

BIULETYN Konsultant



nr 40, listopad 2015

Temat dnia

str. 2

Wydawnictwo SIDiR.

**„BEST VALUE PROCUREMENT” (BVP)
procedura wyboru najkorzystniejszej oferty**

str. 3

**Granice swobody kontraktowej
w zamówieniach publicznych**

str. 4

**Możliwość wprowadzenia zmian
w przedmiocie zamówienia publicznego
na roboty budowlane po zawarciu umowy**

str. 7

O funkcjach kary umownej

str. 10

**Odpowiedzialność zamawiającego
będącego podmiotem publicznym
za niewykonanie obowiązku współdziałania
z wykonawcą przy wykonywaniu zobowiązania
wynikającego z umowy o roboty budowlane**

str. 13

**Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej
w nawiązaniu do opublikowanych artykułów**

str. 16

**Czy arbitraż pomoże w sporach
o nadzór autorski?**

str. 18

**Budowa wiaduktu nad CKM we Włoszczowie
jako przykład bezpiecznej realizacji prac
przy czynnej linii kolejowej**

str. 21

Program konferencji

**Nowa perspektywa finansowania zamówień
publicznych w inwestycjach budowlanych**

str. 23



Tsunami sporów nad nami



Tomasz
LATAWIEC

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

Koleżanki i Koledzy.

Za kilka dni rozpocznie się druga Konferencja Sądu Arbitrażowego przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczników w Warszawie. W tym roku Konferencja została objęta patronatem Centrum Unijnych Projektów Transportowych (CUPT), co podkreśla rangę Konferencji i naszego Stowarzyszenia. Myślę, że będzie to dobra okazja, by w szerszym gronie porozmawiać o nowym otwarciu w relacjach pomiędzy inwestorami a wykonawcami oraz o sposobach unikania eskalacji sporów w zamówieniach publicznych. Jako niezależni inżynierowie konsultanci powinniśmy starać się promować dobre praktyki i zasady, dzięki którym te relacje mogą być efektywne i dzięki którym zamawiający i wykonawca nie będą stali po dwóch stronach barykady, tylko wspólnie będą dążyli do zrealizowania celu jakim jest ukończenie inwestycji.

Praktyka ostatnich lat i systematyczne „psucie” Warunków Kontraktowych FIDIC przez majstrowanie przy nich przez różnej maści „innovatorów” – zwłaszcza tych zatrudnionych w jednej z najhojniej obdarowanych środkami unijnymi Dyrekcji – powinny odejść w niepamięć. Ale żeby to nastąpiło musimy wypracować wspólne stanowisko naszego środowiska co do pryncypiów. Konferencja będzie dobrym miejscem debaty i prezentacji poglądów praktyków. Warto zatem poświęcić dwa dni na spotkanie

w gronie osób profesjonalnie zajmujących się inwestycjami budowlanymi ze szczególnym uwzględnieniem zamówień publicznych.

Jednym z pomysłów na systemową zmianę jest powołanie Narodowego Forum Kontraktowego (NFK) – organizacji skupiającej przedstawicieli odpowiednich ministerstw, samorządów, agencji rządowych, organizacji branżowych i spółek Skarbu Państwa, mającej na celu rozpowszechnianie dobrych praktyk i wzorów dokumentów w systemie zamówień publicznych, które mogłyby wykorzystywać zamawiający. Idea NFK opiera się o fundamentalną zasadę zapewnienia równouprawnienia stron w procesie inwestycyjnym. Dlatego priorytetami nowej organizacji ma być stworzenie wzorów zrównoważonych warunków kontraktowych wiążących dla zamawiających publicznych oraz przyjęcie wspólnych zasad opracowywania materiałów przetargowych, w tym opisu przedmiotu zamówienia.

Pragnę w tym miejscu podkreślić rolę naszego Stowarzyszenia w promocji idei Narodowego Forum Kontraktowego. Może „dobra zmiana” doceni wagę pomysłu i da szansę na jego wdrożenie? Wierzę, że tak i że NFK w sposób rewolucyjny wpłynie na cały system zamówień publicznych. NFK czerpie wzorce z brytyjskiego JCT i holenderskiego CROW, ale nie kopiuje ich bezkrytycznie. Na łamach Biuletynu będziemy informować na bieżąco o postępach we wdrażaniu Narodowego Forum Kontraktowego.

Szanowni Państwo!

Po raz kolejny zwracam się z apelem o Wasz udział w tworzeniu Biuletynu. Wasze artykuły bądź komentarze mogą być interesujące dla innych członków Stowarzyszenia. Głos każdego z Was jest cenny i ważny, a wymiana poglądów pożądana. Im więcej autorów będzie publikowało na łamach Biuletynu, tym bardziej będzie on pluralistyczny, na czym SIDiR jako organizacja zrzeszająca profesjonalistów na pewno skorzysta.

