poza sferą odpowiedzialności wykonawcy. Jaki ma to skutek dla wykonawców? Powoduje przerwanie ciężaru uwagi wykonawcy z prawidłowego i terminowego realizowania przedmiotu umowy na dbanie o nie dopuszczenie do sytuacji, w której zamawiający uzyska uprawnienie do naliczenia często bardzo wysokiej kary. Takie przekierowanie priorytetów musi spowodować spadek jakości wykonanych robót, przerzucanie odpowiedzialności na dalszych podwykonawców, którymi są najczęściej mikro i małe przedsiębiorstwa stanowiące podstawowy element w tworzeniu polskiego PKB oraz zatrudniające największą ilość pracowników.

W ocenie Autora stosowane wzory kontraktów, jak również przygotowany przez Prezesa UZP wzór umowy w zakresie uprawnienia do naliczenia kar umownych nie pozostawia złudzeń o wypaczeniu funkcji kary umownej. Nie została w nich zachowana zasada równości podmiotów w stosunkach cywilnoprawnych. **Zastrzeżenie kary umownej wykraczającej poza funkcję kompensacyjną należałoby uznać za niedopuszczalną w świetle art. 483 § 1 KC.**

Nie kwestionując zasadności i konieczności stosowania w kontraktach kar, to jednak należałoby zwrócić baczniejszą uwagę na zasadność zastrzegania poszczególnych rodzajów represji. **O ile celowe jest zastrzeżenie kary na okoliczności, które mogą powodować powsta-**

nie szkody w majątku zamawiającego, to zastrzeganie kar umownych na każdą okoliczność niewłaściwego zachowania wykonawcy należy uznać za niecelową.

Można stwierdzić, że kary przenoszące wysokość poniesionej w wyniku działań bądź zaniechań wykonawcy szkody, stanowiąc mogą dodatkowe środki w budżecie danej inwestycji. Jednakże polski system prawny nie pozwala na uzyskanie odszkodowania przenoszącego wysokość poniesionej szkody, dlatego należy mieć świadomość, że wykonawca niezgadzający się z naliczoną karą umowną będzie szukał możliwości ich obniżenia w sądzie.

Innymi słowy szeroki wachlarz kar, ich zawyżanie, dublowanie czy wręcz kumulowanie, a także brak odpowiednich mechanizmów ich obniżania czy anulowania gdy staną się niepotrzebne – to swoiste zagwarantowanie sporu sądowego lub arbitrażowego w trakcie lub po zakończeniu inwestycji.

Wskazać trzeba, że prowadzone przez wykonawców dialogi z sektorem publicznym, powodują na razie drobne ale już znaczące zmiany w świadomości zamawiających. Jako pozytywny efekt części prowadzonych rozmów wskazać trzeba zmianę postanowień umownych i określenie w nich obecnie, że kary naliczane będą za zwłokę – czyli za opóźnienia powstałe z winy wykonawcy. To zapewne skutek doświadczeń z poprzedniej perspektywy. Jednak to wciąż kropla w morzu potrzeb.



Kara umowna z tytułu opóźnienia w realizacji umowy nie może znacznie przewyższać kary za odstąpienie od umowy



Krzysztof
KOWALCZYK

Radca prawny, partner BSJP,
arbitr Sądu Arbitrażowego
przy SIDiR

Sąd Najwyższy w dniu 29 listopada 2013 roku wydał wyrok w sprawie I CSK 124/13, dotyczącej przesłanek miarkowania kar umownych jako rażąco wygórowanych. Wyrok ten jest bardzo interesujący również z punktu widzenia praktyków zajmujących się realizacją inwestycji budowlanych.

W wyroku tym Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że „**żądanie zapłaty kary umownej za nienależyte wykonanie przez dostawcę umowy w postaci uchybienia terminowi spełnienia świadczenia niepieniężnego w wysokości znacznie przewyższającej wysokość kary zastrzeżonej za odstąpienie przez tegoż dostawcę od umowy, może być potraktowane jako żądanie zapłaty kary umownej rażąco wygórowanej**”.

Pogląd powyższy został zaprezentowany na tle następującego stanu faktycznego.

Powód (wykonawca) zawarł z Lotniczym Pogotowiem Ratunkowym (zamawiającym) umowę dostawy sprzętu medycznego. Umowa przewidywała kary umowne zarówno za przekroczenie terminu dostawy (w wysokości 0,2% wartości umowy brutto za każdy dzień zwłoki), jak również za odstąpienie od umowy z przyczyn, za które druga strona ponosi odpowiedzialność (stawka tej kary nie jest wprost wskazana w uzasadnieniu omawianego wyroku). W toku realizacji umowy, powód opóźnił się z dostawą sprzętu, w efekcie czego pozwany obciążył go karą umowną w wysokości 85,600 złotych. Kara umowna w tej kwocie została potrącona z wynagrodzenia należnego powodowi.

Powód nie zgodził się z obciążeniem go karą umowną i wniósł do sądu powództwo o zapłatę kwoty 85,600 złotych – twierdząc, że potrącenie jest bezskuteczne, gdyż w ogóle nie zaistniały przesłanki do obciążenia go karą umowną. Sąd pierwszej instancji powództwo oddalił, uznając, że pozwany był uprawniony do obciążenia powoda karą umowną, a w konsekwencji do potrącenia tej kary z części wynagrodzenia należnego powodowi. Powód wniósł apelację, jednakże sąd odwoławczy uznał ją za bezzasadną i oddalił ją. W ocenie sądu odwoławczego, który badał również kwestie dotyczące miarkowania kary umownej, przesłanki do miarkowania tej kary nie zachodziły. Zdaniem tego sądu, kara umowna w wysokości 0,2% wartości umowy brutto za każdy dzień zwłoki nie jest karą rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 § 2 k.c.

Od wyroku sądu odwoławczego powód wniósł skargę kasacyjną. W skardze tej powód zarzucił, między innymi, naruszenie art. 484 § 2 k.c. Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu skargi kasacyjnej, uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę sądowi odwoławczemu do ponownego rozpoznania. Uwzględnienie skargi kasacyjnej nastąpiło jedynie wskutek uznania przez Sąd Najwyższy zarzutu naruszenia art. 484 § 2 k.c. **W skardze kasacyjnej powód akcentował, że kara umowna z tytułu opóźnienia w realizacji umowy, jaką został on obciążony przez pozwanego stanowi dwukrotność kary umownej, jaką powód mógłby hipotetycznie zostać obciążony wskutek ewentualnego odstąpienia od umowy przez pozwanego. W konsekwencji, zdaniem powoda, taką karę należy uznać za rażąco wygórowaną. Pogląd ten został podzielony przez Sąd Najwyższy.**

Na tle tak zakreślonego stanu faktycznego Sąd Najwyższy zaprezentował nowatorską, nie prezentowaną w swoim dotychczasowym orzecnictwie, tezę, iż „wykładnia art. 484 § 2 k.c. uzasadnia stwierdzenie, że ocena wystąpienia przesłanki miarkowania kary umownej w postaci jej rażącego wygórowania powinna uwzględniać relację między wysokością kary zastrzeżonej z tytułu uchybienia terminowi spełnienia świadczenia niepieniężnego, a wysokością kary umownej zastrzeżonej w tej samej umowie na wypadek odstąpienia od umowy”.

Uwzględniając standardowe zapisy umów, powszechnie stosowanych w obrocie gospodarczym (kara umowna za odstąpienie, wynosząca około 10% wartości kontraktu brutto, oraz kary umowne za opóźnienie w realizacji umowy, wynoszące od 0,05% do 0,2% wartości kontraktu brutto za każdy dzień opóźnienia), w praktyce okazuje się, że wysokość kar umownych z tytułu opóźnienia w realizacji umowy, jakich żądać może zamawiający, pomimo tego, że nie jest wprost ograniczona w treści umowy, to jednak podlega ona ograniczeniu. Ograniczenie to jest bowiem pochodną wysokości kary umownej za odstąpienie od umowy. Wprawdzie Sąd Najwyższy nie wskazuje, jaka proporcja kary umownej z tytułu opóźnienia w realizacji umowy do kary umownej za odstąpienie od umowy jest, jego zdaniem, akceptowalna (co jest zresztą słuszne, gdyż ocena taka musi być jednak dokonywana indywidualnie, w odniesieniu do każdego konkretnego przypadku), tym niemniej, w okolicznościach rozpoznawanej przez siebie sprawy, Sąd Najwyższy uznał karę umowną z tytułu opóźnienia w realizacji umowy w wysokości dwukrotności kary umownej za odstąpienie od umowy za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 § 2 k.c.

Takie stanowisko co do wykładni art. 484 § 2 k.c. jest w oczywisty sposób korzystne dla wykonawców, szczególnie tych, którzy znajdują się w znacznym opóźnieniu z wykonaniem umów (w tym: również o udzielenia zamówienia publicznego). Ogranicza ono bowiem wysokość kar umownych, jakie ostatecznie będą oni musieli zapłacić, gdyż nakazuje ono odnieść maksymalną wysokość tych kar do wysokości kar umownych należnych za odstąpienie od umowy.

Zapewne, konsekwencją omawianego wyroku po stronie zamawiających będzie wzrost stawek kar umownych za odstąpienie od umowy (tak, aby w ten sposób pośrednio podnieść maksymalne stawki kar umownych z tytułu opóźnienia w realizacji umowy). Oczywiście, wzrost ten nie może mieć charakteru dowolnego, gdyż zbyt wysoka stawka kary umownej za odstąpienie od umowy w stosunku do wartości umowy również może zostać uznana za rażąco wygórowaną.

Ponadto, kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela (a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody). Wprawdzie, jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z 6 listopada 2003 roku, sygn. akt: III CZP 61/03 (OSNC z 2004 r. Nr 5, poz. 69), obowiązek zapłaty kary umownej ciąży na dłużniku również wówczas, gdy wierzyciel nie poniósł szkody, tym niemniej brak szkody po stronie wierzyciela traktowany jest w orzecznictwie jako element świadczący o rażącym wygórowaniu kary umownej, a zatem: przesłanka miarkowania tej kary (tak, przykładowo: wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 18 lipca 2013 roku, sygn. akt: I ACa 248/13, niepubl.). Trzeba tu odnieść się do podstawowych funkcji kary umownej jako surogatu odszkodowania, mającego jedynie ułatwić wierzycielowi kompensację poniesionej przez niego szkody. Celem miarkowania kary umownej jest natomiast ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela.

Poza tym, pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w omawianym wyroku nie ma charakteru absolutnego, a w szczególności, nie może on być rozumiany w taki sposób, aby bezwzględnie ograniczał on wysokość kar umownych z tytułu opóźnienia w realizacji umowy.

Wprawdzie w uzasadnieniu omawianego wyroku brak jest szczegółowego odniesienia się do powyżej opisanych kwestii związanych z funkcjami kary umownej, tym niemniej pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w pełni zasługuje na podzielenie.

Dobrze też stało się, że pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy jest poglądem bardzo uniwersalnym. W omawianym wyroku Sąd Najwyższy dotyka bowiem kwestii miarkowania kary umownej, będącej elementem pozostawionym uznaniu sędziowskiemu. Źle byłoby zatem, gdyby Sąd Najwyższy formułował dyrektywy wykładni przesłanek miarkowania kary umownej w sposób zbyt daleko wkraczający w uznanie sędziowskie. Wskazanie, iż przy ocenie rażącego wygórowania kary umownej z tytułu opóźnienia w realizacji umowy trzeba brać pod rozwagę również wysokość kary umownej przewidzianej za odstąpienie od umowy z pewnością nie ingeruje zbyt daleko w swobodę sędziów orzekających w tego rodzaju sprawach.

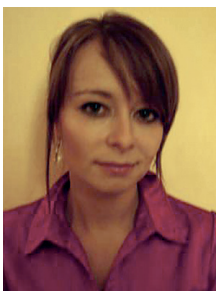
Oczywiście, omawiany wyrok jest precedensowy, stąd nie można jeszcze wnioskować, czy wyrażony w nim pogląd zostanie zaakceptowany zarówno przez inne składy orzekające Sądu Najwyższego i czy da on początek stabilnej linii orzeczniczej. Osobiście uważam, że dobrze byłoby, aby tak jednak się stało.

Z praktycznego punktu widzenia omawiany wyrok zapewne będzie miał duże znaczenie. Jego zastosowanie jest bowiem uniwersalne. Wprawdzie został on wydany na gruncie umowy dostawy, tym niemniej nic nie stoi na przeszkodzie, aby tezę w nim wyrażoną stosować do kar umownych zastrzeganych we wszystkich rodzajach umów – w tym: również w do umów dotyczących realizacji inwestycji budowlanych.

Kara umowna jako surogat odszkodowania w kontekście realizacji umów o roboty budowlane – skuteczny i uzasadniony środek nacisku na wykonawców, czy też niebezpieczne narzędzie w rękach zamawiających?



Barbara
CHMIELIŃSKA-PLASZCZYK
Członek SIDIR
Prawnik – Specjalista z zakresu
prawa zamówień publicznych
oraz prawa kontraktowego



Elżbieta
KRUSZYŃSKA
Członek SIDIR
Prawnik specjalizujący się
w procesie budowlanym
– zamówienia publiczne,
prawo kontraktowe

Wstęp

Ideą zastrzegania kar umownych jako surogatu odszkodowania w umowie o zamówienie publiczne, jest zabezpieczenie strony przed negatywnymi skutkami nierzetelności kontrahenta, a także szeroko pojęta mobilizacja do wykonania zobowiązań umownych w sposób zgodny z postanowieniami umowy, przy czym wynikający z powszechnie obowiązujących przepisów prawa mechanizm dochodzenia zapłaty kar umownych w zamówieniach publicznych (jak potrącenie z wynagrodzenia bądź zabezpieczenia należytego wykonania umowy) gwarantuje szczególnie Zamawiającym możliwość zaspokojenia roszczeń odszkodowawczych (w całości lub części) wobec Wykonawców, bez konieczności wszczynania długotrwałej i kosztownej procedury sądowej.

Głębsza analiza prawna zagadnienia „kar umownych” wydaje się być więc aktualnie niezbędna do sku-

teczniejszej ochrony przed działaniami skutkującymi nieuzasadnionym sankcjonowaniem kar umownych wobec Wykonawców.

Zagadnienia ogólne

Co do zasady, treść umów o zamówienia publiczne kształtowana jest przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz Kodeksu cywilnego (art. 139 ust. 1 PZP), co w konsekwencji umożliwia stronom, na mocy art. 353¹ kc, dowolne kształtowanie treści umów w granicach określonych przepisami tych ustaw. Rzeczywistość kontraktowa zmusza jednak niejednokrotnie Wykonawców do akceptowania zapisów umów, sporządzanych jednostronnie przez Zamawiających, które narzucają wyjątkowo rygorystyczne wobec Wykonawców warunki realizacji kontraktu i stawiają Zamawiającego w pozycji dominującej, między innymi poprzez wprowadzenie dodatkowej sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań niepieniężnych w postaci bezzasadnie wygórowanych kar umownych. Dla ochrony interesów Wykonawców należy pamiętać, że zarówno w literaturze jak i orzecznictwie panuje jednolity pogląd, że **jeżeli zastrzeżenie kary umownej znalazło się we wzorcu umowy przyjętym przez strony, to wykładnia postanowień dotyczących kary umownej powinna odbywać się z zachowaniem zasady ochrony prawnej kontrahenta autora wzorca umowy lub strony, która wzorzec ten załączyła jako warunki umowy**. W konsekwencji wobec powstania jakichkolwiek wątpliwości wobec kierunku interpretacji postanowienia takiego wzorca, należy odczytywać go tak jak rozumiał go adresat zawartego w nim oświadczenia woli, a więc w tym przypadku Wykonawca (Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 29 listopada 2013 r. sygn. I CSK 124/2013)¹.

Kara umowna może stanowić sankcję z tytułu:

- niewykonania zobowiązania w całości lub części,
- nienależytego wykonania zobowiązania,
- innych okoliczności wyraźnie wskazanych w umowie (np. wykonywanie robót po spożyciu alkoholu, nieuczestniczenie w naradach koordynacyjnych, zatrudnianie podwykonawców bez zgody Zamawiającego).

¹ Por. z uzasadnieniem Uchwały Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r. sygn. III CZP 66/95.

Instytucja kary umownej może być stosowana wyłącznie do zobowiązań niepieniężnych (w znaczeniu szerszym). Wszystkie więc zastrzeżenia kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego będą z mocy prawa nieważne. Takie rozwiązanie ma na celu zapobieganie obchodzenia zakazu ustalania odsetek umownych powyżej poziomu tzw. odsetek maksymalnych, poprzez zastrzeganie kary umownej za niewykonanie zobowiązań pieniężnych (Postanowienie Sądu Najwyższego Izba Cywilna z dnia 24 lipca 2009 r. sygn. II CNP 16/2009).

Wysokość kar umownych określana jest albo według określonej stawki kwotowej albo procentu od wartości przedmiotu zamówienia bądź jego części. Oznaczenie kary umownej może zostać dokonane zarówno w walucie krajowej, jak i walucie obcej. Jak stwierdził bowiem Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 2 kwietnia 2004 r. sygn. III CZP 10/2004 i podtrzymał w uzasadnieniu Uchwały z dnia 20 kwietnia 2005 r. sygn. III CZP 1/2005, poczynawszy od wejścia w życie ustawy Prawo dewizowe (ustawa z dnia 15 lutego 1989 r. Dz. U. 1989 r. Nr 6 poz. 33 ze zm.) nastąpiła zasadnicza zmiana w zakresie możliwości obrotu dewizowego oraz ograniczeń w tym zakresie. Zasadą stało się swobodne ustalanie zobowiązań pieniężnych na terenie Polski także w walutach obcych, natomiast zakaz wyrażania zobowiązań w obcych walutach został przewidziany tylko jako wyjątek, który powinien wynikać z konkretnego przepisu ustawy².

Należy zwrócić szczególną uwagę na fakt, iż kara umowna zastępuje odszkodowanie należne wierzycielowi z tytułu nienależytego wykonania zobowiązań umownych i jej zapłata nie zwalnia dłużnika, bez zgody wierzyciela, z obowiązku wykonania tego zobowiązania. Ponadto, w braku odmiennego zastrzeżenia umownego, zgodnie z art. 484§1 kc, kara umowna stanowi całość odszkodowania należnego wierzycielowi bez względu na wysokość faktycznie poniesionej szkody. **Możliwość dochodzenia więc tzw. odszkodowania uzupełniającego (na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego) uzależniona jest od wyraźnego zastrzeżenia w treści umowy.** W przeciwnym wypadku kara umowna należna będzie wierzycielowi w wysokości określonej w klauzuli umownej, niezależnie od wielkości faktycznie poniesionej szkody, a dalsze roszczenia odszkodowawcze zarówno w postaci *damnum emergens* jak i *lucrum cessans* nie mogą być skutecznie dochodzone (jest to tzw. kara wyłączna). Warto zwrócić uwagę na treść art. 473§2 kc, o charakterze bezwzględnie obowiązującym, wyłączającym dopuszczalność ograniczenia odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną umyślnie. W świetle tego unormowania nie ulega wątpliwości, że **w razie wyrządzenia szkody umyślnie wierzyciel, pomimo zastrzeżenia kary umownej wyłącznej, może domagać się skutecznie odszkodowania przenoszącego wysokość kary umownej** (Wyrok Sądu Najwyższego – Izba cywilna z dnia 11 stycznia 2008 r. sygn. V CSK 362/2007).

Zakres odpowiedzialności dłużnika z tytułu kar umownych

Kluczowym w zakresie ustalenia odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie

zobowiązania, jest ustalenie podmiotu odpowiedzialnego za powstanie szkody, **przy czym art. 471 kc przewidyje domniemanie winy dłużnika.** Jeżeli więc szczególnie przepis ustawy lub porozumienie pomiędzy stronami (zasady swobody umów) nie zmieni zakresu odpowiedzialności dłużnika, to **chcąc uwolnić się od odpowiedzialności będzie on musiał wskazać przesłanki egzoneracyjne, czyli wyłączające obowiązek naprawienia szkody.** Zgodnie bowiem z treścią art. 471 kc dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika z okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Przepis art. 484 kc nie zawiera uregulowań odnoszących się do kwestii winy dłużnika, ale nie oznacza to, że nie mają zastosowania ogólne reguły odpowiedzialności określone w art. 471 kc. Innymi słowy zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 kc. Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przesłanką uzasadniającą nałożenie na dłużnika obowiązku naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nieprawidłowego wykonania zobowiązania, poprzez zapłatę kar umownych, jest zaistnienie zwłoki po stronie dłużnika (a więc opóźnienia kwalifikowanego wynikającego z winy dłużnika – art. 476 kc)³. Zgodnie z najnowszym orzecnictwem Sądu Najwyższego (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2013 r. sygn. I CSK 124/2013) **strony w umowie nie mogą natomiast przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel.** Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika, a zasada swobody umów, w świetle art. 353 §1 kc, ograniczona jest właściwościami stosunku prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współżycia społecznego – rozszerzenie więc odpowiedzialności dłużnika o przyczyny leżące po stronie wierzyciela, naruszałoby zarówno art. 65 kc (oświadczenie woli należy tłumaczyć tak jak tego wymagają zasady współżycia społecznego, ustalone zwyczaje i cel umowy), jak i art. 353¹ kc w zw. z art. 56 kc.

Żaden zapis umowny nie zwolni dłużnika z dowodu w zakresie wskazania przyczyn niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, ponieważ swoboda umów nie sięga tak daleko aby dopuszczała zmianę zasady odpowiedzialności określonej w art. 483, art. 384 oraz art. 471 kc (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 2004 r. sygn. III CK 103/2003).

Należy tym samym przyjąć, że odpowiedzialność dłużnika w zakresie kar umownych za własne czyny, opiera się na zasadzie niezachowania należytej staranności oraz na zasadzie winy umyślnej, przy czym strony mogą na zasadzie swobody umów odpowiedzialność tą zmodyfikować i dłużnik może przyjąć na siebie także odpowiedzialność za czyny, za które na mocy samej ustawy odpowiedzial-

² Patrz też Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2006 r. sygn. IV CSK 178/2006.

³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r. sygn. II CSK 180/2010.



ności by nie ponosił np. w wyniku działania siły wyższej. Nie ulega wątpliwości, że na mocy art. 473§1 kc **dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, jednak okoliczności te muszą być w umowie wyraźnie wskazane (wymienione)⁴, bez konieczności stosowania domniemań⁵ i nie mogą być to okoliczności obciążające wierzyciela⁶**. Natomiast, jak już wspomniano powyżej, brak jest możliwości umownego wyłączenia odpowiedzialności dłużnika za szkodę wyrządzoną z winy umyślnej – zastrzeżenie takie będzie nieważne z mocy prawa.

Istotnym szczególnie przy realizacji zamówień publicznych których przedmiotem są roboty budowlane – jest **ustawowa odpowiedzialność dłużnika, na zasadzie ryzyka, za szkody wyrządzone także przez podmioty trzecie, jak osoby za pomocą których dłużnik wykonuje zobowiązanie (pracownicy) lub którym wykonanie zobowiązania powierza (podwykonawcy), a także inne osoby za które odpowiedzialność dłużnika strony ustaliły na zasadzie swobody umów** – o czym Wykonawcy powinni pamiętać w szczególności przy sporządzaniu umów podwykonawczych na realizację robót budowlanych, tak aby odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy (między innymi poprzez zastosowanie adekwatnych kar umownych wobec podwykonawców do wartości zleconych robót budowlanych).

