

BIULETYN Konsultant



nr 38-39, lipiec-sierpień 2015

Temat dnia

str. 2

**Poprawne i zrównoważone
warunki kontraktu FIDIC
– czy to jest w Polsce możliwe?
Część 1.**

str. 3

**Podwykonawstwo robót
w inwestycjach budowlanych**

str. 7

**Nie można skutecznie potrącić
kary umownej bez uprzedniego
wezwania do jej zapłaty**

str. 13

**Czy prawa zamówień publicznych
będziemy uczyli się od nowa?**

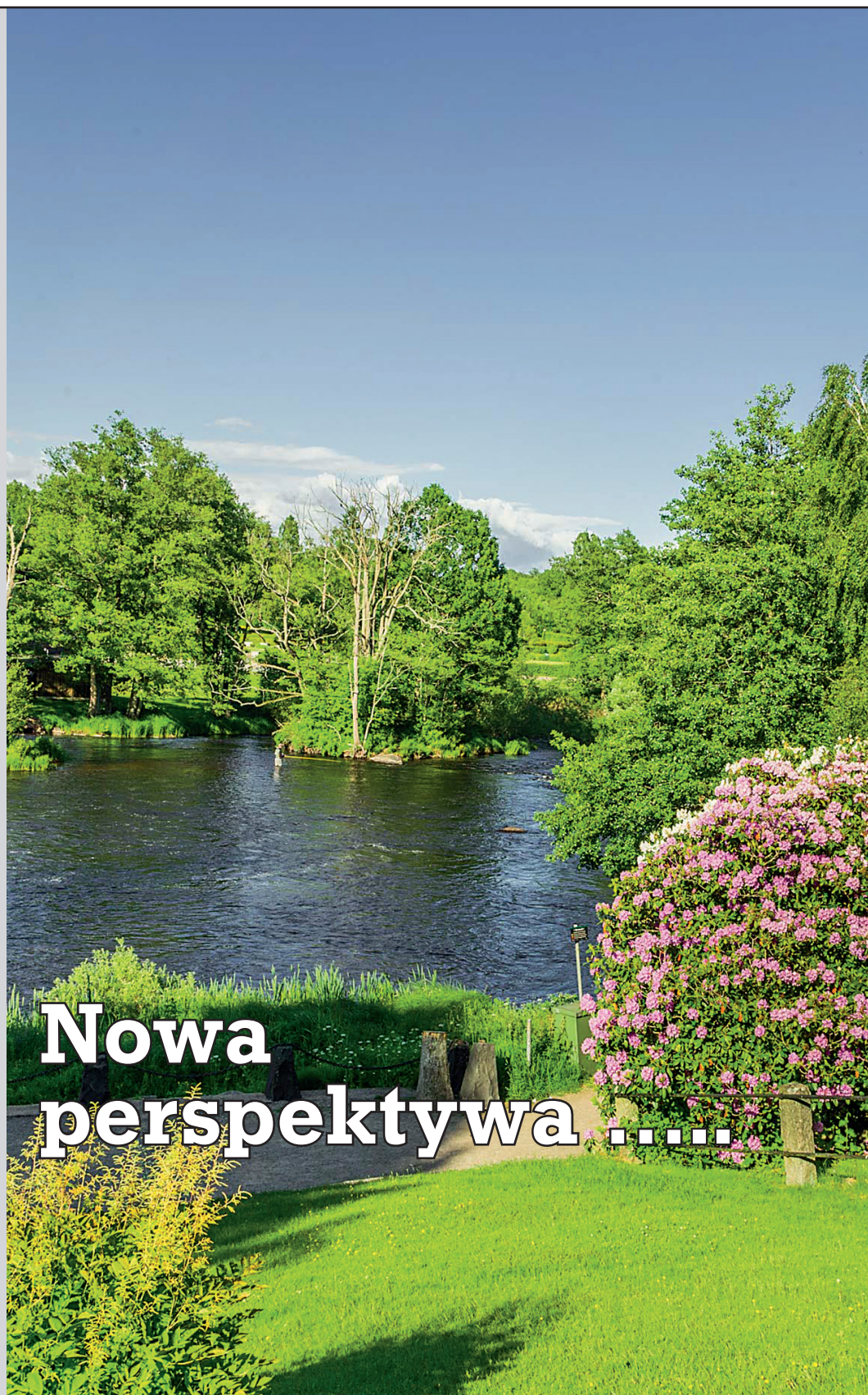
str. 16

**Doświadczenie zespołu
jako kryterium oceny ofert**

str. 20

Korzystajmy z arbitrażu

str. 24



**Nowa
perspektywa**



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

Koleżanki i Koledzy.

Ponieważ jest to pierwsze wydanie Biuletynu po Walnym zamykającym rok 2014, dlatego pragnę wszystkich poinformować o dokonanych wyborach głosami członków i ukonstytuowaniu się nowego składu Zarządu naszego Stowarzyszenia. Po zakończeniu czteroletniej kadencji poddałem się ocenie Walnego, które jednogłośnie powierzyło mi przewodniczenie Zarządowi w kolejnej kadencji. Ponadto, do Marcina Mikulewicza, Jacka Piliszka i Pawła Zejera, którzy kontynuują swoje kadencje dołączyli Eugeniusz Błazewicz, Jacek Bochen i Agnieszka Suchecka. Wszystkim nowo wybranym członkom Zarządu serdecznie gratuluje i życzę owocnej współpracy i wielu pomysłów na najbliższe lata działalności na rzecz SIDiR.

Oczywiście chcę także podziękować za dotychczasowe poświęcenie czasu na działalność społeczną kolegom: Zbigniewowi Boczkowi, Aleksandrowi Granowskiemu oraz Mariuszowi Iwanejko. To także dzięki nim Stowarzyszenie cieszy się bardzo dobrą kondycją finansową i coraz powszechniejszą rozpoznawalnością wśród osób związanych z realizacją inwestycji celu publicznego.

Walne potwierdziło jednoznacznie, że Stowarzyszenie powinno rozwijać swoją działalność na podstawowym polu jakim jest promocja Warunków Kontraktu FIDIC, ale także rozwijać działalność Sądu Arbitrażowego oraz Ośrodka Mediacji przy SIDiR. Ponadto zobligowani zostaliśmy jako Zarząd do wdrożenia programu Akademii SIDiR. Mam nadzie-

ję, że wszystkie cele postawione przed nowo-starym Zarządem zostaną w 100% zrealizowane z korzyścią dla członków Stowarzyszenia oraz dla wszystkich, którym leży na sercu promowanie dobrych praktyk w realizacjach inwestycji.

Może dzięki naszym działaniom uda się w końcu przekonać największych inwestorów publicznych (PKP PLK S.A. i GDDKiA), którzy stosują „nasze” Warunki Kontraktu FIDIC do tego, by przy nich nie majstrowali i by uszanowali pierwotny wzorzec kontraktów zrównoważonych i przewidywalnych. Na razie jest jednak inaczej – kolejne odsłony wzorcowych Warunków Kontraktu zamieszczanych na stronach internetowych przywołanych powyżej zamawiających unaoczniają jak bardzo w sposób nieuprawniony ingerują oni w precyzyjnie opisane prawa i obowiązki stron, matryce ryzyk oraz procedury wynikające z poszczególnych klauzul Warunków Ogólnych. Dlatego w bieżącym i kolejnych numerach Biuletynu będziemy przypominać o filozofii i prawdziwym „duchu” tych Warunków oraz wskazywać przykłady takich nieuprawnionych działań. Zastanowimy się też nad drogą prawną, dzięki której będziemy chcieli zastopować to wszechobecne wypaczanie idei FIDIC.

Szanowni Państwo!

Im większe grono z nas będzie przeciwstawiać się zamawiającym „psującym” przeróżnymi nieuprawnionymi zmianami Warunki Kontraktu FIDIC, tym większy będziemy mieć wpływ na naprawianie relacji pomiędzy uczestnikami procesów inwestycyjnych. A to z kolei wpłynie na efektywność wydatkowania środków publicznych, których w najbliższej perspektywie znowu będzie bardzo dużo do wydania. Nie zmarnujmy tej okazji! Dzielimy się dobrymi przykładami a napiętnujmy złe. Wskazujemy bez skrupułów zwłaszcza naganne ingerowanie w „nasze” książki, walcząc w ten sposób o swoje prawa do ich zrozumienia, ponieważ Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców jest jedyną krajową organizacją FIDIC uprawnioną do ich interpretacji.

Łamy naszego Biuletynu są otwarte na Wasze uwagi i opinie.



Biuletyn Informacyjny „Konsultant”
Stowarzyszenia Inżynierów, Doradców i Rzeczoznawców (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 adiestacji 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

Poprawne i zrównoważone warunki kontraktu FIDIC

– czy to jest w Polsce możliwe?

Część 1.



Tomasz
LATAWIEC

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

Mam nieodparte wrażenie, że tytaniczna praca członków Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR) polegająca na tłumaczeniu wszem i wobec jakie powinny być poprawne i zgodne z „duchem” FIDIC Warunki Kontraktu idzie na marne. Kolejne „wzorcowe” Warunki publikowane na stronach internetowych największych Zamawiających publicznych korzystających z „naszych fidikowskich” książek oddalają się od poprawności z prędkością pendolino, które – nota bene – coraz szybciej jeżdżą po zmodernizowanych torach. Jako prezesowi Zarządu jedynej krajowej organizacji FIDIC trudno mi to zrozumieć, ale jeszcze trudniej się z tym pogodzić.

Dlatego po raz kolejny rozpoczynamy na łamach Biuletynu „KONSULTANT” cykl artykułów prezentujących idee i prawdziwego ducha Warunków Kontraktu FIDIC. Robimy to także po to, by przypomnieć że każdy Zamawiający, który pragnie wykorzystywać w trakcie realizacji swojej inwestycji standardowe wzorce FIDIC musi pamiętać o kilku podstawowych zasadach i założeniach Federacji odnośnie „filozofii i ducha” Warunków Kontraktu oraz o sposobie wyboru formuły realizacji jego inwestycji i konsekwencji z tego wynikających.

Przypomnę tylko, (który to już raz?), że **podstawowym założeniem jest to, że kontrakty powinny być realizowane przez ściśle współpracujące ze sobą Strony przy udziale niezależnego (na ile to oczywiście możliwe) Inżyniera, przy zachowaniu równomiernego nałożenia na nie praw i obowiązków oraz – co najważniejsze – przy równomiernym obciążeniu stron ryzykami, które można oszacować i skalkulować ich wpływ na koszt i czas realizacji robót. Ponadto, w zamyśle autorów Warunków Kontraktu, niezwykle istotna jest szybka i sprawna – w trakcie trwania kontraktu – procedura rozstrzyga-**

nia sporów, czemu służy powoływanie „kontraktowej” Komisji Rozjemstwa w Sporach i ewentualne późniejsze kierowanie spraw do sądów arbitrażowych. Generalną zaś zasadą jest bezwzględny obowiązek przestrzegania prawa zdefiniowanego w Kontrakcie – zarówno przez zamawiającego jak i wykonawcę oraz wszystkie inne osoby zaangażowane w realizację kontraktu.

Wszelkie zmiany do Warunków Ogólnych – jeżeli już są wprowadzane – muszą brać pod uwagę to, by nie naruszały logiki i „ducha” Warunków Kontraktu; w tym, by nie powodowały niepotrzebnego dublowania poszczególnych czynności przypisanych różnym osobom na kontrakcie oraz rozmywania odpowiedzialności. A także, by nie powielały informacji zawartych w innych dokumentach wchodzących w skład specyfikacji istotnych warunków kontraktu (siwz) lub w sposób oczywisty z innych dokumentów wynikających.

Trudno nam – konsultantom stowarzyszonym w SIDiR – zaakceptować sytuację, by Warunki Szczególne wprowadzały zmiany do większości Subklauzul Warunków Ogólnych i by zawierały więcej stron od Warunków Ogólnych – co ma miejsce w przypadku większości obserwowanych ostatnio postępowań przetargowych, w których Zamawiający stosują „fidikowskie” wzorce.

Mieszanie klasycznych modeli kontraktowania: „żółta książka” dla robót budowlanych w procedurze „projektuj i buduj”, pomimo, że Zamawiający posiadają dokumentacją projektową, a nierzadko i pozwolenia na budowę, oraz „czerwona książka” dla robót budowlanych dla których nie posiadają pełnej dokumentacji projektowej i pozwoleń na budowę oraz dostępu do terenu budowy, skutkuje problemami, które dzisiaj są poważnymi powodami do zrywania umów i porzucaniu robót przez Wykonawców, ze skutkami trudnym dzisiaj do opisania i oszacowania (w zakresie koniecznych do poniesienia kosztów na dokończenie robót, czasu na ukończenie i ewentualnych odszkodowań oraz wysokich kosztów społecznych związanych z zachwianiem stabilnego rozwoju branży budownictwa – przy iluzorycznych korzyściach ze ściąganych gwarancji). Pomieszczenie modeli to nie tylko pomieszczenie kolorów okładki. To przede wszystkim zerwanie z logiczną równowagą stron i rozłożeniem ryzyk. A w konsekwencji z filozofią standardów FIDIC. Trudno zatem dziwić się, że takie kontrakty nie gwarantują zamawiającemu wykonania inwestycji przez wykonawcę, który z kolei w takich niezrównoważonych warunkach wykonania robót nie otrzymuje uczciwego wynagrodzenia za wykonaną



pracę. **A jeszcze trudniej akceptować takie postępowanie tych, którym w dobrej wierze powierzamy do wykozystania dorobek inżynierów konsultantów.**

W budownictwie drogowym nagminnie stało się ogłaszanie przetargów z tzw. „optymalizacją”, co w praktyce wymyślono by przenieść odpowiedzialność zamawiającego za opracowaną dokumentację projektową. Zamawiający bowiem ogłasza przetarg w procedurze „projektuj i buduj” chociaż posiada dokumentację projektową i często pozwolenie na budowę, ale przenosi w ten sposób odpowiedzialność za błędy w opracowanej przez siebie dokumentacji projektowej na wykonawcę, informując w przetargu, że dokumentacja projektowa to program funkcjonalno-użytkowy. Zamawiający uważa, że taka forma jest dopuszczalna chociaż nie wynika z Prawa zamówień publicznych i jest ewidentnym nadużyciem tej ustawy. To nie jedyny przykład postępowania wbrew prawu z jedynym zamiarem zamawiającego nie ponoszenia odpowiedzialności za swoje błędy.

Na początku każdej z „książek FIDIC” jest „Wprowadzenie”

Żeby jednak niczego nie pominąć ja zacznę „prawie od początku”, czyli od Wprowadzenia¹, świadomie pomijając Przedmowę do wydania polskiego i Podziękowania – choć do lektury także i tych części zachęcam. Dlaczego od Wprowadzenia? Dlatego, że zauważyłem, iż użytkownicy naszych Warunków Kontraktu (Zamawiający, Wykonawcy i Inżynierowie) znają jedynie ich część – Warunki Ogólne. I to nie w całości, a tylko do Subklauzuli 20.8, całkowicie pomijając resztę, nawet Załącznik [Ogólne Warunki Umowy o Rozjemstwie w Sporach] oraz Aneks [Reguły Proceduralne], które są integralną częścią Warunków Ogólnych.

Warunki Kontraktu, tzw. Książki, wydane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (FIDIC) stanowią standardowe Warunki Kontraktu zalecane dla danych typów umów (m.in. „Warunki Kontraktu na budowę”, „Warunki Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem”, „Warunki Kontraktu na realizację EPC/pod-klucz”).

Każda z „książek” FIDIC składa się z trzech części (proszę o tym pamiętać!):

- Ogólnych Warunków, które są przeznaczone do włączenia (przez przywołanie) do każdego kontraktu,
- Wskazówek do sporządzenia Warunków Szczególnych, oraz
- Wzorów: Oferty wraz z Załącznikiem do Oferty, Aktu Umowy oraz Umowy z Rozjemcą.

Doskonała znajomość zawartości WSZYSTKICH części powinna być powszechna (a nie jest, niestety) wśród osób pragnących skorzystać w swoich postępowaniach przetargowych i kontraktach z wzorców FIDIC.

W pierwszej kolejności bowiem należy zauważyć, że Zamawiający odpowiada za przygotowanie i treść dokumentów przetargowych. Zamawiający publiczny ponosi

odpowiedzialność z ustawy Prawo zamówień publicznych – art. 18 ust. 1. Decydując się na wybór standardowych Warunków Kontraktu FIDIC zobowiązany jest stosować zasady, ale i zachować sens i ducha tych Warunków, które zostały określone przez ich twórców. Stąd też zarówno we Wprowadzeniu do Warunków, jak i we Wskazówkach do sporządzenia Warunków Szczególnych czy w „Przewodniku po wybranych kontraktach FIDIC”² powtarza się niejako ostrzeżenie, że stosujący te Warunki powinien powierzyć przygotowanie kontraktu osobom posiadającym znajomość i doświadczenie w stosowaniu Warunków FIDIC. Jest to przede wszystkim istotne z uwagi na fakt, że przygotowana dokumentacja przetargowa jest odczytywana przez Wykonawców, którzy są profesjonalistami i zazwyczaj dysponują kadrą, która posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie Warunków Kontraktu FIDIC. Składając ofertę taki Wykonawca odczytuje więc dosłowną treść dokumentów przetargowych mając na uwadze zasady rządzące się kontraktami FIDIC. Jak łatwo się przekonać studiując specyfikacje istotnych warunków zamówienia (siwz) któregośkolwiek przetargu publicznego, którego częścią jest umowa oparta o wzorec FIDIC, do znajomości takich zasad Zamawiający wręcz zobowiązuje Wykonawców w treści przywołanych w siwz Warunków Ogólnych.