Do zobaczenia na Konferencji!



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

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

Kolegium redakcyjne: Zbigniew J. Boczek (redaktor naczelny)

Członkowie: Tamara Małasiewicz, Włodzimierz Kiernożycki, Tomasz Latawiec

SIDiR jest członkiem:



Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils – FIDIC



European Federation of Engineering Consultancy Associations – EFCA



The Dispute Resolution Board Foundation – DRBF

Publikowane w Biuletynie „Konsultant” artykuły prezentują stanowiska, opinie i poglądy ich Autorów. Redakcja zastrzega sobie prawo do adiustacji 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

Wydawnictwo SIDiR. „BEST VALUE PROCUREMENT” (BVP)

procedura wyboru najkorzystniejszej oferty



**Marcin
MIKULEWICZ**

Członek Zarządu SIDiR, Ekspert Centrum im. Adama Smitha, współzałożyciel koła Młodych Profesjonalistów przy SIDiR, Członek Zarządu Młodych Profesjonalistów przy EFCA

Zbliżające się zmiany w Prawie Zamówień Publicznych podyktowane wejściem w życie w kwietniu 2016 r. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE, jak również traumatyczne wspomnienia związane z katastrofalnym przeprowadzeniem inwestycji infrastrukturalnych w pierwszej perspektywie unijnej, gdzie w 99% przypadków jedynym kryterium wyboru była najniższa cena powodują, iż tematyka poza cenowych i jakościowych kryteriów wyboru nie schodzi z ust nikogo zainteresowanego procesem inwestycyjnym w Polsce.

Obecnie obowiązujące zapisy ustawy, teoretycznie wymuszające stosowanie kryteriów innych niż oparte o najniższą cenę napawają jeszcze większą troską z uwagi na sposób ich wdrażania przez Zamawiających, którzy z uwagi na brak wiedzy i doświadczenia w zakresie kryteriów jakościowych w celu spełnienia ustawowych obowiązków stosują najczęściej obok ceny długość obowiązywania gwarancji i termin wykonania. Efekt tego typu podejścia podnosi wykładniczo ryzyko, ponieważ oferenci najczęściej oferują najdłuższy możliwy okres gwarancyjny i najkrótszy możliwy termin wykonania. Czyli naprawdę pozostaje najniższa cena z maksymalnie długim okresem gwarancji i najkrótszym możliwym terminem realizacji.

Profesor Dean Kashiwagi, guru przywołanego w tytule Best Value Procurement, mawia, że zatrudnienie ekspertów od samego początku procesu, którzy będą w stanie w sposób prosty przedstawić Zamawiającemu jego możliwy wynik, minimalizuje zarówno przyszłe koszty jak i ryzyka.

Wartość tych słów doceniła Holandia, która jako pierwsza rozpoczęła wdrażanie procedury wyboru najkorzystniejszej oferty w swoich zamówieniach publicznych. Warto wspomnieć, iż to właśnie pionierskie na skalę Europy doświadczenia holenderskie stały się w dużej mierze inspiracją zapisów dyrektywy, która powstała później. Doświadczenia holenderskie zostały zawarte w wydawnictwie „Prestatieinkoop” (<http://www.prestatieinkoop.com/>), zawierającej najcenniejsze doświadczenia praktyczne Holandii w zakresie BVP. Jak cenna jest ta wiedza mogliśmy przekonać się wielokrotnie w trakcie organizowanych przez SIDiR konferencji, na których gościliśmy holenderskich prelegentów, którzy wielokrotnie byli pytani przez globalne organizacje inżynierskie, kiedy właśnie ten podręcznik będzie dostępny w języku angielskim.

Zarząd SIDiR z wielką satysfakcją może ogłosić, iż zanim ukaże się wersja angielska „Prestatieinkoop” na pewno ukaże się wersja polska, która powstała dzięki wsparciu i współpracy z Ambasadą Królestwa Niderlandów w Polsce. Będzie to pierwsze nieholenderskie wydanie tego jakże ważnego dla polskich zamówień publicznych dzieła, z którego mamy nadzieję będą mogli skorzystać zarówno Zamawiający publiczni jak i prywatni. Polska nazwa **„Procedura wyboru najkorzystniejszej oferty”**, autorstwa Prof. Tomasza Siwowskiego doskonale opisuje filozofię stojącą za skrótem BVP i będzie stosowana w nomenklaturze SIDiR jako polskie tłumaczenie Best Value Procurement.