Przedawnienie roszczenia o zapłatę kary umownej przy umowie o roboty budowlane

Przedawnienie roszczenia o zapłatę kary umownej przy umowie o roboty budowlane rządzi się regułami ogólnymi i podlega 3 letniemu terminowi przedawnienia na podstawie art. 118 kc przewidzianemu dla roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2006 IV CSK 178/2006).

Wymagalność roszczenia o zapłatę kar umownych

Wymagalność roszczenia wyraża stan, w którym obiektywnie rzecz ujmując wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności, przy czym początek wymagalności roszczenia nie daje się sformułować w regułę ogólną, gdyż każdorazowo określa go konkretna wierzytelność oraz treść, charakter lub właściwości zobowiązania będącego źródłem wierzytelności (Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2002 r. sygn. III CZP 63/2001). Przykładowo roszczenie o zapłatę kary umownej za zwłokę w terminowym usunięciu wady przedmiotu umowy o roboty budowlane staje się wymagalne w pierwszym dniu po upływie terminu do usunięcia wady (art. 120§1 kc w zw. z art. 471 kc), a nie po upływie terminu do oddania

przedmiotu umowy, gdyż roszczenie to wynika z popadnięcia i pozostawiania Wykonawcy w zwłoce z usunięciem wady (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 sierpnia 2006 r. sygn. II CSK 90/2006).

Roszczenie wynikające z zobowiązania bezterminowego, obejmujące zapłatę kary umownej⁷ staje się natomiat wymagalne w dniu, w którym świadczenie powinno być spełnione, gdyby wierzyciel wezwał dłużnika do wykonania zobowiązania w najwcześniejszym możliwym terminie. Wymagalność takich roszczeń należy więc rozpatrywać przy uwzględnieniu art. 455 kc. Prawna możliwość żądania spełnienia świadczenia od dłużnika powstaje po stronie wierzyciela z chwilą gdy ma on obiektywną możliwość uzyskania wiedzy o naruszeniu postanowień umowy do których odnosi się kara umowna, przy czym użyty w art. 455 kc termin „niezwłocznie” oznacza termin realny mający na względzie okoliczności miejsca i czasu (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2011 r. sygn. III CSK 282/2010). Wezwanie o którym mowa w art. 455 kc nie wymaga żadnej szczególnej formy (art. 60 i 61 kc).

Przesłanki odpowiedzialności kontraktowej z tytułu art. 471 kc, a przesłanki odpowiedzialności z tytułu kar umownych

Przy okazji przedmiotowej analizy, nie można pominąć także uprawnień odszkodowawczych wierzyciela wynikających z odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 - 474 kc), gdzie odpowiedzialność dłużnika ograniczona jest do obowiązku naprawienia szkody majątkowej wyrządzonej wierzycielowi zarówno w zakresie rzeczywistych strat, jak i utraconych korzyści (art. 361§2 kc). **Istotną różnicą odróżniającą mechanizm dochodzenia kar umownych od odszkodowania sensu stricte, w ramach odpowiedzialności kontraktowej, jest konieczność wykazania szkody oraz związku przyczynowego pomiędzy szkodą, a źródłem szkody uzasadniającym obowiązek odszkodowawczy.**

Odwołując się więc do treści art. 471 kc oraz uwzględniając art. 6 kc należy stwierdzić, że przy odpowiedzialności kontraktowej, ciężar dowodu rozkłada się następująco: wierzyciel ma wykazać istnienie stosunku zobowiązaniowego oraz jego treść, fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a także fakt poniesienia szkody. Nie musi natomiast udowadniać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (a więc winy dłużnika), gdyż to ciąży na dłużniku.

Natomiast **wierzyciel na rzecz którego zastrzeżona została kara umowna nie ma obowiązku wykazywać faktu poniesienia szkody i o tyle jego sytuacja dowodowa jest lepsza, bowiem powstanie szkody w majątku wierzyciela nie jest przesłanką odpowiedzialności z tytułu kar umownych.**

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2013 r. sygn. I CSK 124/2013.

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2008 r. sygn. V CSK 73/2008.

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 r. sygn. I CSK 748/2012.

⁷ Przykładowo w Wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r. sygn. I CSK 386/2012 Sąd stwierdził, że ponieważ strony nie wskazały w przedmiotowej umowie terminu wykonania zobowiązania do wystąpienia o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie budynku, zobowiązanie takie będzie miało charakter bezterminowy i zastosowanie znajdzie art. 455 kc.

Miarkowanie kar umownych. Niewystąpienie szkody jako przesłanka uzasadniająca miarkowanie kary umownej

Przewidując, że instytucja kary umownej nakładanej jednostronnie w oderwaniu od faktu i wysokości faktycznie poniesionej szkody, może skutkować pokrzywdzeniem jednej ze stron umowy, ustawodawca wprowadził do kodeksu cywilnego mechanizm umożliwiający sądowi, po dokonaniu wnikliwej oceny stanu faktycznego sprawy, na obniżenie wysokości naliczonej kary umownej proporcjonalnie do uzasadnionych okoliczności ograniczających odpowiedzialność dłużnika. **Art. 484§2 kc przewiduje bowiem możliwość zmniejszenia (miarkowania) kary przez sąd, na żądanie dłużnika, jeżeli jest ona rażąco wygórowana, bądź jeżeli zobowiązanie zostało wykonane w znacznej części.**

Z uwagi na tę regulację kodeksową nie stosuje się zmniejszenia kary umownej na podstawie art. 5 kc (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2002 r. sygn. I CKN 1567/99 oraz z dnia 8 września 2004 r. sygn. IV CK 631/2003). Dopiero stwierdzenie braku możliwości zmniejszenia kary umownej na mocy przesłanek z art. 484§2 kc albo stwierdzenie, że pomimo dokonanego miarkowania zasądzenie i wysokość kary umownej jest niezgodne z zasadami współzycia społecznego można dochodzić oddalenia powództwa o zapłatę w całości, na podstawie art. 5 kc (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2010 r. sygn. V CSK 126/2008).

W orzecnictwie sądów początkowo brak było jednolitego stanowiska co do tego, jakie zachowanie się dłużnika stanowi wystarczające „żądanie” spełniające przesłankę wskazaną w art. 484§2 kc. W praktyce funkcjonowały dwie linie orzecznicze. Zgodnie z pierwszą uznawano, że sam wniosek dłużnika o oddalenie powództwa o zapłatę kar umownych, na podstawie wnioskowania a maiore ad minus, zawiera w sobie żądanie obniżenia kar umownych⁸. Druga linia orzecznicza natomiast skłaniała się ku wymogowi wyraźnego wniesienia zarzutu przez dłużnika wraz z uzasadnieniem co do zasadności obniżenia kary umownej, gdyż pozostaje to w zgodzie z zasadą kontrydiktoryjności i przede wszystkim umożliwia wierzycielowi skuteczną obronę i ustosunkowanie się do zarzutów dłużnika⁹. W 2010 r. pojawiły się orzeczenia skłaniające się ku uznaniu, że wniesienie przez dłużnika żądania obniżenia kary umownej wprost nie jest konieczne, jeżeli wniesiono zarzut rażącego wygórowania kary umownej (jako przesłanki miarkowania wskazanej w art. 484§2 kc)¹⁰. **Ostatecznie uznano, że jeżeli dłużnik w toku procesu nie sformułował wprost zarzutu żądania miarkowania kary umownej, powinien przynajmniej wskazać, że jego zdaniem kara jest za wysoka i wyjaśnić dlaczego. Jeżeli dłużnik chce skorzystać z takiego środka obrony jak żądanie zmniejszenia kary umownej musi złożyć w tym przedmiocie oświadczenie woli, które zgodnie z art. 60 kc może być złożone w dowolnej formie, byleby w sposób dostatecznie zrozumiały i czytelny dla wierzyciela wyrażało**

wolę dłużnika. Skoro bowiem miarkowanie kary umownej jest możliwe tylko na żądanie dłużnika, to sąd w tym zakresie nie może działać z urzędu – musi więc zostać wniesiony zarzut procesowy. **Każdorazowo, zgodnie z art. 6 kc, dłużnika obciążać będzie obowiązek wskazania i udowodnienia okoliczności uzasadniających miarkowanie kary umownej** (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2013 r. sygn. V CSK 375/2012).

Zgodnie z art. 484§2 kc jednym z kryteriów miarkowania kary umownej jest jej rażąco wygórowanie. Mogą tutaj wchodzić w grę kryteria o charakterze wartości bezwzględnych (a więc sama wysokość kary umownej), kryteria rewitalizujące (a więc ocena wysokości kary umownej w stosunku do innych elementów, jak wartość przedmiotu zamówienia, czy wartość poniesionej szkody) albo inne kryteria (np. zasady współzycia społecznego).

W ramach przesłanek wskazanych w art. 484§2 kc argumentem przemawiającym za miarkowaniem kary umownej będzie zawsze tzw. przyczynienie się wierzyciela (art. 362 kc). Zawarcie bowiem umowy wzajemnej nakłada na obie strony obowiązki wskazane w umowie oraz konieczność współdziałania przy realizacji umowy, dlatego też brak współdziałania po stronie wierzyciela jest argumentem dla dłużnika do uznania kary umownej za rażąco wygórowaną (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2010 r. sygn. IV CSK 494/2009). Ten argument może mieć szczególne znaczenie przy wykonywaniu umów o roboty budowlane, gdzie w sposób nagminny spotyka się sytuacje braku współdziałania po stronie Zamawiających, dlatego tak istotną kwestią jest zbieranie piśmennego materiału dowodowego już na etapie początkowym powstałego problemu realizacyjnego.

Ustawowa dopuszczalność miarkowania kary umownej ze względu natomiast na wykonanie zobowiązania w znacznej części opiera się na założeniu, że częściowe spełnienie świadczenia może zaspokajać w sposób wystarczający interes wierzyciela. Miarkowanie na tej podstawie nie będzie więc dopuszczalne w sytuacjach gdy częściowe wykonanie zobowiązania nie ma znaczenia dla wierzyciela¹¹. Każdorazowo więc dopuszczalność takiej linii obrony uzależniona będzie od okoliczności konkretnego przypadku. Przykładowo w sytuacji w której znaczna część prac została wykonana w terminie umownym i wierzyciel może korzystać z ich rezultatu, to wykonanie przedmiotu umowy w znacznej części w takim przypadku będzie uzasadniać miarkowanie wysokości kary umownej naliczonej z tytułu zwłoki w zakończeniu realizacji całego zadania. Miarkowanie kary umownej na tej podstawie nie będzie możliwe, jeśli kara umowna zastrzeżona została na wypadek naruszenia konkretnego zobowiązania innego niż terminowe lub prawidłowe wykonanie umowy, np. z tytułu zatrudnienia podwykonawców bez zgody Zamawiającego, gdyż w takim przypadku częściowe wykonanie zobowiązania będącego przedmiotem umowy wykracza poza obowiązek, którego naruszenie sankcjonowane jest zastrzeżoną karą umowną¹².

⁸ Tak w Wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 1976 r. sygn. 221/76, z dnia 16 lipca 1998 r. sygn. I CKN 802/97, z dnia 27 czerwca 2000 r. sygn. I CKN 791/98, z dnia 4 grudnia 2003 r. sygn. II CK 271/2002.

⁹ Tak Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2003 r. sygn. I CK 137/2002, z dnia 18 czerwca 2003 r. sygn. II CKN 240/2001, z dnia 23 marca 2006 r. sygn. IV CSK 89/2005, z dnia 30 sierpnia 2006 r. sygn. II CSK 90/2006.

¹⁰ Np. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2010 r. sygn. C CSK 217/2009.

¹¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r. sygn. IV CSK 401/2010.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lipca 1998 r. sygn. I CKN 802/97.



Szkoda a kara umowna

W orzecznictwie Sądu Najwyższego pojawiały się różnicowane stanowiska odnośnie roli „szkody” dla ustalenia odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, w kontekście zasadności naliczenia kar umownych. W Wyroku z dnia 20 lutego 2003 r. (sygn. II CKN 1158/2000) Sąd Najwyższy zdecydowanie opowiedział się za stanowiskiem, że art. 484§1 kc w zw. z art. 483 kc należy interpretować w ten sposób, że wierzyciel dochodząc zapłaty kary umownej, nie musi udowadniać ani faktu poniesienia szkody, ani jej wysokości. **Jednak fakt udowodnienia przez dłużnika braku szkody po stronie wierzyciela stanowi przesłankę do uznania, że kara umowna się nie należy, bądź należy się w ograniczonej wysokości z uwagi na rozmiar poniesionej szkody**¹³. Taki kierunek interpretacji przepisów chroni bowiem dłużnika przed nadużyciami ze strony wierzyciela, ale jednocześnie nie pozbawia wierzyciela możliwości dochodzenia zapłaty kary umownej.

Sąd Najwyższy w uchwale Siedmiu Sędziów z dnia 6 listopada 2003 r. (sygn. III CZP 61/2003) omawiając funkcję miarkowania kar umownych nie wskazał dolnej granicy obniżenia zastrzeżonej kary pozostawiając sądom elastyczny instrument umożliwiający orzekanie w kontekście konkretnych okoliczności sprawy. Stosując instytucję miarkowania sąd powinien brać pod uwagę rolę kar umownych, a więc funkcję stymulującą wykonanie zobowiązania, funkcję represyjną oraz funkcję kompensacyjną, która umożliwia naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela, ale bez konieczności dokładnego wyliczania jej wysokości (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2006 r. sygn. I CSK 259/2006).

Kara umowna, a odstąpienie od umowy o roboty budowlane

Zgodnie z jednolitym orzecznictwem Sądu Najwyższego **wykonanie prawa odstąpienia od umowy o roboty budowlane nie pozbawia go roszczenia o zapłatę kary umownej zastrzeżonej na wypadek przekroczenia terminu wykonania umowy**. Takie stanowisko uznano za zgodne z zasadami współczesnych regulacji prawa kontraktowego oraz traktatowego (Principles of European Contract Law w art. 9:3052 wyrażają zasadę utrzymania w mocy postanowień umowy, które zgodnie z wolą stron mają działać nawet po jej rozwiązaniu). Uznano zgodnie, że wykonanie prawa odstąpienia od umowy wzajemnej znosi prawa i obowiązki stron należące do jej istoty, natomiast wywołuje nowe roszczenia określone w ustawie oraz nie znosi odpowiedzialności z tytułu zastrzeżenia kary umownej z tego tytułu.¹⁴

Drugą istotną kwestią jest możliwość dochodzenia zapłaty kary umownej powiązanej z odstąpieniem od umowy w kontekście konieczności ustalenia czy do odstąpienia od umowy w ogóle doszło (a więc czy było ono sku-

teczne pod względem prawnym). Pamiętajmy bowiem, że prawo odstąpienia od umowy ma charakter kształtujący i w wyniku skutecznego wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą (art. 395§2 kc). Dlatego też **każdorazowo w przypadku gdy karę umowną powiązano z odstąpieniem od umowy, zasądzenie tej kary nie może nastąpić bez prawidłowego zrealizowania prawa do odstąpienia**, co wymaga szczególnej uwagi w przypadku wykonywania umownego prawa do odstąpienia od umowy, które wymaga określenia w treści umowy terminu w którym strona uprawniona może z prawa do odstąpienia skorzystać (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2004 r. sygn. II CK 261/2003).

Warto dodać, że **brak jest możliwości kumulowania kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy, z karami umownymi z tytułu nienależytego wykonania tej umowy w postaci zwłoki lub opóźnienia w wykonaniu umowy**. Jeżeli więc strona uprawniona podjęła decyzję o odstąpieniu od umowy wzajemnej, z uwagi na nieprawidłowe wykonywanie obowiązków umownych przez drugą stronę, a umowa łącząca strony przewiduje możliwość naliczenia kar umownych zarówno z tytułu odstąpienia od umowy, jak i z tytułu niewypełnienia konkretnych zobowiązań umownych (niedotrzymania terminu wykonania przedmiotu umowy), to roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej i jest ona uprawniona do skutecznego dochodzenia zapłaty kary umownej wyłącznie z tytułu odstąpienia od umowy (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r. sygn. II CZP 39/2012)¹⁵.

Podsumowanie

Niewątpliwie zasadny z założenia cel wprowadzenia do obrotu gospodarczego instytucji kary umownej, jako sankcji dyscyplinującej, w praktyce – szczególnie w ramach realizacji umów o zamówienie publiczne, gdzie to Zamawiający jest autorem wzorca umownego, a wpływ Wykonawcy na jego treść pozostaje w większości iluzoryczny – stał się źródłem wielu nadużyć skutkujących nieuzasadnionym często przysporzeniem finansowym, po stronie podmiotu dominującego, co skłania do refleksji – **czy kara umowna stanowi obecnie skuteczny i uzasadniony środek nacisku na Wykonawców, czy też z założenia jest głównie źródłem nieuzasadnionego wzbogacania się Zamawiających**.

Wskazane powyżej mechanizmy interpretacji przepisów, poparte szeroką dozą orzecznictwa, niewątpliwie ułatwiają dochodzenie praw związanych z kontraktową odpowiedzialnością za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych i pozwolą zabezpieczyć się już na etapie początkowym realizacji kontraktu, przed ewentualnymi działaniami kontrahenta mającymi na celu jego wzbogacenie się, poprzez naliczenie nieuzasadnionych kar umownych.

¹³ stanowisko to zostało poparte kolejnymi orzeczeniami Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2003 r. sygn. III CKN 122/2001, nie publ. oraz z dnia 7 listopada 2003 r. sygn. I CK 221/2002.

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2004 r. sygn. V CK 411/2004, z dnia 6 maja 2004 r. sygn. II CK 261/2003 niepubl., z dnia 15 września 2005 r. sygn. II CK 72/2005 oraz z dnia 5 października 2006 r. sygn. IV CSK 157/2006.

¹⁵ Na tej samej zasadzie nie jest dopuszczalne kumulowanie kary umownej przewidzianej za nienależyte wykonanie zobowiązania (np. wykonanie ze zwłoką) z karą umowną za niewykonanie tego samego zobowiązania- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2011 r. sygn. I CSK 315/2010.

Odbiór robót jako podstawa zgłoszenia obiektu do użytkownika



Paweł
ZEJER

Arbiter, Rozjemca,
Członek Zarządu SIDiR,
Członek Zarządu EFCA

Dlaczego odbiór robót i towarzyszące mu procedury w kontraktach na roboty tak często są przyczyną sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą robót budowlanych? Dlaczego inwestor kwestionuje fakt ukończenia robót przez wykonawcę?

Takie i podobne pytania rodzą się w czasie kiedy wykonawcy zależy na jak najszybszym przekazaniu obiektu budowlanego a z drugiej strony inwestor obawia się, że pozostające do wykonania roboty nie zostaną ukończone kiedy przejmie obiekt. Poszukując odpowiedzi na te i pochodne pytania autor, będzie odnosił się głównie do praktyki i doświadczeń nabytych podczas odbiorów i sporów z nimi związanych, a ponadto zostaną przywołane podstawowe regulacje związane z odbiorem robót, zapłatą za nie i rozpoczęciem użytkowania.

Dlaczego odbiór robót może być kłopotliwy?

Są co najmniej dwie przyczyny, które powodują spory podczas odbioru robót, a mianowicie (i) nieprecyzowany wcześniej zakres prób poprzedzających wydanie protokołu odbioru końcowego robót oraz (ii) oczekiwanie inwestora, że odbiór zostanie przeprowadzony w chwili ukończenia wszystkich robót i usunięcia w nich wszystkich wad.

Z pierwszym przypadkiem spotkamy się w sytuacji kiedy umowa nie precyzuje jaki zakres prób należy przeprowadzić i jakim rezultatem winny być zakończone. Informacji o próbach zwykle szukamy w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót. Określenie zakresu prób końcowych na etapie sporządzania specyfikacji technicznych wymaga specjalistycznej wiedzy technicznej, a w szczególności wiedzy o metodach badawczych/testowych, które należy przeprowadzić aby uznać, że roboty są ukończone zgodnie z umową.

W praktyce spotykamy się niezwykle często z sytuacją kiedy program badań i testów jest uzgadniany pomiędzy stronami tuż przed ich rozpoczęciem albo nawet w trakcie prób. W przypadku obiektów złożonych dopuszcza się zaprojektowanie elementów prób końcowych w toku realizacji robót, jak np. projekt rozruchu technologicznego lecz ta sytuacja dotyczy najczęściej umów typu „zaprojektuj i wybuduj”.

Z drugim przypadkiem mamy do czynienia, kiedy w umowie został zawarty warunek stanowiący, że roboty mogą być odebrane jedynie po ukończeniu wszystkich robót i usunięciu wszelkich wad. Intencje inwestora są oczywiste i zrozumiałe. Każdy inwestor chciałby przejąć obiekt budowlany bez wad w idealnym stanie technicznym. I tu praktyka wskazuje, że taka sytuacja jest po prostu niemożliwa. Nie jest wykonalnym, aby odbiór został dokonany dopiero kiedy wszystkie usterki zostaną usunięte. Pozostaje pytanie kiedy można dokonać odbioru końcowego? Odpowiedź na to pytanie można znaleźć w licznych orzecznictwie w tym zakresie. Ale zanim o tym kilka aspektów dotyczących samego zakończenia budowy.

Kiedy roboty należy uznać za zakończone?

Ustawa Prawo budowlane nie definiuje pojęcia zakończenia budowy. W orzecznictwie wskazuje się, że w sensie techniczno-budowlanym można mówić o zakończeniu budowy obiektu budowlanego, gdy odpowiada on warunkom, jakie przewiduje Prawo budowlane po zawiadomieniu organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy. Obiekt powinien być w takim stanie, by mógł zostać przeprowadzony jego odbiór i by można było przekazać go do normalnej eksploatacji i użytkowania (zob. wyrok NSA z dnia 20 czerwca 1996 r., sygn. akt SA/Wr 2735/95).

O zakończeniu budowy w rozumieniu ustawy Prawo budowlane świadczy spełnienie przez inwestora warunków przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego, a w szczególności złożenia zawiadomienia, o jakim mowa w art. 54 Prawa budowlanego, względnie wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie z art. 55 tej ustawy, co oznacza jednocześnie zakończenie inwestycji (zob. np. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 8 września 2010 r. I SA/Kr 673/10). Zdaniem Sądu, skoro do użytkowania obiektu budowlanego można przystąpić po zawiadomieniu organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy (jeże-



li nie wniesie on w odpowiednim terminie sprzeciwu), to w sensie techniczno-budowlanym można mówić o zakończeniu budowy gdy obiekt budowlany odpowiada wymogom, jakie przewiduje ustawa Prawo budowlane przy zawiadomieniu ww. organu o zakończeniu budowy (art. 57 Prawa budowlanego). Obiekt powinien być bowiem w takim stanie, by można było przekazać go do normalnej eksploatacji i użytkowania.