Jak można przeczytać we Wprowadzeniu do tzw. „żółtej książki”³, tj. do „Warunków Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla robót elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę”, wzór tych Warunków powinien ulec pewnym modyfikacjom ze względu na zastosowanie w danym obszarze prawnym. W trakcie opracowywania [przez ekspertów FIDIC] Warunków „uznano, że podczas gdy istnieje wiele subklauzul, które będą miały generalne zastosowanie, to istnieje kilka, które muszą być konieczne zmienione, aby uwzględnić okoliczności odnoszące się do konkretnego kontraktu. **Te subklauzule, które były uważane za możliwe do zastosowania w wielu (ale nie we wszystkich) kontraktach, zostały włączone do Warunków Ogólnych, aby ułatwić bezpośrednie włączenie ich do kontraktu**”⁴.

W ww. Wprowadzeniu wskazano dalej, m.in., że Warunki Ogólne i Warunki Szczególne przygotowane indywidualnie dla danego kontraktu razem stanowią Warunki Kontraktu regulujące prawa i zobowiązania stron tego kontraktu. Natomiast jedną z zasad, którą kierowano się przygotowując standardowe Warunki Kontraktu jest to, że „(...) **jeśli sformułowanie w Warunkach Ogólnych wymaga dalszych danych, to wtedy (z wyjątkiem sytuacji, gdy są one tak opisowe, że musiałyby być szczegółowo wyłożone w Wymaganiach przez Zamawiającego) Subklauzula zawiera odniesienie do tych danych, które są zawarte w Załączniku do Oferty, przy czym dane te są ustalone przez Zamawiającego lub wstawione przez Oferenta**”⁵.

¹ W niniejszym artykule będę się posługiwał „Warunkami 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.

² Przewodnik po wybranych kontraktach FIDIC, Pierwsze wydanie polskie 2009, tłumaczenie pierwszego wydania angielskiego FIDIC, s. 10.

³ Poszczególne książki różnią się kolorem okładki dla łatwiejszego ich odróżniania. W przypadku „Warunków Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę” okładka ma żółty kolor, stąd powszechne nazywanie jej „żółta książka” lub „Yellow Book”.

⁴ FIDIC: „Warunki kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem” – Wstęp, s. p-b i p-c.

⁵ FIDIC: Warunki kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem – Wstęp, s. p-c.

Sposób modyfikacji wariantowej Subklauzuli przedstawiono na przykładzie Subklauzuli 14.2 [*Płatność zaliczkowa*]. Jak wskazano, Subklauzula ta przestaje mieć zastosowanie (nawet, jeśli nie została usunięta), gdy pomija się ją nie wyszczególniając kwoty zaliczki, przy czym miejscem, w którym taka kwota mogłaby być wyszczególniona jest właśnie formularz Załącznika do Oferty.

Ponieważ autorzy Warunków Kontraktu zwracają uwagę na to, iż: „(...) *należy zauważyć, że pewne postanowienia w Warunkach Ogólnych mogą okazać się nieodpowiednie do jakiegoś pozornie typowego kontraktu*”, dlatego we Wprowadzeniu zawarto bardzo ważną wskazówkę, która na ogół jest pomijana przez tych, którzy samodzielnie próbują opracować Warunki Kontraktu: **„Dalsze informacje o tych sprawach, przykładowe sformułowania dla innych rozwiązań, oraz inny materiał wyjaśniający i przykładowe sformułowania do pomocy w przygotowaniu Warunków szczególnych i innych dokumentów przetargowych, zawarte są w niniejszej publikacji jako Wskazówki do Przygotowania Warunków Szczególnych. Przed włączeniem jakiegokolwiek sformułowania przykładowego, musi być sprawdzone, że jest ono w pełni odpowiednie do danych szczegółowych okoliczności, a jeśli nie – to musi być poprawione.”**

Wszelkie modyfikacje standardowych wzorów wymagają staranności, tak by nie wprowadzić sprzeczności pomiędzy poszczególnymi częściami kontraktu i nie zakłócić ducha Warunków FIDIC, stąd w ww. Wprowadzeniu zaleca się, by przygotowanie kontraktu polecić osobom, które są biegłe w odnośnych sprawach, włączając aspekty kontraktowe, techniczne i zamówień⁶.

Dalej należy mieć na uwadze, że treść Kontraktu nie powinna być przedmiotem interpretacji poprzez badanie intencji zamawiającego, gdy jego literalne brzmienie jest oczywiste i wynika ze znajomości standardowych Ogólnych Warunków Kontraktu.

Częścią Wprowadzenia są – na ogół również pomijane – wykresy przedstawiające typową kolejność głównych wydarzeń podczas realizacji kontraktów. W sposób obrazowy, jasny i precyzyjny wyjaśniają one kolejność czynności kontraktowych oraz przywołują Subklauzule mające znaczenie w kontekście kolejności zdarzeń i czasu.

Dopiero po „Wprowadzeniu” są Warunki Ogólne⁷

Pragnę zwrócić szczególną uwagę na traktowaną po macoszemu Klauzulę 1 [*Postanowienia ogólne*], a zwłaszcza na Subklauzulę 1.1. [*Definicje*]. Najczęściej niewprawne majstrowanie przy Warunkach Kontraktu zaczyna się właśnie w tej Subklauzuli. Zmiany wprowadzane są często zupełnie niepotrzebnie, za to wtedy, gdy należy zdefiniować jakieś dodatkowo wprowadzone sformułowania, to tego się nie robi. I to jest błąd, który uniemożliwia w trakcie realizacji kontraktu jego prawidłowe wykonanie.

Jako przykład podam notorycznie dodawane – lecz nie zdefiniowane – „*Komisje Odbioru*” bądź „*użytkowa-*

nie tymczasowe”. Należy pamiętać, że jeżeli dodaje się całkiem nowe i „nie znane” standardom FIDIC określenia to muszą one być zdefiniowane! A miejscem przeznaczonym do tego jest właśnie Subklauzula 1.1 [*Definicje*]. Zresztą „*użytkowanie tymczasowe*” to wytrych na „użytkowanie” o którym mowa w Prawie budowlanym, ale bez jego zgłoszenia właściwym organom, co zamawiający czynią nagminnie, dokonując w ten sposób nieuprawnionego obejścia prawa, utrzymując w ten sposób iluzoryczny stan jakby to użytkowanie odbywało się na placu budowy z odpowiedzialnością wykonawcy, chociaż roboty zostały zakończone i są eksploatowane (użytkowane) przez zamawiającego. Nagminnie stosowana procedura przez PKP PLK.

Kolejna Subklauzula 1.2 [*Interpretacje*] jest krótka i napisana w sposób – wydawałoby się – nie budzący wątpliwości. Ale doświadczenia zebrane w trakcie doradzania Stronom realizowanych kontraktów podpowiadają mi, że często te Strony pomijają w swoich działaniach i analizach znaczenie i dyspozycję punktu (c): „(...) *postanowienia zawierające słowo „uzgodnić”, „uzgodniony” lub „uzgodnienie” wymagają uzgodnienia na piśmie, (...)*”. Przecież uzgodnić muszą Strony, a nie jak to spotykam w swojej praktyce np.: „*Zamawiający uzgodnił ...*” (sam ze sobą???). W tym przypadku nie ma mowy o jednostronnym uzgadnianiu – dwie Strony muszą uzgodnić daną kwestię i uzgodnienie takie musi być dokonane na piśmie. Przy okazji zapomina się, że Inżynier nie jest Stroną, chyba, że otrzyma stosowne pełnomocnictwa zamawiającego, ale takiego pełnomocnictwa jeszcze nie spotkałem w swojej praktyce.

Ze zrozumieniem znaczenia Subklauzuli 1.3 [*Komunikaty*] też są problemy – „*Zatwierdzenia, świadectwa, zgody lub określenia nie będą bez uzasadnienia wstrzymywane lub opóźniane. Kiedy jakieś świadectwo jest wystawiane któreś ze Stron, wtedy poświadczający pośle kopię drugiej Stronie. Kiedy jakieś powiadomienie jest wystawiane dla któreś ze Stron, przez drugą Stronę lub przez Inżyniera, wtedy kopia będzie wysłana odpowiednio do Inżyniera lub do drugiej Strony, w zależności od przypadku.*” Proszę zwrócić uwagę, że dyspozycja tej Subklauzuli w sposób nie budzący wątpliwości precyzuje, że nie można bez uzasadnienia wstrzymać lub opóźnić wydania zatwierdzenia, świadectwa, zgody lub określenia. Oraz że w każdym przypadku, gdy Inżynier wydaje jakiegokolwiek świadectwo lub powiadomienie Zamawiającemu, to jest on zobowiązany do przesłania kopii do Wykonawcy! Brak stosowania się do tych wymogów jest nienależytym wykonaniem świadczenia przez Stronę, która narusza tę dyspozycję ze wszystkimi konsekwencjami z niego wynikającymi.

I wreszcie moja ulubiona Subklauzula 1.4 [*Prawo i język*]

Ogólne Warunki FIDIC stosowane są w większości krajów świata, przez co z biegiem lat i zbierania doświadczeń musiały ewoluować, aby stać się uniwersalne i dopasowane do przeróżnych systemów geopolity-

⁶ Ibid. s. p-c, patrz też: FIDIC: Warunki kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem – Wskazówki, s. p-3.

⁷ Ze względu na obszerność materiału poszczególne Subklauzule będą omawiane w kolejnych numerach Biuletynu.



tycznych, poziomów rozwoju techniczno-technologicznego, sposobów kontraktowania i finansowania. Dlatego zawarto w nich na samym początku jedną z najważniejszych Subklauzul 1.4 [Prawo i język]. **Brak zrozumienia znaczenia tej Klauzuli skutkuje wprowadzaniem niepotrzebnych zmian do Warunków Kontraktu.** Ale zmian wprowadzanych przez Zamawiających, którzy jako jedyni mają wpływ na to jak uregulowane są wzajemne stosunki stron kontraktu. Podkreślić w tym miejscu potrzeba, że swoboda kontraktowania i wykorzystania Warunków Kontraktu FIDIC ograniczona jest przez przepisy prawa powszechnie obowiązującego, przewidującego ściśle regulacje, które nie podlegają wykluczeniu na mocy postanowień umowy, w tym właśnie Warunków Kontraktu.

Na znaczeniu Subklauzuli 1.4 [Prawo i język] opiera się stanowcze stanowisko Międzynarodowego Banku Odbudowy i Rozwoju (inaczej: Bank Światowy), co do zakazu wprowadzania zmian do Ogólnych Warunków dla kontraktów współfinansowanych przez ten Bank. Wszelkie niezbędne i wymagane w poszczególnych Subklauzulach Ogólnych Warunków dane muszą się znaleźć w Załączniku do Oferty – który stanowi Warunki Szczególne!

Subklauzula 1.5 [Kolejność pierwszeństwa dokumentów] – nie bez powodu w zamówieniach publicznych na tle prawidłowego zrozumienia tej subklauzuli powstają spory pomiędzy Stronami Kontraktu. Otóż zgodnie z wymaganiami ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 140 ust. 1) „Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. (...)”. Można zatem bez zastanowienia ustalić, że Oferta powinna mieć pierwszeństwo nad Warunkami Szczególnymi, Warunkami Ogólnymi, Wymaganiami zamawiającego i innymi dokumentami. I tak też jest w standardowych Warunkach Ogólnych, która ma następujące brzmienie: „Do celów interpretacji, dokumenty będą miały pierwszeństwo zgodnie z następującą kolejnością: (a) Akt Umowy (jeśli jest), (b) List Akceptujący, (c) Oferta, (d) Warunki Szczególne, (e) niniejsze Warunki Ogólne, (f) Wymagania Zamawiającego, (g) Wykazy, oraz (h) Propozycje Wykonawcy i wszelkie inne dokumenty stanowiące część Kontraktu. **Jeżeli w dokumentach znajdzie się jakaś sprzeczność lub rozbieżność, to Inżynier wyda jakiegokolwiek wyjaśnienie lub polecenie.**” Nie wiem dlaczego ta Subklauzula jest nagminnie zmieniana i dlaczego tak wielu Zamawiających przy niej majstruje. A jeszcze bardziej zastanawia mnie fakt, iż rzadko który Inżynier wydaje tzw. „ustalenia”, gdy Strony mają wątpliwości co do hierarchii dokumentów, mimo, że jest to jego obowiązek. Apeluję w tym miejscu do tych wszystkich, którzy są odpowiedzialni za tworzenie Warunków Kontraktu – nie zmieniajcie kolejności pierwszeństwa dokumentów – to jest przejaw złe pojmowanego interesu Zamawiającego i zaburza równowagę Stron!

Subklauzula 1.9 [Błędy w Wymaganiach Zamawiającego] jest subklauzulą, która daje Wykonawcy prawo do wydłużenia Czasu na Ukończenie i płatności za dodatkowy koszt wraz z rozsądnym zyskiem w przypadku, gdy w Wymaganiach Zamawiającego znajdzie się jakiś błąd, którego doświadczony Wykonawca zachowując należyta

staranność nie wykrył tego błędu badając te Wymagania. No i tu też Zamawiający szarżują bez opamiętania wstawiając terminy w jakich Wykonawcy mają wykryć te błędy, po których to terminach tracą prawo do przedłużenia Czasu na Ukończenie i pokrycia kosztu. Wykreślają cały punkt (b) lub rozsądny zysk z tego punktu, bądź rozszerzająco stosują sformułowanie „doświadczony Wykonawca zachowując należyta staranność”. I co najważniejsze – na ogół jak już dojdzie do sporu pomiędzy Stronami na tle prawidłowego zrozumienia tej Subklauzuli, to Inżynier nie postępuje zgodnie z dyspozycją wymagającą od niego działania w trybie Subklauzuli 3.5 [Określenia], co również jest nienależytym wykonaniem świadczenia przez – uwaga – działającego na rzecz Zamawiającego, a więc Zamawiającego!

I wreszcie Subklauzula 1.13 [Zgodność z Prawami]: „**Wykonując Kontrakt, Wykonawca będzie przestrzegał stosownych Praw.** Jeżeli nie jest inaczej podane w Warunkach Szczególnych, to: (a) Zamawiający będzie posiadał (lub uzyska) dotyczące Robót Stałych pozwolenie związane z planowaniem przestrzennym, strefami zabudowy lub podobnymi sprawami, oraz wszelkie inne pozwolenia opisane w Wymaganiach Zamawiającego jako posiadane (lub do uzyskania) przez Zamawiającego, oraz Zamawiający zapłaci Wykonawcy odszkodowanie i przejmie od niego odpowiedzialność materialną, w związku z konsekwencjami jakiegokolwiek zaniedbania w tym względzie. (b) Wykonawca będzie dawał wszystkie powiadomienia, płacił wszystkie podatki, należności i opłaty, oraz uzyska wszystkie pozwolenia, licencje i zatwierdzenia, jakie są wymagane przez Prawa, w odniesieniu do projektowania, realizacji i ukończenia Robót oraz usunięcia wszelkich wad, oraz Wykonawca zapłaci Zamawiającemu odszkodowanie i przejmie od niego odpowiedzialność materialną, w związku z konsekwencjami jakiegokolwiek zaniedbania w tym względzie.” Najważniejsze zdanie tej Subklauzuli zostało wyboldowane. Nie jest tak, jak uważa wielu przedstawicieli Wykonawców, że są związani tylko tym co zawarł w swoich Wymaganiach Zamawiający! W trakcie realizacji Kontraktu Wykonawca jest zobowiązany przestrzegać wszelkie obowiązki nałożone przez szeroko rozumiane prawo kraju, w tym zarówno w zakresie projektowania (w przypadku realizacji inwestycji w formule „zaprojektuj i wybuduj”), realizacji i ukończenia Robót oraz w zakresie usuwania wad w Robotach.

Jak więc łatwo zauważyć, już tylko w pierwszej Klauzuli jest szereg miejsc podatnych na majstrowanie i takich, których zrozumienie ułatwia późniejszą realizację Kontraktów. Proszę zatem o szczególną ostrożność i rozwagę przy sporządzaniu indywidualnych Warunków Szczególnych, by nie zaburzyć pierwotnego ładu, na którym tak bardzo zależało twórcom Warunków Kontraktu FIDIC.

Szanowni Czytelnicy – w tej części to wszystko. Kolejne Subklauzule będą szczegółowo omawiane w kolejnych wydaniach „Biuletynu”. Niemniej zachęcam gorąco do dzielenia się Waszymi spostrzeżeniami i uwagami – łamy naszego wydawnictwa są otwarte na głosy innych, nie tylko członków SIDiR.

Podwykonawstwo robót w inwestycjach budowlanych



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

Uregulowania w Kodeksie cywilnym

Generalną zasadą jest udział podwykonawców w realizacji inwestycji budowlanych.

Zamawiający nie powinien ograniczać swobody działania wykonawcy i jego możliwości posłużenia się podwykonawcą, bo wykonawca zawsze odpowiada za właściwy dobór podwykonawców i nic nie zwalnia go od odpowiedzialności kontraktowej za niewykonanie, lub nienależyte wykonanie zamówienia.

Ponieważ umowa o realizację inwestycji budowlanych jest umową cywilnoprawną, zastosowanie znajduje art. 356 k.c., zgodnie z którym wierzyciel może żądać osobistego świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia. Zasadą jest więc, że w przypadku gdy nie wynika to z przepisu ustawy, treści umowy, czy właściwości świadczenia, zamawiający nie powinien domagać się osobistej realizacji świadczenia przez wykonawcę. Zastrzeżenie osobistego spełnienia świadczenia dotyczy więc sytuacji wyjątkowych, specjalnych, związanych z charakterystyką przedmiotu zamówienia i wynikającymi z niej wymogami co do osobistych kompetencji dłużnika.