Wydawnictwo ukaże się w styczniu 2016 r., natomiast jego promocja będzie miała miejsce w trakcie konferencji SIDiR współorganizowanej z Ambasadą Holandii, FIDIC i EFCA w Krakowie w dniach 6-9 marca 2016 r. Wszelkich informacji na temat wydawnictwa jak również wszelkich zmian i uzupełnień do polskiej wersji BVP będzie można dowiedzieć się na dedykowanej stronie internetowej <http://bvp-sidir.pl/>. Zapraszamy również do zapisania się do newslettera na stronie www.sidir.pl za pomocą którego będą Państwo na bieżąco informowani o aktualnym statusie prac przy wydawnictwie jak również przy przyszłorocznej konferencji.

Granice swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych

Papier się nie rumieni. Cynceron.



Paweł
ZEJER
Wice Prezes SIDiR

Wyznaczenie granic zawsze było i będzie istotne. Znamy granice pomiędzy państwami, granice pomiędzy ludźmi ale też granice odpowiedzialności w umowach o roboty budowlane. Wszyscy wiemy, że naruszenie granic zawsze powoduje napięcia, a w konsekwencji często spory. Jeśli ustalono granice w taki sposób, że nie można ich nie przekroczyć, z góry decydujemy się na konflikty. **Kiedy kilka lat temu SIDiR zorganizował konferencję zatytułowaną „Tsunami sporów przed nami”, było już za późno aby to tsunami zatrzymać, bo zawarto wiele umów, które z góry były skazane na spory. Czy mając takie doświadczenie potrafimy tak budować umowy aby zapobiegać powstawaniu sporów?**

W niniejszym tekście autor chce uniknąć wnikliwych analiz prawnych, skupiając się na zagadnieniach związanych z zarządzaniem, które winny być analizowane w kontekście poszukiwania granic swobody kontraktowej.

Chciałbym aby fundamentem rozważań było poszukiwanie granicy swobody kontraktowej rozumianej jako granica, której przekroczenie powoduje naruszenie zasad współzycia społecznego. Szczęśliwie przepis art. 58 § 2 k.c. przewiduje nieważność czynności prawnej w razie jej sprzeczności z konkretnymi zasadami współzycia społecznego. „Przez zasady współzycia społecznego rozumie się na ogół obowiązujące w stosunkach między ludźmi reguły

postępowania, które za podstawę mają uzasadnienie aksjologiczne (ocenne). Odwołują się one do powszechnie uznawanych w całym społeczeństwie lub w danej grupie społecznej wartości i ocen właściwego, przyzwoitego, rzetelnego, lojalnego czy uczciwego zachowania. Zasady te obejmują nie tylko reguły moralne, lecz także obyczajowe¹”² Należy zwrócić uwagę, jak wiele reguł, zasad i definicji przywołano powyżej, a co ważne nie tylko bezpośrednia podstawa prawna decyduje o naruszeniu zasady współzycia społecznego.

W dalszej części rozważań dokonano krótkiego przeglądu najważniejszych obszarów zarządzania, które występuje w dużych umowach o roboty budowlane. Obszary te przedstawiono na rysunku 1. poniżej. W dalszej części rozważania odniesiono się do najważniejszych z nich.

Zarządzanie ryzykiem

Podział ryzyka pomiędzy strony, w ocenie autora, jest najistotniejszym elementem, w kontekście ustalania granic swobody pomiędzy stronami. Pamiętajmy, że ryzykiem można zarządzać. **Ryzyka można unikać, można złagodzić, zaakceptować, ale można również przenieść na drugą stronę. Ostatnia możliwość zdaje się być najczęściej wykorzystana przez zamawiających sektora publicznego, ale o tym za chwilę. Ryzyko może mieć również wymiar korzystny dla przedsięwzięcia i wtedy można je udostępnić, wykorzystać albo wzmocnić.**

Zdaniem autora, to właśnie nadmierne przeniesienie ryzyka na wykonawcę robót powoduje spory. Nietrudno o przykłady.

1. Ryzyko wystąpienia konieczności przeprowadzenia ratunkowych badań archeologicznych. Czy koniecznie wykonawca w swojej ofercie musi przewidzieć koszt takich badań skoro nie wie czy one wystąpią? Przeniesienie ryzyka konieczności sfinansowania takich badań na Wykonawcę jest powszechne.

¹ por. np. Z. Radwański (w.): System prawa prywatnego, t. 2, 2002, s. 240 i n.; M. Safjan (w.): K. Pietrzykowski, Komentarz, t. I, 2008, s. 327).
W wyr. z dnia 2 października 2003 r. (V CK 241/02, Lex nr 175961

² Zbigniew Boczek – Zasada współzycia społecznego. Komentarz. 2015.