W dotychczasowym orzecznictwie Naczelny Sąd Administracyjny wielokrotnie podkreślał, że do uznania, iż budowa budynku została zakończona nie jest niezbędne dopełnienie wymogów przewidzianych w prawie budowlanym, bo zakończenie budowy jest wynikiem faktycznego rozpoczęcia użytkowania budynku lub jego części przed jego ostatecznym wykończeniem, a więc uzależnione jest od faktu zakończenia prac związanych ze wznoszeniem obiektu budowlanego, lub od rozpoczęcia jego użytkowania przed ostatecznym zakończeniem robót (por. wyrok WSA w W-wie z 23 lutego 2005 r., sygn. akt III SA/Wa 1835/04; wyrok NSA z 10 marca 2006 r., sygn. akt II OSK 625/05).

Jak widać z powyższego, niezwykle istotnym staje się określenie warunków, które należy spełnić, tj. zakres prób i testów, niezbędnych do przeprowadzenia aby kierownik budowy mógł złożyć oświadczenie o zakończeniu budowy.

Zgłoszenie obiektu do użytkowania

Z art. 54 Prawa budowlanego wynika, że inwestor, który wybudował na podstawie pozwolenia na budowę obiekt budowlany, powinien zawiadomić organ administracji architektoniczno-budowlanej o zakończeniu budowy. Dokumenty niezbędne do załączenia do zawiadomienia o zakończeniu budowy obiektu budowlanego określa art. 57 ust. 1-3 Prawa budowlanego. W tym przepisie stwierdza się m.in., że do zawiadomienia o zakończeniu budowy obiektu budowlanego inwestor obowiązany jest dołączyć oryginał dziennika budowy, oświadczenie kierownika budowy o doprowadzeniu do należytego stanu i porządku terenu budowy, a także – w razie korzystania – ulicy, sąsiedniej nieruchomości, budynku lub lokalu. Do zawiadomienia powinno zostać dołączone oświadczenie kierownika o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem, warunkami pozwolenia na budowę, przepisami i obowiązującymi polskimi normami. Należy podkreślić, iż z pewnością zakończenie budowy nastąpi, gdy zostało złożone zawiadomienie o zakończeniu budowy spełniające ww. warunki. (Komentarz do art. 6 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych. Dudar G. Etel L. Presnarowicz S. wyd. LEX).

W świetle zaś art. 59 ust. 1 Prawa budowlanego właściwy organ wydaje pozwolenie na użytkowanie obiektu budowlanego po protokolarnym stwierdzeniu na miejscu budowy: zgodności wykonania obiektu z warunkami zabudowy i zagospodarowania terenu oraz warunkami pozwolenia na budowę, uporządkowania terenu budowy. Oznacza to, że pozwolenie na użytkowanie obiektu budowlanego może być wydane dopiero po protokolarnym stwierdzeniu na miejscu budowy: zgodności wykonania obiektu z warunkami zabudowy i zagospodarowa-

nia terenu oraz warunkami pozwolenia na budowę, ponadto uporządkowania terenu budowy. Przed oględzinami budowy nie ma możliwości uznania, że istnieje prawo inwestora do użytkowania obiektu.

W art. 59 ust. 3 został określony przypadek wydania przez właściwy organ nadzoru budowlanego pozwolenia na użytkowanie pomimo niewykonania części robót wykończeniowych, lub innych robót budowlanych związanych z konkretnym obiektem budowlanym. W takiej sytuacji organ ten może wydać pozwolenie na użytkowanie, gdy stwierdzi, że obiekt budowlany spełnia warunki uzasadniające jego wydanie pomimo niewykonania robót. Wydając to pozwolenie, organ może określić termin ich wykonania. W takiej sytuacji, jeżeli inwestor nie zrealizuje tych robót w wyznaczonym terminie, właściwy organ nadzoru budowlanego, który wydał decyzję w pierwszej instancji, powinien stwierdzić jej wygaśnięcie na podstawie art. 162 § 1 pkt 2 k.p.a. Należy przyjąć, że uchylenie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, lub stwierdzenie jej wygaśnięcia umożliwia odpowiednie zastosowanie art. 51 Prawa budowlanego. (por. Prawo budowlane. Komentarz., red. Z. Niewiadomski, C.H. Beck. 2 wydanie, Warszawa 2007, s. 578).

Wykładnia powyższych przepisów prowadzi zatem do wniosku, iż istnieje możliwość udzielenia pozwolenia na użytkowanie części budynku w sytuacji niewykonania wszystkich robót wykończeniowych, lub innych robót budowlanych związanych z obiektem. Nie ulega wątpliwości, iż decyzja udzielająca pozwolenie na użytkowanie potwierdza zakończenie budowy budowli, budynku lub ich części i świadczy, iż obiekty te znajdują się w stanie technicznym odpowiednim do wykorzystania ich zgodnie z przeznaczeniem, pomimo nawet niewykonania części robót wykończeniowych lub innych robót budowlanych.

Kiedy powstaje zobowiązanie do zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty?

Roszczenie wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia powstaje z chwilą zrealizowania przedmiotu umowy i oddania go, a zatem wykonania zobowiązania niepieniężnego, rodzącego po stronie zamawiającego obowiązek odebrania wykonanych robót. Zasada powiązania warunku powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót wynika z art. 647 i 654 k.c.

Co jest istotne i staje się często powodem sporów - stwierdzenie istnienia wad robót przy ich odbiorze. Jednak nie w każdym przypadku rodzić będzie skutki niewykonania zobowiązania, a co za tym idzie, niepowstania zobowiązania do zapłaty.

Wykonanie robót z wadami może być równoznaczne albo z niewykonaniem zobowiązania, albo z nienależytym wykonaniem zobowiązania. Z niewykonaniem zobowiązania mamy do czynienia wówczas, gdy objęte umową świadczenie nie zostanie w ogóle spełnione, albo ma wady istotne.

Za wady istotne należy przyjąć takie, które uniemożliwiają użytkowanie obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem/z celem umowy albo nie spełniające

cech wyraźnie wymienionych w umowie, a które znacząco zmniejszają wartość obiektu. Przykładem może być zaniżenie skrajni pionowej bądź poziomej obiektu, co uniemożliwia wjazd pojazdów o standardowych gabarytach lub nieosiągnięcie parametrów technologicznych obiektu, które są wymagane odrębnymi przepisami.

Natomiast pozostałe wady, świadczą tylko o nienależytym wykonaniu zobowiązania. **Jedynie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, lub odstąpienie od umowy, a co za tym idzie rzutują 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 zaś nieistotne oznaczają wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, rzutując na uprawnienie inwestora, który może domagać się ich usunięcia w oznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia. (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 30 marca 2006 r. I ACa 1900/05).

Skrajnym przypadkiem, unikania zapłaty za roboty, lecz niestety coraz częściej spotykanym, jest sytuacja w której inwestor rozpoczął użytkowanie obiektu i nadal odmawia końcowej zapłaty. Rozpoczęcie użytkowania należy traktować jako odebranie robót i akceptację jakości (por. wyrok z dnia 14 września 2005 r. Sądu Apelacyjnego w Szczecinie I ACa 222/05).

Strony przewidują najczęściej formę odbioru w postaci „protokołu odbioru”. Podobne znaczenie ma Świadcstwo Przejęcia, o którym mowa w Warunkach Kontraktowych FIDIC. Jeżeli jednak nie dojdzie do sporządzenia takiego dokumentu, to i tak pozostaje po stronie zamawiającego obowiązek zapłaty wynagrodzenia za wyko-

nane roboty, jeżeli umówiony zakres robót został wykonany, zaś zamawiający odmawia sporządzenia protokołu odbioru z uwagi na usterki i wady nieistotne.

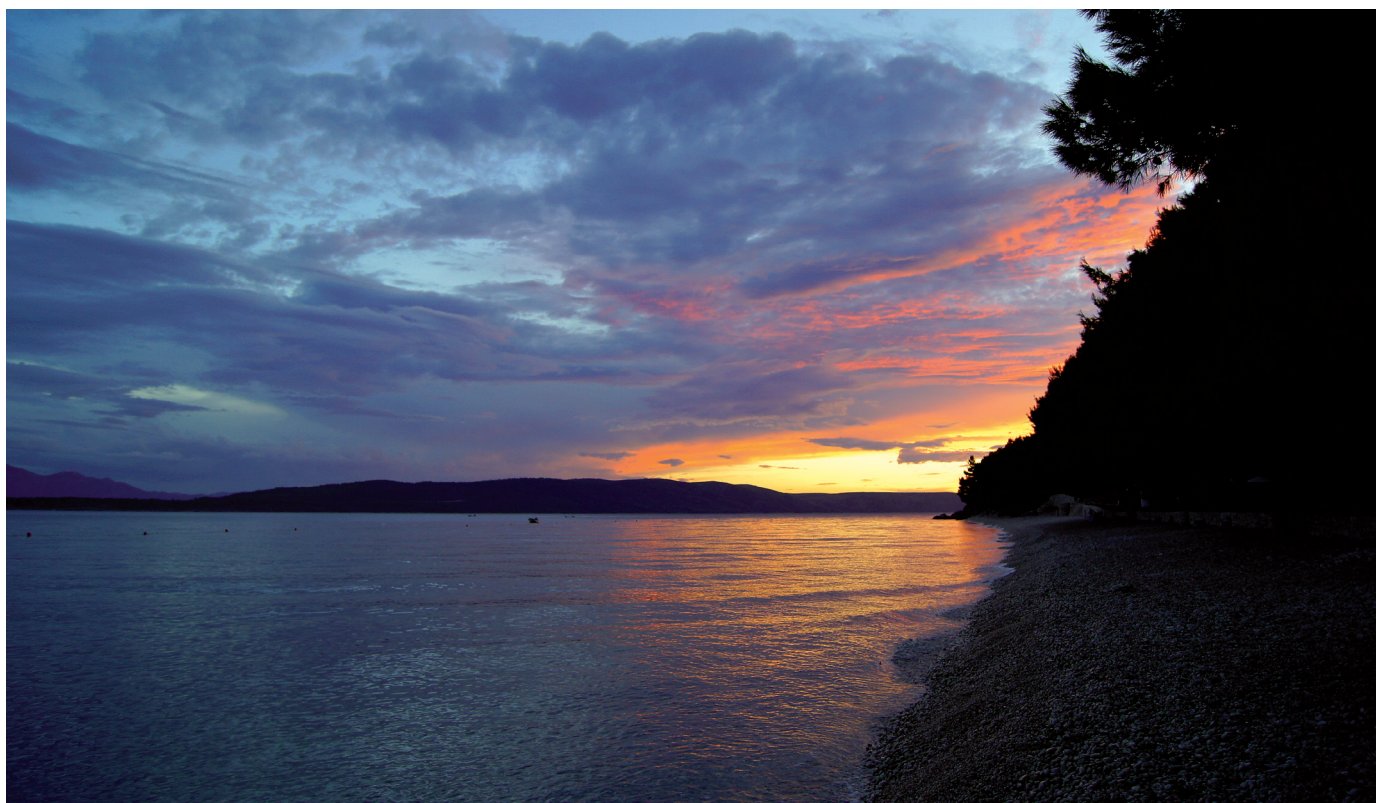
Natomiast, protokół taki winien zawierać ustalenia co do zakresu wykonanych robót, ich jakości, ewentualnych stwierdzonych usterek, ich charakteru, wraz z ewentualnym terminem ich usunięcia lub oświadczeniem zamawiającego o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze (por. wyrok SN z 5.03.1997 r. II CKN 28/97, z 7.04.1998 r. II CKN 673/97, z 18.07.2002 r. - IV CKN 1273/00, z 8.01.2004 r. I CKN 24/03).

Podsumowanie

Ilość sporów powstałych w ostatnich latach w związku z procedurami odbioru robót, wskazuje na konieczność zwrócenia uwagi na znaczenie właściwego przygotowania umów w tym zakresie. Rozpoczynając realizację umowy, strony winny znać możliwie precyzyjnie zakres prób końcowych, których pozytywne wykonanie pozwoli uznać roboty za należycie wykonane. Ustalanie zakresu prób, parametrów które mają być spełnione, a nawet sposobu ich przeprowadzenia w końcowym okresie realizacji umowy zawsze będzie prowadziło do napięć i sporów pomiędzy wykonawcą a inwestorem.

Podziękowanie

W tekście wykorzystano fragmenty „Komentarza. Odbiór robót i użytkowanie obiektu”, czerwiec 2012 oraz „Komentarza, dotyczącego norm prawnych związanych z zakończeniem budowy i użytkowaniem obiektów budowlanych”, marzec 2013 opracowanych przez Zbigniewa Boczka, Euroinstytut.



Skutki prawne i kontraktowe decyzji wydanej przez Komisję Rozjemstwa w sporach



Tomasz
LATAWIEC
Prezes Zarządu SIDiR
Wiceprezes Sądu
Arbitrażowego przy SIDiR
Ekspert i Rozjemca FIDIC

Wydawało mi się, że zrozumienie intencji twórców Warunków Kontraktu FIDIC¹ w części dotyczącej rozstrzygania sporów i wagi Decyzji² wydanych przez Komisję Rozjemstwa w Sporach (dalej także „KR”) nie powinno nastręczać problemów. Ale jak się okazuje jest inaczej. W swojej praktyce zawodowej spotykam się nader często z różnymi reakcjami Stron odnośnie wydanych Decyzji KR.

Długo zastanawiałem się dlaczego tak się dzieje i w końcu doszedłem do wniosku, że przyczyną mogą być kolejne tłumaczenia na język polski oryginalnego angielskiego tekstu zawartego w standardowych Warunkach Kontraktu FIDIC. Tutaj muszę uderzyć się w piersi i przyznać, że „nasze” SIDiR-owskie tłumaczenia (zarówno „żółtej” jak i „czerwonej” książki) nie są wiernym przekładem i nie zachowują jednolitości w zakresie tłumaczonych pojęć, co może wprowadzać pewne problemy ze stosowaniem się do procedur opisanych w poszczególnych klauzulach, w tym także w klauzuli 20 [Roszczenia, spory i arbitraż].

Przykładem niech będzie różnie tłumaczone z angielskiego „give notice of dissatisfaction” („powiadomienie o niezadowoleniu”), które można odnaleźć między innymi w subklauzulach 20.4 [Uzyskanie Decyzji Komisji Rozjemstwa w Sporach], 20.5 [Załatwienie Polubowne], 20.6 [Arbitraż], 20.7 [Nieastosowanie się do Decyzji Komisji Rozjemstwa w Sporach].

Moje doświadczenia związane z powoływaniem Komisji Rozjemstwa w Sporach i wydawanych przez nie Decyzji sięgają kontraktów realizowanych jeszcze w ramach funduszy przedakcesyjnych prowadzonych w angielsko-języcznym rygorze, tak więc tłumaczenie nie miało większego znaczenia dla rozumienia zapisów poszczególnych klauzul, bo po prostu językiem kontraktowym był angielski. Także tych związanych z rozstrzyganiem sporów, czyli opisanych w klauzuli 20 [Roszczenia, spory i arbitraż]. Zapewne dlatego ja zawsze mam w pamięci, że w przypadku niezadowolenia z wydanej przez KR Decyzji trzeba dać „powiadomienie o niezadowoleniu”, a nie „odrzućcie” lub „protest”.

Poniżej opiszę zatem jak należy rozumieć i stosować się do Decyzji wydanej przez KR w przypadku, gdy Strony uzgodniły, że spory powinny być rozstrzygane przez KR. To znaczy wtedy, gdy zgodną wolą Stron jest chęć i wola powołania KR, od której oczekuje się wydania Decyzji.

Pod rozstrzygnięcie KR poddaje się spory jakiegokolwiek rodzaju w związku z Kontraktem lub realizacją Robót, albo wynikający z nich, włącznie z jakimkolwiek sporem co do jakiegokolwiek świadectwa, określenia, polecenia, opinii lub wyceny Inżyniera (subklauzula 20.4 [Uzyskanie Decyzji Komisji Rozjemstwa w Sporach]). W tym celu, jeżeli między Stronami powstanie spór, to którakolwiek ze Stron może wnieść ten spór do KR na piśmie z kopią do drugiej Strony i do Inżyniera (pisemny „wniosek”) dla uzyskania jej Decyzji. Po otrzymaniu stosownego wniosku i po otrzymaniu zaliczki, o której mowa w klauzuli 6 Załącznika – Ogólne Warunki Umowy o Rozjemstwo w Sporach, KR powinna wydać Decyzję w ciągu 84 dni.

I co jest w omawianej sprawie najważniejsze – **Decyzja KR jest wiążąca dla obu Stron**, które bezzwłocznie wprowadzą ją w życie, **jeżeli i dopóki nie będzie ona zrewidowana przez załatwienie polubowne lub przez orzeczenie arbitrażu**³. To znaczy, że muszą się do niej zastosować, mimo że nie jest ostateczna. Co oznacza

¹ W niniejszym artykule będę się posługiwał nazewnictwem i tłumaczeniem z „Warunków Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę” Wydanie angielsko – polskie 2000, wydane przez Cosmopoli Consultants Biuro Inżynierskie Marek Rdułtowski.

² Słowa pisane z dużej litery mają taki sens jaki nadają im Warunki Kontraktowe.

³ Autor świadomie pisze z dużej litery mimo, iż „decyzja” nie jest zdefiniowana w Warunkach Kontraktu FIDIC, a w poszczególnych Subklauzulach pisana jest z małej litery.

³ W praktyce może to być wyrok sądu arbitrażowego lub sądu powszechnego, w zależności od ustanowionej właściwości sądu dla rozstrzygania sporów.

wprost, że nawet wtedy, gdy któraś ze Stron nie zgadza się z Decyzją, to i tak musi ją uznać do czasu jej zmiany w postępowaniu polubownym lub w wyniku wydania wyroku sądu arbitrażowego⁴. Gdy Strony zgadzają się z Decyzją i żadna ze Stron nie da powiadomienia o niezadowoleniu⁴, to po upływie 28 dni od daty otrzymania Decyzji przez Strony, staje się ona ostateczna i wiążąca.

W praktyce oznacza to, że Decyzja KR staje się częścią Kontraktu tak długo dopóki nie zostanie zmieniona tak jak to opisane zostało powyżej lub jeżeli żadna ze Stron nie da powiadomienia o niezadowoleniu.

Oczywiście Strony mają możliwość wyrażenia swojej dezaprobaty dla wydanej Decyzji. W tym celu **Strona, która nie jest zadowolona z Decyzji KR, w ciągu 28 dni od dnia, w którym otrzymała Decyzję może dać drugiej Stronie powiadomienie o swym niezadowoleniu.**

Warunki Kontraktu FIDIC w sposób precyzyjny i jednoznaczny opisują procedurę wyrażenia niezadowolenia z wydanej przez KR Decyzji. Takie powiadomienie musi zawierać wskazanie, na podstawie której klauzuli jest dane, a także wskazywać kwestię sporną /sporne i powód/ powody niezadowolenia, co w konsekwencji oznacza, że musi zawierać szczegółowe uzasadnienie stanowiska.

Żadna ze Stron nie jest uprawniona do wszczęcia arbitrażu (z uwzględnieniem subklauzul 20.7 [Niezasosowanie się do Decyzji Komisji Rozjemstwa w Sporach] i 20.8 [Zakończenie działania Komisji Rozjemstwa w Sporach] bez dania powiadomienia o niezadowoleniu. Jeżeli żadne powiadomienie o niezadowoleniu nie zostanie przedłożone przez którąkolwiek ze Stron w ciągu 28 dni po dniu, w którym Strona ta otrzymała Decyzję KR, to wtedy Decyzja staje się ostateczna i wiążąca.

W przypadku, gdy powiadomienie o niezadowoleniu zostało dane tak jak opisane zostało powyżej, to Strony przed wszczęciem arbitrażu powinny spróbować doprowadzić do polubownego rozstrzygnięcia sporu i tą drogą do zmiany Decyzji wydanej przez KR (subklauzula 20.5 [Załatwienie polubowne]).

Każdy spór którego nie rozstrzygnięto polubownie, w odniesieniu do którego Decyzja KR nie stała się ostateczna i wiążąca, powinien być ostatecznie rozstrzygnięty drogą arbitrażu⁵.

W przypadku, gdy jedna ze Stron nie zastosuje się do wydanej przez KR Decyzji mimo, że żadna ze Stron nie dała powiadomienia o niezadowoleniu w określonym terminie a odnośna Decyzja stała się ostateczna i wiążąca, to wtedy druga Strona może wnieść pozew do właściwego sądu (arbitrażowego lub powszechnego⁶) o niezastosowaniu się Strony do tej Decyzji KR (według klauzuli 20.6 [Arbitraż]).

Oczywiście zdarzają się sytuacje, gdy jedna ze Stron nie podpisuje umowy z uzgodnionymi członkami KR. Można założyć, że takie zachowanie Strony powinno się traktować jako nienależyte wykonanie świadczenia przez tę Stronę, co nie zmienia faktu, iż do powołania KR nie do-

chodzi. Czy w takim wypadku Strona powodowa może od razu złożyć pozew do arbitrażu? Tak, ale musi udowodnić, że były przez nią podejmowane próby powołania KR, i że z powodu takiego nienależytego wykonania świadczenia przez drugą Stronę do powołania KR nie doszło. O tym też w sposób precyzyjny mówi subklauzula 20.8 [Zakończenie działania Komisji Rozjemstwa w Sporach].

Warto zapamiętać, że:

- do powołania KR dochodzi tylko wtedy, gdy obie Strony podpiszą umowę z uzgodnionymi przez Strony członkami KR (umowy trójstronne),
- niepodpisanie trójstronnej umowy z uzgodnionymi członkami KR przez którąś ze Stron jest nienależytym wykonaniem świadczenia przez tę Stronę,
- Decyzja KR jest wiążąca dla Stron, niezależnie od tego czy którakolwiek ze Stron jest z niej niezadowolona, tak długo jeżeli nie zostanie zmieniona w postępowaniu polubownym lub w wyniku wydania wyroku sądu arbitrażowego lub powszechnego (w zależności od właściwości sądu do rozstrzygania sporów w danym Kontrakcie),
- Strony muszą się zastosować do wydanej przez KR Decyzji mimo, iż nie jest ona ostateczna, co oznacza że Strony winny ją bezzwłocznie wykonać,
- jeżeli któraś ze Stron nie jest zadowolona z Decyzji KR, to powinna ona dać drugiej Stronie, przed upływem 28 dni od daty otrzymania Decyzji, powiadomienie o niezadowoleniu z Decyzji KR,
- przed wszczęciem postępowania arbitrażowego Strony powinny podjąć próbę polubownego rozstrzygnięcia sporu,
- postępowanie arbitrażowe może się rozpocząć nie wcześniej niż w 56 dniu po dniu, w którym dane było powiadomienie o niezadowoleniu, nawet jeżeli nie była podjęta żadna próba polubownego rozstrzygnięcia sporu⁶,
- jeżeli żadna ze Stron nie da w ciągu 28 dni od daty otrzymania Decyzji powiadomienia o niezadowoleniu, to wtedy Decyzja staje się ostateczna i wiążąca,
- samo powiadomienie o niezadowoleniu lub „odrzućcie” Decyzji, nie zwalnia Stron z obowiązku zastosowania się do Decyzji tak długo dopóki nie zostanie ona zmieniona w postępowaniu polubownym lub w wyniku wydania wyroku sądu arbitrażowego lub powszechnego (w zależności od właściwości sądu do rozstrzygania sporów w danym Kontrakcie),
- powiadomienie o niezadowoleniu musi zawierać szczegółowe uzasadnienie stanowiska niezadowolonej Strony,
- Decyzja wydana przez KR staje się integralną częścią Kontraktu, skoro zgodną wolą Stron było ustanowienie instytucji Komisji Rozjemstwa w Sporach, która powoływana jest po to, by wydać swoją Decyzję w zakresie spornych spraw skierowanych do niej we „wniosku” o wydanie Decyzji.