W odniesieniu do robót budowlanych zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego regulujące umowę o roboty budowlane, a w szczególności art. 647¹. Zgodnie z art. 647¹ § 1 k.c. w umowie o roboty budowlane zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą) strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub przy pomocy podwykonawców. Natomiast do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy (art. 647¹ § 2 k.c.). Te ob-

ostrzenia wiążą się z tym, że inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę (art. 647¹ § 5 k.c.). Ze względu na to, że przytoczone przepisy mają charakter bezwzględnie obowiązujący (*ius cogens*), będą miały zastosowanie również w umowach w sprawie zamówienia publicznego, a inne postanowienia umowne będą nieważne z mocy prawa. W toku realizacji umowy o roboty budowlane, od zgody zamawiającego (inwestora) będzie zależało zawarcie umowy z konkretnym podwykonawcą.

Zgodnie z regulacją art. 647¹ k.c., na gruncie umowy o roboty budowlane mamy do czynienia z solidarną odpowiedzialnością wykonawcy i zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia za roboty zrealizowane przez podwykonawcę, jeśli zamawiający uprzednio zgodził się na zawarcie umowy z podwykonawcą. Zgoda zamawiającego w sytuacji nie zgłoszenia na piśmie sprzeciwu wobec podwykonawcy, jest w takiej sytuacji domniemana. Nie jest więc tak, że dopiero w sytuacji wyraźnego zezwolenia zamawiającego na wykorzystanie podwykonawcy powstaje solidarna odpowiedzialność z zamawiającym za zapłatę wynagrodzenia. Natomiast warto wskazać na orzeczenie Sądu Najwyższego, w którym podkreślono, że nawet wtedy, gdy w warunkach realizacji zamówienia z góry wykluczono podwykonawcę, a wezwany do zajęcia stanowiska zamawiający milczy, to po upływie 14 dni uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy z podwykonawcą. W tym przypadku, tylko wyraźny sprzeciw na piśmie gwarantuje zamawiającemu utrzymanie zakazu angażowania podwykonawców. Przy tej okazji warto także zaznaczyć, że **zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2008 r. III CZP 6/08 wyrażono opinię, że brak zgody inwestora nie wpływa na ważność umowy wykonawcy z podwykonawcą, a jedynie decyduje o tym, że umowa nie rodzi solidarnej odpowiedzialności wykonawcy i inwestora względem podwykonawcy.** Ponadto, inwestor odpowiada solidarnie wraz z wykonawcą wobec podwykonawcy na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. tylko wtedy, gdy rezultat świadczenia podwykonawcy stał się składnikiem obiektu stanowiącego przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach umowy o roboty budowlane.

Inwestor może, po przedstawieniu mu umowy zawieranej przez wykonawcę z podwykonawcą oraz dokumentacji dotyczącej wykonania robót nią objętych, nie zgodzić się na zawarcie tej umowy przez zgłoszenie na piśmie sprzeciwu lub zgłosić zastrzeżenia, zgodnie z art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c. Sprzeciw wymaga wyraźnego oświadczenia, nie może być następstwem dorozumianej oceny czynności inwestora. Skuteczne zgłoszenie sprzeciwu nie może być też arbitral-



na decyzją, obliuguje bowiem inwestora do przytoczenia przyczyn, szczególnie gdy umowa inwestora z wykonawcą przewidywała możliwość realizowania robót z udziałem podwykonawców. Tylko tak wyrażony sprzeciw wyłącza solidarną odpowiedzialność inwestora za wykonane i odebrane roboty wykonane przez podwykonawcę.

O ile skuteczne zgłoszenie sprzeciwu wyłącza odpowiedzialność inwestora, o tyle **zgłoszenie zastrzeżeń wprost takiego skutku nie wywołuje** i stanowi tylko dla wykonawcy wskazówkę, które postanowienia umowy lub projektu należy zmienić, aby stały się skuteczne. Postanowienia nieobjęte zastrzeżeniami stają się skuteczne, o ile nie dotyczą elementów przedmiotowo istotnych oraz z okoliczności nie wynika, że postanowienia objęte zastrzeżeniem były elementem przesądającym o dojściu do skutku umowy (por. art. 58 § 3 k.c.).

Zgłoszenie na piśmie zastrzeżeń przez inwestora może zobowiązuje go do uzasadnienia, obejmującego przyczyny ich wysunięcia oraz określenia ich wpływu na realizację umowy. Jeżeli zastrzeżenia dotyczą postanowień umowy, które nie odnoszą się do zakresu przedmiotowego umowy, rozmiaru ustalonego wynagrodzenia, a mogą być wyeliminowane, czy też w ich miejsce mogą wejść postanowienia uzgodnione w umowie inwestora z wykonawcą albo także w innych dokumentach, stanowiących integralne części obu umów, przyjmuje się, że nie doszło do wyłączenia zgody inwestora. Jednoczesne oświadczenie inwestora o wyrażeniu zgody na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą, o zgłoszeniu sprzeciwu lub zastrzeżeń, podlega ocenie na podstawie ogólnych przepisów kodeksu cywilnego, regulujących wyrażanie oświadczeń woli (art. 60 do art. 65 k.c.).

Uregulowania w ustawie Prawo zamówień publicznych

Na etapie sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia na roboty budowlane zamawiający może żądać informacji o zakresie prac, jakie wykonawca zamierza zlecić podwykonawcy.

W przypadku umów o roboty budowlane strony umowy w sprawie zamówienia publicznego oprócz uregulowań zawartych w ustawie Prawo zamówień publicznych, zobowiązane są stosować się do art. 647¹ k.c., który formułuje prawną procedurę angażowania podwykonawców i solidarną odpowiedzialność za zapłatę za wykonane przez podwykonawców roboty budowlane. Przepisy art. 647¹ k.c. nie wskazują strony uprawnionej do podjęcia inicjatywy powierzenia zakresu zadania podwykonawcy, niemniej jednak w przypadku umów o roboty budowlane inicjatywa taka należy wyłącznie do wykonawcy, a zamawiający może tylko wyrazić pisemny sprzeciw lub zastrzeżenia w terminie do 14 dni od przekazania umowy, lub jej projektu, dotyczącej podwykonawstwa.

Zasada podwykonawstwa w realizacji zamówień publicznych stanowiła pośrednio przedmiot orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości do instytucji wykonawstwa w zamówieniach publicznych. I tak w wyroku C-220/05 Trybunał orzekł, że zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa, aby zostać uznany za wykonawcę odpowiedzialnego za wykonanie zamówienia publicznego na roboty budowlane, nie jest konieczne, aby podmiot zawierający umowę z instytucją zamawiającą był w stanie sam bezpośrednio własnymi siłami wykonać umówione świadczenie.

Wskazując podwykonawców, wykonawca nie ma jednak obowiązku podania zamawiającemu nazw (firm) tych podwykonawców, a jedynie ma wskazać zakres prac, jaki będzie zlecony podwykonawcom. Tym samym zamawiający nie ma wpływu na wybór podwykonawców. Dotyczy to również zmiany podwykonawców w okresie wykonywania zamówienia. Rozwiązanie takie jest spójne z brakiem co do zasady możliwości weryfikowania przez zamawiającego zdolności podwykonawców do wykonania określonych zadań. Zamawiający nie może żądać przedstawiania przez podwykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie przez nich jakichkolwiek warunków. Ponieważ to wykonawca jest odpowiedzialny za prawidłową realizację zamówienia, czyli prawidłowe wykonanie ciężącego na nim zobowiązania, to na nim spoczywa obowiązek wyboru podwykonawców, którzy zapewnią prawidłową realizację powierzonych im zadań. Z tego samego względu, nawet jeśli wykonawca w ofercie poda nazwy proponowanych podwykonawców, nie oznacza to braku możliwości ich zmiany w trakcie wykonywania zamówienia. Tym samym wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom. Podwykonawstwo uważa się bowiem za pozytywny czynnik rynkowy, wzmacniający konkurencję, aktywizujący drobnych przedsiębiorców.

Uregulowania prawne w ustawie Prawo zamówień publicznych które weszły w życie z dniem 24 grudnia 2013 r.

Art. 143b.

1. Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany, w trakcie realizacji zamówienia publicznego na roboty budowlane, do przedłożenia zamawiającemu projektu tej umowy, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy.
2. Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej.
3. Zamawiający, w terminie określonym zgodnie z art. 143d ust. 1 pkt 2, zgłasza pisemne zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane:
 - 1) niespełniające wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
 - 2) gdy przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż określony w ust. 2.
4. Niezgłoszenie pisemnych zastrzeżeń do przedłożonego projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym zgodnie z art. 143d ust. 1 pkt 2, uważa się za akceptację projektu umowy przez zamawiającego.
5. Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia.

6. Zamawiający, w terminie określonym zgodnie z art. 143d ust. 1 pkt 2, zgłasza pisemny sprzeciw do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w przypadkach, o których mowa w ust. 3.
 7. Niezgłoszenie pisemnego sprzeciwu do przedłożonej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym zgodnie z art. 143d ust. 1 pkt 2, uważa się za akceptację umowy przez zamawiającego.
 8. Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz umów o podwykonawstwo, których przedmiot został wskazany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako niepodlegający niniejszemu obowiązkowi. Wyłączenie, o którym mowa w zdaniu pierwszym, nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50.000 zł. Zamawiający może określić niższą wartość, od której będzie zachodził obowiązek przedkładania umowy o podwykonawstwo.
 9. W przypadku, o którym mowa w ust. 8, jeżeli termin zapłaty wynagrodzenia jest dłuższy niż określony w ust. 2, zamawiający informuje o tym wykonawcę i wzywa go do doprowadzenia do zmiany tej umowy pod rygorem wystąpienia o zapłatę kary umownej.
 10. Przepisy ust. 1-9 stosuje się odpowiednio do zmian tej umowy o podwykonawstwo.
- Art. 143c.
1. Zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zamówienia na roboty budowlane.
 2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, dotyczy wyłącznie należności powstałych po zaakceptowaniu przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub po przedłożeniu zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi.
 3. Bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne wynagrodzenie, bez odsetek, należnych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy.
 4. Przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty zamawiający jest obowiązany umożliwić wykonawcy zgłoszenie pisemnych uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, o których mowa w ust. 1. Zamawiający informuje o terminie zgłaszania uwag, nie krótszym niż 7 dni od dnia doręczenia tej informacji.
 5. W przypadku zgłoszenia uwag, o których mowa w ust. 4, w terminie wskazanym przez zamawiającego, zamawiający może:
 - 1) nie dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli wykonawca wykaże niezasadność takiej zapłaty albo
 - 2) złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości zamawiającego co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, albo
 - 3) dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli podwykonawca lub dalszy podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty.
 6. W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, o których mowa w ust. 1, zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy.
 7. Konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, o których mowa w ust. 1, lub konieczność dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego.
 8. Przepisy art. 143a-143d nie naruszają praw i obowiązków zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy i dalszego podwykonawcy wynikających z przepisów art. 6471 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny.

Art. 143d.

1. Umowa o roboty budowlane zawiera w szczególności postanowienia dotyczące:
 - 1) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian;
 - 2) wskazania terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do jej zmian;
 - 3) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian;
 - 4) zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;
 - 5) terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy;
 - 6) zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami;
 - 7) wysokości kar umownych, z tytułu:
 - a) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,



- b) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany,
 - c) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,
 - d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.
2. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 3 oraz w art. 143b ust. 5 i 8, przedkładający może poświadczyc za zgodność z oryginałem kopię umowy o podwykonawstwo.

Komentarz do uregulowań podwykonawstwa w ustawie Prawo zamówień publicznych

- Należy pamiętać, że uregulowania podwykonawstwa w ustawie Prawo zamówień publicznych zawarte w art. 143a-143d nie naruszają praw i obowiązków zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy i dalszego podwykonawcy wynikających z przepisów art. 647¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. z późn. zm. – Kodeks cywilny.
- Na tle postanowień art. 143d ust. 1 pkt 1 w relacji do art. 143b ust. 1 zachodzi wątpliwość, czy źródłem obowiązku przedłożenia zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest bezpośrednio ustawa, czy umowa w sprawie zamówienia publicznego. Z brzmienia art. 143b ust. 1 należałoby przyjąć, że omawiany obowiązek powstaje wprost z mocy ustawy, ale już art. 143d ust. 1 pkt 1 stanowi, że to **umowa o roboty budowlane zawiera w szczególności postanowienia dotyczące obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo**, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian. Należałoby kierować się raczej umownym (kontraktowym) charakterem omawianego obowiązku za czym przemawiają także przepisy art. 143b ust. 3 i 4, które stanowią, iż wniesienie zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo następuje w terminie wskazanym w umowie, przy czym ustawa nie zawiera żadnych postanowień w sprawie tego terminu, które znalazłyby zastosowanie, gdyby zamawiający nie określił umownego terminu wniesienia zastrzeżeń.
- Obowiązek przedłożenia zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo oznacza konieczność złożenia projektu zawieranej umowy wraz ze wszystkimi elementami określającymi jej treść, w tym przede wszystkim z przewidywanym wynagrodzeniem. Konieczność wskazania wynagrodzenia jest wymagana zarówno z punktu widzenia przyszłej odpowiedzialności solidarnej zamawiającego jako inwestora, zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c., jak i z punktu widzenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przyznających zamawiającemu prawo do bezpośredniej zapłaty podwykonawcy (art. 143c ust. 1). Jednocześnie art. 143c ust. 3 przewiduje, że dokonywana przez zamawiającego bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne wynagrodzenie, bez odsetek należnych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy.
- Obowiązek przedłożenia zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo obejmuje również przedłożenie dokumentacji projektowej opisującej zakres rzeczowy robót stanowiących przedmiot umowy o podwykonawstwo, albo przynajmniej takie jej określenie, aby możliwa była identyfikacja tych robót (np. poprzez odesłanie do odpowiednich elementów dokumentacji projektowej dla umowy w sprawie zamówienia publicznego np. specyfikacji technicznych). Jednocześnie zgodnie z art. 648 § 2 k.c. wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy.
- Jeżeli wykonawca, chcąc spełnić wymagania określone w art. 143b ust. 1, złoży projekt umowy o podwykonawstwo wraz ze stosowną dokumentacją projektową opisującą wykonywany przez niego zakres robót, to w takim stanie faktycznym spełni zarazem wymagania określone w przepisie art. 647¹ § 2 k.c. Skoro zaś przywoływany już art. 143c ust. 8 stanowi, że przepisy art. 143a-143d nie naruszają praw i obowiązków zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy i dalszego podwykonawcy wynikających z przepisów art. 647¹ k.c., to tym samym należy przyjąć, że z tym momentem rozpoczyna się wynikający z art. 647¹ § 2 k.c. 14-dniowy termin wniesienia zastrzeżeń lub sprzeciwu inwestora, po upływie którego powstaje fikcja prawna wyrażenia zgody. Procedura z art. 143b ust. 1 w pełni wyczerpuje obowiązki wykonawcy określone w art. 647¹ § 2 k.c., w związku z czym może doprowadzić do powstania skutków z art. 647¹ § 5 k.c. (odpowiedzialności solidarnej).
- Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej. Ustawa Prawo zamówień publicznych reguluje jedynie długość terminu zapłaty, ale nie określa zdarzenia rodzącego podstawę do wystawienia faktury. Zazwyczaj będzie to odbiór końcowy lub częściowe przejęcie robót wykonywanych przez podwykonawcę czy też dalszego podwykonawcę. Tym samym powinno to być uregulowane w umowie o podwykonawstwo. Jednocześnie zamawiający zgodnie z postanowieniami art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) powinien w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawrzeć wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu.
- Należy przyjmować, iż termin z art. 143b ust. 3 i 4 nie modyfikuje terminu z art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c. Oba dotyczą bowiem powstania różnych skutków prawnych. Gdyby nawet zamawiający określił w umowie w sprawie zamówienia publicznego dłuższy termin niż 14-dniowy do wniesienia zastrzeżeń w stosunku do projektu umowy o podwykonawstwo, to nie zniweczy to skutków prawnych milczącej zgody inwestora, o której mowa w art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c. Jeżeli złożony projekt umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, będzie spełniał wymagania opisane w art. 647¹

§ 2 zdanie drugie k.c., to pomimo wyznaczenia przez zamawiającego w umowie w sprawie zamówienia publicznego terminu wniesienia zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo dłuższego niż 14 dni, po upływie 14 dni od przedstawienia zamawiającemu przez wykonawcę projektu umowy z podwykonawcą wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w projekcie, jeżeli zamawiający nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważać się będzie, że wyraził on zgodę na zawarcie umowy. Wprawdzie skutki wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych (w postaci akceptacji projektu umowy o podwykonawstwo) powstaną dopiero po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego zgodnie z art. 143d ust. 1 pkt 2 Pzp, ale skutki z art. 647¹ § 5 k.c. już po upływie terminu określonego w art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c.