2. Ryzyko nieprzewidywalnych warunków gruntowo – wodnych. To ryzyko jest chyba najczęściej omawianym i przytaczanym. Trzeba przyznać, że w niektórych sektorach dokłada się coraz większej staranności aby warunki te szczegółowo badać i opisywać w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ). Rezultaty są korzystne, a kłopot zaczyna się w momencie wzięcia odpowiedzialności za jakość badań przekazywanych wykonawcom w OPZ. Praktyka podpowiada, że nie wystarczy takie badania wykonać i przekazać wykonawcom lecz nadal trzeba wziąć odpowiedzialność za sytuację, w których te badania są błędne czy też warunki gruntowo – wodne są inne na niebadanym obszarze. Wykonanie badań nie powinno zwalniać zamawiającego z odpowiedzialności za takie badania.
3. Kolizje z instalacjami podziemnymi niezidentyfikowanymi w dokumentacji projektowej/OPZ. To kolejna przyczyna sporów, bo niekiedy koszt usuwania takich kolizji jest znaczny i może powodować stratę po stronie wykonawcy. Skrajnym przypadkiem jest oczekiwanie od wykonawców zaznajomienia się z instalacjami poziomymi przed przystąpieniem do realizacji zamówienia. Taka sytuacja nie może być uznana za jednoznaczny i szczegółowy opis przedmiotu zamówienia z uwagi na art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.³
4. Próby przenoszenia odpowiedzialności za dokumentację techniczną na wykonawcę robót, po okresie przeglądu wyznaczonego przez zamawiającego. Jest to skrajny przypadek, próby przeniesienia odpowiedzialności zawodowej na stronę trzecią. Mimo, że sprzeczny z prawem, stale w praktyce spotykany.

Nie jest celem tych rozważań wylistowanie wszystkich przypadków, kiedy możemy mówić o naruszeniu zasad współżycia społecznego. **W zarządzaniu projektami, co ma również zastosowanie w przypadku warunków kontraktowych FIDIC, stosuje się zasadę, iż wykonawcy powinniśmy przypisywać ryzyka, którymi może on w racjonalny sposób zarządzać. Kiedy mówimy o ryzyku, którym wykonawca w żaden sposób nie może przeciwdziałać i wystąpienie tego ryzyka nie żaden sposób nie zależy od wykonawcy, winno być przypisane zamawiającemu.**

Szczęśliwie pogląd ten znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, np.: „Przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej”.⁴ Być może należy w poszukiwaniu granic swobody kontraktowej stosować właśnie tę zasadę.

W tym samym wyroku KIO znajdujemy kolejną zasadę, która jest w pełni zgodna z tym co powiedziano powyżej.

„Przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polegająca na konieczności uwzględnienia również postawy drugiej strony umowy.”⁵

W pozostałych sytuacja, tj. kiedy wykonawca może w pewnym zakresie zarządzać ryzykiem należy pamiętać, że aby wycenić ryzyko, trzeba mieć do tego informacje! **To oznacza, że w przypadku przeniesienia ryzyka na wykonawcę należy dostarczyć wykonawcy możliwie pełne informacje, które pozwolą określić wykonawcy budżet, który jak wiemy jest iloczynem kosztu, który wykonawca poniesie w przypadku wystąpienia ryzyka i prawdopodobieństwa jego wystąpienia.**

Zarządzanie zmianami

To, że nie ma kontraktu bez zmian praktycy wiedzą doskonale. Pomimo tego, nie do końca radzimy sobie nadal z procedurami zmian o czym świadczy stale zapotrzebowanie na szkolenia w zakresie zarządzania zmianami w reżimie prawa o zamówieniach publicznych. Pomijam skraje przypadki wystąpienia konieczności wykonania robót wykraczających poza określenie przedmiotu zamówienia. Jak pokazuje praktyka, najczęściej podczas realizacji pojawia się sytuacja nieopisana szczegółowo a konieczna do wprowadzenia, a to powoduje nacisk na wykonawcę ich wykonania bez wynagrodzenia albo sytuację patową.

Jest jeszcze pewien obszar, z którym radzimy sobie jeszcze gorzej niż ze zmianami. Teoria zarządzania projektami mówi także o konieczności *zarządzania kształtem projektu* w przypadku przedsięwzięć bardzo dużych i złożonych technicznie. To oznacza, że przystępując do realizacji robót, nawet po wykonaniu projektu wykonawczego, może wystąpić konieczność znaczących zmian kształtu przedsięwzięcia, nie tylko niewielkiego odchylenia, po to aby można było osiągnąć zamierzony cel.