⁴ Ang. „Notice of its dissatisfaction”.

⁵ W zależności od tego jaki sąd jest właściwy dla rozstrzygania sporów z danego Kontraktu.

⁶ Chyba, że Strony uzgodnią inaczej.

Klauzula 20.1 w orzecznictwie „powiadomienie o roszczeniu”



Marcin BAŁDYGA
Członek SIDIr
doktorant w Instytucie
Nauk Prawnych PAN

Klauzula 20.1 Warunków Kontraktowych FIDIC (dalej „WK FIDIC”) od szeregu lat budzi emocje w branży budowlanej, gdzie znaczna ilość np.: umów o prace projektowe i roboty budowlane lub tylko roboty budowlane oparta jest o Warunki Kontraktowe FIDIC. Dość powszechne stosowanie WK FIDIC wynika z zaleceń m.in. Banku Światowego i Komisji Europejskiej, które to instytucje wychodzą z założenia, iż umowa ta w sposób kompleksowy reguluje proces budowlany. Jednakże w niektórych systemach prawnych, w tym w obowiązującym w Polsce, część zapisów przedmiotowych warunków, powstałych w systemie anglosaskiego systemu prawa common law, stoi w sprzeczności z zapisami lokalnego prawa. Jednym ze sztandarowych przykładów są terminy opisane w Subklauzuli 20.1 na powiadomienie o roszczeniu i złożenie pełnego roszczenia szczegółowego. Wynoszą one odpowiednio 28 i 42 dni.

Zgodnie z oryginalnym tekstem WK FIDIC, wykonawcy, który nie zgłosi powiadomienia o roszczeniu w terminie 28 dni lub nie zgłosi roszczenia szczegółowego w terminie 42 dni, nie przysługuje prawo domagania się zapłaty dodatkowej sumy pieniężnej lub wydłużenia terminu wykonania umowy. Redakcja tych zapisów w orzecznictwie oraz doktrynie bywa różnie oceniana. Ukazują się wyroki i opinie często dość skrajne. Raz uznające, iż zapisy Subklauzuli 20.1 wynikają z zasady swobody umów ujętej w art. 3531 Kodeksu cywilnego. Innym razem wskazujące, iż ustanowienie tak daleko posuniętego rygoryzmu w postaci ustalania terminu zawitego, w przypadku gdy nie zostanie on dotrzymany, mającego powodować utratę wszelkich uprawnień wykonawcy do naprawienia doznanej szkody zdecydowanie wykraczają poza uprawnienia stron umowy, naruszając ściśle uregulowaną przez ustawodawcę instytucję przedawnienia, która poprzez zapisy

art. 117 k.c. i następne, stanowi, iż w przypadku umów związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej termin przedawnienia wynosi 3 lata i nie może być on podlegać żadnej modyfikacji wolą stron, jako, iż należy do grupy przepisów określanych jako *ius cogens*, a więc bezwzględnie obowiązujących.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XXV Wydział Cywilny z racji właściwości rzeczowej i miejscowej dla największych polskich publicznych zamawiających tj. Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., powszechnie stosujących wzory umowne oparte o zmodyfikowane przez siebie warunki kontraktowe FIDIC, wydał stosunkowo największej orzeczeń w sprawach dotyczących roszczeń wykonawców składanych w oparciu o zapisy Subklauzuli 20.1. W orzecznictwie tym daje się wychwycić pewną utartą ścieżkę orzecznicza wskazującą, iż brzmienie przedmiotowej Subklauzuli wprowadza do wzoru umowy niedozwolone przez prawo modyfikacje regulacji ustawowych. Przykładowe orzeczenia, w większości XXV Sądu Okręgowego w Warszawie, które uznają brak możliwości umawiania się przez strony umowy o roboty budowlane na krótszy niż ustawowy termin przedawnienia, niezależnie od argumentacji prawnej przedstawiam poniżej:

Nieprawomocny wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11 lipca 2012 r. sygnatura akt XXV C 647/11 wskazuje, iż nie jest możliwe ustalanie wolą stron dalej idących obostrzeń m.in. poprzez usiłowanie ustalenia terminu zawitego, który koliduje z ustawowym terminem przedawnienia. Zdaniem sądu stanowi to przekroczenie granic swobody umów. W ocenie Sądu klauzulę 20.1 ust. 2 FIDIC rozumieć należy, jako łączną regulację wprowadzającą umowny termin prekluzyjny powodujący wygaśnięcie roszczenia i zarazem bezwarunkowe kontraktowe wyłączenie odpowiedzialności zamawiającego, obejmujące swym zakresem także ograniczenie odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną z winy umyślnej. Zdaniem Sądu obie części w/w regulacji klauzuli 20.1 ust. 2 FIDIC winny być rozpatrywane łącznie, nie stanowią one odrębnych regulacji, lecz służą temu samemu celowi: przesądzeniu, że powód po upływie terminu traci określone roszczenia. Niezależnie od powyższego, **w ocenie Sądu na gruncie prawa polskiego żadna z tych umownych konstrukcji rozpatrywanych również odrębnie nie jest dopuszczalna, a w konsekwencji takie umowne postanowienie jest nieważne.** Brak również podstaw do takiej interpretacji posta-

nowień klauzuli 20.1 FIDIC, zgodnie z którą regulacja ta stanowiłaby swoiste zwolnienie z długu, gdyż brak tu oświadczeń woli stron wymaganych w art. 508 k.c.

Powstaje zatem pytanie jaki jest charakter terminu z klauzuli 20.1 ust. 2 FIDIC? Na wstępie należy wskazać, że warunki umowy o roboty budowlane oparte o ogólne Warunki Kontraktowe FIDIC wywodzą się w swej genezie z systemu common law, zaś same warunki FIDIC tworzone były z myślą o ich stosowaniu „narodowo”, niezależnie od prawa właściwego dla kontraktu. Z tego też względu przy poddawaniu umowy zawartej w oparciu o FIDIC danemu systemowi prawnemu, a w szczególności prawu państwa należącego do kontynentalnej kultury prawnej, niedopuszczalne jest bezrefleksyjne, automatyczne inkorporowanie poszczególnych instytucji FIDIC bez uwzględnienia norm *ius cogens* prawa krajowego. Przy rozpatrywaniu dopuszczalności w/w umownej regulacji FIDIC na gruncie prawa polskiego należy dokonać analizy charakteru roszczeń, które w przypadku dopuszczenia ustanawiania umownych terminów zawitych ulegałyby sprekludowaniu. **Na gruncie FIDIC zastosowanie regulacji Klauzuli 20.1 FIDIC musiałoby prima facie prowadzić do wygaśnięcia wszelkiego rodzaju roszczeń wynikających z umowy o roboty budowlane, czy też pozostających w związku z nią.** Jeżeli przyjąć, że przez „dodatkową płatność” rozumiane są również np. roszczenia o odsetki ustawowe w związku z opóźnieniem w płatności, to prowadziłyby to w ocenie Sądu do niedopuszczalnych na gruncie polskiego prawa konsekwencji. Po pierwsze, wprowadzenie takiej regulacji skutkuje umowną modyfikacją instytucji przedawnienia, wprowadzając w jej miejsce rażąco krótsze terminy zawite, a więc terminy wywołujące skutki prawne znacznie bardziej daleko idące od skutków upływu terminów przedawnienia, co powodowałoby obejście przepisu art. 119 k.c. W związku z tym, w ocenie Sądu postanowienie umowne o opisanych skutkach objęte jest dyspozycją art. 58 § 1 zd. 1 k.c. Ustanowienie warunków, których nastąpienie pociąga za sobą przedawnienie roszczenia lub pozbawienie prawa do jego sądowego dochodzenia, a więc tym bardziej również takich warunków, których zaistnienie powoduje jego wygaśnięcie, może być dokonane tylko w drodze przepisu prawnego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 lipca 1958 roku, I CR 683/57, OSPiKA 1960, nr 7-8, poz. 187).

W tym kontekście należy także zważyć, że ustawowe terminy zawite przewidujące wygaśnięcie roszczeń mają, z uwagi na kategoryczność skutków dawności, charakter wyjątkowy w stosunku do instytucji przedawnienia. **Skoro zatem zgodnie z 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, które powodowałyby wygaśnięcie roszczenia.**

Z powyższego wynika, że postanowienia klauzuli 20.1 FIDIC, w zakresie w jakim przewidują wygaśnięcie roszczenia w razie jego nieterminowego zgłosze-

nia, są nieważne ponieważ mają one na celu obejście ustawy. Należy wskazać na naruszenie art. 119 k.c. oraz art. 3531 k.c. w zw. z art. 58 k.c. Należy zauważyć, że w odróżnieniu od wskazywanych w doktrynie terminów zawitych podlegających modyfikacji wolą stron (np. art. 66 § 2 k.c.), postanowienia klauzuli 20.1 FIDIC mogłyby znajdować swą podstawę prawną jedynie w kodeksowej zasadzie swobody umów, tj. postanowienie to wprowadzałoby umowny termin zawity sensu stricto. **W ocenie Sądu brak jest podstaw do przyjęcia, że zakres swobody umów sięga tak daleko, aby można było uznać za dopuszczalne swobodne kreowanie terminów powodujących wygaśnięcie roszczeń o charakterze majątkowym, w szczególności tam, gdzie roszczenie majątkowe podlega ustawowej regulacji instytucji przedawnienia.** Stanowisko to znajduje oparcie zarówno w wypowiedziach judykatury, jak i w doktrynie przedmiotu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 lipca 1958 roku, I CR 683/57, OSPiKA 1960, nr 7-8, poz. 187). Stanowisko to jest również aprobowane w doktrynie, gdzie podnosi się, że **kreowanie umownych terminów zawitych do dochodzenia roszczeń jest wyłączone spod dyspozycji stron** (zob. J. Ignatowicz, 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).

Z uwagi na powyższe, wprowadzenie umownego terminu zawitego, w szczególności w odniesieniu do roszczeń majątkowych podlegających ustawowej regulacji instytucji przedawnienia, stanowi naruszenie art. 117 § 1 k.c., art. 119 k.c. oraz art. 3531 k.c. z uwagi na to, że godzi ono w instytucję przedawnienia. Nie można również tracić z pola widzenia tego, iż tam gdzie wolą ustawodawcy jest dopuszczenie możliwości umownej modyfikacji terminu przedawnienia określonego roszczenia majątkowego, ustawodawca przewidział taką możliwość modyfikacji biegu terminów przedawnienia tak np. art. 103 § 2 zd. 2 dawnego Kodeksu Morskiego (Ustawa z dnia 1 grudnia 1961 roku, Kodeks Morski, Dz.U. z 1961 r. nr 58 póź. 318, tekst jednolity: Dz.U. z 1998 r. nr 10, póź. 36), czy też art. 8 § 1 aktualnie obowiązującego Kodeksu Morskiego (Ustawa z dnia 18 września 2001 roku, Kodeks Morski, Dz.U. 2001 r. Nr 138 póź. 1545; tekst jednolity: Dz.U. 2009 r. Nr 217 póź. 1689). **Skoro co do zasady nie jest nawet dopuszczalna umowna regulacja terminu przedawnienia, to tym bardziej nie jest dopuszczalne swobodne kreowanie w umowach terminów zawitych dla roszczeń podlegających przedawnieniu.** Ponadto wniosek ten znajduje oparcie również w różnicach pomiędzy skutkami prawnymi upływu terminu przedawnienia oraz terminu zawitego. Skoro pierwsze powoduje jedynie przekształcenie się roszczenia w zobowiązanie naturalne, drugie zaś wygaśnięcie roszczenia, jednoznaczna jest większa dolegliwość tego ostatniego.

Następnie wyrok ten stał się przedmiotem apelacji powoda, która wprawdzie została oddalona przez Sąd Apelacyjny, ale sąd ten zakwestionował część ustaleń



prawnomaterialnych dokonanych przez sąd pierwszej instancji. Nie odniósł się jednakże do kwestii przedawnienia i możliwości lub jej braku umawiania się na inne niż ustawowe terminy przedawnienia, co może sugerować, iż kwestia prawidłowości rozstrzygnięcia w tym zakresie nie budziła wątpliwości sądu drugiej instancji (patrz Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 marca 2013 r. sygnatura akt VI ACa 1315/12).

Innym przykładem orzeczenia Sądu Okręgowego, które kwestionuje prawo do umawiania się stron umowy w sposób, który zmieniałby termin przedawnienia roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej jest nieprawomocny wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11 czerwca 2012 r. sygnatura akt 567/11. Argumentacja sądu jest zbieżna z tą wskazaną w wyżej przytoczonym wyroku XXV C 647/11. Wyrok ten także stał się przedmiotem apelacji złożonej przez powoda (spółkę), która została wprawdzie oddalona, ale z innych niż przedmiotowe powody, a Sąd Apelacyjny stwierdził, iż wobec braku legitymacji czynnej powódki, bezprzedmiotowe staje się odnoszenie się do pozostałych zarzutów apelacji naruszenia prawa procesowego i materialnego.

Kolejnym przykładem kwestionowania przez Sąd Okręgowy możliwości umawiania się odnośnie zmiany terminu przedawnienia jest nieprawomocny wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17 grudnia 2013 r. sygnatura akt XV C 1956/12. Zgodnie z treścią pkt 20.1, gdy zdarzenie lub okoliczność, dające podstawę do roszczenia ma działanie ciągłe, to wykonawca winien przesłać ostateczne roszczenie w ciągu 28 dni od ustania skutków, wynikających ze zdarzenia lub okoliczności lub w innym terminie, jaki może zostać zatwierdzony przez Inżyniera na wniosek wykonawcy. W ocenie Sądu niniejszą klauzulę należy rozumieć jako łączną regulację wprowadzającą umowny termin prekluzyjny powodujący wygaśnięcie roszczenia i zarazem bezwarunkowe kontraktowe wyłączenie odpowiedzialności zamawiającego. Zdaniem Sądu na gruncie polskiego porządku prawnego taka umowna konstrukcja jest niedopuszczalna, co oznacza, że w konsekwencji takie umowne zastrzeżenie należy rozumieć jako nieważne. Wprowadzenie takiej regulacji skutkuje umowną modyfikacją instytucji przedawnienia, wprowadzając w jej miejsce rażąco krótsze terminy zawite, a więc terminy wywołujące skutki prawne znacznie bardziej daleko idące od skutków upływu terminów przedawnienia, co powodowałoby obejście przepisów art. 119 k.c. W związku z powyższym w ocenie Sądu postanowienie umowne o opisanych skutkach objęte jest dyspozycją art. 58 § 1 zd 1 k.c.

Ustanowienie warunków, których nastąpienie po- ciąga za sobą przedawnienie roszczenia lub pozbawienie prawa do jego sądowego dochodzenia, a tym bardziej warunków, które powodują wygaśnięcie roszczenia może być dokonane tylko w drodze przepisu prawnego. Z powyższego wynika, że postanowienia klauzuli (...) FIDIC w zakresie w jakim przewidują wygaśnięcie roszczenia w razie jego nieterminowego zgłoszenia, są nieważne jako mające na celu obejście ustawy. Podobne stanowisko zostało zaprezentowane

w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11 lipca 20012 r. w sprawie XXV C 647/11 oraz w Wyroku z dnia 11 czerwca 2012 r. w sprawie XXV C 567/11. W niniejszej sprawie mając na uwadze przedmiot postępowania zastosowanie będzie więc mieć trzyletni termin przedawnienia, ponieważ zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez Sąd Najwyższy do przedawnienia roszczeń wynikających z umowy o roboty budowlane znajdują zastosowanie przepisy art. 117 k.c. i 118 k.c. (postanowienie SN z dnia 11 lipca 2001 r. Sygn. akt V CKN 357/00).

Jeszcze jednym przykładem uznania zakazu modyfikacji ustawowych terminów przedawnienia przez Sąd Okręgowy w Warszawie jest wyrok z dnia 13 lipca 2011 r. sygnatura XXV C 701/10.

Podobnie bardzo zbliżoną argumentację do powyższego orzeczenia Sądu Okręgowego wskazującego na brak możliwości umawiania się stron w sposób, który skutkowałby zmianą ustawowego terminu przedawnienia roszczeń wynikającego z art. 119 k.c. zawiera wyrok XXV Wydziału Cywilnego Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2011 r. sygnatura akt XXV C 812/10. Odmiennej oceny prawnej przedmiotowego zagadnienia dokonał Sąd Apelacyjny, rozpatrujący apelację od powyższego wyroku. I tak w Wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 grudnia 2012 r. sygnatura akt VI ACa 143/12, zgodnie z Subklauzulą 20.1 Warunków Szczególnych Kontraktu obowiązujących strony, wykonawca powinien powiadomić Inżyniera Kontraktu o wydarzeniu lub okoliczności, z których zamierza dochodzić roszczenia w terminie 14 dni. Jeżeli wydarzenie to lub okoliczność ma skutek ciągły, to wykonawca zobowiązany był w miesięcznych przedziałach czasowych przysłać dalsze roszczenia przejściowe. Sąd Apelacyjny uważa bowiem, że w omawianej Subklauzuli określono nie termin przedawnienia, a umowny termin prekluzyjny, co w świetle obowiązujących przepisów jest dopuszczalne, gdyż strony dysponują swobodą zawierania umów (art. 3531 k.c.) mogą zatem regulować prawa i obowiązki według własnego uznania (orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30 maja 2011 r. sygn. I ACz 700/11 – cytowane w odpowiedzi na apelację przez pozwanego. Zgłoszenie przez powoda dochodzonych roszczeń zgodnie z procedurą i w terminach ustalonych przez strony w umowie umożliwiłoby pozwanemu ochronę jego interesów i ewentualnie zapobiegłoby sporom w przyszłości.

Innym przykładem wskazującym na możliwość ustanowienia terminu zawitego jest nieprawomocny wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygnatura akt XXV C 1215/10 z dnia 6 czerwca 2012 r. w którym sąd wskazał, iż zgodnie z sub-klauzulą 20.1 ogólnych warunków kontraktu, jeżeli wykonawca uważa się za uprawnionego do jakiegokolwiek przedłużenia czasu na ukończenie lub dodatkowej płatności, według jakiegokolwiek klauzuli niniejszych warunków lub z innego tytułu w związku z kontraktem, to wykonawca da inżynierowi powiadomienie opisujące wydarzenie lub okoliczność powodującą roszczenie. Następnie sąd wskazał, iż wolą stron było wprowadzenie do umowy terminu zawitego na złożenie powiadomienia o roszczeniu czasowym lub finansowym w określonym terminie, po upływie którego wy-

konawca traci swoje roszczenie. Zatem zgodnie z wymogiem sub-klauzuli 20.1 w związku z sub-klauzulą 1.3 warunków kontraktowych FIDIC powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie. Następnie wyrok ten stał się przedmiotem apelacji, wskutek której Sąd Apelacyjny w Warszawie wydał wyrok z dnia 14 marca 2013 r. sygnatura akt VI ACA 1151/12 w którym wskazał, że podzielenie stanowisko pozwanego co do możliwości zastrzeżenia terminu zawitego, po upływie którego roszczenia wierzyciela wygasają. Zdaniem sądu apelacyjnego takie uregulowanie mieści się w wyrażonej w art. 3531 Kodeksu cywilnego zasadzie swobody umów, nie jest w szczególności sprzeczne z przepisami prawa, w tym z art. 119 Kc. Inne są bowiem skutki, funkcje terminów zawitych i terminów przedawnienia.

Jeszcze jednym przykładem orzeczenia wskazującego na możliwość ustanawiania w umowie terminu zawitego jest nieprawomocny wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXV Wydział Cywilny z dnia 30 kwietnia 2013 r. sygnatura akt XXV C 355/10. Sąd stwierdził, iż przekroczenie terminu kontraktowego do powiadomienia o roszczeniu (termin zawity -28 dni do powiadomienia inżyniera o zdarzeniu powodującym roszczenie i termin 42 dni do przesłania inżynierowi pełnego szczegółowego roszczenia) powodowało odrzucenie takiego roszczenia przez zamawiającego. Należy przy tym podnieść, że zgodnie z ogólną zasadą swobody umów z art. 353 (1) k.c. istnieje możliwość umownego zastrzeżenia

terminu zawitego, po upływie którego roszczenia wierzyciela wygasają i nie jest to sprzeczne z art. 119 k.c. Inne są bowiem skutki i funkcje terminów zawitych i terminów przedawnienia.

Wnioski jakie nasuwają się po dokonaniu przeglądu orzecznictwa w zakresie próby odpowiedzi na pytanie czy dopuszczalne jest konstruowanie umowy (szczególności umowy o zamówienie publiczne, której charakter zbliżony jest do umowy adhezyjnej) w sposób, który w jednym z przypadków nakłada obowiązki znacznie wyższe niż przewiduje ustawa Kodeks cywilny dla tego typu umów nazwanych. Należy zadać pytanie czym różni się w polskim systemie prawnym umowa o roboty budowlane oparta o wzorzec warunków kontraktowych FIDIC od umowy o roboty budowlane oparta wyłącznie o postanowienia Kodeksu cywilnego? Dlaczego do umowy „fidikowej” mają być stosowane inne reżymy odpowiedzialności niż do umowy „zwykłej”? Jak jest podstawa różnicowania sytuacji stron tych dwóch wzorów umów, jeśli obie dotyczą tej samej materii? Wydaje się, że na te pytania będziemy mogli poznać odpowiedź dopiero po tym, gdy ostateczne stanowisko zajmie Sąd Najwyższy.

Tymczasem nadal aktualna jest Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 11 stycznia 2002 r. III CZP 63/01: „Roszczenia wynikające z umowy o roboty budowlane przedawniają się w terminach określonych w art. 118 KC.”¹



¹ OSNC 2002 nr 9, poz. 106, str. 1, Wokanda 2002 nr 6, str. 1, MoP 2002 nr 14, str. 655, OSC 2002 nr 8, poz. 70, PG 2002 nr 9, str. 1, Biul. SN 2002 nr 1, str. 7, Prok. i Pr. 2002 nr 6, poz. 37, OSP 2002 nr 10, poz. 125, Legalis

Brak ustalenia Inżyniera w trybie klauzuli 3.5 [ustalenia] skutkujący pozbawianiem zamawiającego prawa do dochodzenia roszczeń



Katarzyna **GRALA**

Radca Prawny,
specjalizuje się w obsłudze
podmiotów zaangażowanych
w realizację inwestycji budowlanych

Klauzula 3.5 [Ustalenia] Warunków Kontraktowych FIDIC (dalej WK), zarówno dla formuły „buduj” jak i „zaprojektuj i wybuduj”¹, przewiduje obowiązek Inżyniera przeprowadzenia konsultacji z zamawiającym i wykonawcą w celu osiągnięcia porozumienia wszelkich spraw, których uzgodnienie lub ustalenie, na podstawie jakiegokolwiek klauzuli warunków kontraktu, wymaga postępowania Inżyniera zgodnie z klauzulą 3.5. W przypadku braku osiągnięcia porozumienia stron, Inżynier dokonuje „obiektownych ustaleń zgodnie z Kontraktem”. **Należy pamiętać, iż jest to bezwzględny obowiązek Inżyniera, którego niedochowanie może pociągać za sobą negatywne i daleko idące skutki dla stron kontraktu.**

W tym artykule chciałabym zwrócić uwagę na ryzyko zamawiającego, jakie wiąże się z zaniechaniem Inżyniera w tym względzie, jak i poruszyć kwestię odpowiedzialności zamawiającego za nieprawidłowe wykonywanie przez Inżyniera obowiązków wynikających z kontraktu.