- Takie wątpliwości interpretacyjne nie powstają jednak, gdy zamawiający na podstawie art. 143d ust. 1 pkt 2 Pzp wyznacza dla wniesienia zastrzeżeń termin krótszy niż 14-dniowy, o którym mowa w art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c. Jeżeli w tym terminie zamawiający wniesie zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, to zastrzeżenia te powinny skutkować zarówno w odniesieniu do powstania skutków prawnych wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i w odniesieniu do powstania skutków prawnych wynikających z art. 647¹ § 5 k.c., ponieważ będzie to wniesieniem zastrzeżeń, o których mowa w art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c., a nadto następuje przed upływem terminu 14-dniowego, o którym mowa w kodeksie cywilnym. Z kolei jeżeli zamawiający w tym terminie wyrazi zgodę na zawarcie umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, to powinna być ona oceniana jako zgoda wyrażona w sposób czynny, o której mowa w art. 647¹ § 2 zdanie pierwsze k.c.
- Upływ terminu wniesienia zastrzeżeń do przedłożonego projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, określonego zgodnie z art. 143d ust. 1 pkt 2, uważa się za akceptację projektu umowy przez zamawiającego. Ustawodawca na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych przyjął zatem analogiczną konstrukcję fikcji prawnej do określonej w art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c.
- Niezależna od obowiązku przedłożenia projektu umowy o podwykonawstwo której przedmiotem są roboty budowlane, wymagane jest również przedłożenie poświadczona za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo na te roboty budowlane.
- Kopia zawartej umowy o podwykonawstwo powinna być przedłożona zamawiającemu w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia i poświadczona za zgodność z oryginałem. Ustawa w art. 143d ust. 2 wskazuje, iż poświadczenie to może zostać dokonane przez „przedkładającego”. Z kolei przepis art. 143b ust. 5 stanowi, że kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, poświadczoną za zgodność z oryginałem przedkłada zamawiającemu wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane. Tym samym uznać należy, iż każdy z tych podmiotów może kopię umowy poświadczyc za zgodność z oryginałem. Obowiązek przedkładania zamawia-

jącemu kopii umowy o podwykonawstwo poświadczona za zgodność z oryginałem, wynika z art. 143d ust. 1 pkt 1 a źródłem tego obowiązku jest umowa w sprawie zamówienia publicznego. Roszczenie zamawiającego o przedłożenie kopii umowy o podwykonawstwo służy tylko do wykonawcy, przy czym z uwagi na postanowienia art. 143d ust. 2 w zw. z art. 143b ust. 5, poświadczenia za zgodność kopii umowy z oryginałem może też dokonać odpowiednio podwykonawca albo dalszy podwykonawca. Moim zdaniem, może to być również oryginał umowy o podwykonawstwo.

- Wprowadzenie na gruncie art. 143b obowiązku przedłożenia najpierw projektu umowy o podwykonawstwo, a następnie poświadczona za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo należy ocenić krytycznie. Dublowanie tego obowiązku jest uciążliwe z punktu widzenia realiów realizacji inwestycji budowlanych, gdzie zachodzi potrzeba szybkiej akceptacji podwykonawcy, czemu nie służy nadmiernie sformalizowana procedura wynikająca z postanowień art. 143b.
- Ustawa Pzp nie rozstrzyga czy w przypadku wniesienia zastrzeżeń do projektu umowy wykonawca musi raz jeszcze przedłożyć projekt umowy uwzględniający wniesione zastrzeżenia, czy też może zawierać umowę o treści uwzględniającej wniesione zastrzeżenia i przedkładać od razu kopię takiej umowy. W ustawie Pzp nie zawarto nakazu ponownego przedkładania zmienionego projektu umowy o podwykonawstwo, co wskazuje, iż wykonawca może uwzględnić uwagi zamawiającego i następnie przedłożyć zamawiającemu kopię zawartej umowy uwzględniającej wcześniej wniesione zastrzeżenia.
- Odmierna procedura zawiadamiania o umowach o podwykonawstwo została przewidziana dla umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi. W przypadku tych umów wykonawca nie jest obowiązany do przedłożenia zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, a jedynie do przedłożenia kopii poświadczona za zgodność z oryginałem zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi. Obowiązek przedłożenia kopii poświadczona za zgodność z oryginałem zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz jej zmiany, zamawiający musi wyrazić w treści umowy w sprawie zamówienia publicznego – art. 143d ust. 1 pkt 3. Obowiązek przedłożenia poświadczona za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo na dostawy lub usługi dotyczy tylko wykonawcy. Jednocześnie ustawa Pzp w art. 143d ust. 2 wskazuje, iż poświadczenie to może zostać dokonane także przez „przedkładającego”. Ponieważ zgodnie z art. 143b ust. 8, kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, poświadczoną za zgodność z oryginałem przedkłada zamawiającemu wykonawca lub podwykonawca, to uznać należy, iż każdy z tych podmiotów może kopię umowy poświadczyc za zgodność z oryginałem. W tych uregulowaniach prawnych występuje moim zdaniem jednak błąd legislacyjny, ponieważ zakresem pojęcia umowy o podwykonawstwo nie są objęte umowy zawierane z dalszym dostawcą lub z dalszym usługodawcą, ponieważ jak stanowi art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej



o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Tym samym umowa podwykonawcy zawierana pomiędzy podwykonawcą a dalszym podwykonawcą jest kwalifikowana jako umowa o podwykonawstwo tylko wówczas, gdy jej przedmiotem są roboty budowlane, a nie dostawy czy usługi. W przypadku umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, zamawiający nie został upoważniony do dokonywania takiej ingerencji w ich treść jak w przypadku umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane. Zamawiający może ingerować w treść takiej umowy jedynie w przypadkach wskazanych w art. 143b ust. 2, tj. wówczas, gdy termin zapłaty wynagrodzenia jest dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy dostawy lub usługi. Jednak sprzeciw jaki zamawiający zgłasza do umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane jest ograniczony w swoim zakresie (tak art. 143b ust. 3 Pzp).

- Przepis art. 143c wyznacza uprawnienie zamawiającego do dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom (art. 143c ust. 1) wraz z prawem zamawiającego do potrącenia równowartości kwot wypłaconych podwykonawcom w wynagrodzenia należnego wykonawcy (art. 143c ust. 6). Zwrócić jednak należy uwagę, że podstawą do dokonania bezpośredniej zapłaty jest uchylenie się od zapłaty przez wykonawcę (podwykonawcę) i dopiero w takim stanie faktycznym aktualizuje się powyższe uprawnienie zamawiającego. Obowiązek zapłaty dotyczy tylko wynagrodzenia wymagalnego, czyli takiego, które jest należne w świetle postanowień umowy o podwykonawstwo i którego termin zapłaty już zapadł. Dokonanie przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy) poprzedzone powinno być wyjaśnieniem przez zamawiającego powodów nieuiszczenia zapłaty przez wykonawcę, a tym samym umożliwienie wykonawcy zgłoszenia pisemnych uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy.
- Artykuł 143c ust. 5 pkt 2 określa możliwość złożenia świadczenia do depozytu sądowego. Przepis ten jest jednak wyjątkowy, ponieważ w tym przypadku można mówić tylko gdy zamawiający jest dłużnikiem solidarnym na mocy art. 647¹ § 5 k.c., czyli w praktyce w przypadku umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane. Tylko w tych przypadkach zamawiający składa świadczenie do depozytu sądowego, gdyż wspólnie z wykonawcą jest dłużnikiem solidarnym. Na mocy postanowień art. 470 k.c. złożenie do depozytu sądowego wywołuje takie same skutki jak spełnienie świadczenia. Złożenie kwoty do depozytu powinno następować tylko w odniesieniu do kwoty spornej. Nie można natomiast mówić o złożeniu przez zamawiającego świadczenia do depozytu sądowego w przypadku bezpośredniej zapłaty

wynagrodzenia wynikającego z umowy której przedmiotem są dostawy lub usługi. Zamawiający nie jest bowiem dłużnikiem tego wynagrodzenia. W zakresie w jakim nie-sporna jest wysokość świadczenia należnego podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy) oraz wierzyciel, zamawiający winien dokonać zapłaty albo do rąk wykonawcy, wówczas gdy ten wykaże niezasadność bezpośredniej zapłaty (art. 143c ust. 5 pkt 1) albo dokonać zapłaty do rąk podwykonawcy bądź dalszego podwykonawcy (art. 143c ust. 5 pkt 3).

- Zamawiający może dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli podwykonawca lub dalszy podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty (art. 143c ust. 5 pkt 3). W takim przypadku, zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy. Do dokonania potrącenia niezbędne jest złożenie przez zamawiającego oświadczenia o potrąceniu, ponieważ zgodnie z art. 499 k.c. potrącenia dokonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie.
- Postanowienia art. 143d wskazują na zagadnienia, które powinny zostać unormowane przez zamawiającego w umowie w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane celem wprowadzenia instrumentów ochrony podwykonawców opisanych w ustawie. Konieczność ich wprowadzania na mocy postanowień umowy wskazuje, iż podstawą poszczególnych uprawnień zamawiającego i obowiązków wykonawcy dotyczących bezpośredniej zapłaty podwykonawcy jest umowa, a nie ustawa. Z uwagi na powyższe, umowa w sprawie zamówienia publicznego będąca umową o roboty budowlane powinna zawierać postanowienia wymienione w art. 143d ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ brak ww. postanowień w umowie o zamówienie publiczne stanowi naruszenie powyższego przepisu ustawy Pzp przez zamawiającego. Zamawiający w terminie określonym zgodnie z art. 143d ust. 1 pkt 2, zgłasza pisemny sprzeciw do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w przypadku, gdy nie spełnia ona wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub gdy przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż 30 dni. Niezgłoszenie pisemnego sprzeciwu do przedłożonej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym zgodnie z art. 143d ust. 1 pkt 2, uważa się za akceptację umowy przez zamawiającego. W ustawie znalazł się także zapis, iż wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, zaś zamawiający, w terminie określonym zgodnie z art. 143d ust. 1 pkt 2, zgłasza pisemny sprzeciw do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane w przypadkach identycznych jak w sytuacji przedłożenia projektu umowy. Niezgłoszenie pisemnego sprzeciwu do przedłożonej umowy o podwykonawstwo której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym zgodnie z art. 143d ust. 1 pkt 2, uważa się za akceptację umowy przez zamawiającego.

Nie można skutecznie potrącić kary umownej bez uprzedniego wezwania do jej zapłaty



Tomasz

WIERZOWIECKI

Radca Prawny, Niezależny Konsultant SIDiR, arbiter Gosp. Sądu Arbitraż. przy Wielkopolskiej Izbie Budownictwa w Poznaniu, absolwent studiów podyplomowych na Wydz. Budownictwa i Ochrony Środowiska Politechniki Poznańskiej



Natalia

KANTECKA

Radca Prawny, specjalistka w prowadzeniu sporów sądowych, od 2009 r. w zespole kancelarii WIERZOWIECKI Kancelaria Radców Prawnych

W dniu 5 listopada 2014 r. zapadła bardzo ważna dla uczestników inwestycji budowlanych uchwała Sądu Najwyższego wydana w sprawie o sygn. akt: III CZP 76/14 w przedmiocie **warunku skutecznego potrącenia kary umownej, której termin zapłaty nie został przewidziany w umowie**. Przesłanką podjęcia ww. uchwały było przedstawienie Sądowi Najwyższemu przez Sąd Apelacyjny zagadnienia prawnego „Czy warunkiem koniecznym dla skutecznego potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej, której termin spełnienia świadczenia nie został zastrzeżony (art. 498 § 1 kc) jest wcześniejsze wezwanie dłużnika do zapłaty tej kary (art. 455 kc)?”. Rozstrzygając powyższe zagadnienie Sąd Najwyższy stwierdził, że *Wierzytelność jest wymagalna w rozumieniu art. 498 § 1 kc w terminie wynikającym z art. 455 kc*, co oznacza, iż **Sąd Najwyższy przyjął, że dla skutecznego potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej, której termin spełnienia świadczenia nie został zastrzeżony konieczne jest uprzednie wezwanie dłużnika do zapłaty ww. kary umownej**.

Przedmiotowa uchwała zapadła na kanwie następującego stanu faktycznego.

Powódka żądała zasądzenia od pozwanego należnego jej wynagrodzenia za dzieło, wykonane zgodnie z zawartą przez strony umową. Pozwany twierdził natomiast, że dochodzona wierzytelność powódki z tytułu wynagrodzenia za wykonane dzieło nie istnieje, bowiem uległa umorzeniu na skutek wcześniejszego potrącenia jej przez pozwanego z wierzytelnością przysługującą pozwanemu względem powódki z tytułu kar umownych naliczonych przez pozwanego na podstawie przedmiotowej umowy o dzieło. Istotnym jest przy tym, że w ww. umowie o dzieło nie został zastrzeżony termin zapłaty kar umownych, a pozwany nie wzywał powódki wcześniej, tj. przed złożeniem oświadczenia o potrąceniu, do zapłaty ww. kar umownych. Sąd I instancji uwzględnił powództwo. Z wyrokiem takim nie zgodził się pozwany i wniósł od niego apelację. Sąd apelacyjny rozpoznając przedmiotową sprawę powziął wątpliwość czy oświadczenie o potrąceniu złożone przez pozwanego było skuteczne wobec braku wcześniejszego wezwania powódki do zapłaty kar umownych, w związku z czym sąd ten zwrócił się do Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie opisanego powyżej zagadnienia prawnego.

Rozpoznając przedmiotowe zagadnienie prawne **Sąd Najwyższy musiał rozstrzygnąć, kiedy wierzytelność z tytułu kar umownych, których termin zapłaty nie został określony w umowie staje się wymagalna**. Zgodnie bowiem z art. 498 kc jedną z przesłanek skutecznego dokonania potrącenia jest wymagalność wierzytelności, przy czym w doktrynie i orzecznictwie zdecydowanie przeważa pogląd, że dla skuteczności potrącenia wystarczy, jeżeli wymagalna jest tylko wierzytelność przysługująca wierzycielowi składającemu oświadczenie o potrąceniu, czyli w niniejszej sprawie dla skuteczności oświadczenia pozwanego o potrąceniu koniecznym było, aby jego wierzytelność wynikająca z przysługujących mu kar umownych była wymagalna.

W uzasadnieniu uchwały z dnia 5 listopada 2014 r. Sąd Najwyższy wskazał, że pojęcie wymagalności nie zostało zdefiniowane w żadnym akcie prawnym, a zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie pojęcie to jest rozumiane różnie, przy czym różnice te dotyczą **powiązania wymagalności z terminem spełnienia świadczenia**.



Termin spełnienia świadczenia to czas, w którym dłużnik powinien wykonać swoje świadczenie w sposób prawidłowy. Termin spełnienia świadczenia wyznacza zatem granicę czasową, do kiedy najpóźniej dłużnik może spełnić świadczenie, aby nie popaść w opóźnienie albo zwłokę. Nie we wszystkich jednak zobowiązaniach oznaczony jest termin spełnienia świadczenia. **W przypadku zastrzegania kar umownych bardzo często nie oznacza się w umowach terminu ich zapłaty (i taka też sytuacja miała miejsce w sprawie, w której zapadła omawiana uchwała Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2014 r.).** Takie zobowiązania, których termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania nazywane są zobowiązaniami bezterminowymi. Dodać w tym miejscu należy, że Sąd Najwyższy w uzasadnieniu omawianej uchwały wskazał jednoznacznie, że jeżeli strony nie oznaczyły w umowie terminu spełnienia świadczenia z tytułu kar umownych, to zobowiązanie takie ma charakter bezterminowy, ponieważ zastrzeżenie kary umownej nie rodzi zobowiązania, z właściwości którego wynikałby określony termin spełnienia świadczenia, nie ma bowiem wystarczających podstaw do twierdzenia, że świadczenie kary umownej powinno nastąpić niezwłocznie po naruszeniu powinności kontraktowych. Termin spełnienia zobowiązania bezterminowego uzależniony jest natomiast od wezwania dłużnika przez wierzyciela do wykonania zobowiązania. Zgodnie bowiem z art. 455 *Jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. Wobec powyższego świadczenie z tytułu kar umownych, których termin zapłaty nie został oznaczony, powinno nastąpić niezwłocznie po wezwaniu dłużnika przez wierzyciela do ich zapłaty.*

Wymagalność roszczenia (stanowiąca jedną z przesłanek skuteczności potrącenia) jest natomiast ściśle powiązana z terminem spełnienia świadczenia. Jak już jednak wskazano wcześniej, żaden akt prawny nie definiuje pojęcia wymagalności roszczenia. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 5 listopada 2014 r. wskazał, że zarówno w orzecnictwie jak i w literaturze przez długi czas przyjmowano, że wymagalność roszczenia polega na tym, iż wierzyciel może żądać spełnienia świadczenia, ale dopiero nadejście terminu spełnienia świadczenia jest chwilą, w której dłużnik ma obowiązek wykonać zobowiązanie. Przyjmując taki pogląd, czym innym jest termin spełnienia świadczenia, a czym innym wymagalność świadczenia. Według tego poglądu sam fakt, że roszczenie jest wymagalne nie powoduje jeszcze skutku w postaci opóźnienia (albo zwłoki) dłużnika, ponieważ skutek ten następuje dopiero po bezskutecznym upływie terminu spełnienia świadczenia. W takiej sytuacji rozdzielenia terminu spełnienia świadczenia i wymagalności, wierzyciel mógł już żądać świadczenia ale dłużnik nie musiał go jeszcze spełnić, ponieważ nie nadszedł jeszcze termin spełnienia świadczenia. Przyjęcie powyższego poglądu prowadziło do uznania, że można potrącić wierzytelność, której termin spełnienia świadczenia jeszcze nie nadszedł, a zatem w przypadku zobowiązań bezterminowych (ta-

kich jak omawiane w niniejszej sprawie zobowiązanie zapłaty kary umownej) dla skuteczności ich potrącenia nie byłoby wymagane uprzednie wezwanie dłużnika do zapłaty. Jednakże, jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu analizowanej uchwały, w nowszym orzecnictwie odstąpiono od powyższego poglądu, z uwagi na brak celowości rozdzielenia terminu wymagalności i terminu spełnienia świadczenia, gdyż pomiędzy powstaniem wymagalności w rozumieniu dotychczasowym, a terminem spełnienia świadczenia wierzyciel nie ma żadnych środków prawnych dochodzenia swojego roszczenia. **Powstał zatem pogląd, że wymagalność należy łączyć z terminem spełnienia świadczenia,** ale pojawiła się z kolei rozbieżność czy wymagalność roszczenia powstaje z nadejściem czy z upływem terminu (dnia) spełnienia świadczenia. Pogląd, że wymagalność roszczenia należy łączyć z nadejściem ostatniego dnia pozwalającego dłużnikowi spełnić świadczenie zgodnie z treścią zobowiązania, a dzień tak rozumianej wymagalności może być utożsamiany z terminem spełnienia świadczenia także w zakresie zobowiązań bezterminowych przyjął Sąd Najwyższy m.in. w wyroku z dnia 3 lutego 2006 r., sygn. I CSK 17/05, w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 kwietnia 2003 r., sygn. I CKN 316/01, uzasadnieniu wyroku z dnia 17 października 2008 r., sygn. I CSK 100/08. Sąd Najwyższy rozpoznający omawiane zagadnienie prawne słusznie jednak nie podzielił powyższego poglądu, wskazując w uzasadnieniu uchwały z dnia 5 listopada 2014 r., że jeżeli przyjmie się, iż wymagalność następuje z ostatnim dniem, w którym dłużnik może jeszcze, nie popadając w opóźnienie albo zwłokę, spełnić świadczenie, a więc z nadejściem terminu spełnienia świadczenia, to należy zauważyć, że w tym dniu wierzyciel nie miałby jeszcze prawnej możliwości dochodzenia zaspokojenia roszczenia, bowiem nie upłynąłby jeszcze termin jego spełnienia. Zasadnie zatem przyjął Sąd Najwyższy, podejmując omawianą uchwałę, że **wymagalność roszczenia następuje z upływem, a nie nadejściem, terminu spełnienia świadczenia,** dopiero bowiem po upływie terminu spełnienia świadczenia wierzyciel może skutecznie dochodzić na drodze sądowej spełnienia tegoż świadczenia, nie narażając się na oddalenie powództwa z powodu jego przedwczesności. Opisane wyżej dotychczasowe rozbieżności w orzecnictwie Sądu Najwyższego i w doktrynie prawniczej w przedmiocie ustalenia chwili zaistnienia stanu wymagalności, świadczą o doniosłości analizowanej uchwały dla praktyki stosunków gospodarczych.