Zarządzanie budżetem

W tym obszarze, mieszczą się nie tylko (i) wycena robót, (ii) wycena zmian czy też (iii) wskazanie metody rozliczenia z wykonawcą. Tutaj zmieścimy również strategię rozliczania się stron w przypadku niewywiązania się z umowy (czytaj: politykę naliczania kar umownych). A w tym obszarze obserwuje się wykorzystanie pozycji dominującej strony sporządzającej umowę, czyli zamawiającego.

Do przykładów kar umownych, w ocenie autora, naruszających zasady zaliczyć można:

1. Kary umowne z tytułu niewykonania przez wykonawcę obowiązków, gdy przyczyną niewykonania danego zobowiązania jest działanie lub zaniechanie zamawiającego albo strony trzeciej, bez przyczynienia się wykonawcy. Taka sytuacja jest pośrednią aprobatą nieprofesjonalnego działania zamawiającego i próbą ubezpieczenia kosztem wykonawcy własnych zaniechań czy też zaniedbań.⁶
2. Kary umowne związane z niedopełnieniem obowiązku przestrzegania zasad BHP. Jakkolwiek bezpieczeństwo stało się w ostatnim czasie priorytetem, to jest wiele innych metod niż kary umowne zmierzające do zapewnienia bezpieczeństwa na placu budowy.

³ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 maja 2015 r. KIO 897/15.

⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 maja 2015 r. KIO 897/15.

⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 maja 2015 r. KIO 897/15.

⁶ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 maja 2015 r. KIO 897/15.



3. Kary umowne za nieterminowe przedłożenie raportów wykonawcy, harmonogramu robót oraz odniesienie się do uwag zamawiającego do tych dokumentów.
4. Kary umowne za nieobecność przedstawiciela wykonawcy na spotkaniu koordynacyjnym.
5. Kary umowne za niedotrzymanie terminu wykonania etapu robót/kamienia milowego, który nie powoduje żadnej szkody po stronie zamawiającego. Niekiedy taka sytuacja jest nazywana „wymaganą minimalną ilością wykonania”. Oczekuje się, że wykonawca będzie prowadził roboty w określonym, narzuconym przez zamawiającego tempie, co narusza swobodę wyboru metody realizacji świadczenia przez wykonawcę.

Wachlarz kar umownych, które nie dotyczą bezpośrednio wykonania robót i ich jakości jest duży. Można się domyślać, że ich celem jest dyscyplinowanie wykonawcy, które ma spowodować lepsze zarządzanie i sprawniejszą realizację. W praktyce powoduje znakomite zwiększenie biurokracji, powstawanie sporów dotyczących zasadności naliczania kar umownych, a na pewno nie wpływa na lepsze zarządzanie realizacją umowy.

Podsumowanie.

Od pewnego czasu widoczna jest tendencja ustawodawcza do stopniowego zastępowania klauzuli generalnej „zasad współżycia społecznego” klauzulą „dobrych obyczajów”, „słuszności” oraz „rozsądku”. Funkcje tych klauzul generalnych są jednak podobne. Służą one wprowadzeniu możliwości dokonywania ocen określonych zachowań w sposób odpowiednio elastyczny, wykraczający poza czysto sformalizowane kryteria wynikające z reguł prawa pozytywnego, przez uwzględnienie również norm etycznych przyjętych w obrocie⁷. Takie podejście jest spójne z zasadami zarządzania, o których mowa powyżej, a w szczególności w zakresie podziału ryzyka pomiędzy stronami umowy.

W ostatnim czasie obserwuje się również pozytywne tendencje ustalania relacji pomiędzy stornami w umowie. Przykładami może być wprowadzanie waloryzacji ceny kontraktowej w oparciu o wskaźniki GUS do umów czy też stopniowego podnoszenia jakości dokumentacji technicznej, co pozwala nieznacznie zmniejszać budżet ryzyka wykonawcy.

Niestety plany największych inwestorów publicznych w zakresie opracowania standardowych materiałów przetargowych w tym warunków kontraktu nie pozwalają na stwierdzenie, że tsunami sporów jest już za nami.



⁷ por. np. wyr. SN z dnia 23 kwietnia 2004 r., I CK 550/03, Lex nr 188472; Z. Radwański (w:) Zielona księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2006, s. 57 i n.; E. Rott-Pietrzyk, Klauzule generalne rozsądku w kodeksie cywilnym, KPP 2005, z. 3, s. 617 i n.; M. Safjan (w:) K. Pietrzykowski, Komentarz, t. I, 2008, s. 327.