Uprawnienia i obowiązki Inżyniera

W oparciu o klauzulę 3.1 [Obowiązki i uprawnienia Inżyniera] WK zamawiający wyznacza „Inżyniera, który będzie sprawował obowiązki przypisane mu w Kontrakcie”. Rolą Inżyniera jest czuwanie nad prawidłowym

wykonaniem umowy. Niezależnie od przyjętego modelu zarządzania kontraktem, wyznaczony przez zamawiającego Inżynier w jego imieniu koordynuje i nadzoruje czynności wykonywane przez personel podległy Inżynierowi i podporządkowanych mu uczestników procesu budowlanego².

Inżynier wykonuje uprawnienia przypisane mu w kontrakcie oraz uprawnienia wynikające z „pełnomocnictwa” udzielonego przez zamawiającego. Z treści klauzuli 3.1 wynika, iż Inżynier reprezentuje zamawiającego we wszystkich sprawach, z tym wyjątkiem, że nie jest uprawniony do dokonywania zmian w kontrakcie. Klauzula 3.1. lit. a) bezpośrednio wskazuje, iż „gdziekolwiek Inżynier pełni obowiązki lub korzysta z uprawnień wymienionych lub wynikających z Kontraktu, tam uważa się, że działa on w imieniu Zamawiającego”.

Poprzez udzielenie „pełnomocnictwa” powstaje pomiędzy mocodawcą i pełnomocnikiem stosunek pełnomocnictwa, którego istota polega na upoważnieniu pełnomocnika do działania w imieniu i ze skutkami dla mocodawcy.

Mając na uwadze treść ww. klauzuli 3.1 określającej pozycję Inżyniera w kontrakcie oraz fakt, iż umocowanie Inżyniera do działania wynika ze stosunku „pełnomocnictwa” łączącego go z zamawiającym, należy uznać, że w procesie realizacji kontraktu Inżynier działa na rzecz zamawiającego. Prowadzi to do wniosku, że zamawiający w wykonaniu umowy ponosi odpowiedzialność za działania lub zaniechania Inżyniera przewidzianą w art. 474 k.c., bowiem zgodnie z tym przepisem „Dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza”.

Inżynier, któremu zamawiający powierzył czynności zarządzania kontraktem i czuwania nad jego prawidłowym wykonaniem, w zależności od przyjętego modelu, może działać zarówno jako pomocnik zamawiającego przy wykonywaniu jego świadczenia (ułatwia zama-

¹ Dla potrzeb artykułu korzystam z publikacji SIDiR: Warunki Kontraktowe dla Budowy dla robót inżyniersko-budowlanych projektowanych przez zamawiającego – IV wydanie angielsko-polskie niezmiennione 2008 (czerwona książka) oraz Warunki Kontraktowe dla Urządzeń oraz Projektowania i Budowy dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych projektowanych przez wykonawcę – IV wydanie angielsko-polskie niezmiennione 2008 z erratą (żółta książka).

² Zbigniew J. Boczek, *Inżynier w kontraktach FIDIC (część 1)*, Inżynieria Bezwykopowa 1/2011 [37]

wiającemu spełnienie świadczenia lub umożliwia jego spełnienie), jak i wykonawca części obowiązków zamawiającego. W obu przypadkach zachodzą przesłanki odpowiedzialności zamawiającego z art. 474 k.c.

W tym miejscu nasuwa się wniosek, iż mając na uwadze konsekwencje jakie niesie dla zamawiającego nienależyte wykonywanie obowiązków Inżyniera kontraktu, zamawiający powinien w sposób świadomy i przemyślany ustalać warunki realizacji kontraktu na usługi Inżyniera oraz dochować daleko idącej ostrożności za każdym razem, gdy jego działanie (zamawiającego) skutkuje koniecznością wypełnienia nałożonych na Inżyniera obowiązków wynikających z umowy o roboty budowlane.

Bezstronny Inżynier w klauzuli 3.5?

W omówieniu klauzuli 3.1 Przewodnika po wybranych kontraktach FIDIC³ zaznacza się, że w związku z brzmieniem ww. postanowienia klauzuli 3.1 „nie żąda się od Inżyniera, aby działał jako bezstronny pośrednik, chyba że taka rola zostanie mu przyznana w Szczególnych Warunkach”. Podobnie w omówieniu do klauzuli 3.5 stwierdzono, że wymóg „rzetelnego ustalenia zgodnie z Kontraktem” nie oznacza, że od Inżyniera wymaga się bezstronnego działania, chyba że obowiązek takiego działania wynika z Warunków Szczególnych.

Warto zwrócić uwagę, iż w klauzuli 3.5 w oryginalnej wersji językowej omawianych Warunków FIDIC dla ustaleń Inżyniera, twórcy posłużyli się określeniem „fair”, które należy tłumaczyć jako sprawiedliwe, rzetelne, słuszne. Tymczasem w polskim tłumaczeniu posłużono się określeniem „ustalenia obiektywne”, co z kolei można uznać za podkreślenie obowiązku bezstronnego działania Inżyniera.

Wydaje się jednak, że niezależnie od wyniku rozważań, czy treść klauzuli 3.5. we fragmencie stanowiącym, iż „Inżynier dokona obiektywnych [fair] ustaleń” stanowi o obowiązku bezstronnego działania Inżyniera przy dokonywaniu ustaleń co do roszczeń oraz niezależnie od tego, że ustalenia mają być dokonywane „zgodnie z Kontraktem”, a co oczywiste w takim razie, także zgodnie z klauzulą 1.4 [Prawo i język], tj. przestrzegając obowiązującego w Polsce prawa, pozycja Inżyniera jako podmiotu zatrudnionego przez zamawiającego i reprezentującego zamawiającego w świetle wyżej wspomnianej klauzuli 3.1 nie daje gwarancji bezstronności i obiektywizmu.

W tym miejscu warto zauważyć, że na gruncie kodeksu cywilnego, w orzecznictwie i doktrynie podkreśla się, że u podstaw stosunku pełnomocnictwa leży zaufanie, wyrażające się w założeniu, że podmiot upoważniony do działania w imieniu i na rzecz innej osoby będzie realizował znaną mu wolę tej osoby, a co najmniej

działał w zgodzie z jej interesem⁴. Inżynier działający na podstawie „pełnomocnictwa” zamawiającego powinien więc działać zgodnie z wolą i interesem zamawiającego.

Co więcej, w piśmiennictwie podnosi się, że w pewnych przypadkach taka pozycja inżyniera daje mu możliwości rozstrzygania we własnej sprawie lub w sprawach, które były wywołane jego działaniem, a tym samym stoi to w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego⁵. Można się zastanowić, czy w praktyce realnym jest oczekiwanie, że Inżynier w trakcie realizacji umowy raz będzie działał jako przedstawiciel zamawiającego, a innym razem jako niezależny przedstawiciel stron umowy. To zagadnienie pozostawiam jednak otwarte do dyskusji.

Konsekwencje zaniechania Inżyniera zastosowania klauzuli 3.5

Niezależnie od wyżej wspomnianych wątpliwości co do bezstronności Inżyniera procedującego w trybie klauzuli 3.5, gdy strony zawrą umowę, w której nie zmieniły Warunkami Szczególnymi brzmienia tejże klauzuli, powinny pamiętać, żeby powiadomić o swoim roszczeniu drugą stronę (z kopią powiadomienia do Inżyniera, co wynika z klauzuli 1.3 [Przepływ informacji]). **A po takim powiadomieniu Inżynier musi zadziałać w trybie przewidzianym tą klauzulą.**

Na łamach Biuletynu pojawił się już artykuł⁶, w którym autor omawia warunki stosowania klauzuli 2.5 [Roszczenia Zamawiającego] WK. W tym miejscu warto jednak przypomnieć, że klauzula 2.5 przewiduje procedury składania przez zamawiającego roszczeń o kompensatę finansową bądź o przedłużenie Okresu Zgłaszania Wad. W treści klauzuli znajduje się odwołanie do klauzuli 3.5 wymagające od Inżyniera uzgodnienia lub ustalenia należnej kwoty do zapłaty Zamawiającemu przez Wykonawcę lub przedłużenia Okresu Zgłaszania Wad na mocy z klauzuli 11.3 [Przedłużenie Okresu Zgłaszania Wad]. Klauzula przewiduje także iż należne roszczenie zamawiającego może być potrącone z ceny kontraktowej bądź odjęte z kwot poświadczonych w Świadectwie Płatności (PSP), lub zamawiający będzie uprawniony do zgłoszenia roszczenia do Wykonawcy, w sposób zgodny z klauzulą 3.5.

Tak więc warunkiem dokonania przez zamawiającego skutecznego potrącenia z ceny kontraktowej, odjęcia z kwot należnych wykonawcy z PSP lub zgłoszenia przez zamawiającego roszczeń jest zadośćuczynienie procedurze przewidzianej w klauzuli 2.5., w tym m.in. dokonanie uzgodnienia lub ustalenia przez Inżyniera zgodnie z klauzulą 3.5.

O ile powyższa interpretacja klauzuli 2.5. wydaje się nie budzić żadnych wątpliwości i jest potwierdzana przez komentatorów⁷, w praktyce zamawiający bar-

³ Przewodnik po wybranych kontraktach FIDIC, edycja: 1. wydanie polskie 2009 (tłumaczenie 1. Wydania angielskiego FIDIC), SIDiR.

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.11.2012 r., V CSK 568/11, LEX nr 1289053.

⁵ P. Karkoszka, *Zastosowanie klauzuli szczególnych modyfikujących ogólne warunki kontraktowe FIDIC do określenia roli inżyniera w umowie o roboty budowlane zaprojektowane przez zamawiającego lub przez wykonawcę, cz. II*, LEX 176997, s. 7.

⁶ A. Wybranowski, *Klauzula 2.5 – nowe spojrzenie*, Biuletyn Konsultant SIDiR, nr 28/kwiecień 2013.

⁷ Zob. np. M. Pochodyła, *Rozwiązywanie sporów budowlanych według nowej czerwonej książki FIDIC*, Bud. Arb. 2008, Nr 7, s. 70 [cyt. za:] T. Srokosz, M. Brzóska, M. Barczyk, *Arbitraż jako naturalny sposób rozwiązywania sporów powstałych na gruncie kontraktów typu FIDIC*, ADR nr 3/2012, s. 131.



dzo często zapominają o treści klauzuli 3.5 bądź ignorują bezwzględny charakter zawartego w niej warunku, dokonując dowolnych potrąceń bez oczekiwania na działanie Inżyniera w trybie klauzuli 3.5.

Dokonywanie potrąceń przez zamawiającego bądź odejmowanie z kwot należnych wykonawcy z PŚP bez uzyskania „ustalenia” Inżyniera co do kwoty jaka należy się zamawiającemu od wykonawcy jest niedopuszczalne. Stanowisko to zostało wyraźnie potwierdzone w jednym z niedawnych wyroków Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej, w którym Sąd uznał za nieskuteczny podnoszony przez zamawiającego zarzut potrącenia związany z karą umowną dla wykonawcy z uwagi na brak spełnienia wymogu określonego w klauzuli 2.5, tj. brak postępowania Inżyniera zgodnie z klauzulą 3.5.

W uzasadnieniu do ww. wyroku Sąd Arbitrażowy podniósł, że treść klauzuli 8.7 przedmiotowej umowy stanowiła, iż „... Wykonawca z uwzględnieniem Subklauzuli 2.5 (Roszczenia Zamawiającego) zapłaci Zamawiającemu odszkodowanie umowne za opóźnienie”. W konsekwencji zdaniem Sądu zamawiający powinien był uwzględnić wymogi klauzuli 2.5 tejże umowy, a wymogi te są następujące: „Jeżeli Zamawiający uważa się za uprawnionego do jakiegokolwiek płatności według jakiegokolwiek Klauzuli niniejszych warunków lub z innego tytułu w związku z Kontraktem (...) to Zamawiający lub Inżynier da Wykonawcy powiadomienie z odnośnymi szczegółowymi informacjami. (...) Te szczegółowe informacje będą wymieniały Klauzulę lub inną podstawę roszczenia i będą zawierały uzasadnienie kwoty. (...) Inżynier będzie wtedy postępował zgodnie z Subklauzulą 3.5 (...)”. Sąd podkreślił także, iż szczególnie istotnym jest warunek, że „Zamawiający będzie uprawniony do skompensowania lub dokonania potrącenia z jakiegokolwiek kwoty (...) jedynie zgodnie z niniejszą Subklauzulą [3.5]”. Klauzula 3.5 z kolei zobowiązuje Inżyniera do przeprowadzenia konsultacji „z każdą ze Stron, próbując osiągnąć uzgodnienie stanowisk. Jeżeli uzgodnienie nie zostanie osiągnięte, to Inżynier dokona rzetelnego określenia zgodnie z Kontraktem, biorąc pod uwagę wszystkie odnośne okoliczności”.

Cytowany wyrok Sądu Arbitrażowego w sposób jednoznaczny wskazuje, że zignorowanie i zaniechanie wykonania bezwzględnego obowiązku konsultacji i ustaleń przez Inżyniera na mocy klauzuli 3.5, godzi bezpośrednio w prawa zamawiającego pozbawiając go możliwości dokonania potrąceń, odjęcia z kwot wynikających z Przejściowego Świadczenia Płatności lub innego zgłoszenia roszczeń w związku z Kontraktem. Takie stanowisko jest jak najbardziej uzasadnione, bowiem wynika wprost z Kontaktu.

Na tej podstawie Sąd Arbitrażowy stwierdził, że zamawiający mógł dokonać potrącenia tylko zgodnie z klauzulą 2.5 kontraktu, której wymogów jednak nie spełnił poprzez brak uzyskania ustalenia Inżyniera, co w konsekwencji pozbawiło zamawiającego prawa do skutecznego potrącenia jakichkolwiek kwot z wierzytelności wykonawcy.

W podsumowaniu

Warunki Kontraktowe FIDIC przewidują szerokie prawa i obowiązki Inżyniera, które co do zasady zamawiający jest zobowiązany respektować, z zastrzeżeniem zmian wprowadzonych na mocy Warunków Szczególnych. Niemniej, należy zawsze pamiętać, że obok umowy o roboty budowlane, Inżynier związany jest z zamawiającym także umową o świadczenie usług. Zamawiający powinien zapewnić, by poszczególne zapisy z tych umów były spójne i nie zawierały sprzecznych postanowień co do obowiązków i sposobu spełnienia świadczenia przez Inżyniera.

Wykonywanie uprawnień, jak i nienależyte wykonywanie obowiązków umownych przez Inżyniera ma wpływ na sytuację prawną stron umowy, a konsekwencje niewykonywania przez Inżyniera jako reprezentanta zamawiającego obowiązków wynikających z kontraktu obciążają zamawiającego jako podmiot odpowiedzialny za działania i zaniechania Inżyniera na mocy art. 474 k.c.



Świadcstwo przejęcia i świadcstwo wykonania a odpowiedzialność za wady wynikająca z przepisów Kodeksu cywilnego w świetle umowy o roboty budowlane



Magdalena
IGNASZAK-DROZDOWSKA
Associate,
Sójka | Maciak | Mataczyński Adwokaci

Ze względu na kluczowe dla publicznego zamawiającego znaczenie trwałości i prawidłowości projektów realizowanych pod jego nadzorem, a także w związku ze społeczną oceną i weryfikacją wydatkowania środków publicznych, temat gwarancji i rękojmi za wady jest nadal jednym z najczęściej opisywanych zagadnień w kontekście postanowień warunków kontraktowych FIDIC¹. Na łamach Biuletynu wydawanego przez Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców „Konsultant” również pojawiał się niejednokrotnie, m.in. w 2009 r. w opracowaniu autorstwa Zbigniewa Boczka² oraz mecenasa Jacka Kosińskiego³, a także w 2012 r. pod redakcją mec. Katarzyny Augustyniak⁴.

Niniejszy artykuł ma przypomnieć podstawowe zagadnienia prawne związane z terminami gwarancji i rękojmi określonymi w FIDIC oraz wskazać ich współzależność z terminami wydania Świadcstwa Przejęcia i Świadcstwa Wykonania. Opisuje się w nim postano-

wienia Kodeksu cywilnego, które mają zastosowanie do umów o roboty budowlane, koncepcję swobody zawierania umów, dzięki której możliwe jest dostosowanie terminów gwarancji i rękojmi do pojęć wskazanych w warunkach kontraktowych, a także przedstawiono konstrukcję Okresu Zgłaszania Wad, wskazując na przykład wadliwej zmiany warunków umowy w tym zakresie.

Rękojnia za wady i gwarancja jakości w Kodeksie cywilnym, a odpowiednie zastosowanie umowy o dzieło i przepisów o rękojmi przy sprzedaży do umowy o roboty budowlane

Możliwość zastosowania Kodeksu cywilnego⁵ (dalej jako k.c.) do umowy o roboty budowlane wynika wprost z brzmienia art. 656, zgodnie z którym „do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania 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 stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło.” Dodatkowo, postanowienia art. 637 § 1 k.c. wskazują na sposób, w jaki powinien postępować zamawiający w przypadku, gdy dzieło, odpowiednio roboty budowlane, mają wady.

Konsekwentnie art. 638 k.c. odsyła do przepisów o rękojmi przy sprzedaży, w przypadku gdy z brzmienia postanowień dotyczących umowy o dzieło nie można wywieść procedury usuwania wad.

¹ Opracowano na podstawie warunków Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego, wydanie angielsko – polskiego 2000 (tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999), Cosmopoli.

² Biuletyn Nr 13, listopad 2009 „Rękojnia za wady, gwarancja jakości”.

³ Biuletyn Nr 14, grudzień 2009 „FIDIC a prawo polskie”.

⁴ Biuletyn Nr 27, grudzień 2012, „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.”

⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U.2014.121 j.t.).



Oczywiście nie wszystkie przepisy o rękojmi przy sprzedaży mogą mieć na podstawie odesłania z art. 638 k.c. zastosowanie do odpowiedzialności za wady dzieła. Stosowanie tych przepisów wymaga uwzględnienia różnic między umową o dzieło a umową sprzedaży i wynikających z nich stosunków prawnych, w szczególności przy ocenie konkretnych sytuacji faktycznych i prawnych. Pełne zastosowanie będą miały przepisy o zawiadomieniu drugiej strony w określonym terminie o wykryciu wad oraz o utracie uprawnień w razie niezachowania tego terminu. Należy pamiętać, że z momentem wydania dzieła rozpoczyna się bieg terminów, po upływie których wygasają uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne [art. 568 § 1 k.c. „*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 kupującemu wydana*”] lub wady prawne [art. 576 § 1 k.c. „*uprawnienia z tytułu rękojmi za wady prawne rzeczy sprzedanej wygasają z upływem roku od chwili, kiedy kupujący dowiedział się o istnieniu wady. Jeżeli kupujący dowiedział się o istnieniu wady prawnej dopiero na skutek powództwa osoby trzeciej, termin ten biegnie od dnia, w którym orzeczenie wydane w sporze z osobą trzecią stało się prawomocne*”]. Do umowy o dzieło, w tym do umowy o roboty budowlane odpowiednio stosuje się również postanowienia zawarte w art. 566 § 1⁶ i art. 574⁷ k.c. odnoszące się do odszkodowań w wypadku rękojmi. Niezależnie od postanowień Kodeksu cywilnego odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady dzieła może zostać rozszerzona, ograniczona lub zupełnie wyłączona.⁸

Na potrzeby zamawiającego ważne jest to, że uprawnienia wynikające z gwarancji jakości oraz rękojmi mogą być wykonywane przez niego niezależnie od siebie.

Rękojmia za wady fizyczne zdefiniowana została w art. 556 k.c. i jest nią „*odpowiedzialność sprzedawcy (wykonawcy) względem kupującego za wady rzeczy zmniejszającą jej wartość lub użyteczność z uwagi na cel w umowie oznaczony (...)*”. Odpowiedzialność z tytułu rękojmi określa się mianem odpowiedzialności bezwzględnej, czyli opartej na zasadzie ryzyka (a nie winy). Definicja gwarancji, jaką można wyodrębnić opierając się na przepisach kodeksu cywilnego wskazuje, że jest to „*odpowiedzialność sprzedawcy co do jakości rzeczy sprzedanej wynikająca z faktu umownego i fizycznego zobowiązania się do udzielenia takiej gwarancji kupującemu*”. Gwarantem, czyli również wystawcą dokumentu gwarancyjnego, o którym mowa w art. 577 k.c., jest wykonawca robót. Jest on również zobowiązany do usunięcia wady fizycznej rzeczy lub do dostarczenia rzeczy wolnej od wad.

W trakcie realizacji robót nie może być mowy o odpowiedzialności z tytułu rękojmi i gwarancji, które to zobowiązanie powstaje dopiero po zakończeniu świadczenia z umowy – najczęściej po podpisaniu protokołu odbioru końcowego robót. Zasadniczo termin wygaśnięcia uprawnień z tytułu rękojmi za wady fizyczne wynosi jeden rok, licząc od dnia, w którym rzecz została kupującemu wydana. Dłuższy, 3-letni termin, dotyczy budynków. Trzeba w tym miejscu zaznaczyć, że pojęcie budynku budzi pewną kontrowersję. Jedną z interpretacji traktuje bowiem to pojęcie szeroko i odnosi się do art. 3 ust. 1 ustawy – Prawo budowlane⁹ – tzn. definiuje budynek jako obiekt budowlany, inna natomiast rozumie budynek jako rodzaj obiektu budowlanego, który jest trwale związany z gruntem – art. 3 ust. 2 Prawa budowlanego. Do obiektów budowlanych nie będących budynkiem, m.in., takich jak np. lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, znajduje zastosowanie roczny termin wygaśnięcia uprawnień z tytułu rękojmi. Drugą kontrowersyjną sprawą jest charakter tzw. terminu rękojmi. W doktrynie mówi się o tych terminach, że mają one charakter terminów zawitych o charakterze prekluzyjnym co oznacza, że upływ tego terminu i będące jego konsekwencją wygaśnięcie uprawnienia kupującego następuje z mocy prawa, a sąd bierze je pod uwagę z urzędu, a nie na zarzut strony.¹⁰

Kwestia przerwania biegu terminów rękojmi, rozpoczęcia ich biegu na nowo lub przedłużenia okresu obowiązywania rękojmi przedstawia się w taki sposób, że jeżeli sprzedawca dostarczył kupującemu zamiast rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy, to zdarzenia te nie mają wpływu na bieg rocznego lub 3-letniego terminu do dochodzenia uprawnień z tytułu rękojmi. Oznacza to, że termin ten nie biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej. Podobne zastrzeżenie uczynić trzeba, jeżeli sprzedawca w ramach rękojmi wymienił część rzeczy. Nie można również mówić o przedłużeniu okresu obowiązywania rękojmi o czas, w którym wadliwa rzecz była wymieniana lub pozostawała w naprawie. Inaczej sytuacja przedstawia się w przypadku gwarancji jakości, gdzie wymiana rzeczy na nową – wolną od wad powoduje rozpoczęcie biegu terminu gwarancji dla tej rzeczy od nowa.

W stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami termin rękojmi (jak i gwarancji) może zostać określony przez strony dowolnie. Nie ma więc przeszkód, aby terminy na wykonanie uprawnień z gwarancji i rękojmi były tożsame. Należy jednak pamiętać o tym, że prawidłowe zrealizowanie uprawnień wynikających z udzielonej gwarancji, zależy przede wszystkim od prawidłowych i spójnych

⁶ Art. 566. § 1 k.c. Jeżeli z powodu wady fizycznej rzeczy sprzedanej kupujący odstępuje od umowy albo żąda obniżenia ceny, może on żądać naprawienia szkody poniesionej wskutek istnienia wady, chyba że szkoda jest następstwem okoliczności, za które sprzedawca nie ponosi odpowiedzialności. W ostatnim wypadku kupujący może żądać tylko naprawienia szkody, którą poniósł przez to, że zawarł umowę, nie wiedząc o istnieniu wady; w szczególności może żądać zwrotu kosztów zawarcia umowy, kosztów odebrania, przewozu, przechowania i ubezpieczenia rzeczy oraz zwrotu dokonanych nakładów w takim zakresie, w jakim nie odniósł korzyści z tych nakładów.

⁷ Art. 574 k.c. Jeżeli z powodu wady prawnej rzeczy sprzedanej kupujący odstępuje od umowy albo żąda obniżenia ceny, może on żądać naprawienia szkody poniesionej wskutek istnienia wady, chyba że szkoda jest następstwem okoliczności, za którą sprzedawca odpowiedzialności nie ponosi. W ostatnim wypadku kupujący może żądać tylko naprawienia szkody, którą poniósł przez to, że zawarł umowę nie wiedząc o istnieniu wady; w szczególności może on żądać zwrotu kosztów zawarcia umowy, kosztów odebrania, przewozu, przechowania i ubezpieczenia rzeczy oraz zwrotu dokonanych nakładów w takim zakresie, w jakim nie odniósł z nich korzyści, a nie otrzymał ich zwrotu od osoby trzeciej. Może również żądać zwrotu kosztów procesu.

⁸ Art. 558 k.c. w związku z art. 638 k.c.

⁹ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U.2013.1409 j.t.).

¹⁰ Vide: art. 568 § 1 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2002 r., sygnatura akt III CZP 39/02.

postanowień umownych, które pozwalają ograniczyć lub wyeliminować ryzyko dla obu stron występujące w okresie udzielonej gwarancji czy rękojmi.

Swoboda zawierania umów, a wpływ wykonawcy na postanowienia Kontraktu

Co do zasady, podmioty zawierające umowę mogą ukształtować jej treść według swego uznania, a tym samym powołać do życia taki stosunek zobowiązaniowy, jaki odpowiada ich interesom. W przypadku wyboru wykonawcy do realizacji robót budowlanych, zamawiający publiczny związany jest najczęściej dodatkowo postanowieniami ustawy Prawo zamówień publicznych¹¹ (dalej jako p.z.p.). Wykonawca nie ma więc możliwości decydowania o kształcie zobowiązania, co nie stanowi jednak naruszenia prawa w zakresie swobody kontraktowania. Zamawiający (de facto) już na etapie przygotowywania postępowania przetargowego, określa warunki rękojmi i gwarancji, które będą obowiązywały dla danej inwestycji. W tym momencie wskazuje między innymi na terminy obowiązywania gwarancji i rękojmi oraz wysokość i sposób zabezpieczenia ewentualnych roszczeń wynikających z niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Na tym etapie powinien również, poprzez określenie warunków szczególnych, dostosować ogólne warunki kontraktu, do swoich wymagań. Jedną z najistotniejszych kwestii jest określenie terminu odbioru przedmiotu umowy. Jeśli terminem tym jest podpisanie protokołu odbioru końcowego, to w tym momencie gwarant, czyli wykonawca, powinien dostarczyć Zamawiającemu dokument gwarancyjny. Kluczowe jest także określenie zasad odpowiedzialności wykonawcy za wady. Kolejnym elementem jest konieczność zdefiniowania, celem dokonania późniejszej oceny, czym wada fizyczna w istocie jest. Istotne znaczenie mają tutaj względy funkcjonalne. Wada fizyczna może polegać między innymi na braku właściwości, o której wykonawca zapewnił zamawiającego, ponieważ zgodność określonych robót z normą techniczną nie przesądza jeszcze o ich niewadliwości¹². Okres gwarancyjny służy temu, aby dokonać długotrwałej próby funkcjonowania, w toku której mogą ujawnić się wady. Brak precyzyjnego określenia warunków, na jakich wykonawca udziela gwarancji zamawiającemu, prowadzi zazwyczaj do licznych sporów interpretacyjnych po zakończeniu realizacji inwestycji. Analogicznie ma się sprawa w przypadku rękojmi. Kształtując stosunek zobowiązaniowy zamawiający zastrzega jednocześnie kary umowne za uchybienia wykonawcy związane z niewypełnieniem zobowiązań wynikających z gwarancji i rękojmi. Ma to szczególne znaczenie w przypadku, gdy nieprecyzyjne zdefiniowanie wad i/lub usterek oraz sposobu ich usuwania będzie skutkowało naliczeniem wykonawcy kar umownych za nieusunięcie lub nienależyte ich usunięcie, w zależności od przypadku. **Nie należy jednak zapominać, że samo istnienie wady nie upoważnia jeszcze zamawiającego do odmowy odebrania robót budowlanych. Jeżeli roboty mają wady, któ-**

re nie dyskwalifikują ich co do samej istoty, to wówczas powinien nastąpić ich odbiór zgodnie z umową z wszelkimi tego skutkami prawnymi, a dla zamawiającego powstają uprawnienia wynikające z rękojmi za wady dzieła, o jakich mowa w art. 637 i art. 638 k.c.¹³ Bez względu więc na fakt, że wykonawca nie ma wpływu na ostateczny kształt umowy z zamawiającym, to zamawiający powinien szczególnie uważnie definiować te postanowienia Kontraktu, które w konsekwencji mogą przekładać się na zobowiązania finansowe.

Świadectwo Przejęcia i Świadectwo Wykonania, jako dokumenty wyznaczające Okres Zgłaszania Wad

Interpretując postanowienia umów, opartych na warunkach kontraktowych FIDIC, dotyczące odpowiedzialności wykonawcy za wady robót budowlanych należy brać pod uwagę bezwzględnie obowiązujące normy k.c. Realizacja inwestycji w oparciu o te warunki, w systemie prawa polskiego wymaga racjonalnego podejścia do ich interpretacji. Definicje kontraktowe Świadectwa Przejęcia [Klauzula 1.1.3.5], Świadectwa Wykonania [Klauzula 1.1.3.8], a także Okresu Zgłaszania Wad [Klauzula 1.1.3.7] w przejrzysty sposób wskazują na terminy, w których zamawiający jest uprawniony do zgłaszania wad w Robotach wykonawcy. Opisanie procedury pozyskiwania przez Wykonawcę Świadectwa Przejęcia, oraz zdefiniowanie go jako dokumentu wskazującego na datę „z którą Roboty lub Odcinek zostały ukończone, zgodnie z Kontraktem, pomijając wszelką drobną zaległą pracę i wady nie mające w istocie wpływu na użycie Robót lub Odcinka do przeznaczonego im celu”, pozwala jednoznacznie stwierdzić, że od tej daty rozpoczyna się Okres Zgłaszania Wad. Na gruncie prawa cywilnego okres ten należy klasyfikować jako umownie ustalony przez strony termin na korzystanie z uprawnień z tytułu rękojmi za wady fizyczne.¹⁴ Co więcej, samo już użytkowanie Robót przez zamawiającego powoduje rozpoczęcie biegu terminu rękojmi i gwarancji, tj. z datą w której dana Robota lub jej element zaczął być użytkowany. Klauzula 10.2 FIDIC w pkt od a) do c) wskazuje na skutki użytkowania Robót przez zamawiającego bez wydania Świadectwa Przejęcia Robót, zastrzegając możliwość żądania wydania takiego dokumentu przez Inżyniera na życzenie wykonawcy. Jak już wcześniej wspomniano, ustawowy termin rękojmi, może być modyfikowany w ramach swobody kontraktowania i jest zazwyczaj dłuższy niż określony przez ustawodawcę.¹⁵ Może więc dojść do sytuacji w której, dla każdego elementu Robót okres gwarancji i rękojmi będzie rozpoczynał się i kończył w innym terminie. Klauzula 11.1 FIDIC przewiduje ponadto możliwość wskazania w dokumencie Świadectwa Przejęcia pracy zaległej, jaką wykonawca musi wykonać do przed upływem Okresu Zgłaszania Wad, a także pracy, która jest wymagana dla usunięcia wad lub szkód. Jeżeli więc wady w Robotach będą istotne, tj. pozbawią zamawiającego możliwości korzystania

¹¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t.).

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z 20 maja 1997 r. (sygn. II CKN 115/97) oraz z dnia 27 listopada 2003 r. (sygn. III CK 115/02).

¹³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygnatura akt V ACa 876/13, LEX nr 1461046.

¹⁴ Vide: art. 558 § 1 Kodeksu cywilnego.

¹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05 sierpnia 2005 r., sygnatura akt II CK 28/05.



z Robót zgodnie z ich przeznaczeniem zamawiający może skorzystać z uprawnienia do odstąpienia od umowy, według swojego uznania, w oparciu o art. 637 k.c. lub FIDIC – Klauzula 11.4 pkt c). W klauzuli 11.9 FIDIC, dotyczącej Świadcstwa Wykonania wskazuje się, że wydanie tego dokumentu stanowi akceptację Robót, co często mylnie jest interpretowane jako termin od którego zaczynają biec terminy rękojmi i gwarancji. Konieczne jest rozróżnienie pojęcia „akceptacji” od pojęcia „odbioru”, czy „ukończenia”, o którym mowa w Klauzuli 10.1 FIDIC. Okres Zgłaszania Wad, którego zakończenie skutkuje wydaniem Świadcstwa Wykonania, nie stanowi jakiegoś specjalnego dodatkowego okresu, przewidzianego w Kontrakcie na realizację – dokończenie robót. Owszem, Okres Zgłaszania Wad jest również czasem na dokończenie zaległej drobnej pracy, nie mającej wpływu na użytkowanie Robót, ale do tego okresu zastosowanie mają już postanowienia w zakresie gwarancji i rękojmi. Jest to czas, w którym od dnia wydania Świadcstwa Przejęcia rozpoczyna się bieg okresów gwarancji i rękojmi przewidzianych Kontraktem. Okres Zgłaszania Wad trwa tyle, na ile zostało to przewidziane w Załączniku do Oferty. Może on więc być tożsamy z okresem gwarancji i rękojmi, ale nie musi. Należy ponadto zwrócić uwagę, iż FIDIC nie zawiera postanowień dotyczących przerwania biegu terminu rękojmi za wady. Klauzula 11.3 przewiduje jedynie „*prawo zamawiającego do przedłużenia Okresu Zgłaszania Wad w granicach, w jakich z powodu wady Roboty, Odcinek nie będą mogły być używane zgodnie z przeznaczeniem. Okres Zgłaszania Wad nie może być przedłużony o więcej niż dwa lata*”. Wobec braku regulacji umownych, do przerwania biegu terminu rękojmi określonego w FIDIC zastosowanie mają więc zasady k.c. W opinii Sądu Najwyższego przed upływem terminu rękojmi konieczne jest dokonanie przez uprawnionego (tu jest nim zamawiający) czynności przed sądem, zmierzającej bezpośrednio do dochodzenia roszczenia z tytułu rękojmi (wniesienie pozwu przeciwko wykonawcy, zawezwanie wykonawcy do próby ugodowej), w przeciwnym razie roszczenie to wygasa. Wynika to z odpowiedniego stosowania przepisów określających przerwanie biegu przedawnienia roszczeń do terminów zawitych, tj. art. 123 KC¹⁶. Innymi słowy, przedłużenie Okresu Zgłaszania Wad nie zmienia (wydłuża) terminu upływu gwarancji, ani nie przerywa biegu tego terminu, o ile zamawiający nie dokonał właściwej czynności przed sądem (np. wniesienie pozwu przeciwko wykonawcy).

Sposoby interpretacji i dostosowywanie terminów obowiązywania gwarancji i rękojmi do warunków kontraktowych na potrzeby sprawnej realizacji inwestycji

Problemy z interpretacją postanowień Kontraktu w zakresie biegu terminów gwarancji i rękojmi, pojawiają się najczęściej w przypadku, gdy zamawiający za bardzo zmodyfikuje postanowienia dotyczące Okresu Zgła-

szania Wad, wydania Świadcstwa Przejęcia i Świadcstwa Wykonania. Zdarza się, że zmiany FIDIC dokonywane są w taki sposób, że wskazują na rozpoczęcie biegu terminu rękojmi i gwarancji od daty Wydania Świadcstwa Wykonania, tj. po Okresie Zgłaszania Wad. Czym więc przy takim zastrzeżeniu będzie Okres Zgłaszania Wad? Czasem wykonania Robót czy okresem gwarancji i rękojmi? W świetle przepisów prawa polskiego, po wydaniu Świadcstwa Przejęcia robót lub ich użytkowaniu, będzie to okres w którym bieg rozpoczynają terminy gwarancji i rękojmi. Co więcej, gdyby przyjął odmiennie, zastosowanie do tego okresu wszystkich postanowień Kontraktu odnoszących się do realizacji Robót byłoby niemożliwe. Termin zakończenia inwestycji jest wskazany wprost, jako Czas na Ukończenie, więc jeżeli w tym terminie Roboty zostaną ukończone i odebrane, nie sposób byłoby przyjąć, że po tym terminie mamy do czynienia z wykonawstwem Robót chyba, że jest to realizacja drobnych zaległych prac, na które wskazuje FIDIC w Klauzuli 10.1. Rozpoczęcie biegu terminów gwarancji i rękojmi nie może następować po jakimś określonym czasie od wykonania i odbioru Robót. Poza tym, od prawidłowego zdefiniowania terminów wykonania i odbioru Robót oraz pojęć dotyczących gwarancji i rękojmi, zależy możliwość należytego zabezpieczenia wykonania Kontraktu. W razie pojawienia się nieścisłości i wątpliwości co do znaczenia jego postanowień, lepszym rozwiązaniem wydaje się być określenie w gwarancjach bankowych (lub ubezpieczeniowych) konkretnych dat dla obowiązywania danego zabezpieczenia, niż posługiwanie się zmienionymi definicjami FIDIC nawet, jeżeli początkowo definicje te wydają się być jednoznaczne i zrozumiałe, w praktyce mogą okazać się niezgodne z przepisami k.c.

Podsumowując powyższe, niezależnie od wątpliwości wynikających z rozbieżności pomiędzy postanowieniami FIDIC a przepisami Kodeksu cywilnego, należy pamiętać że Prawo zamówień publicznych wymaga od zamawiającego precyzyjnego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia oraz m.in. terminów gwarancji i rękojmi, co ma jednocześnie wpływ na oszacowanie przez Wykonawcę ryzyk związanych z realizacją zadania inwestycyjnego. Przede wszystkim, nie można zapominać o instytucji odwołania przysługującego wykonawcy wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a w przypadku przetargu nieograniczonego, także wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o której mowa w Dziale VI, Rozdział 2 ustawy. Poprzez wniesienie odwołania wykonawca może mieć wpływ na zmniejszenie ryzyka związanego z nieprawidłowymi postanowieniami Kontraktu.

¹⁶ Vide: art. 123. § 1 KC: Bieg przedawnienia przerywa się:

- przez każdą czynność przed sądem lub innym organem powołanym do rozpoznawania spraw lub egzekwowania roszczeń danego rodzaju albo przed sądem polubownym, przedsięwziętą bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia;
- przez uznanie roszczenia przez osobę, przeciwko której roszczenie przysługuje;
- przez wszczęcie mediacji.

Klauzula 13 warunków kontraktowych FIDIC jako odmienny sposób wykonania robót a nie polecenie zmiany umowy



Zbigniew J. **BOCZEK**
Dyrektor Europejskiego
Instytutu Ekonomiki Rynków
Wykładowca na studiach
podyplomowych Politechniki
Wrocławskiej, Politechniki
Poznańskiej i Politechniki Gdańskiej
Wiceprezes SIDiR i Wiceprezes
Sądu Arbitrażowego przy SIDiR

Teza 1:

W polskiej wersji Warunków Kontraktowych FIDIC występuje niewłaściwe tłumaczenie angielskiej wersji Klauzuli 13 „*Variations i Adjustments*”, która to Klauzula powinna być rozumiana wyłącznie jako prawo do „odmiennego (variations) sposobu wykonania robót”, a nie do „wprowadzania poleceń Inżyniera zmian do Kontraktu”, ponieważ inaczej pozostaje w sprzeczności z klauzulą 3.1 gdzie Inżynier „nie jest uprawniony do korygowania kontraktu, czy wnoszenia poprawek”.

Teza 2:

W zamówieniach publicznych wszelkie polecenia zmiany wydane wykonawcy przez Inżyniera czy zamawiającego, podlegają ocenie zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym osoby te nie mają uprawnień do jednostronnej zmiany kontraktu bez zgody wykonawcy.

I. POLECENIE ZMIANY WEDŁUG KLAUZULI 3 ORAZ 13 WARUNKÓW KONTRAKTOWYCH FIDIC

A. Polecenia zmiany wydane przez Inżyniera na podstawie Klauzuli 3

Inżynier w kontrakcie nie jest stroną kontraktu. Tym samym na podstawie klauzuli 3.1 Warunków kontraktowych FIDIC, Inżynier nie ma uprawnień do wnoszenia poprawek i korygowania zawartego kontraktu. W przypadku umów w sprawie zamówienia publicznego zakaz ten doznaje wzmocnienia na podstawie art. 140 ust. 1, art. 140 ust. 3 i art. 144 ust. 1 P.z.p. Z pierwszego przepisu wynika tożsamość zakresu świadczenia z zobowiązaniem zawartym w ofercie wykonawcy, z drugiego zakaz wykraczania poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „s.i.w.z.”), a z trzeciego zakaz dokonywania istotnych zmian w postanowieniach zawartej umowy, chyba, że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu lub s.i.w.z. oraz określił warunki takiej zmiany.

Jednocześnie zgodnie z klauzulą 3.1, *żadne zatwierdzenia, sprawdzenia, zgody, badania, inspekcje, polecenia, powiadomienia, propozycje, żądania, próby lub podobne działania Inżyniera, włącznie z brakiem sprzeciwu, nie zwalniają wykonawcy z odpowiedzialności ponoszonej przez niego na mocy kontraktu, w tym z odpowiedzialności za błędy, pominięcia, rozbieżności i niedopełnienia. Inżynier jest powołany przez zamawiającego na podstawie tej klauzuli do administrowania*



kontraktem i zarządzania podległym mu personelem. Takie umiejscowienie Inżyniera podlega uregulowaniom artykułu 474 k.c. – *Dłużnik (przyp. zamawiający) odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza*. Można przyjąć, że Inżynier w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego działa na rzecz zamawiającego w procesie budowlanym.

Na podstawie klauzuli 3.1 Inżynierowi nie wolno podejmować decyzji, które wymagają zgodnego współdziałania stron umowy (zamawiającego i wykonawcy), szczególnie, gdy dotyczy to decyzji wywołujących skutki finansowe dla stron umowy i/lub prowadzących do zmiany treści zawartej umowy w zamówieniach publicznych, z uwagi na art. 139 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i wymaganej dla umów formy pisemnej pod rygorem nieważności. Jednocześnie każde *uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia* – art. 77 § 1 k.c. Tym samym, *nieuprawniona będzie każda czynność Inżyniera, która ingeruje w treść istotnych postanowień umownych, bez zgody stron umowy*. Z uwagi na art. 139 ust. 1 P.z.p. *zgoda zamawiającego nie może być domniemana, a wykonawca ma bezwarunkowe prawo w trybie art. 353¹ k.c. do wyrażenia zgody lub sprzeciwu wobec czynności naruszającej jego interes*.

Oddzielnego wyjaśnienia wymaga treść klauzuli 3.3 Warunków kontraktowych FIDIC z której wynika, że Inżynier może w dowolnym czasie wydać wykonawcy polecenie wykonania robót zamiennych, lub dodatkowych, na podstawie zmodyfikowanej lub dodatkowej dokumentacji projektowej, a wykonawca powinien zastosować się do tych poleceń. **Klauzula 3.3 jest sprzeczna z prawem obowiązującym w zamówieniach publicznych i nadużywana przez Inżyniera do polecenia wykonawcy wykonania robót zamiennych lub dodatkowych, bez udziału i akceptacji zamawiającego, oraz zgody wykonawcy.** Tak więc, klauzulę 3.3 Warunków kontraktowych FIDIC należy modyfikować na gruncie Prawa zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego, oraz Prawa budowlanego, ponieważ **bezkrytyczne wydawanie tego rodzaju poleceń w przypadku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego prowadzi do naruszenia art. 140 ust. 1 P.z.p., a jednocześnie zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie**, a to zobowiązanie z kolei musi być zgodne z jednoznacznym i wyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia. Tym samym, **umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia, zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 140 ust. 3 P.z.p.)**. Dotyczy to zarówno ustalonego przedmiotu zamówienia przy podpisywaniu umowy zawieranej w wyniku przetargu (lub innej procedury), jak i późniejszej ewentualnej zmiany zawartej umowy (art. 144 P.z.p.). W przypadkach, kiedy są podstawy do zmiany zawartej umowy, wymagana jest forma pisemna pod rygorem nieważności (pisemny

aneks), z uwagi na art. 77 § 1 k.c. Celem tego ograniczenia jest niedopuszczenie do obchodzenia wyników postępowania.