Pogląd wyrażony w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2014 r. oznacza, że w sytuacji gdy strony nie przewidziały w umowie terminu zapłaty kary umownej, to warunkiem skuteczności przedstawienia wierzytelności z tytułu kary umownej do potrącenia jest uprzednie wezwanie dłużnika do zapłaty tejże kary umownej. Niewystarczające jest jednak samo wezwanie do zapłaty, dopiero bowiem, gdy dłużnik nie ureguje należności niezwłocznie po wezwaniu, można dokonać potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością jaką posiada dłużnik np. z wierzytelnością stanowiącą wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane. Jak już

bowiem wskazano wcześniej, zgodnie z art. 455 kc *Jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania*. Wyjaśnić przy tym należy, że określenie „niezwłocznie” użyte w cytowanym przepisie nie oznacza, że dłużnik musi spełnić świadczenie natychmiast po wezwaniu, ale winien je spełnić bez uzasadnionej zwłoki czyli w takim terminie w jakim, uwzględniając charakter świadczenia i okoliczności danej sprawy, dłużnik działający prawidłowo mógłby spełnić świadczenie w normalnym toku prowadzenia swoich spraw¹. W orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się bowiem, że termin „niezwłocznie” należy rozumieć jako „realny”, w którym dłużnik przy uwzględnieniu okoliczności miejsca i czasu oraz regulacji będzie w stanie spełnić świadczenie². Nie należy zatem, jak często niezasadnie się to czyni w praktyce, utożsamiać terminu niezwłocznego z terminem czternaściegodniowym. **Naszym zdaniem, jeśli mamy do czynienia ze świadczeniem pieniężnym, tak jak w przypadku kary umownej, to w sytuacji gdy nie zachodzą żadne wyjątkowe okoliczności, terminem niezwłocznym spełnienia świadczenia może być termin jednodniowy liczony od momentu otrzymania przez dłużnika wezwania do zapłaty.**

Jak zatem wskazał Sąd Najwyższy w omawianej uchwale, samo wezwanie dłużnika do zapłaty nie powoduje jeszcze, że zobowiązanie bezterminowe staje się wymagalne, dla wymagalności takiego roszczenia niezbędny jest bowiem jeszcze upływ okresu określonego jako „niezwłoczność”.

W świetle powyższego należy zgodzić się z poglądem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z dnia 5 listopada 2014 r., że skuteczne potrącenie wierzytelności wynikającej z kar umownych, których termin zapłaty nie został określony w umowie, możliwe jest dopiero po uprzednim wezwaniu dłużnika do zapłaty i bezskutecznym upływie okresu „niezwłoczności”. **Wierzyciel zatem, który chce potrącić przysługującą mu wierzytelność z tytułu kar umownych z wierzytelnością przysługującą jego dłużnikowi (np. z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane) musi pamiętać, aby przed dokonaniem potrącenia najpierw wezwać dłużnika do zapłaty wierzytelności z tytułu kar umownych, następnie odczekać, aż upłynie okres niezbędny do tego, aby dłużnik w normalnym toku prowadzenia swoich spraw mógł dokonać zapłaty (bardzo często będzie to jeden dzień, jest to bowiem z reguły wystarczający czas aby dłużnik dokonał przelewu kwoty wynikającej z kar umownych na rachunek bankowy wierzyciela) i dopiero po upływie ww. okresu złożyć oświadczenie o potrąceniu. W przeciwnym bowiem razie, gdy oświadczenie o potrąceniu zostanie złożone wcześniej, nie wywoła ono żadnego skutku i tym samym nie spowoduje umorzenia wierzytelności z tytułu kar umownych oraz wierzytelności dłużnika np. z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty**

budowlane i w przypadku dochodzenia na drodze sądowej przez dłużnika zapłaty przysługującej mu wierzytelności niemożliwym będzie skuteczne podniesienie zarzutu potrącenia, jeżeli wcześniej nie zostało wystosowane wezwanie do zapłaty bądź nie upłynął jeszcze okres „niezwłoczności” spełnienia świadczenia przez drugą stronę.

Uchwała Sądu Najwyższego analizowana w niniejszym artykule ma niezwykle istotne znaczenie dla uczestników procesu inwestycyjno-budowlanego, bowiem wskazuje kiedy możliwe jest skuteczne dokonanie potrącenia wierzytelności bezterminowych, a takimi z reguły są wierzytelności z tytułu kar umownych, które zastrzeżone są niemal w każdej umowie zawieranej w procesie inwestycyjno-budowlanym i to niezależnie od tego, czy przedmiotem umowy są roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. czy choćby dzieło jak np. umowy pomiędzy projektantem a inwestorem.

Nie wiadomo jeszcze czy pogląd przedstawiony przez Sąd Najwyższy w omawianej uchwale z dnia 5 listopada 2014 r. stanie się poglądem jednolicie przyjmowanym w orzecznictwie oraz literaturze, jednakże wydaje się to wysoce prawdopodobne, bowiem pogląd ten znajduje oparcie zarówno w językowej, funkcjonalnej jak i systemowej wykładni przepisów prawa.



¹ K. Osajda, Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2014 r., komentarz do art. 455 kc, teza 39, Legalis.

² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2006 r., sygn. II CSK 293/06, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 2010 r., sygn. I CSK 262/09, Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2011 r., sygn. II CSK 346/11.

Czy prawa zamówień publicznych będziemy uczyli się od nowa?



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

Od dnia 21 kwietnia 2015 r., kiedy to na stronie Urzędu Zamówień Publicznych oraz Rządowego Centrum Legislacji pojawił się projekt nowej ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi wraz informacją o ich skierowaniu do uzgodnień i konsultacji publicznych, pojawiło się wiele wątpliwości, czy na pewno jesteśmy gotowi na rewolucję w zakresie zamówień publicznych?

Wątpliwości te omawiano między innymi na III Kongresie Zamówień Publicznych zorganizowanym przez Instytut Allerhanda, który odbył się 21 maja 2015 r. w Warszawie, tj. w przeddzień upływu terminu zgłaszania uwag do przedmiotowych projektów ustaw w trybie konsultacji społecznych. Nowa ustawa została przygotowana przez Urząd Zamówień Publicznych (dalej jako „UZP”) jako odpowiedź na potrzebę dostosowania polskich przepisów do nowych dyrektyw unijnych. Chodzi o trzy akty prawne przyjęte w 2014 roku: dyrektywę 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych (tzw. dyrektywę klasyczną), dyrektywę 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (tzw. dyrektywę sektorową) oraz dyrektywę 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Z konsultacji poprzedzających prace nad nową ustawą, które przeprowadziło Ministerstwo Gospodarki z ponad 40 podmiotami (wśród których nie było organizacji pozarządowych), wynika, że istnieje duża potrzeba uproszczenia i uelastycznienia procedur udzielania zamówień publicznych, co znalazło wyraz w tzw. Białej Księdze Zamówień Publicznych¹, która jest zbiorem rekomendacji wyznaczających zasadnicze kierunki zmian w systemie zamówień publicznych.

UZP argumentuje, że nowa ustawa zamiast kolejnej nowelizacji obecnych przepisów zapewni przejrzystość regulacji, ułatwi stosowanie przepisów i będzie bardziej spójna. Rząd planuje, aby przyjąć projekt nowej ustawy w trzecim kwartale tego roku, ponieważ planowo powinna ona wejść w życie 18 kwietnia 2016 r. Uzasadnienie projektu nowej ustawy wskazuje, że prawo unijne nie wskazuje szczegółowej procedury udzielania zamówień – państwa członkowskie mają swobodę w jej określeniu. Konsekwencją takiej regulacji jest to, że w nowej ustawie zdecydowano, iż zamawiający będzie miał możliwość samodzielnego ustalania elementów procedury udzielania zamówienia, przy zachowaniu zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, obowiązkowych elementów postępowania wskazanych w ustawie oraz unikania konfliktu interesów. I tak między innymi Zamawiający mają możliwość zastrzeżenia w ogłoszeniu stanowiącym zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, że:

- 1) prawo ubiegania się o udzielenie zamówienia na wskazane usługi zdrowotne, społeczne i kulturalne przysługiwać będzie podmiotom, spełniającym łącznie następujące warunki: „ich celem jest realizacja misji w zakresie służby publicznej związanej ze świadczeniem usług wymienionych w dyrektywach, zyski są ponownie inwestowane z myślą o osiągnięciu celu organizacji, struktura zarządzająca lub struktura własnościowa organizacji realizującej zamówienie opiera się na akcjonariacie pracowniczym lub zasadach partycypacji, dany zamawiający nie udzielił danemu podmiotowi zamówienia na odnośne usługi na mocy tego przepisu dyrektywy w ciągu trzech poprzednich lat”² – w tym miejscu pojawia się jednak pytanie, kto i na jakim etapie postępowania będzie określał, czy wykonawca ma te cechy, czy ich nie ma?
- 2) prawo udziału w określonym postępowaniu przysługuje zakładom pracy chronionej oraz wykonawcom, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych, przy założeniu, że co najmniej 30% osób zatrudnionych przez te zakłady lub wykonawców stanowić będą pracownicy niepełnosprawni lub pracownicy defaworyzowani³ – w ustawie niestety nie znajdziemy definicji „osób defaworyzowanych”.

¹ <http://www.mg.gov.pl/node/22644>.

² Patrz: art. 177 ust. 1 projektu.

³ Patrz: art. 87 projektu.

W nowej ustawie znajdziemy definicję legalną „zmiany istotnej”, informacje o sposobie składania ofert przy użyciu profilu nabywcy, procedurę odwróconą (najpierw ocena oferty, biorąc pod uwagę ustalone kryteria oceny ofert, a następnie weryfikacja sytuacji podmiotowej oferenta), nowe przykładowe kryteria oceny ofert, katalog dopuszczalnych przypadków wypowiedzenia umowy o zamówienie publiczne, a także definicję przedsiębiorstwa społecznego przeniesioną z zapisów dyrektywy, bez uwzględnienia prawodawstwa polskiego. Interesujące wydaje się również to, że projekt ustawy wskazuje na dalsze, zbyt restrykcyjne podejście do podwykonawstwa, tzn. dyspozycja zawarta w art. 217 ust. 1 projektu wskazuje na wymóg zgody zamawiającego na każdą zmianę podwykonawcy, mimo iż takiego wymogu nie ma w dyrektywie.

Jako podstawowe zalety obecnego projektu ustawy, który ma ułatwić terminowe wdrożenie do polskiego prawa przepisów nowych unijnych dyrektyw w zakresie udzielania zamówień publicznych wskazuje się, że:

- 1) uczyni proces udzielania zamówień publicznych prostszym i bardziej elastycznym;
- 2) zapewni lepsze wykorzystanie negocjacji jako procedury pozwalającej na doprecyzowanie warunków zamówienia oraz uproszczenie formalności dla wykonawców ubiegających się o jego udzielenie;
- 3) umożliwi potwierdzanie spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu za pomocą tzw. jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ);
- 4) wyeliminuje możliwość żądania od wykonawców przez udzielających zamówienie dokumentów i danych, które mogą oni samodzielnie pobrać z dostępnych i bezpłatnych baz danych;
- 5) zapewni zwiększenie pozaekonomicznych celów zamówień publicznych;
- 6) zapewni zwiększenie innowacyjności zamówień poprzez wprowadzenie tzw. partnerstwa innowacyjne, którego celem będzie nabycie produktu niedostępnego jeszcze na rynku;
- 7) zapewni lepszy dostęp do rynku małym i średnim przedsiębiorcom, m.in. poprzez zachęcanie zamawiających do zawierania kilku mniejszych umów i ograniczenia zadania spełniania wygórowanych warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej (średni roczny obrót – maksymalnie dwukrotność szacunkowej wartości zamówienia);
- 8) wprowadzi elektroniczną zamówień publicznych polegającą m.in. na wprowadzeniu obowiązkowej komunikacji elektronicznej między wykonawcą i zamawiającym; wprowadzeniu obowiązku stosowania przy składaniu ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu profilu nabywcy, stanowiącego rozwiązanie techniczne, umożliwiające realizację procesu udzielania zamówień publicznych, w tym sporządzanie dokumentów elektronicznych, ich udostępnianie, przekazywanie i przechowywanie, z wykorzystaniem środków elektronicznych, stworzeniu elektronicznej platformy zamówień publicznych e-Zamówienia, na której bę-

dzie znajdował się w szczególności Biuletyn Zamówień, profil nabywcy oraz aukcje elektroniczne, dzięki czemu zwiększona zostanie dostępność oraz przejrzystość realizowanych procesów, z jednoczesnym zapewnieniem bezpieczeństwa danych, uproszczeniu realizacji obowiązków związanych ze sprawozdawczością poprzez automatyzację tworzenia sprawozdawczości rocznej wykorzystującej dane o postępowaniach przechowywane na platformie e-Zamówienia.

Środowiska i organizacje społeczne zwróciły także uwagę, że w zakresie szacunkowej wartości zamówień, w przypadku których winno się stosować zamówienia na usługi społeczne, projekt ustawy jest niezgodny z propozycjami dyrektywy, gdzie zgodnie z projektem zamówienia na usługi społeczne stosuje się, jeżeli szacunkowa wartość zamówienia publicznego jest równa lub przekracza 750 000 euro – w przypadku zamówień klasycznych oraz gdy szacunkowa wartość zamówienia publicznego jest równa lub przekracza 1 000 000 euro – w przypadku zamówień sektorowych. Tymczasem zapisy Dyrektywy wskazują, że „niektóre kategorie usług, a mianowicie tzw. usługi na rzecz osób, takie jak niektóre usługi społeczne, zdrowotne i edukacyjne, ze względu na swój charakter nadal mają ograniczony wymiar transgraniczny. Usługi te świadczone są w określonym kontekście, mocno zróżnicowanym w zależności od państwa członkowskiego z uwagi na różne tradycje kulturowe. Należy zatem ustanowić szczególny system udzielania zamówień publicznych na takie usługi, o wyższym progu niż próg mający zastosowanie do innych usług”⁴. Powstaje więc pytanie, czy powyższe należy interpretować jako zwolnienie z wymogów ustawy wobec usług społecznych w kwocie powyżej 30 000 euro oraz uproszczenie trybu w zamówieniach do kwoty 750 000 euro.

Nawiązując w tym miejscu do kwoty 750 000 euro, **interesujące wydają się również zmiany w zakresie świadczenia usług prawnych w świetle projektu nowej ustawy**, które zdaniem wielu jeszcze bardziej zostaną dotknięte konkurencją⁵. Z uwagi na likwidację usług niepriorytetowych nie będzie już możliwe skorzystanie z uproszczonej ścieżki wskazanej w art. 5 ust. 1 pzp. Największe zlecenia (o wartości równej lub przekraczającej 750 000 euro) zostały ujęte w zakresie „usług społecznych” objętych uproszczonym sposobem udzielania, a najmniejsze będą musiały zmieścić się w progu stosowania ustawy, który według projektu jest wyrażony w złotych (a nie jak dotychczas w euro), a dokładnie 127 000 zł. Cytując postanowienia dyrektywy klasycznej:

„Niektóre usługi prawne są świadczone przez usługodawców wyznaczonych przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego, obejmują reprezentowanie klientów w postępowaniu sądowym przez prawników, muszą być świadczone przez notariuszy lub są związane z wykonywaniem czynności urzędowych. Takie usługi prawne są zazwyczaj świadczone przez podmioty lub osoby fizyczne wyznaczone lub wybrane w sposób, który nie może być regulowany przepisami dotyczącymi zamówień; tak może być np. w przypadku wyznaczania proku-

⁴ Patrz: Preambuła pkt 114 dyrektywy klasycznej.