Możliwość wprowadzenia zmian w przedmiocie zamówienia publicznego na roboty budowlane po zawarciu umowy



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

Zasada swobody umów w procedurze prowadzącej do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego doznaje ograniczeń związanych zarówno z procedurą zawarcia tej umowy, jej treścią, jak również dopuszczalnością modyfikowania stosunku umownego.

Zgodnie z art. 140 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej p.z.p.), zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Jednocześnie dalej stwierdza się, że umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. **Oznacza to tym samym, że określony w specyfikacji przedmiot zamówienia nie może podlegać zmianom na etapie realizacji umowy i musi jednocześnie pozostawać w zgodności z treścią oferty złożonej przez wykonawcę. Świadczenie musi być zatem odzwierciedleniem opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy zawartych w specyfikacji. Roboty budowlane nieprzewidziane w projekcie budowlanym nie mogą być uznane za roboty objęte zamówieniem podstawowym.**

Zamawiający używają czasami na etapie wykonawstwa robót budowlanych określenia „roboty zamien-

ne” w stosunku do zawartej umowy i określonego w niej przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do możliwości wykonywania robót zamiennych w zamówieniach publicznych, należy podkreślić, że **nie istnieje przepis prawa zamówień publicznych, który mówiłby wprost o robotach zamiennych.**

Należy także wskazać, że obowiązki zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (art. 29 ust. 1 p.z.p.) nakładają na niego obowiązek, na etapie przygotowania i prowadzenia przetargu, jasnego i precyzyjnego wskazania rodzaju czynności w ramach zamówienia.

Przepis art. 29 ust. 1 p.z.p. wskazuje zasady opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z którymi *zamawiający zobowiązany jest do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

Także należy wskazać, że:

- zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie – art. 140 ust. 1 p.z.p.,
- umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem określony w specyfikacji przedmiot zamówienia nie może podlegać zmianom na etapie realizacji umowy i musi jednocześnie pozostawać w zgodności z treścią oferty złożonej przez wykonawcę – art. 140 ust. 3 p.z.p.,
- niedopuszczalne jest rozszerzenie przedmiotu (zakresu) świadczenia,
- zawartość dokumentacji projektowej wyznacza zakres świadczenia wykonawcy w przypadku zamówienia na roboty budowlane.



Zamawiający publiczny nie może przewidzieć w dokumentacji przetargowej zwiększenia zakresu zamówienia na etapie wykonawstwa, poza dopuszczalnymi prawnie tzw. „zamówieniami uzupełniającymi” lub „zamówieniami dodatkowymi” (art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 p.z.p.). Tym samym wielkość i zakres zamówienia pozostają takie jakie określono w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia musi zostać sporządzony rzetelnie i na zasadach wskazanych w ustawie, a więc zamawiający, który pozwoli w trakcie realizacji na jego rozszerzenie co do jego zakresu spowoduje podejrzenie, iż ogłaszając postępowanie nie opisał przedmiotu zamówienia dostatecznie dobrze i rzetelnie.

Nie ma również prawnej możliwości zawarcia porozumienia (aneksu) w ramach zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, przewidującego wykonanie prac dodatkowych, które nie były pierwotnie przewidziane w dokumentacji projektowej. W efekcie umowa podlegałaby na podstawie art. 140 ust. 3 p.z.p. unieważnieniu właśnie w tym zakresie, w jakim nastąpiłoby rozszerzenie jej przedmiotu.

Zamawiający muszą analizować każdą umowę i pamiętać o ograniczeniach wynikających z istoty zamówień publicznych. Przykładowo nie można w drodze aneksu całkowicie zmienić przedmiotu zamówienia. Podobnie wynagrodzenie wynikające z umowy o zamówienie publiczne jest zasadniczo stałe i niezmiennne. Tylko w szczególnych sytuacjach istnieje możliwość jego zmiany – rozliczenie obmiarowe.

Należy postawić tezę o niedopuszczalności późniejszego aneksowania umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiot wykraczałby poza pierwotny opis przedmiotu zamówienia. Art. 144 ust. 1 p.z.p. pozwala jedynie pod pewnymi warunkami, na zmiany (aneksowanie) umowy w sprawie zamówienia publicznego. Bezwzględnie nie może to polegać na rozszerzeniu przedmiotu zamówienia o dodatkowe prace.

Zmian do umowy nie można wprowadzić również wówczas, gdy okoliczności skutkujące koniecznością zmiany umowy można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Jeżeli zatem zamawiający nie przewidział tych okoliczności, choć mógł i powinien był je przewidzieć, zmiana postanowień umowy nie jest dopuszczalna.