B. Polecenia zmiany wydane przez Inżyniera na podstawie Klauzuli 13

Klauzula 13.1 Warunków kontraktowych FIDIC [Prawo do Zmian] stanowi, że zmiany mogą być zainicjowane przez Inżyniera w jakimkolwiek momencie przed wydaniem świadectwa przejścia dla robót przez danie wykonawcy polecenia dokonania zmian, albo żądanie przedłożenia oferty na zmianę. **To wynik niedokładnego tłumaczenia angielskiej wersji Klauzuli 13 „Variations i Adjustments”, która to Klauzula powinna być rozumiana wyłącznie jako prawo do „odmienne-go (variations) sposobu wykonania robót”, a nie do „wprowadzania poleceniem Inżyniera zmian do Kontraktu”, ponieważ inaczej pozostaje w sprzeczności z klauzulą 3.1 gdzie Inżynier „nie jest uprawniony do korygowania kontraktu, czy wnoszenia poprawek”.**

Klauzula 13 Warunków Kontraktowych FIDIC jest sprzeczna w zamówieniach publicznych z zakazem dowolnego korygowania kontraktu, a ponadto może dojść w rezultacie do naruszenia równości stron umowy, czy podważenia prawnego statusu stron procesu budowlanego wynikającego z art. 17 i następnych ustawy Prawo budowlane.

Jeśli umowa została zawarta na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych, to Inżynier korzystając z uprawnień wymienionych w klauzuli 13 może swoimi decyzjami spowodować nieuprawnione rozszerzenie zakresu świadczenia lub zmianę istotnych postanowień umownych z naruszeniem art. 140 ust. 1 i 3, oraz art. 144 ust. 1 P.z.p., z jednoczesnym pominięciem praw i obowiązków stron umowy wynikających z Kodeksu cywilnego.

W zamówieniach publicznych wszelkie polecenia zmiany wydane wykonawcy przez Inżyniera czy zamawiającego, podlegają ocenie zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym osoby te nie mają uprawnień do jednostronnej zmiany kontraktu bez zgody wykonawcy.

Reasumując należy stwierdzić, że bezpośrednie stosowanie klauzuli 13 może doprowadzić do naruszenia przez zamawiającego dyscypliny finansów publicznych, przepisów P.z.p., Kodeksu cywilnego i Prawa budowlanego. Za działania Inżyniera odpowiedzialność ponosi zamawiający w trybie art. 474 k.c.

Zamawiający, który zamierza wykorzystać Warunki kontraktowe FIDIC do umowy o roboty budowlane w zamówieniu publicznym, winien za pomocą klauzul szczególnych (Warunki Szczególne) dostosować postanowienia umowne do ustaw, zasad współżycia społecznego i ustalonych obyczajów.

Przepisy obowiązującego w Polsce prawa, wywołują ograniczający skutek prawny w odniesieniu do wszystkich postanowień Warunków kontraktowych FIDIC, które dają Inżynierowi uprawnienia do wydawania poleceń, dokonywania uściśleń oraz interpretacji zawartej umowy, do czasu rozstrzygnięcia sporu przez sąd powszechny, lub w drodze arbitrażu. Jeżeli

czynności Inżyniera naruszają art. 140 lub 144 P.z.p., to polecenia Inżyniera bez względu na formę pisemną lub ustną, są nieważne, z uwagi na art. 139 ust. 2 P.z.p. w związku z art. 58 § 1 k.c. Przepis art. 139 ust. 2 P.z.p. nakazuje zawieranie umowy w sprawie zamówienia publicznego w formie pisemnej pod rygorem nieważności; a w konsekwencji każda jej zmiana winna być dokonana w takiej samej formie, do czego Inżynier nie posiada uprawnień. **Jednocześnie zgodnie z art. 58. § 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.**

Zamawiający zobowiązany do stosowania Prawa zamówień publicznych winien kontrolować działania Inżyniera pod kątem zgodności ich skutków prawnych z zawartą umową i dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji Inżynier nie może wydawać wykonawcy poleceń wykonania robót zamiennych, uzupełniających lub dodatkowych.

II. DODATKOWE UZASADNIENIE DO REALIZACJI ROBÓT BUDOWLANYCH W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Mając na uwadze zasadę swobody zawierania umów wynikającą z przepisów Kodeksu cywilnego (art. 353¹ k.c.), w umowach o zamówienie publiczne można odpowiednio wykorzystywać wzorce przy zawieraniu umów (art. 384 k.c.), w tym również Warunki Kontraktowe FIDIC. Granicą swobody kontraktowania i wykorzystania Warunków kontraktowych FIDIC są jednak przepisy prawa bezwzględnie obowiązującego, przewidujące ściśle określone regulacje, niepodlegające wyłączeniu na mocy postanowień umownych. Oznacza to, iż **stosując Warunki kontraktowe FIDIC strony zobowiązane są stosować przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowienia Kodeksu cywilnego, a także odpowiednie przepisy prawa wspólnotowego.**

1. PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Zamawiający obligatoryjnie dokonuje opisu przedmiotu zamówienia przed jego udzieleniem. Stąd też, na zamawiającym spoczywa obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – dalej „P.z.p.”).

Zamawiający z góry musi „wiedzieć, czego chce” i nie może po zawarciu umowy doprecyzowywać swoich żądań.

Należy także wskazać, że obowiązki zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nakładają na niego jasne i precyzyjne wskazanie ilości czy rodzaju czynności w ramach zamówienia. Tym samym **wszel-**

kie zmiany w zakresie rodzajów czynności czy ilości dostawy są niedozwoloną zmianą zakresu świadczenia. Znaczy to, że przedmiot zamówienia ma być opisany w taki sposób, aby mógł zostać jednakowo zrozumiany przez każdego zainteresowanego, za pomocą określeń zrozumiałych dla osób, które trudnią się działalnością będącą jego przedmiotem, co należy odnieść do stosowania języka fachowego używanego w branży, w której działają zainteresowane podmioty. Opis ma także uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, odzwierciedlać rzeczywiste potrzeby zamawiającego, tak aby umożliwić wykonawcom właściwe obliczenie ceny, a zamawiającemu dokonanie obiektywnej oceny ofert. Z powyższego wynika, że **opis przedmiotu zamówienia nie może być określony w sposób niejasny, za pomocą pojęć niedookreślonych, nieprecyzyjnych czy zbyt ogólnych sformułowań.** Wykonawca musi mieć możliwość, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia.

Zamawiający nie może przerzucać na wykonawców obowiązku opracowywania, czy weryfikacji opisu przedmiotu zamówienia, szczególnie w trybie przetargu nieograniczonego.

Natomiast przepis art. 29 ust. 2 P.z.p. zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję wskazując na konkretny produkt, ale i w sposób, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku.

Warto też podkreślić, że **dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie zasady uczciwej konkurencji i naruszenie art. 44 ust. 3 pkt 1 b) ustawy z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych, z późn. zm., który nakazuje zamawiającemu dokonywać wydatków publicznych w sposób oszczędny i celowy, z zachowaniem optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.**

A. Przetarg publiczny z dokumentacją projektową przygotowaną przez zamawiającego

Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane (art. 31 ust. 1 P.z.p.) za pomocą:

- dokumentacji projektowej (projekt budowlany, projekt wykonawczy, oraz przedmiar robót),
- oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Brak któregośkolwiek z ww. dokumentów w opisie przedmiotu zamówienia, jest naruszeniem prawa.

Zakres i formę sporządzania dokumentacji projektowej, oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, reguluje Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 31 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia



2004 r. Prawo zamówień publicznych, a więc nie przestrzeganie uregulowań zawartych w tym rozporządzeniu, skutkuje naruszeniem przepisów tej ustawy.

B. Przetarg publiczny w procedurze „projektuj i buduj”

Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy P.z.p., zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. **Obowiązkiem wykonawcy jest zaprojektowanie (wykonanie dokumentacji projektowej), a następnie realizacja robót budowlanych, w zgodności z zapisami programu funkcjonalno-użytkowego (tylko tyle i nic więcej).**

Normą prawną postępowania zamawiającego w przypadku opisanego przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych („projektuj i buduj”) jest art. 31 ust. 2 i 3, oraz art. 30 ust. 6 P.z.p.

Jednocześnie wykonawcy (projektantowi) należy pozostawić wybór rozwiązań projektowych, które muszą zapewnić (spełniać) wymagania zamawiającego sformułowane w programie funkcjonalno-użytkowym. Jeżeli zamawiający w umowie, wymaga przed projektowaniem uzgodnienia koncepcji rozwiązań projektowych, lub projektu budowlanego, to uzgodniona dokumentacja wiąże strony w procesie dalszego projektowania i wynika z woli umawiających się stron.

2. SWOBODA UMÓW W KODEKSIE CYWILNYM

Artykuł 353¹ Kodeksu cywilnego wyrażający zasadę swobody umów, zarysowuje trzy granice tej swobody – są nimi: *natura stosunku*, *ustawa* i *zasady współżycia społecznego*.

W orzecnictwie i doktrynie polskiej zwraca się uwagę na relacje istniejące pomiędzy swobodą ułożenia stosunku zobowiązaniowego z umowy, a przepisami części ogólnej kodeksu o wykładni oświadczeń woli. Nie ulega wątpliwości, że **związanie stron nie oznacza wyłączenie polegania na „literze” umowy. Wprost przeciwnie, z przepisu art. 65 § 2 k.c., wynika, że w umowie należy badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na dosłownym jej brzmieniu. To bowiem, co strony „przemilczały”, w kontekście postanowień umowy, oraz towarzyszących jej zawarciu i wykonaniu okoliczności faktycznych, również może nabierać istotnego znaczenia.**

Jednocześnie wszelkie zapisy umowne sprzeczne z prawem, a więc poczynione *contra legem* należy uznać za nieważne z mocy art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, ponieważ jako sprzeczne z ustawą, albo mające na celu obejście postanowień ustawy, nie mogą wywołać zamierzonych przez zamawiającego skutków prawnych. Jednocześnie *na miejsce nieważnych postanowień umownych wchodzi odpowiednie przepisy ustawy*.

A. Umowy o roboty budowlane w zamówieniach publicznych

Przepisy Prawa zamówień publicznych dotyczące umów w ogólności, a więc także umów o roboty budow-

lane, zawarte zostały w dziale IV ustawy P.z.p. Jednak z uwagi na fakt, iż nie regulują one tematyki w sposób kompleksowy, to w art. 139 ust. 1 ustawodawca wprowadził odwołanie do Kodeksu cywilnego wskazując, iż *do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*. Ten przepis oznacza, że w pierwszej kolejności stosować należy postanowienia P.z.p., a w sytuacji, gdy stan faktyczny nie został objęty jej postanowieniami, odwołać się należy do treści Kodeksu cywilnego. Możliwa jest także sytuacja, w której zapisy ustaw będą wobec siebie sprzeczne, to w takim przypadku pierwszeństwo będzie miało Prawo zamówień publicznych, jako *lex specialis* wobec Kodeksu cywilnego.

Jednocześnie zgodnie z utrwalonym orzecnictwem umowa o zamówienie publiczne powinna gwarantować poczucie pewności i bezpieczeństwa, wręcz niezbędne go dla podmiotów gospodarczych, które w systemie gospodarki rynkowej podejmują decyzje oparte na kalkulacji ekonomicznej. **Nie do pogodzenia z wszystkimi powyższymi cechami byłoby pozostawianie wykonawcy w stanie braku pewności, co do jednoznaczności treści stosunku umownego łączącego go z zamawiającym, w niekorzystnym dla wykonawcy reżimie umownym.**

Prawo zamówień publicznych w art. 139 ust. 2 wprowadza wymóg zawarcia umowy w formie pisemnej pod bezwzględny rygor *nieważności* (*ad solemnitatem*), a jego stosowanie następuje bez względu na wartość samej umowy. Jest to odmienne podejście aniżeli wynikające z samych przepisów Kodeksu cywilnego, gdzie przewidziana w art. 648 § 1 k.c. pisemna forma umowy o roboty budowlane została zastrzeżona tylko dla celów dowodowych (*ad probationem*). **Jednocześnie, wszelkie uzupełnienia lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa P.z.p. przewidziała w celu jej zawarcia - art. 77 § 1 k.c.**

Zgodnie z art. 647 k.c. **przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia**. Celem umowy o roboty budowlane jest m.in. zapewnienie właściwego rozkładu między inwestora i wykonawcę ryzyka inwestowania, którego rozkład kształtowany jest nie tylko przez unormowania prawne dotyczące poszczególnych postaci ryzyka obciążającego wykonawcę, ale także przez ustalony w umowie określony podział obowiązków. Należy zatem przyjąć, iż **treść przepisów odnoszących się do umowy o roboty budowlane, zawartych w Kodeksie cywilnym (art. 647 - 658 k.c.), jednoznacznie wskazuje, że wszelkie umowy o wykonanie robót budowlanych, zawierane przez inwestora z wykonawcą, powinny być poddane wymaganiom przepisów tego tytułu.**

W procedurze „projektuj i buduj” niewątpliwie podstawową różnicą w stosunku do art. 647 k.c., będzie prze-

jęcie przez wykonawcę obowiązków zamawiającego (inwestora) *dostarczenia projektu*. To wykonawca robót w pierwszej kolejności będzie wykonywał funkcję projektanta, ze wszystkimi konsekwencjami wynikającymi z ustawy Prawo budowlane, a następnie na bazie opracowanego projektu budowlanego, projektu wykonawczego, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót – będzie zobowiązany do wykonania robót budowlanych.

W procedurze „projektuj i buduj” realizowane świadczenia mają na gruncie Kodeksu cywilnego charakter mieszany, gdyż polegają one oprócz wykonywania *stricte* robót budowlanych w rozumieniu art. 647 k.c., także na wykonaniu projektu (art. 627 k.c.), oraz świadczeniu usług (art. 734 k.c.) w postaci np. pełnienia nadzoru autorskiego. Przepisy te nie wykluczają się wzajemnie, ale raczej uzupełniają.

W granicach kosztów obciążających wykonawcę w związku z wykonaniem umowy powinny mieścić się koszty od wykonawcy zależne i wynikające z przyczyn od niego zależnych. Cena nie obejmuje kosztów, które nie wynikają z opisu przedmiotu zamówienia, a powstały w toku realizacji robót budowlanych i wynikają z konieczności wykonania robót nie objętych zamówieniem.

Warto jednocześnie odnotować wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2008 r. V CSK 404/07 – „*Rozpoczęcie wykonywania prac, objętych zawartą z naruszeniem ustawy o zamówieniach publicznych umową, nie może być uznane za dorozumiane potwierdzenie warunków tej umowy.*”

B. Zmiana umowy o zamówienie publiczne

Zamawiający nie może po podpisaniu umowy doprecyzowywać wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „s.i.w.z.”), w tym w opisie przedmiotu zamówienia, które by wskazywały na żądanie nowych wymagań dla opisanych robót.

Pomiędzy przedmiotem zamówienia, przedmiotem oferty i przedmiotem umowy musi istnieć znak równości.

Z art. 140 P.z.p. wynika, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Istotą tych przepisów jest eliminowanie możliwości obchodzenia wyników postępowania ofertowego. Wszystkie zamówienia objęte nowym zamówieniem, udzielane są przez zawarcie nowej umowy (nowy przetarg), a nie przez rozszerzenie poprzednio zawartego kontraktu. Do tego wymagana jest przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych decyzja zamawiającego o uznaniu robót nie objętych specyfikacją istotnych warunków zamówienia jako zamówienia dodatkowego, czy zamówienia uzupełniającego, albo ogłoszenie nowego przetargu na wykonanie tych robót.

Ustawa Prawo zamówień publicznych ogranicza swobodę zamawiającego w dokonywaniu zmian w umowie. Generalną zasadą P.z.p. jest niezmiennosc zawartych umów, co wyraża się w przepisie określa-

jącym, że treść umowy musi odpowiadać treści oferty oraz, że umowa w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w s.i.w.z., podlega unieważnieniu z mocy prawa – art. 140 P.z.p.

Możliwość zmiany umowy w zamówieniach publicznych wynika z przepisu art. 144 ust. 1 P.z.p.: *Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.* Jeżeli zamawiający nie przewidział tych okoliczności, chociaż mógł i powinien je przewidzieć, to *zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1 podlega unieważnieniu* (art. 144 ust. 2 P.z.p.). Część przepisu wskazująca na możliwość dokonywania zmian umowy stanowi regulację wyjątkową i jako taka, powinna być interpretowana zawsze zawężająco. Z konstrukcji omawianego przepisu wnioskować można, iż ustawodawca dopuszcza a contrario zmiany w umowie o charakterze nieistotnym. Ponadto ustawodawca nowelizacją ustawy od dnia 24.10.2008 r. zrezygnował z podziału na zmiany korzystne i niekorzystne dla zamawiającego, a jedynym kryterium w przypadku zmian istotnych jest „przewidzenie zmiany” i „określenie warunków takiej zmiany”. W rozpatrywanym art. 144 ust. 1 P.z.p. należy ściśle interpretować sformułowanie „warunki zmiany”. Warunki zmiany nie oznaczają bowiem tego samego, co możliwe do wystąpienia „przypadki zmiany”.

O ile art. 144 ust. 1 stoi na przeszkodzie dokonywania istotnych zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru oferty wykonawcy, to art. 140 ust. 3 P.z.p. uniemożliwia rozszerzanie przedmiotu zamówienia w wyniku czynności prawnej zamawiającego i wykonawcy (aneksu do umowy). Odnosi się to w równym stopniu do zawarcia umowy w zakresie szerszym niż wynika to z s.i.w.z., jak i późniejszych zmian umowy, które miałyby doprowadzić do rozszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy, bez względu na odmienne uregulowania umowne, które wówczas należy traktować jako poczynione *contra legem* (wbrew prawu) i z mocy prawa nieważne (art. 58 § 1 k.c.).

Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „zmian istotnych” co rodzić może wątpliwości interpretacyjne. Dlatego też, dochodzi często do dowolnego określania cech lub charakteru zmian, które uważane są za istotne. Zagadnieniem tym zajmował się Trybunał Sprawiedliwości, który w wyroku C-454/06 z dnia 19.06.2008 r. orzekł, że:

1. *W istocie zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Zmiana zamówienia publicznego*



w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych ofertów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni.

2. Wskazując jednocześnie w sentencji w przedmiocie pytań prejudycjalnych:

....(36) Podobnie, *zmiana pierwotnego zamówienia może zostać uznana za istotną, jeżeli w sposób znaczący poszerza zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane.*"

Nie można jednocześnie arbitralnie określić, jakie elementy umowy należą do opisywanej kategorii zmian istotnych, ponieważ zależą one właściwie od definicji samej umowy i celu dla którego została zawarta.

Można przyjąć a contrario interpretację, że jeżeli zmiany nie zostaną zakwalifikowane jako istotne, to będą zmianami nieistotnymi. Jednocześnie możliwość dokonywania zmian nieistotnych nie jest poddana analogicznemu rygorom z art. 144 ust. 1 P.z.p. Ustawa P.z.p. nie zawiera pojęcia „zmiany nieistotne”, natomiast w ustawie Prawo budowlane, w art. 36a ust. 5, znajduje się pojęcie „nieistotne odstępnie od zatwierdzonego projektu budowlanego”. Kwalifikacji *nieistotnego odstąpienia od zatwierdzonego projektu budowlanego* dokonuje projektant w oparciu o uregulowania ustawy Prawo budowlane i jeżeli stwierdzi, że zaproponowane zmiany kwalifikują się, jako „nieistotne odstępnie ...”, to wówczas nie jest wymagane uzyskanie decyzji o zmianie pozwolenia na budowę. Natomiast istotne odstępnie od zatwierdzonego projektu budowlanego, lub innych warunków pozwolenia na budowę, jest dopuszczalne jedynie po uzyskaniu decyzji o zmianie pozwolenia na budowę. Moim zdaniem, zmiany kwalifikowane, jako „nieistotne odstępnie ...”, nie znajdują kwalifikacji jako zmiany istotne przyjęte w P.z.p., a więc nie podlegają rygorom art. 144 ust. 1 ustawy P.z.p., ale zgodnie z art. 77 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 2 i 1 P.z.p. wymagane jest, zgodne oświadczenie woli stron *ad solemnitate*, oraz wprowadzenie „zmian nieistotnych” aneksem do umowy podstawowej. Tym samym, również zmiany nieistotne, nie mogą być wprowadzane jednostronnie przez którąkolwiek ze stron umowy, bez zgodnej woli stron umowy.

Należy podkreślić, że regulacja art. 144 ust. 1 ustawy P.z.p. jest przepisem szczególnym w stosunku do zasady wolności umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. i stanowi jej ograniczenie. Zmiana umowy z naruszeniem tego zakazu, skutkuje nieważnością czynności prawnej w zakresie dokonanej zmiany. Często występujące w obrocie powszechnym tzw. aneksy do umowy rozszerzające jej zakres przedmiotowy zamówienia są dopuszczalne, natomiast w zamówieniach publicznych całkowicie wykluczone.

Każda zmiana umowy wymaga zgodnych oświadczeń woli zamawiającego i wykonawcy, oraz może być dokonana tylko i wyłącznie w formie pisemnej pod rygorem nieważności, przez upoważnionych przedstawicieli obu stron. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera szczególnych unormowań w przedmiocie re-

prezentacji spółek, a zatem w tym zakresie zastosowanie mają wprost przepisy kodeksu cywilnego na mocy odsłania z art. 14 ustawy P.z.p. Z przepisu art. 38 k.c. wynika, że osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i opartym na niej statucie.

Usprawiedliwione ochroną interesu publicznego przepisy ustawy P.z.p., nie dopuszczają również wprost dodatkowych umów realizacyjnych i towarzyszących im uzgodnień re-negocjacyjnych, co do wzajemnych świadczeń stron. Z ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zakres świadczenia objęty umową jest tożsamy z zobowiązaniem zawartym w ofercie (art. 140 ust. 1 P.z.p.), a umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 140 ust. 3 P.z.p.). Istotą tych przepisów jest eliminowanie możliwości obchodzenia wyników postępowania ofertowego. Wszystkie zamówienia objęte nowym zamówieniem, udzielane są przez zawarcie nowej umowy (nowy przetarg), a nie przez rozszerzenie poprzednio zawartego kontraktu.

Trzeba zaznaczyć, że ewentualne rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia może być traktowane, jako nowe zamówienie z wolnej ręki, którego udzielenie podlega procedurze negocjacji tylko z wykonawcą zamówienia podstawowego i wyłącznie w przypadku spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

Oczywiście zamawiający nie może przewidzieć zmian umowy podstawowej godzących w zakaz ustanowiony treścią art. 140 ust. 3 P.z.p., co do zakazu wykraczania poza określenie przedmiotu zamówienia.

C. Jednostronna zmiana umowy przez zamawiającego

Jednostronna decyzja zamawiającego o zmianie zakresu przedmiotowego umowy jest prawnie nieskuteczna, bo *zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie* (art. 140 ust. 1 P.z.p.). Wykonawca zobowiązany jest więc do realizacji zawartej umowy (przedmiotu zamówienia), ale w granicach określonych w s.i.w.z.

Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (art. 140 ust. 1 P.z.p.), a to zobowiązanie z kolei musi być zgodne z jednoznacznym i wyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia (art. 29 i 31 ustawy P.z.p.). Oznacza to, że w oparciu o tak zawartą umowę wykonawca będzie zobowiązany wykonać tylko zdefiniowane w umowie zamówienie, a zamawiający nie będzie mógł wymagać, aby wykonawca w ramach umówionej ceny świadczył roboty, lub czynności wykraczające poza zakres wynikający z oferty wykonawcy.