⁵ <http://prawo-zamowien-publicznych.pl/zamawianie-uslug-prawniczych-w-projekcie-nowej-ustawy/>.



ratorów w niektórych państwach członkowskich. Usługi takie powinny zatem być wyłączone z zakresu stosowania niniejszej dyrektywy”⁶.

„Niektóre usługi prawne odnoszą się tylko do kwestii dotyczących wyłącznie prawa krajowego, w związku z czym są zazwyczaj oferowane tylko przez podmioty z siedzibą w danym państwie członkowskim, a co za tym idzie także mają ograniczony wymiar transgraniczny. W związku z tym usługi te powinny być objęte łagodniejszym reżimem dopiero od progu 750 000 EUR. Duże zamówienia na usługi prawne powyżej tego progu mogą być przedmiotem zainteresowania różnych wykonawców, takich jak międzynarodowe firmy prawnicze, również w ujęciu transgranicznym, w szczególności gdy zamówienia te dotyczą kwestii prawnych wynikających z prawa Unii lub innego prawa międzynarodowego albo kwestii prawnych, których tło stanowi prawo Unii lub inne prawo międzynarodowe, albo też kwestii prawnych dotyczących więcej niż jednego kraju”⁷.

W zakresie ograniczania konkurencji należy również zwrócić uwagę na brzmienie art. 7 ust. 1 pkt 1 projektu, gdzie:

„Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień publicznych udzielanych przez zamawiającego, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1-4, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami polegającą na decydującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- b) ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośrednio udziału kapitału prywatnego”.

Przy pozostawieniu w ustawie takiego rozwiązania zamawiający będzie mógł zlecić zamówienia swoim jednostkom z pominięciem ustawy, co nie będzie sprzyjało uzyskaniu konkurencyjnych warunków i stanowi dyskryminację innych przedsiębiorców.

Ciekawym elementem, który wprowadza projekt nowej ustawy, jest także pojęcie innowacji, a konkretnie innowacji w zamówieniach publicznych, które jest szerokie i obejmuje nie tylko innowacje technologiczne, ale także organizacyjne, biznesowe i marketingowe. Co więcej, definicja innowacji w zamówieniach pojawia się w art. 12 pkt 9 projektu ustawy i należy przez nią rozumieć „wdrożenie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym między innymi procesów produkcji, budowy lub konstrukcji, nowej metody

marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności przedsiębiorczej, organizowaniu pracy lub relacjach zewnętrznych”, jednakże pojęcie te zdaje się nigdzie więcej w projekcie nie występuje, nie mówiąc już o użyciu go w kluczowym dla innowacyjności gospodarki miejscu w projekcie⁸. Definicja partnerstwa innowacyjnego, zawarta w art. 141 ust 1 projektu, wskazuje ponadto nie na innowację, a innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane: „Partnerstwo innowacyjne to tryb udzielania zamówienia publicznego, którego celem jest opracowanie innowacyjnego produktu, usług lub robót budowlanych oraz późniejsze nabycie tych dostaw, usług lub robót budowlanych, pod warunkiem że odpowiadają one poziomom wydajności i maksymalnym kosztom uzgodnionym między zamawiającym a partnerami”. Analogiczna sytuacja ma miejsce także w przypadku opisu kryteriów oceny ofert⁹, gdzie wymieniono „aspekty innowacyjne”, które nie są w żaden sposób powiązane z definicją innowacji zawartą w art. 12 pkt 9 projektu. W związku z rozbieżnościami wskazanymi powyżej powstaje wątpliwość, czy pojawił się w projekcie błąd legislacyjny, który można usunąć w drodze dalszych prac nad projektem, czy też uzupełnienie definicji szeroko pojętej innowacyjności będzie wymagało większych zmian w całej konstrukcji ustawy.

Uwagę należy również zwrócić na nowe założenia nowelizacyjne w przypadku zamówień oszacowanych poniżej progów unijnych. Obecne przepisy ustawy nakładają na udzielających zamówienie obowiązek wyznaczania terminów składania wniosków kwalifikacyjnych i ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie dokumentów przez wykonawców. Zgodnie z treścią art. 195 ust. 2 pkt 2 projektu organizator postępowania nie będzie miał obowiązku stosowania ustawy m.in. w zakresie minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert oraz terminów związanych z odpowiedziami na pytania złożone do treści dokumentów zamówienia. Projekt nie posługuje się terminami minimalnymi, ale wskazuje, że wyznaczenie terminu winno nastąpić z uwzględnieniem złożoności zamówienia publicznego oraz czasu potrzebnego na sporządzenie ofert¹⁰. W analogiczny sposób uregulowana została kwestia terminów dotyczących składania zapytań i udzielania odpowiedzi na zapytania. Zgodnie z proponowaną treścią art. 196 ust. 2 projektu zamawiający wyznacza termin zwrócenia się o wyjaśnienie treści dokumentów zamówienia oraz udziela wyjaśnień nie później niż przed upływem terminu składania ofert. Takie rozwiązanie przenosi ciężar odpowiedzialności za prawidłowe wyznaczenie terminu na zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że to właśnie zamawiający posiada pełną wiedzę na temat zamówienia, a w konsekwencji tego powinien wiedzieć, w jaki sposób dysponować tą wiedzą i jaki termin jest tym, w którym wykonawcy mogą należycie zapoznać się z dokumentami i złożyć ofertę lub wnioski. Niepokojące wydaje się jed-

⁶ Patrz: Preambuła pkt 25 dyrektywy klasycznej.

⁷ Patrz: Preambuła pkt 116 dyrektywy klasycznej.

⁸ <http://nowezamowieniapubliczne.pl/innowacje-w-zamowieniach-publicznych-nowa-definicja/>.

⁹ Patrz: art. 101 ust. 4 pkt 1 projektu.

¹⁰ Patrz: art. 196 ust. 1 projektu.

nak to, że projekt ustawy nie wskazuje terminu związania ofertą¹¹ i nie nakłada na zamawiającego obowiązku jego określenia „pod warunkiem, że zamawiający taki termin określił”. Powstaje więc pytanie o skutki dla wykonawców, jeżeli zamawiający tego terminu nie określi. Zgodnie z art. 306 ust. 2 projektu „w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej >>orzeczeniem<<”, ale projekt ustawy w żadnym miejscu nie stanowi, kiedy ten termin się kończy, nawet jeżeli nie został wyznaczony. Nie może to oznaczać, że nie obowiązuje wcale, skoro można go zawiesić, a jednocześnie nigdzie nie wskazuje się, że kończy się np. z datą zawarcia umowy z wybranym wykonawcą.

Duże obawy w zakresie projektu nowej ustawy budzi kwestia jawności postępowania. W świetle obecnie obowiązujących przepisów postępowanie jest co do zasady jawne, a jeżeli przepis szczególny tak stanowi, dane informacje nie podlegają udostępnieniu. W konsekwencji wszelkie informacje dotyczące przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są informacjami publicznymi i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej (dalej jako udip). Art. 18 projektu ustawy ma otrzymać brzmienie: „W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający udziela informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. Po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego informacje związane z postępowaniem podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej”. Taka zmiana prawdopodobnie doprowadzi do wyłączenia jakiejkolwiek społecznej kontroli w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ zasadą ma być tajność postępowania o udzielenie zamówienia, zaś udzielenie informacji z nim związanych będzie możliwe tylko z mocy wyraźnego przepisu szczególnego. Przy takiej konstrukcji przepisów nie będzie możliwe uzyskanie jakichkolwiek informacji w trybie przepisów udip przed zawarciem umowy dla danego zamówienia publicznego. Wątpliwości budzi także sytuacja, w której do zawarcia umowy z różnych przyczyn nie dojdzie. Czy w takim przypadku możliwe będzie udostępnienie informacji w trybie przepisów udip? Trudno dodatkowo rozważać racjonalność dokonanej zmiany, skoro system zamówień publicznych cały czas musi się bronić przed niepożądanymi zjawiskami wpływającymi na udzielanie zamówień. Wydaje się, że utrzymanie jawności postępowania sprzyjałoby ich wykrywaniu i umożliwiałaby szybsze wyeliminowanie wszelkich nieprawidłowości. Wykładni art. 18 projektu nie ułatwia jednocześnie brzmienie dyrektywy generalnej, w której nie ma zasady pozwalającej na stwierdzenie, że z prawa unijnego wynikałaby konieczność ograniczenia jawności, a art. 21 dyrektywy klasycznej wprowadza tzw. zasadę poufności, którą jednak od-

nosi tylko do tych dokumentów, których upublicznienie mogłoby naruszyć tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawców. Wdrażana dyrektywa wskazuje, że „Państwa członkowskie wprowadzają krajowe przepisy dotyczące udzielania zamówień objętych zakresem niniejszego rozdziału, aby zapewnić przestrzeganie przez instytucje zamawiające zasad przejrzystości i równego traktowania wykonawców”¹², przez co nadal sankcjonuje obowiązek udzielania zamówień zgodnie z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Jak wskazuje się w preambule, jednostki udzielające zamówień zobowiązane są do stosowania zasady przejrzystości, na co wprost wskazuje również art. 18 ust. 1. Zdaniem Komisji Europejskiej przejrzyste procedury udzielania zamówień są najlepszym środkiem w walce z korupcją i protekcją, a orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości jasno wskazuje, że ważnym aspektem zasady przejrzystości jest „zagwarantowanie wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji, umożliwiającego rynkowi usług otwarcie na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur przetargowych”. Problem powstaje jednak w zakresie prawa polskiego, gdzie trudno jest pogodzić wymogi prawa unijnego z postulowanym wyłączeniem zasady jawności w nowej ustawie. Co więcej, należy mieć na uwadze, że elementem postępowania o udzielenie zamówienia jest także ewentualne postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, a także proces sądowy; czy wyłączenie jawności całego postępowania może prowadzić do wniosku, że sprawy te rozpatrywane będą przy drzwiach zamkniętych?¹³

Niezależnie od opisanych zmian, projekt ustawy wprowadza również zmiany niezwiązane z wdrożeniem dyrektyw w zakresie kontroli zamówień publicznych prowadzonej przez prezesa UZP, kompetencji i zadań wykonywanych przez prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Obawy związane z nową ustawą dotyczą jednak nie jej założeń, które powszechnie oceniane są w środowisku specjalistów jako słuszne, ale przede wszystkim interpretacji (wykładni) jej treści z powodu trudnego języka¹⁴ oraz obaw o realizację, szczególnie w jednostkach samorządowych. Niepokoi przede wszystkim to, czy urzędnicy i jednostki kontrolujące zdążą z przygotowaniem się do pracy z aktem prawnym w nowej formie oraz czy będą w stanie podejmować na jego podstawie odpowiednie, zgodne z prawem i zasadami współzycia społecznego decyzje? Jednym z zarzutów do projektu jest także to, że nie przewiduje on konkretnych rozwiązań, nie wskazuje, jakie należy podjąć decyzje w określonych sytuacjach, i pozostawia (szczególnie zamawiającym) zbyt dużą dowolność w zakresie działań, które można podjąć w określonych sytuacjach. Przy założeniu, że z ustawy zniknie zamówienie z wolnej ręki i zasada jawności postępowania (pozostaje niezdefiniowana jak dotąd „przejrzystość”), a tryb negocjacji przewija się w kilku jej miejscach, należy rozważyć, jak odpowiednio przygotować się do pracy z nowymi regulacjami.

¹¹ Patrz: art. 106 ust. 1 projektu.

¹² Patrz: art. 76 ust. 1 dyrektywy klasycznej.

¹³ http://informacjapubliczna.org.pl/11,1010,przetargi_scisle_tajne_czyli_komu_przeszkadza_jawnosc_w_wydawaniu_publicznych_pieniedzy.html.

¹⁴ Za: Janusz Niedziela, Centrum Zamówień Publicznych, wypowiedź z 21 maja 2015 roku.

Doświadczenie zespołu jako kryterium oceny ofert



Honorata
ŁOPIANOWSKA
Radca prawny, doradca podatkowy.



Anna
PACKO
Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego oraz studiów doktoranckich na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

Jakość jako istotne kryterium oceny ofert

Obowiązujący od 19 października 2014 r. przepis art. 91 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje jako zasadę stosowanie, poza ceną, przynajmniej jednego dodatkowego kryterium oceny ofert. Kryterium takie, skoro już zostanie ustanowione, nie powinno być przypadkowe i nic nie wnoszące do oferty, lecz powinno stanowić miarę wyższej jakości przedmiotu zamówienia, który ma uzyskać zamawiający. Trendy w promowaniu jakości oferowanych przedmiotów widać wyraźnie w przepisach nowych dyrektyw zamówieniowych z 2014 r.¹, które wielokrotnie odwołują się do pojęcia jakości oraz – w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej – koncepcji „najlepszej relacji jakości do ceny” wybieranych ofert.²

Tego, jakie znaczenie ma jakość i dlaczego warto o nią zabiegać, nie trzeba wyjaśniać. Nie oznacza to jednak automatycznie, że nawet przy założeniu przez zamawiającego otrzymania produktu jak najwyższej jakości, jej uzyskanie jest proste – jednak w każdym przypadku istnieją instrumenty, by podjąć próby otrzymania produktu wysokiej jakości.

Względnie łatwo jest ocenić jakość przedmiotów wytwarzanych seryjnie, już istniejących, których parametry techniczne dają się porównać lub których próbki można uzyskać wraz z otrzymanymi ofertami – można się bowiem

odwołać do realnych produktów. Nie jest to możliwe natomiast w przypadku przedmiotów, które dopiero zostaną wytworzone w przyszłości, najczęściej jako jednostkowe i niepowtarzalne, czasem też niematerialne (np. usług), a których wykonanie na odpowiednim poziomie w dużej mierze zależy od rzetelnego i solidnego działania wykonawcy oraz jego umiejętności. Wśród przedmiotów tego typu można wymienić również usługi branży budowlanej, jak usługi projektowe (dostawę dzieła w postaci projektu), opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego, usługi nadzoru, usługi inżyniera kontraktu, a także roboty budowlane. **W takich przypadkach przed otrzymaniem produktu finalnego można odnieść się jedynie do oczekiwanej czy spodziewanej jakości otrzymanego przedmiotu (usługi), czyli mówić o tzw. ekspektatywie jakości.**³ Prognozy takie można oprzeć m.in. na analizie kwalifikacji czy dotychczasowych dokonań projektantów, inżynierów oraz innych osób, które mają być zaangażowane w realizację przedsięwzięcia, jest bowiem wiadome, że ich osobiste umiejętności będą miały znaczący wpływ na jakość wytworzonego dzieła lub świadczonej usługi, a więc osoby te są źródłem przyszłej wysokiej lub niskiej jakości produktu.

W warunkach, gdy przedmiot świadczenia jest na tyle złożony, że wymaga pracy grupy osób, jego prawidłowe wykonanie może być uzależnione także od zdolności wzajemnej współpracy i prawidłowej organizacji zespołu. O jakości świadczonej usługi (dostawy czy robót budowlanych) decydować więc będzie jakość całego zespołu, którego zadaniem jest realizacja zamówienia (a co najmniej jego kluczowych członków). Stąd tak ważne jest – ze strony wykonawcy – prawidłowy dobór tego zespołu, a ze strony zamawiającego – tego zespołu ocena.

Kwalifikacje i organizacja zespołu jako kryterium oceny ofert

Do tej pory doświadczenie i kwalifikacje tego rodzaju osób, w oparciu o art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako „dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia”, były utożsamiane z ogólnym potencjałem kadrowym wykonawcy i tym samym warunkami udziału w postępowaniu, a, zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, przyjmowało się, że nie mogą one stanowić kryteriów oceny ofert, za wyjątkiem usług niepriorytetowych⁴. Wyrażona w przepisie art. 91 ust. 3 ustawy Pra-

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L94 z 28.03.2014 r., str. 65), tzw. dyrektywa klasyczna oraz Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. L94 z 28.03.2014 r., str. 243), tzw. dyrektywa sektorowa.

² Por. np. motyw 89 dyrektywy 2014/24/UE.

³ Por. A. Packo, H. Łopianowska, *Pozacenowe kryteria wyboru oferty*, Warszawa 2015, s. 100 i nast.

⁴ Te jednak nie obejmują najważniejszych usług branży budowlanej, zatem zostaną pominięte.

wo zamówień publicznych zasada, że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (zasada wywodząca się z prawa wspólnotowego), nadal pozostaje niezmienna. Jednak ostatnio ustanowione prawo unijne, jak i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), wskazuje, że nie narzuca ono tak rygorystycznego zakazu, jak dotychczas przyjmowano.

Wynika to bezpośrednio z dwóch przepisów ww. dyrektyw, tj. art. 67 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE i art. 82 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/25/UE. Przepisy te mają analogiczne brzmienie. Ze względu na ich wagę, warto tu zacytować istotne elementy przepisu:

- „2. Ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej określa się na podstawie ceny lub kosztu (...); może ona obejmować najlepszą relację jakości do ceny, którą szacuje się na podstawie kryteriów obejmujących aspekty jakościowe, środowiskowe lub społeczne związane z przedmiotem danego zamówienia publicznego. Kryteria takie mogą np. obejmować:
- a) jakość, w tym wartość techniczną, właściwości estetyczne i funkcjonalne, dostępność, projektowanie dla wszystkich użytkowników, cechy społeczne, środowiskowe i innowacyjne, handel i jego warunki;
 - b) organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia; lub
 - c) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczną, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.”