Jednocześnie warto zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 144 ust. 1 p.z.p. zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W ustępie drugim art. 144 p.z.p. znajduje się postanowienie, że zmiana umowy dokonana z naruszeniem art. 144 ust. 1 podlega unieważnieniu. Oczywiście zamawiający nie może przewidzieć zmian godzących w zakaz ustanowiony treścią art. 140 p.z.p. co do zakresu świadczenia wykonawcy, a nawet gdyby takie zmiany przewidział i gdyby zostały one do umowy wprowadzone podlegałyby unieważnieniu. Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 p.z.p. wymaga również zgodnych oświadczeń woli zamawiającego i wykonawcy.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na art. 140 ust. 3 Pzp który jest *lex specialis* do art. 144 ust. 1 Pzp w związku z możliwymi zmianami umowy oraz tzw. zamówieniami dodatkowymi. **Art. 140 ust. 3 Pzp uniemożliwia rozszerzanie przedmiotu zamówienia** w wyniku czynności prawnej zamawiającego i wykonawcy (aneksu do umowy). Odnosi się to w równym stopniu do zawarcia umowy w zakresie szerszym niż wynika to z s.i.w.z., jak i późniejszych zmian umowy, które miałyby doprowadzić do rozszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy. Redakcja art. 140 ust. 3 odwołuje się do pojęcia „określenie przedmiotu zamówienia”, podobnie jak w poszczególnych trybach udzielania zamówień – art. 41 pkt 4), art. 48 ust. 2 pkt 3), art. 63 ust. 2 pkt 2), art. 75 ust. 2 pkt 3), art. 106 ust. 2 pkt 3. Tymczasem we wszystkich pozostałych przepisach ustawy regulujących przedmiot zamówienia, ustawodawca posługuje się zwrotem „opis przedmiotu zamówienia” (art. 29 ust. 4, art. 30 ust. 7, art. 36 ust. 1 pkt 3), bądź „opisywanie przedmiotu zamówienia” (art. 29 ust. 1–3, art. 30 ust. 1). **Określenie przedmiotu zamówienia zdaje się mieć wymiar bardziej ogólny, określający raczej cel świadczenia wykonawcy, a tym samym powinno być postrzegane w kategoriach zakresu zobowiązania** (np. wykonanie obiektu). W takim rozumieniu nie wydaje się, aby art. 140 ust. 3 stał na przeszkodzie modyfikacjom świadczenia wykonawcy w ramach ogólnie określonego przedmiotu zamówienia (zobowiązania), jeżeli dotyczy to np. polepszenia użyteczności tego świadczenia (w tym użycie materiałów i urządzeń równoważnych, a więc użycie innych materiałów tej samej jakości, czy innych urządzeń bez pogorszenia wymaganych parametrów eksploatacyjnych, itp.). Tak długo, jak zmiany tego rodzaju nie będą powodować powstania zobowiązania (obiektu) innego niż określony przedmiotem zamówienia, a tym samym będą zgodne z celem realizacji zamówienia publicznego, to należy uznać, iż zakres świadczenia wykonawcy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a zmiany będą dopuszczalne.

Można jednocześnie przyjąć *a contrario* interpretację, że jeżeli zmiany nie zostaną zakwalifikowane jako istotne, to będą zmianami nieistotnymi. Jednocześnie możliwość dokonywania zmian nieistotnych nie jest poddana analogicznemu rygorom z art. 144 ust. 1 Pzp, niemniej jest wymagane zgodnie z art. 77 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 2 i 1 Pzp, zgodne oświadczenie woli stron *ad solemnitatem*, oraz wprowadzenie „zmian nieistotnych” aneksem do umowy podstawowej, ponieważ zgodnie z art. 73 § 1 k.c. jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną pod rygorem nieważności, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna.

Należy bowiem pamiętać, że zgodnie z art. 77 § 1 k.c. *Uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia.*, a więc jeżeli umowa została zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności (art. 139 ust. 2 Pzp), jej uzupełnienie, zmiana za zgodą obu stron, wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa przewidziała w celu jej zawarcia.