W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków. Sprzeczność ta występuje szczególnie wyrażnie zwłaszcza przy umowach zawieranych nie w oparciu o indywidualne pertraktacje, ale w oparciu o jednostronne prawo zamawiającego (inwestora) do przysto-

wania i przeprowadzenia postępowania przetargowego w zamówieniach publicznych, skoro jest oczywiste, że zawsze jest on zainteresowany w najkorzystniejszym dla siebie ukształtowaniu regulacji zawieranych umów.

Postanowienia (klauzule) umowne dopuszczające dokonywanie jednostronnej zmiany umów o zamówienie publiczne, naruszają zasadę słuszności kontraktowej. Zgoda obydwu stron jest oczywistym wymogiem tak przy zawarciu umowy, jak i przy zmianach jej treści, stąd też nawet przy najdalej idących ułatwieniach w realizacji inicjatywy zmian, jak np. w art. 144 ust. 1 P.z.p., pozostawiona jest drugiej stronie możliwość odmowy zgody na zmiany.

D. Zmiana zakresu świadczenia wykonawcy

Zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Jednocześnie dalej w art. 140 ust. 3 stwierdza się, że umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oznacza to tym samym, że **określony w specyfikacji przedmiot zamówienia nie może podlegać zmianom na etapie realizacji umowy i musi jednocześnie pozostawać w zgodności z treścią oferty złożonej przez wykonawcę.** Świadczenie musi być zatem odzwierciedleniem opisu przedmiotu zamówienia, oraz warunków umowy zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zakaz ten odnosi do oczywiście do umów zawartych w dowolnym trybie ustawowym.

Tym samym zarówno niedopuszczalne jest rozszerzenie przedmiotu (zakresu) świadczenia jak i jego zawężenie. Oczywiście wiąże się to zarówno z zakazem zawarcia umowy w innym zakresie niż wynikający z zobowiązania wykonawcy zawartego w ofercie jak i zmian do umowy zmieniającej zakres świadczenia.

Zawężenie, ale i rozszerzenie zakresu świadczenia mogłoby w prosty sposób prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Tym samym na przykład zawężenie zakresu świadczenia mogłoby prowadzić do istotnej zmiany kręgu wykonawców, którzy złożyli oferty, gdyby okoliczność ta była znana przed etapem składania ofert. Mogłoby się nawet okazać i tak, że zamówienie w mniejszej skali mogłoby wykonać podmioty podlegające wykluczeniu z postępowania, lub takie, które ofert nie złożyły z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Natomiast rozszerzenie zakresu świadczenia to rozszerzenie przedmiotu zamówienia wprost niedopuszczalne w świetle art. 140 P.z.p.

PODSUMOWANIE

1. Czynności prawne polegające na uzupełnieniu treści, zmianie treści, lub na ograniczeniu treści umowy, to czynności zmierzające do kontynuowania umowy, którym ustawodawca poświęca przepis art. 77 § 1 k.c.
(!) "Modyfikację treści pierwotnej czynności prawnej należy traktować w takich samych kategoriach

prawnych, jak dokonanie nowej czynności prawnej, ponieważ wiążą się z tym takie same ryzyka dla obu stron" (tak Z. Radwański (w:) *System prawa cywilnego*, t. I, 1985, s. 641).

Najważniejszą jednak regułą wynikającą z przepisu art. 77 § 1 k.c. jest zasada, że forma zastrzeżenia dla zawarcia umowy (przez ustawę lub przez strony) jest także formą zastrzeżoną dla jej uzupełnienia lub zmiany. Co oznacza, że strony mogą zastrzec dla zmiany lub uzupełnienia treści czynności prawnej formę surowszą niż przewidziana przez ustawę dla jej zawarcia; nie mogą natomiast wykluczyć ani w odniesieniu do zawarcia umowy, ani do jej zmiany lub uzupełnienia wymagań co do formy ustanowionej w ustawie. Jeśli więc ustawa wymaga dla danej czynności prawnej formy pisemnej *ad solemnitatem*, to strony nie mogą zastrzec w umowie, że jej zmiany lub uzupełnienia nie będą wymagały takiej formy, lecz będą mogły być dokonywane ustnie, *ad probationem*, albo *per facta concludentia* (np. jednostronna decyzja zamawiającego, czy polecenia wydawane przez działającego z jego powołania tzw. Inżyniera Kontraktu).

Norma wyrażona w art. 77 § 1 k.c. ma także charakter reguły interpretacyjnej, wskazuje bowiem, że jeśli ustawa przypisuje dla zawarcia umowy określoną formę szczególną, a milczy o formie jej zmiany lub uzupełnienia, ta forma szczególna ma także i tu zastosowanie. Podobnie, jeżeli strony w umowie zastrzegły tylko dla zawarcia umowy określoną formę szczególną, lub wynika to z ustawy, a pominęły milczeniem formę jej zmiany lub uzupełnienia, wówczas należy tak interpretować *pactum de forma*, że dotyczy ono zarówno zawarcia, jak i zmiany, lub uzupełnienia umowy.

2. W zamówieniach publicznych na roboty budowlane obowiązują bezwzględne wynikające z norm prawnych zasady:
 - a. dokumentacja projektowa wyznacza zakres świadczenia wykonawcy,
 - b. zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a więc również z opisem przedmiotu zamówienia,
 - c. umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem określony w specyfikacji przedmiot zamówienia nie może podlegać zmianom na etapie realizacji umowy i musi jednocześnie pozostawać w zgodności z treścią oferty złożonej przez wykonawcę,
 - d. niedopuszczalne jest rozszerzenie przedmiotu (zakresu) świadczenia, jak i jego zawężenie.
3. Prawo zamówień publicznych w art. 139 ust. 2 wprowadza wymóg zawarcia umowy w formie pisemnej pod bezwzględnym rygorem nieważności (*ad solemnitatem*). Jednocześnie, wszelkie uzupełnienia lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa Prawo zamówień publicznych przewidziała w celu jej zawarcia – art. 77 § 1 k.c.



4. Wszelkie zapisy umowne sprzeczne z prawem, a więc poczynione *contra legem* należy uznać za nieważne z mocy art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, ponieważ jako sprzeczne z ustawą, albo mające na celu obejście postanowień ustawy, nie mogą wywołać zamierzonych przez zamawiającego skutków prawnych. Jednocześnie *na miejsce nieważnych postanowień umownych wchodzi odpowiednio przepisy ustawy*.
5. Określony w zamówieniu publicznym przedmiot zamówienia nie może podlegać zmianom na etapie realizacji umowy i musi jednocześnie pozostawać w zgodności z treścią oferty złożonej przez wykonawcę. Świadczenie musi być zatem odzwierciedleniem opisu przedmiotu zamówienia, oraz warunków umowy zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym zarówno niedopuszczalne jest rozszerzenie przedmiotu (zakresu) świadczenia, jak i jego zawężenie. Oczywiście wiąże się to zarówno z zakazem zawarcia umowy w innym zakresie niż wynikający z zobowiązania wykonawcy zawartego w ofercie jak i zmian do umowy zmieniających zakres świadczenia. **Pomiędzy przedmiotem zamówienia, przedmiotem oferty i przedmiotem umowy musi istnieć znak równości.**
6. Zamawiający nie może po podpisaniu umowy doprecyzowywać wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w opisie przedmiotu zamówienia, które by wskazywały na żądanie nowych wymagań dla opisanych robót.
7. W przypadku, gdy zmiany mają polegać na rezygnacji z wykonania części robót objętych przedmiotem zamówienia, a w ich miejsce zamawiający zamierza zlecić wykonanie innych robót budowlanych, nawet o wartości niepowodującej przekroczenia ceny oferty, to tego rodzaju roboty „zamienne” do wykonania, wymagają odrębnego postępowania i zawarcia odrębnej umowy.
8. Art. 144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych stoi na przeszkodzie dokonywania istotnych zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru oferty wykonawcy, a art. 140 ust. 3 P.z.p. uniemożliwia ponadto rozszerzanie przedmiotu zamówienia w wyniku czynności prawnej zamawiającego i wykonawcy (aneksu do umowy). Odnosi się to w równym stopniu do zawarcia umowy w zakresie szerszym niż wynika to z s.i.w.z., jak i późniejszych zmian umowy, które miałyby doprowadzić do rozszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy, bez względu na odmienne uregulowania umowne, które wówczas należy traktować jako poczynione *contra legem* (wbrew prawu) i z mocy prawa nieważne (art. 58 § 1 k.c.).
9. Każda zmiana umowy wymaga zgodnych oświadczeń woli zamawiającego i wykonawcy, oraz może być dokonana tylko i wyłącznie w formie pisemnej pod rygorem nieważności, przez upoważnionych przedstawicieli obu stron. Tym samym, również zmiany nieistotne, nie mogą być wprowadzane jednostronnie przez którąkolwiek ze stron umowy, bez zgodnej woli stron umowy.
10. Jednostronna decyzja zamawiającego o zmianie zakresu przedmiotowego umowy jest prawnie nieskuteczna, bo *zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie* (art. 140 ust. 1 P.z.p.). Wykonawca zobowiązany jest więc do realizacji zawartej umowy (przedmiotu zamówienia), ale w granicach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oznacza to, że w oparciu o tak zawartą umowę wykonawca będzie zobowiązany wykonać tylko zdefiniowane w umowie zamówienie, a zamawiający nie będzie mógł wymagać, aby wykonawca w ramach umówionej ceny świadczył roboty, lub czynności wykraczające poza zakres wynikający z oferty wykonawcy. W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków.



Nowy Regulamin Sądu Arbitrażowego przy SIDiR – sprawne, kompetentne i niekosztowne rozstrzyganie sporów budowlanych



Andrzej
KĄKOLECKI
Prezes Sądu Arbitrażowego
przy SIDiR

W ostatnich latach jesteśmy świadkami unowocześniania szeregu regulaminów arbitrażowych. W arbitrażu ad-hoc nowy Regulamin z 2010 r. zastąpił poprzedni z 1976 r. W arbitrażu instytucjonalnym przełomowym wydarzeniem było opublikowanie nowego Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej (International Chamber of Commerce – ICC) w Paryżu z 2012 r. Jest to szczególnie ważne, gdyż Sąd ten jest najbardziej renomowaną instytucją arbitrażową na świecie. Rozpatruje również sprawy krajowe, w tym, choć sporadycznie, sprawy polskie. Na spotkaniu w Paryżu 3 października br. z czołowymi przedstawicielami tego Sądu, dotyczącym dobrych praktyk nowoczesnego arbitrażu, reprezentowany był również Sąd Arbitrażowy przy SIDiR.

Z istotnych nowości należy wymienić; Szwajcarski Regulamin Międzynarodowego Arbitrażu z 2012 r., Regulamin Arbitrażowy Belgijskiego Centrum Arbitrażu i Mediacji (CEPANI) z 2013 r., Wiedeński Regulamin Arbitrażowy z 2013 r., a w Polsce – Regulamin Arbitrażowy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan z 2012 r. Nowy Regulamin Arbitrażowy SA przy KIG, przewidywany jest w najbliższym czasie, być może będzie już obowiązywał w chwili ukazania się niniejszego artykułu.

W sporach budowlanych proponujemy usługi naszego Sądu przy SIDiR. Ogromnym walorem tego Sądu jest połączenie kompetencji inżynierów i prawników. Nasza Lista Rekomendowanych Arbitrów obejmuje wysokiej klasy specjalistów z obu tych grup zawodowych. Łączne uczestnictwo w zespole inżynierów i prawników sprzyja szybkim, sprawnym i sprawiedliwym rozstrzygnięciom. W szczegól-

ności pozwala na ogół - w skomplikowanych sprawach budowlanych – uniknąć opinii biegłych, które wydłużają postępowania i zwiększają jego koszty. A jeżeli już nie można tych opinii racjonalnie uniknąć, wymagają one kompetentnej i nierzadko krytycznej oceny profesjonalnej.

Atutem naszego Sądu będzie również najnowszy Regulamin, który zastąpi poprzedni w wersji z 2010 r. Ukaże się zapewne w grudniu br. Poniżej przedstawione są szczególnie interesujące, nowoczesne uregulowania finalizowanego tekstu.

Nowy tekst Regulaminu SA przy SIDiR zaprojektowany jest z odpowiednim uwzględnieniem najlepszych wzorców zawartych w najnowszych regulaminach arbitrażowych, jak również sugestii i uwag wybitnych specjalistów, w tym również Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa. Postanowienia Regulaminu promują efektywny i sprawny arbitraż. Prowadzony zgodnie z wiodącym bon-motem wygłoszonym przez przewodniczącą światowej organizacji arbitrażowej IFCAI panią Dianę Droulers: **dobry arbitraż „polega na podejmowanie właściwych kroków, we właściwym tempie i przy odpowiednich kosztach”.**

Finalizowany Regulamin zawiera w szczególności podane poniżej nowoczesne uregulowania.

Po pierwsze, język postępowania. Regulamin uwzględnia jako zasadę prowadzenie postępowania w języku polskim, z dopuszczeniem jednakże odmiennego uzgodnienia stron. Regulamin przewiduje przy tym możliwość całkowitego lub częściowego prowadzenia postępowania bez kazuistycznych i kosztownych, a przedłużających postępowanie tłumaczeń w sytuacji, kiedy na przykład materiały sprawy są w języku obcym, właściwe jest prawo obce, a pełnomocnicy stron oraz arbitrzy biegłe władają obcym językiem.

Dalej, Regulamin przewiduje, dodatkowo lub wyłącznie, przekazywanie pism pocztą elektroniczną, co powinno usprawnić postępowanie.

System powoływania arbitrów oparty jest na dotychczasowej zasadzie dominacji woli stron. Każda ze stron wybiera arbitra, a następnie wybierają oni przewodniczącego, lub też – w przypadku Zespołu jednoosobowego – strony wybierają arbitra jedyne. Zachowano wymóg wyboru arbitra przewodniczącego lub arbitra jedyne z prowadzonej przez Sąd Listy Arbitrów. Wymóg ten jest



rodzajem kontroli jakości postępowania – arbitrzy z Listy są wybitnymi i sprawdzonymi specjalistami, a wybór ich do pełnienia kluczowych w postępowaniu funkcji sprzyja dobremu arbitrażowi oraz rzetelnym rozstrzygnięciom. System nominacji zastępczej przewidziany w Regulaminie zapobiega natomiast ewentualnym próbom blokowania postępowania przez działające w złej wierze lub niekompetentne strony, co niestety również zdarza się w praktyce.

Nowością jest wyeksponowanie – obok tradycyjnego wymogu niezależności i bezstronności arbitrów – również wymogu dyspozycyjności czasowej – „availability”, „disponibilité”. Jest to istotne, w praktyce nierzadko bowiem zdarzają się przypadki wyboru arbitrów o słynnych nazwiskach i wybitnych osiągnięciach, ale nadmiernie zajętych lub niepotrafiących skutecznie zarządzać swoim czasem, co w praktyce prowadzi do komplikacji i opóźnień.

Regulamin *expressis verbis* zobowiązuje arbitrów i strony do prowadzenia postępowania w sposób sprawny i oszczędny. Ustala zasady promujące arbitraż proaktywny, oparty na zasadzie konstruktywnego współdziałania Zespołu Orzekającego ze stronami. Arbitrzy mają być „servants of the parties”. W tym celu Regulamin przewiduje odbywanie spotkań organizacyjnych arbitrów ze stronami oraz sporządzanie, we wczesnym stadium postępowania harmonogramu ustalającego plan działań i terminy dla poszczególnych czynności, tak aby postępowanie miało przebieg możliwie najbardziej efektywny przy zapewnieniu stronom możliwości przedstawienia swoich stanowisk oraz dowodów na ich poparcie. Mogą być na przykład przewidziane tylko jedna lub dwie wymiany pism w określonych terminach, zapowiedziane dowody i termin rozprawy.

Istotną nowością jest dopuszczenie pisemnych zeznań świadków, szeroko stosowanych w nowoczesnym arbitrażu. Pozwalają one znacznie skrócić czas rozpraw i ułatwić ich przebieg. Dodatkowe zeznania ustne są bowiem wówczas na ogół znacznie krótsze i łatwiejsze jest ograniczenie liczby świadków na rozprawie. Należy też ponownie podkreślić, że specjalizacja i tradycja Sądu oraz skład Listy Arbitrów sprzyjają wysokiej jakości postępowań.

Wypełniona została luka w dotychczasowym Regulaminie, który nie określał precyzyjnie terminu zakończenia postępowania. Nowy Regulamin ustala jednoznacznie, że wyrok Sądu powinien być wydany nie później niż w ciągu 9 miesięcy od chwili ustanowienia Zespołu Orzekającego. Termin może być przedłużony wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, decyzją prezesa Sądu.

Jak dotychczas, Regulamin uwzględnia możliwość zawarcia przez strony ugody, co niekiedy może być bardzo dobrym rozwiązaniem, zwłaszcza w przypadku gdy w danej sprawie każda ze stron ma częściowo rację i „prawda leży pośrodku”. Jest to zjawisko nierzadkie w sprawach budowlanych, kiedy Wykonawca mógł działać nie w pełni profesjonalnie, ale i Zamawiający dopuścić się błędów i zaniedbań. W takiej sytuacji optymalnym rozwiązaniem może być właśnie ugoda i nadanie jej przez Zespół Orzekający formy wyroku.

Wyrok podpisany jest także przez prezesa Sądu – na potwierdzenie autentyczności podpisów członków Zespołu Orzekającego oraz prawidłowości powołania arbitrów.

W praktyce ma to jednak szersze znaczenie. Wyrok podpisany będzie zawsze po wnikliwym przeczytaniu przez prezesa Sądu i sprawdzeniu pod względem formalnym jego tekstu. Pozwala to na usunięcie drobnych błędów i usterek. Jest to więc kolejny instrument zapewnienia wysokiej jakości orzecznictwa Sądu. Błędy zdarzają się bowiem w większości wyroków sporządzanych przez Zespoły Orzekające, a tym bardziej przez arbitrów jedynych, pozbawionych współdziałania w ramach Zespołu. Na przykład w praktyce Sądu Arbitrażowego ICC tylko ok. 10% wyroków jest akceptowanych przez ten Sąd bez żadnych uwag i poprawek ze strony Sekretariatu i Sądu.

Regulamin przewiduje możliwość publikacji wyroków Sądu, jednak przy zachowaniu anonimowości stron. Rozwiązanie to ma służyć przekazaniu informacji o ważnych dla praktyki rozstrzygnięciach, jednakże bez naruszania zasady poufności arbitrażu. W praktyce publikacje takie mogą być więc dokonywane w sposób niepozwalający na bezpośrednią czy pośrednią identyfikację stron.

Regulamin zawiera dalsze postanowienia nieodczuwane w nowoczesnym arbitrażu, czyli wydawania wyroków wstępnych i częściowych, czy też korekt i uzupełnień wyroków w przypadku, gdyby mimo należytej staranności przy ich sporządzaniu i podpisywaniu wyszły na jaw jakieś drobne usterki czy błędy.

Regulamin zawiera również postanowienia dotyczące ponoszenia kosztów postępowania, zgodne z generalnie stosowanymi w tym zakresie zasadami. Należy jednak podkreślić, że sama wysokość opłat określona jest w Taryfie Opłat i że opłaty te są na stosunkowo niskim poziomie, porównywalnym z opłatami pobieranymi przez inne polskie instytucje arbitrażowe, mimo że złożoność

i pracochłonność rozstrzygania sporów budowlanych jest zdecydowanie wyższa od przeciętnej. W porównaniu z opłatami pobieranymi przez zagraniczne instytucje arbitrażowe nasze opłaty są natomiast kilkakrotnie niższe.

Mitem jest też, że arbitraż jest droższy od postępowania sądowego. Porównania naszych opłat i opłat sądowych kształtują się różnie w zależności od wartości przedmiotu sporu. Z reguły natomiast w arbitrażu znacznie niższe są koszty ponoszone na rzecz pełnomocników procesowych z uwagi na większą efektywność i krótszy czas postępowań.

Konkludując, rekomendujemy nasz Sąd jako instytucję „skrojoną” do potrzeb rozstrzygania sporów budowlanych z nowoczesnym Regulaminem. Warunkiem jest dokonanie zapisu na nasz Sąd, który w modelowej wersji jest następujący: **„Wszelkie spory wynikające z niniejszej umowy lub w związku z nią będą rozstrzygane przez Sąd Arbitrażowy przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców w Warszawie zgodnie z Regulaminem tego Sądu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania”**.

Możliwe jest jednak także poddanie sporu rozstrzygnięciu naszego Sądu – ex ante lub ex post – już po zaistnieniu sporu, na podstawie zgodnej woli stron. Rozwiązanie to pozwala na skorzystanie z arbitrażu także w przypadku, gdy pierwotnie w odośnej umowie nie przewidziano arbitrażu – w wyniku czego ewentualny spór podlegałby orzecznictwu sądów powszechnych, lub przewidziano właściwość innej instytucji arbitrażowej.



S ą d A r b i t r a ż o w y
przy
S t o w a r z y s z e n i u
Inżynierów Doradców
i Rzecznawców w Warszawie



**DEDYKOWANY SPOROM
W SPRAWACH
BUDOWLANYCH**

www.arbitraz-sidir.pl

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 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).



HARMONOGRAM SZKOLEŃ

IV KWARTAŁ 2014

Karta zgłoszenia uczestnictwa w szkoleniu otwartym SIDiR

05.11.2014 r.	☐ Ryzyka w procesie budowlanym – zarządzanie i ubezpieczenia (szkolenie 1-dniowe)	500 zł + 23% VAT
06.11.2014 r.	☐ Zmiany i korekty w umowach zamówienia publicznego, w szczególności opartych na wzorach kontraktowych FIDIC (szkolenie 1-dniowe)	500 zł + 23% VAT
19-20.11.2014 r.	☐ Przygotowanie i realizacja zamówienia publicznego na roboty budowlane z wykorzystaniem Warunków Kontraktowych FIDIC (szkolenie 2-dniowe)	1000 zł + 23% VAT
26.11.2014 r.	☐ Roszczenia i spory w kontraktach realizowanych na Warunkach Kontraktowych FIDIC (szkolenie 1-dniowe)	500 zł + 23% VAT
27.11.2014 r.	☐ Praktyczne aspekty przygotowania i rozstrzygania roszczeń – warsztaty (szkolenie 1-dniowe)	500 zł + 23% VAT
03-04.12.2014 r.	☐ Zarządzanie budową na podstawie warunków kontraktowych FIDIC (szkolenie 2-dniowe)	1000 zł + 23% VAT
17-18.12.2014 r.	☐ Umowy w procesie inwestycyjno – budowlanym: umowy budowlane, o prace projektowe, nadzór inwestorski, pełnienie funkcji Inżyniera, z uwzględnieniem przepisów prawa budowlanego, prawa zamówień publicznych i orzecznictwa (szkolenie 2-dniowe)	1000 zł + 23% VAT

Dane

uczestnika

Nazwisko i imię

Firma

Adres

Telefon

Fax

e-mail

Stanowisko

Nazwa firmy

Adres

NIP

do faktury

PŁATNOŚĆ:

Płatności należy dokonać 5 dni przed rozpoczęciem szkolenia.

Nr konta: 26 1910 1048 2252 0362 5222 0001

więcej znajdziesz na: **www.sidir.pl/szkolenia**