Tym samym „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia” zostały wskazane jako jedno z przykładowych kryteriów oceny ofert – kryterium o charakterze jakościowym.

Na gruncie dyrektyw z 2014 r. oficjalnie i jednoznacznie przesądzone więc, że kryterium odnoszące się do jakości personelu (zespołu) mającego wykonywać przedmiot zamówienia nie dotyczy „właściwości wykonawcy” i nie łamie zakazu zawartego w art. 91 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – przy założeniu, że kryterium to zostanie prawidłowo sformułowane, tj. będzie się odnosiło do konkretnego personelu (zespołu) wyznaczonego do realizacji zamówienia, a nie ogólnie personelu wykonawcy bez wskazania jego powiązania z przedmiotem zamówienia i jego jakością. Tym samym kryterium to powinno być powiązane ze sposobem wykonania zamówienia, przykładowo jako element metodologii wykonania zamówienia.

Termin na implementowanie dyrektyw z 2014 r. upływa dopiero w kwietniu 2016 r., jednak już obecnie można takie kryterium stosować. Nie ma znaczenia, że nie zostało ono wymienione w art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – przepis ten zawiera jedynie przykładowe, a nie wyczerpujące wyliczenie możliwych kryteriów, a lista przykładów ulega zmianie przy każdej kolejnej nowelizacji tego przepisu.

Nie jest to także zmiana poglądów i przepisów pomiędzy dyrektywami z roku 2004⁵, a tymi z roku 2014 (oprócz samej listy przykładów), która sprawia, że nowe kryterium można byłoby stosować dopiero od roku 2016.

Wyrok TSUE w sprawie C-601/13 (Ambisig)

Potwierdza to także wydany 26 marca 2015 r. wyrok TSUE w sprawie C-601/13 (Ambisig). Trybunał wskazał w nim wprost, że:

„przy udzielaniu zamówienia na świadczenie usług o charakterze intelektualnym, szkolenia i doradztwa, art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usług **nie sprzeciwia się ustanowieniu przez instytucję zamawiającą kryterium, które pozwala na ocenę zdolności ekip zaproponowanych konkretnie przez ubiegających się dla wykonania tego zamówienia, i które uwzględnia skład ekipy, a także doświadczenie i życiorysy jej członków.**”

Przedmiotem zamówienia w sprawie Ambisig było świadczenie usług szkolenia i doradztwa. Ustalając wagę kryterium ceny na symbolicznym poziomie 5%, zamawiający przewidział następujące kryteria pozacenowe:

- 1) ocena ekipy 40%, w tym: skład ekipy, doświadczenie i ocena życiorysów,
- 2) jakość i zalety oferowanej usługi 55%, w tym:
 - zaproponowana struktura wraz z programem prac;
 - opis technik, jakie będą stosowane, i metod działania;
 - opis metod weryfikacji i kontroli jakości pracy w ramach poszczególnych dziedzin działania.

Zamawiający podkreślał, że kryteria te miały na celu ocenę konkretnej ekipy technicznej, jaką wykonawca proponuje przeznaczyć do wykonania zamówienia, a doświadczenie tej ekipy jest cechą charakterystyczną oferty, a nie wykonawcy. (Taki pogląd wyraził również sąd portugalski).

Trybunał zaakceptował powyższe kryteria jako prawidłowe. Wskazał, że **zdolność do wykonania zamówienia może zależeć w znacznym stopniu od zawodowej wartości osób zobowiązanych do jego wykonania, a na wartość tę składa się również doświadczenie zawodowe i wykształcenie tych osób, szczególnie, gdy usługa ma charakter intelektualny.** Zatem jeżeli zamówienie ma być wykonywane przez ekipę, to kompetencje i doświadczenie jej członków mają determinujące znaczenie dla oceny zdolności zawodowej tej ekipy. Zdolność ta może być cechą charakterystyczną oferty i jest związana z przedmiotem zamówienia w rozumieniu art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE, w związku z tym zdolność ta może stanowić kryterium oceny ofert.

Trybunał przypomniał, że oferta najkorzystniejsza powinna zostać określona z punktu widzenia zamawiającego, a tym samym zamawiający ma szeroki margines uznania, jakie jej walory uzna za najkorzystniejsze, zatem **przepisy pozostawiają zamawiającemu wybór kryteriów wyboru oferty. W ich efekcie należy wyłonić ofertę prezentującą najlep-**

⁵ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114) oraz dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 1).



szą relację jakości do ceny, co może wzmocnić wagę jakości wśród kryteriów udzielenia zamówienia. Jednak zamawiający musi się ograniczać do kryteriów zmierzających do wyłonienia najkorzystniejszej oferty oraz pamiętać, że kryteria te powinny być związane z przedmiotem zamówienia.

Trybunał nie zgodził się z postawioną w zapytaniu tezą sądu krajowego o rozbieżności pomiędzy orzeczeniem TSUE w sprawie C-532/06 Lianakis⁶ a przepisami dyrektyw z 2014 r. **TSUE podkreślił też, że wyrok C-532/06 wcale nie wyklucza tego, aby zamawiający mógł w określonych okolicznościach ustalić i stosować takie kryterium**, bowiem dotyczy stanu i doświadczenia wykonawców opisywanych ogólnie, a nie, tak jak w sprawie Ambisig, stanu i doświadczenia osób stanowiących szczególną ekipę, która ma wykonywać zamówienie.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że skutki tego wyroku nie dotyczą jedynie usług szkolenia i doradztwa, które są usługami niepriorytetowymi, a więc których w ogóle nie dotyczy zakaz zawarty w art. 91 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani też jedynie usług o charakterze intelektualnym. **Wyrok ten – podobnie jak przywołane powyżej art. 67 i art. 82 dyrektyw z 2014 r. – odnosi się do wszystkich zamówień, przy realizacji których właściwości (organizacja, kwalifikacje i doświadczenie) personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia.** W przypadku zamówień z branży budowlanej będzie to gros zamówień.

Wypowiedź TSUE została sformułowana w ten sposób (w odniesieniu do konkretnego rodzaju usług), gdyż w takiej postaci zadano Trybunałowi pytanie, a zwyczajem Trybunału jest powtarzanie w odpowiedzi treści pytania. Co istotne, przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału była kwestia – podniesiona przez sąd portugalski, który zadał pytanie, czy art. 67 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE i art. 82 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/25/UE wprowadzają zmianę do zasad ustanawiania kryteriów w zakresie, o którym mowa w art. 91 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, i na tak postawione pytanie Trybunał odpowiedział, że nie jest to żadna zmiana, lecz po prostu w sprawie, w której wcześniej orzekał w tym zakresie (sprawie C-532/06 Lianakis), kryterium oceny ofert odnoszące się do personelu zostało nieprawidłowo sformułowane. I tę różnicę w stanie faktycznym pomiędzy sprawą C-601/13 i C-532/06 podkreślił Trybunał.

Wyrok TSUE w sprawie C-532/06 (Lianakis)

Dla zrozumienia podkreślanej przez Trybunał różnicy należy przyjrzeć się kryteriom opisanym w sprawie Lianakis oraz treści art. 67 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE i art. 82 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/25/UE.

W postępowaniu przetargowym, które było badane przez Trybunał w sprawie Lianakis, zamawiający wskazał jako kryteria oceny ofert:

- 1) udowodnione doświadczenie eksperckie (wykonawcy) nabyte w zakresie podobnych projektów przeprowadzonych w ciągu ostatnich trzech lat,
- 2) personel i wyposażenie biura,
- 3) zdolność do wykonania projektu w danym terminie w związku ze zobowiązaniami biura i potencjałem personelu.

Po otrzymaniu ofert zamawiający sprecyzował, że doświadczenie będzie oceniał pod kątem wartości przeprowadzonych projektów podając punktację za daną wartość; personel i wyposażenie biura będzie oceniał pod kątem liczby zespołu projektowego podając punktację za tę liczebność; a zdolność realizacji projektu w przewidzianym terminie będzie oceniał pod kątem wartości zaciągniętych zobowiązań podając punktację zależną od wysokości tych zobowiązań.

W pytaniu prejudycjalnym TSUE wprowadzić został prośbony o udzielenie odpowiedzi w przedmiocie możliwości ustalenia przez zamawiającego wagi kryteriów oceny ofert oraz podkryteriów później niż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu (Trybunał uznał, że jest to nieprawidłowe), jednak z własnej inicjatywy postanowił odnieść się także do kwestii doświadczenia oferentów, ich personelu i wyposażenia jako kryterium oceny ofert. Trybunał wskazał, że według możliwości ekonomicznych, finansowych i technicznych ocenia się wykonawcę w ramach warunku udziału w postępowaniu, a wybór oferty dokonuje się na podstawie kryteriów zmierzających do wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty. Trybunał skonkludował swoje rozważania stwierdzeniem, że jako kryteria oceny ofert wykluczone są kryteria, które nie mają na celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, lecz są związane zasadniczo z oceną odpowiedniości oferentów w zakresie wykonania danego zamówienia (tę samą konkluzję zawarł TSUE w wyroku C-601/13).

Błąd zamawiającego ze sprawy Lianakis⁷ polegał na tym, że opisał tylko swoje ogólne wymagania co do personelu i wyposażenia biura, w żaden sposób nie wiążąc ich z przedmiotem zamówienia, i nie wskazał, że ów oceniany personel będzie w jakikolwiek sposób brał udział w realizacji zamówienia. Czyli zamawiający mógł ocenić jakikolwiek personel wykonawcy, a zamówienie mogły wykonywać zupełnie inne osoby. Tymczasem zacytowane powyżej przepisy dyrektyw wskazują wprost: „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia”. Wskazanie na „personel wyznaczony do realizacji danego zamówienia” jest bezpośrednim odniesieniem się do jednej z podstawowych zasad ustanawiania kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli powiązania kryterium z przedmiotem zamówienia. Zasady te zostały wskazane w kilku orzeczeniach TSUE, z których najważniejsze to wyrok w sprawie C-513/99 (Concordia Bus)⁸.

Zamawiający powinien więc był sformułować powyższe kryteria na przykład w ten sposób⁹:

⁶ Wyrok TSUE z 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 Lianakis.

⁷ A raczej – jeden z błędów, gdyż zamawiający popełnił ich kilka.

⁸ Orzeczenie z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab. W wyroku tym Trybunał wskazał na kilka warunków, które muszą zostać spełnione, aby zastosowane kryterium było prawidłowe:

- musi być ono związane z przedmiotem zamówienia,
- nie może przyznawać zamawiającemu bezwzględnej swobody wyboru,
- musi być wyraźnie wskazane w dokumentacji zamówienia (specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszeniu o zamówieniu),
- musi być zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego, w szczególności z zasadą niedyskryminacji.

⁹ Przykład ten odnosi się do najogólniejszego opisu kryterium (jedynie do nazw kryteriów), zamawiający musi takie kryterium opisać ze znacznie większym poziomem szczegółowości.

- 1) udowodnione doświadczenie eksperckie osób przeznaczonych do realizacji zamówienia nabyte w zakresie podobnych projektów (tu należało wymienić wymagane osoby, sprecyzować pojęcie podobnych projektów oraz wskazać sposób oceny),
- 2) skład, liczebność i organizacja zespołu projektowego przeznaczonego do realizacji zamówienia (w tym kryterium powinny być ujęte m.in. czynniki wpływające na zdolność do wykonania projektu w danym terminie),
- 3) wyposażenie zespołu w urządzenia istotne dla realizacji zamówienia (tu należało wskazać na elementy, które mają wpływ na lepszą lub szybszą realizację).

Kryterium jakościowe dotyczące personelu a warunek udziału w postępowaniu

Nietrudno zauważyć, że powyższe sformułowania podobne są do dotychczas stawianych warunków udziału w postępowaniu – oparte są bowiem na tej samej zasadzie i założeniu. Zamawiający, wiedząc, że nie da się prawidłowo wykonać zamówienia bez zespołu o odpowiedniej jakości, przyszlą jakość przedmiotu zamówienia przenosili do warunków udziału w postępowaniu, czasami nawet zawierając w treści warunków bezpośrednie powiązanie tych osób z realizacją zamówienia.

Praktyka ta początkowo może powodować trudności w rozróżnieniu obu tych instytucji – wymagań wobec personelu przeznaczonego do realizacji zamówienia od wymagań w ramach warunków udziału w postępowaniu. W wielu bowiem wypadkach różnica ta sprowadzała się będzie do samej idei polegającej na tym, że przy ocenie warunków udziału w postępowaniu ocenia się potencjał kadrowy wykonawcy ogólnie, a przy ocenie według kryterium oceny ofert – już indywidualnie osoby, które są wyznaczone do realizacji danego zamówienia. W rzeczywistości zamawiający formułują warunki odnosząc się nie do personelu wykonawcy „ogólnie” (np. zatrudniania min. 10 projektantów i 5 osób na stanowiskach kierowniczych), lecz jedynie do kluczowych ekspertów, którzy z założenia w przyszłości mają stanowić zespół do wykonania zamówienia (niektórzy zamawiający wprost dokonują takiego zastrzeżenia w treści warunku). Na gruncie przepisów nowych dyrektyw oraz wyroku C-601/13, będą mogli tak postępować także przy kryteriach oceny ofert bez obawy o złamanie przepisów (jednak jeszcze raz trzeba podkreślić, że opis kryterium musi być odpowiednio sformułowany).

Należy też zwrócić uwagę, że **w jednym postępowaniu wymagania dotyczące osób mogą stanowić i warunek udziału w postępowaniu, i kryterium oceny ofert**. W takim przypadku zamawiający w ramach warunków udziału w postępowaniu może określić minimalny zakres kwalifikacji i doświadczenia wymagany od personelu wykonawcy, a w ramach kryterium oceny ofert oceniać zakres kwalifikacji i doświadczenia osób przeznaczonych konkretnie do realizacji danego zamówienia, przyznając im stosowne punkty. Zamawiający może też wybrać inny model – warunki sformułować jedynie w stosunku do wiedzy i doświadczenia wykonawcy jako całej firmy, pominać takie wymagania

w stosunku do personelu, aby personel ten (w postaci osób przeznaczonych konkretnie do realizacji tego zamówienia) oceniać w ramach kryteriów oceny ofert. W takim wypadku to w tym kryterium zamawiający musiałby określić minimalne wymogi co do kwalifikacji tych osób, za niespełnienie których odrzucałby ofertę, a następnie dokonywał oceny w zakresie przekraczającym wymagane minimum.

Konsekwencje rozróżnienia warunku i kryterium dotyczących osób widać także przy sposobie oceny kwalifikacji tych osób. Oceniając spełnienie warunku zamawiający ocenia te kwalifikacje zero-jedynkowo, czyli czy wymogi zostały spełnione, czy też nie. Poza trybami takimi jak przetarg ograniczony, zamawiający nie przyznaje dodatkowych punktów za „lepsze” spełnienie warunku. Natomiast oceniając zespół w ramach kryterium oceny ofert, zamawiający dokonuje wartościowania kwalifikacji proponowanych osób i przyznaje za nie ofercie punkty, które będą przyczyniały się do uplasowania oferty na danym miejscu rankingu ofert, ustalając, w jakiej proporcji chce premiować jakość w stosunku do ceny (jaką wagę przyzna obu tym kryteriom).

Obie oceny podlegają także innym rygorom formalnym – do kryterium oceny ofert nie ma zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych (zaproponowane do zespołu osoby nie muszą stanowić kadry własnej wykonawcy, jednak wykonawca musi zagwarantować udział tych osób w realizacji zamówienia), podobnie jak, co od zasady, art. 26 ust. 3 – a przynajmniej zastosowanie to będzie poważnie ograniczone ze względu na wyrażony w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zakaz zmiany treści oferty, bowiem członkowie zespołu będą stanowili ścisłą treść oferty, do tego podlegającą ocenie.

Na koniec warto podkreślić jeszcze jedną konsekwencję wprowadzenia omawianego kryterium jakości personelu – otóż należy ująć w umowie, że wykonawca ma obowiązek zapewnić (a zamawiający musi tej kwestii dopilnować), aby osoby wskazane i oceniane w ofercie rzeczywiście zamówienie realizowały. Wynika to wprost z motywu 94. preambuły dyrektywy 2014/24/UE i motywu 99. preambuły dyrektywy 2014/25/UE:

„Instytucje zamawiające korzystające z tej możliwości powinny – za pomocą odpowiednich postanowień umownych – zapewnić, aby personel wyznaczony do wykonania zamówienia faktycznie spełniał określone standardy jakości i by zastąpienie tego personelu było możliwe wyłącznie za zgodą instytucji zamawiającej, która sprawdza, czy personel zastępczy zapewni równoważny poziom jakości”.

Oznacza to, że „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu” mogą być rozważane jako kryterium oceny ofert, pod warunkiem jednak, że zostaną wyraźnie określone jako sposób realizacji zamówienia. Obejmuje to konieczność wprowadzenia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które nałożą obowiązek realizacji zamówienia wyłącznie za pomocą osób, których walory zostały poddane ocenie, a w konsekwencji – określenia także skutków zmiany tego personelu (w szczególności dopuszczalności i zasad zamiany tych osób na inne, posiadające nie mniejsze kwalifikacje, lub nawet rozwiązania umowy¹⁰).

¹⁰ W tej mierze pewnym przykładem jest rozwiązanie zastosowane w jednym z postępowań na usługi kontroli projektów (utożsamione przez zamawiającego z usługami prawniczymi), polegające na wprowadzeniu bezwarunkowego skutku w postaci rozwiązania umowy w razie jakiegokolwiek zmiany w składzie dwuosobowego zespołu mającego realizować zamówienie, którego umiejętności zostały zweryfikowane swego rodzaju „egzaminem”, podlegającym ocenie i punktacji w ramach kryteriów pozacenowych – szerszy opis w wyroku KIO z 27 sierpnia 2014 r. w spr. KIO 1630/14.

Korzystajmy z arbitrażu



Andrzej
KĄKOLECKI
Prezes Sądu Arbitrażowego
przy SIDiR

Jeżeli powstanie spór, zawiedzie mediacja czy rozjemstwo, strony mogą pozostać przy sądach powszechnych lub wybrać arbitraż. Arbitraż jest trendy – zwłaszcza w literaturze i na konferencjach. Ma szereg zalet – jak szybkość, efektywność, kompetencje arbitrów, oszczędność czasu i kosztów. Co więcej, mamy w Polsce dobre prawo, profesjonalne instytucje arbitrażowe, wybitnych arbitrów. W zakresie sporów budowlanych jest do dyspozycji wyspecjalizowany Sąd Arbitrażowy przy SIDiR.

Gorzej jest z praktyką. Arbitrażowi poddawana jest znikoma część sporów. Ocenia się, że rocznie, poniżej tysiąca spraw rozpatrywanych jest przez sądy arbitrażowe przy około półtora miliona postępowań w sprawach gospodarczych w sądach państwowych. Nieodczuwalna jest więc konsekwentna promocja arbitrażu, prezentacja argumentów za przyjmowaniem tego trybu rozstrzygania sporów.

Zacznijmy od prawa. Część piąta k.p.c., wprowadzona w 2005 r., uregulowała arbitraż w sposób nowoczesny i sprzyjający jego rozwojowi. W uzasadnieniu jej rządowego projektu podkreślono, że celem jest umożliwienie zainteresowanym podmiotom korzystania z arbitrażu w jak najszerszym zakresie.

Obecnie finalizowane są prace nad dalszym doskonaleniem polskiego prawa arbitrażowego. W dniu 22 maja 2015 r. Prezes Rady Ministrów przedstawiła Sejmowi RP rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów – Druk Nr 3432. Projekt w dużej mierze zgodny jest z propozycjami polskiego środowiska arbitrażowego. Poniżej przedstawiona jest krótka charakterystyka najważniejszych zmian.

Projekt wymaga składania przez osobę powołaną na arbitra pisemnego oświadczenia o swojej bezstronności i niezależności. Uregulowanie takie nadaje rangę *iuris cogens* praktyce arbitrażu i postanowieniom powszechnie przyjętym w regulaminach arbitrażowych. Umacnia fundamentalną zasadę bezstronności i niezależności arbitrów.

W odniesieniu do postępowań postarbitrażowych projekt wprowadza cenne zmiany. Obecnie system kontroli sądów powszechnych nad wyrokami arbitrażowymi (w przypadku ich zaskarżenia) jest dwuinstancyjny, z dodatkową możliwością kasacji do Sądu Najwyższego. Jak słusznie podkreślono w uzasadnieniu projektu, system taki jest nadmiernie rozbudowany. W konsekwencji projekt

ustala, że skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego wnosi się do sądu apelacyjnego, na obszarze którego znajduje się sąd, który byłby właściwy do rozpoznania sprawy, gdyby strony nie dokonały zapisu na sąd polubowny, a w braku tej podstawy do Sądu Apelacyjnego w Warszawie. Termin na wniesienie skargi zostaje skrócony z trzech do dwóch miesięcy. Od wyroku wydanego w postępowaniu ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego przysługuje skarga kasacyjna, można też żądać wznowienia postępowania oraz stwierdzenia niezgodności prawomocnego wyroku z prawem. Analogicznie – o uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności wyroku orzeka również ww. sąd apelacyjny lub Sąd Apelacyjny w Warszawie.

Dobre prawo, tym bardziej po przewidywanych udoskonaleniach, powinno sprzyjać decyzjom wyboru postępowania arbitrażowego.

W zakresie sporów budowlanych Sąd Arbitrażowy przy SIDiR zapewnia wysoką jakość i efektywność postępowań. Na Liście Arbitrów Sądu znajdują się wybitni specjaliści od arbitrażu, w tym zwłaszcza w zakresie kontraktów budowlanych opartych na Warunkach FIDIC – zarówno inżynierowie, jak i prawnicy. To połączenie umiejętności i kompetencji jest w sporach budowlanych niezmierznie użyteczne. Pozwala na wnikliwe i wszechstronne rozstrzyganie spraw. W szczególności eliminuje na ogół potrzebę zasięgania opinii biegłego, często kosztownych i wydłużających postępowanie, niekiedy kontrowersyjnych i wzajemnie sprzecznych. A jeżeli już opinia taka okaże się niezbędna, może zostać wszechstronnie profesjonalnie oceniona. Biegli też nie są nieomylni.

Sąd Arbitrażowy przy SIDiR posiada obecnie nowoczesny Regulamin, obowiązujący od 1 marca 2015 r. Należy przy tym podkreślić, że Regulamin z 2010 jest na wysokim poziomie merytorycznym. Znajduje nadal zastosowanie w odniesieniu do sporów wnoszonych na podstawie zapisów na Sąd sprzed wejścia w życie nowego Regulaminu, chyba że Strony postępowania postanowią inaczej. Nowy Regulamin uwzględnia natomiast najnowsze trendy w arbitrażu. W szczególności bardziej akcentuje t.zw. arbitraż proaktywny – oparty na współdziałaniu arbitrów ze Stronami.

Proaktywność jest obecnie szczególnie eksponowana w arbitrażu. Jak napisał jeden z czołowych polskich arbitrów, wieloletni przedstawiciel Polski w ICC, obecny także na liście Sądu Arbitrażowego przy SIDiR, Mec. Piotr Nowaczyk w znakomitym artykule „Arbiter XXI w. – wyzwania i oczekiwania (w poszukiwaniu arbitra idealnego)”: „proaktywność arbitrażu ma iść w kierunku *oddzielenia ziarna od plew*... Oddzielenie ziarna od plew to trochę jak rzeźbienie w marmurze. Michał Anioł zapytany kiedyś o sekret swojego talentu rzeźbiarskiego odpowiedział: biorę głaz marmuru i odrzucam wszystko, co niepotrzebne”¹

Nowy Regulamin Sądu Arbitrażowego przy SIDiR zaprezentowany został szczegółowo, na etapie finalizowania jego tekstu, w nr 34 – 35 Biuletynu Konsultant z listopada 2014 r. Dla przypomnienia – kilka interesujących i cennych nowości regulaminowych:

- jednoznaczne dopuszczenie aktualnych rozwiązań przyjętych w praktyce arbitrażu i w innych nowoczesnych regulaminach, jak zeznania pisemne, wykorzystywanie poczty elektronicznej w toku postępowania,

¹ W: „MIĘDZYNARODOWY I KRAJOWY ARBITRAŻ HANDLOWY U PROGU XXI WIEKU KSIĘGA PAMIĄTKOWA DEDYKOWANA DOKTOROWI HABILITOWANEMU TADEUSZOWI SZURSKIEMU, Warszawa 2008, s. 106

- proaktywność wyeksponowana w szczególności poprzez wymóg spotkań organizacyjnych arbitrów ze stronami i ich pełnomocnikami oraz opracowywania harmonogramów postępowań,
- określenie, jako zasady – 9-cio miesięcznego okresu postępowania licząc od chwili powołania Zespołu Arbitrażowego.

Regulamin, Taryfa Opłat, Lista Arbitrów i inne informacje o Sądzie znajdują się na jego stronie internetowej arbitraz-sidir.pl.

Warunkiem skorzystania z usług Sądu jest dokonanie zapisu (klauzula arbitrażowa) kompatybilnego z art. 1161 k.p.c., przewidującego poddanie sporu wynikającego z danej umowy lub w związku z nią rozstrzygnięciu przez Sąd Arbitrażowy zgodnie z jego Regulaminem. Standardowa wersja podana jest na wspomnianej stronie internetowej Sądu.

Należy podkreślić, że możliwe jest także poddanie sporu rozstrzygnięciu Sądu Arbitrażowego przy SIDIr już po zaistnieniu sporu, na podstawie zgodnej woli stron. Rozwiązanie to pozwala na skorzystanie z usług Sądu także w przypadku, gdy pierwotnie w danej umowie nie przewidziano arbitrażu – wobec czego ewentualny spór podlegałby orzecznictwu sądów powszechnych.

Zbigniew J. Boczek, Wiceprezes Sądu Arbitrażowego przy SIDIr, przedstawił interesującą propozycję klauzuli arbitrażowej w umowach o zamówienia publiczne, która nie wyłącza prawa poddania sporu pod rozstrzygnięcie sądu powszechnego i jednocześnie nie wyklucza możliwości rozstrzygnięcia sporu przez sąd arbitrażowy. Zawarta jest w jego artykule „Zgodność z prawem zmiany zapisu na sąd powszechny w umowie o roboty budowlane w zamówieniach publicznych” w Biuletynie Konsultant nr 36 z grudnia 2014 r.

Popatrzmy także na Warunki Kontraktowe FIDIC. Przykładowo – Klauzula 20.6 Warunków Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego (t.zw. czerwona książka) z 1999 r. przewiduje, w określonych w niej przesłankach, rozstrzyganie sporów w drodze arbitrażu – konkretnie przez Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy ICC w Paryżu. Otwarta jest możliwość pozostania przy arbitrażu, z przekształceniem tej klauzuli (zwłaszcza w sporach między podmiotami polskimi) na zapis przewidujący na przykład właściwość Sądu przy SIDIr. Tymczasem w praktyce klauzula ta jest przekształcana bardzo często na zapis poddający spory rozstrzygnięciu przez sądy powszechne. W konsekwencji – mamy rozciągnięte w czasie postępowania, o wyższych kosztach (długotrwałość podwyższa honoraria pełnomocników stron). Z utratą szansy rozstrzygnięcia przez wyspecjalizowanych arbitrów.

Dobry arbitraż wymaga dokonania dobrych wyborów. Pierwszy – to wybór arbitrów. Można założyć, że trafny będzie wybór z Listy Arbitrów Sądu – obejmuje ona rekomendowanych przez Sąd wybitnych specjalistów. Arbitrzy mogą być też spoza Listy – w przypadku takiej decyzji nieodzowny jest oczywiście przemyślany wybór kandydata o wysokich kwalifikacjach, z uwzględnieniem specyfiki danego sporu. Arbitr musi oczywiście spełniać wymóg bezstronności i niezależności wobec stron sporu, ale również powinien być biegły z dziedziny objętej sporem i posiadać nieodzowną znajomość obowiązującego w tym przedmiocie prawa. W razie wątpliwości – do podjęcia decyzji pomocne mogą być Wytyczne Międzynarodowego Stowarzyszenia Adwokatów (*International Bar Association*) dotyczące konfliktów interesów w międzynarodowym arbitrażu handlowym – *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*² – tekst ang. na stronie internetowej IBA. W praktyce wymagane jest też sprawdzenie dysponowaniu czasem (*availability*) przez potencjalnego arbitra; bo arbitr nadmiernie zajęty

może blokować postępowanie. Ostatnia refleksja – trudno przecenić w arbitrażu w sprawach budowlanych wspomniane uprzednio zalety wyboru „mieszanego” zespołu – dwóch inżynierów i prawnik lub dwóch prawników i inżynier. Jeden z nich oczywiście w roli arbitra przewodniczącego – i tu szczególnie ważne są umiejętności sprawnego kierowania postępowaniem.

Drugi istotny wybór – to wybór pełnomocników stron. Znowu ważne są kwalifikacje i doświadczenie w arbitrażu, jak również konstruktywna osobowość. Pełnomocnik o konfliktowej osobowości, z wybitnie rozwinętym poczuciem racji i agresywnej, nieuprzejmej argumentacji podważa szanse na proaktywny, skuteczny arbitraż i wbrew intencjom osłabia własne stanowisko.

Trzeci istotny wybór – to wybór instytucji arbitrażowej stosownie do specyfiki danego sporu. W zakresie sporów budowlanych i z zakresu zamówień publicznych istotne, przedstawione powyżej argumenty, przemawiają za wyborem Sądu Arbitrażowego przy SIDIr.

Na końcu – kilka uwag o dobrych praktykach arbitrażu. Mamy tu wiele zaleceń i wytycznych opracowanych przez międzynarodowe organizacje i renomowane zagraniczne instytucje arbitrażowe. Niektóre z nich stanowią cenne mini podręczniki arbitrażu, których znajomość sprzyja sprawnemu postępowaniu.

Spośród wytycznych zasługujących na szczególną uwagę warto w szczególności wspomnieć o opracowaniach IBA, UNCITRAL oraz Międzynarodowej Izby Handlowej (*International Chamber of Commerce*) w Paryżu

IBA, poza wspomnianymi Wytycznymi dotyczącymi konfliktów interesów, wydała także m.in. Wytyczne w sprawie reprezentowania stron w arbitrażu międzynarodowym. (*IBA Guidelines on Party representation in International Arbitration*). Znajomość ich może być również odpowiednio wykorzystana i przydatna przy prowadzeniu arbitrażu krajowego.

Ogromne znaczenie w praktyce arbitrażu mają Uwagi UNCITRAL dotyczące organizacji postępowania arbitrażowego (*UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings*), sporządzone w 1996 r. Aktualnie finalizowany jest w ramach ONZ nowy tekst tych Uwag.

Techniki kontroli czasu i kosztów w arbitrażu ICC (*ICC Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*). Poświęcone są arbitrażowi ICC, ich znajomość i odpowiednie wykorzystanie są jednak bardzo pomocne także w innych, zwłaszcza skomplikowanych arbitrażach. W szczególności Techniki precyzują kwestie dotyczące efektywnego przeprowadzania rozpraw, unikania rozpraw zbędnych, ograniczenia postępowania dowodowego do rzeczywistych potrzeb – zwłaszcza w odniesieniu do opinii biegłych. Krótko mówiąc – są pomocne dla zapewnienia profesjonalnego zarządzania postępowaniami arbitrażowymi.

Efektywne zarządzanie w arbitrażu – Przewodnik dla wewnętrznego doradcy lub innych przedstawicieli stron (*Effective Management of Arbitration – a Guide for in-House Counsel and other Party representative*) – publikacja ICC z 2013 r. Celem podręcznika jest zapewnienie doradcom wewnętrznym i innym przedstawicielom stron, takim jak menedżerowie czy funkcjonariusze rządowi, praktycznych instrumentów dla podejmowania decyzji w celu prowadzenia efektywnego arbitrażu.

Poszerzanie znajomości technik dobrego arbitrażu działa na rzecz wysokiej jakości postępowań, zwłaszcza w skomplikowanych sprawach, do których należą spory budowlane i w zakresie zamówień publicznych. W tym kontekście polecamy usługi Sądu Arbitrażowego przy SIDIr.

2 Teksty polski i angielski w: P.Nowaczyk, A.Szumański, M.Szymańska Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL Komentarz, s. 725 - 757



politechnika poznańska
instytut konstrukcji
budowlanych

Instytut Konstrukcji Budowlanych Politechniki Poznańskiej

zaprasza na Studia Podyplomowe nt.

**„Realizacja inwestycji celu publicznego
oraz procedury FIDIC i Banku Światowego”**

**Studia Podyplomowe przewidziane są dla osób
chcących pogłębić wiedzę z zakresu realizacji inwestycji,
a w szczególności stosowanych zasad FIDIC
w umowach międzynarodowych i skierowane jest
do wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego.**

Czas trwania Studium obejmuje 2 semestry.

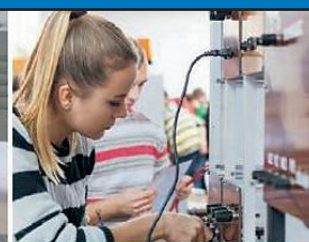
Termin rozpoczęcia zajęć: październik 2015 r.

Dodatkowe informacje znajdują się na stronie **www.ikb.poznan.pl**



**POLITECHNIKA
GDAŃSKA**

**110
LAT**



**Wydział Inżynierii Lądowej i Środowiska Politechniki Gdańskiej
ogłasza nabór na roczne podyplomowe studia pt.
„Kontrakty na roboty budowlane według polskich
i międzynarodowych procedur”
(edycja V), rok akademicki 2015/2016**



Studia skierowane są do wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego – osób chcących podnieść swoje kwalifikacje zawodowe oraz poszerzyć wiedzę z zakresu przygotowania i realizacji inwestycji budowlanych zgodnie z przepisami prawa polskiego, procedurami FIDIC i Banku Światowego.

Program studiów obejmuje m.in. następujące zagadnienia: międzynarodowe procedury realizacji inwestycji budowlanych a prawo polskie, warunki realizacji kontraktu wg procedur FIDIC, procedury przetargowe w Pzp, zarządzanie kontraktami inwestycyjnymi na roboty budowlane, zapewnienie jakości i zarządzanie ryzykiem w realizacji przedsięwzięć budowlanych.

Szczegóły: <http://www.wilis.pg.gda.pl> – Studia podyplomowe

Termin przyjmowania zgłoszeń: do 30.09.2015 r.

Kontakt Politechnika Gdańska,
Wydział Inżynierii Lądowej i Środowiska,
ul. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk,

tel. (58) 347-26-96, (58) 347-20-83,
fax (58) 347-26-96
e-mail: podyplomowe-wilis@pg.gda.pl



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