PODSUMOWANIE

- Często występujące w obrocie powszechnym tzw. aneksy do umowy rozszerzające jej zakres przedmiotowy zamówienia są dopuszczalne, natomiast w zamówieniach publicznych całkowicie wykluczone, nawet jeżeli zamawiający zapisał je w umowie powołując się niesłusznie w takim przypadku na art. 144 ust. 1 Pzp.
- Wszystkie zamówienia objęte nowym zamówieniem, udzielane są przez zawarcie nowej umowy, a nie przez rozszerzenie poprzednio zawartego kontraktu. Nawet przy posługiwaniu się procedurą z wolnej ręki, operuje się zamówieniem dodatkowym, a nie rozszerzeniem uprzedniego zamówienia.
- Rozszerzenie zamówienia jest możliwe tylko w przypadku udzielenia tzw. zamówienia uzupełniającego, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót

budowlanych, stanowiącego nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i **polegającego na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień**, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Należy jednocześnie zwrócić uwagę, że zamówienie uzupełniające na roboty budowlane powinno być ustalone przy określeniu wartości zamówienia na roboty budowlane zgodnie z art. 33 ust. 1 pkt 1. na podstawie „*kosztorysu inwestorskiego sporządzonego na etapie opracowania dokumentacji projektowej*”, ponieważ zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 3. Pzp **Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających.**



O funkcjach kary umownej



Dr Witold
JURCEWICZ

Wspólnik w kancelarii prawnej
DJBW Daniłowicz Jurcewicz
Biedeki Sp. k., Arbitr Sądu
Arbitrażowego przy SIDiR

Kara umowna jest instytucją dobrze znaną i często stosowaną w kontraktach handlowych. Jej istota zawarta jest w lapidarnym sformułowaniu art. 480 par. 1 kodeksu cywilnego¹ stanowiącym: *można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)*.

W komentarzach do przepisów o karze umownej, a także w orzecznictwie stwierdza się, że kara umowna spełnia różne funkcje. Po pierwsze jest to funkcja odszkodowawcza, po drugie kara umowna pełni również funkcję prewencyjno-represyjną, motywując dłużnika do wykonania świadczenia zgodnie z ustalonymi w umowie warunkami jakościowymi i w oznaczonym w umowie terminie².

Jeśli chodzi o funkcję odszkodowawczą, to wynika ona z treści cytowanego przepisu kodeksu cywilnego. Umawiając się o karę umowną strony ustalają rodzaj zryczałtowanego odszkodowania na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy. Istotnym ułatwieniem w takim wypadku jest to, że strona uprawniona do kary umownej musi jedynie wykazać, że zobowiązanie drugiej strony nie zostało wykonane lub też wprawdzie zostało wykonane ale nienależycie. Natomiast nie jest konieczne udowodnienie wysokości szkody – co jest elementem niezbędnym w wypadku dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych (w sytuacji, w której strony nie przewidziały kary umownej).

Ustalenie ryczałtowej wysokości odszkodowania wyłączającego konieczność udowodnienia wysokości szkody stanowi istotne ułatwienie w dochodzeniu odszkodowania na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zawarty

jest w tym jednak także pewien element ryzyka dla obu stron. Z jednej strony może się zdarzyć, że pomimo niewykonania lub nienależytego wykonania umowy druga strona nie poniosła w ogóle szkody albo też szkoda ta jest dużo niższa, niż przewidziana w umowie kara umowna. Mimo do strona, która naruszyła zobowiązania umowne, ma w takim wypadku, przynajmniej co do zasady, obowiązek zapłaty kary umownej, nawet gdyby była w stanie udowodnić brak szkody lub znacznie niższą szkodę. Jediną możliwością uniknięcia tego obowiązku przynajmniej częściowo jest w takim wypadku domaganie się przez zobowiązanego do zapłaty kary umownej dokonania jej miarkowania przez sąd. Możliwość takiego miarkowania kary umownej jest przewidziana w przepisach kodeksu cywilnego³, a przy tym panuje zgoda co do tego, że brak szkody u drugiej strony umowy albo szkoda znacznie niższa, niż wysokość umówionej kary umownej, stanowi przesłankę dokonania miarkowania kary umownej przez organ orzekający w tej sprawie⁴.

Z drugiej strony wprowadzenie postanowienia o karze umownej do umowy bez żadnego dodatkowego zastrzeżenia ma ten skutek, że do wysokości umówionej kary umownej ograniczone jest odszkodowawcze świadczenie strony niewykonującej zobowiązania nawet wówczas, gdy rzeczywista szkoda spowodowana naruszeniem zobowiązań umownych przewyższa kwotę uzgodnionej kary umownej. Żeby dochodzenie takiego odszkodowania przewyższającego wysokość kary umownej było możliwe, w umowie powinno znaleźć się specjalne postanowienie, przewidujące taką możliwość. Należy o tym pamiętać przy konstruowaniu treści umowy, ponieważ ta reguła, wynikająca z przepisów kodeksu cywilnego⁵, może nierzadko być nie miłym zaskoczeniem dla strony, która poniosła szkodę przewyższającą wysokość kary umownej wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez drugą stronę.

Warto w tym miejscu dla porządku przypomnieć, że ustalenie kary umownej zwalnia z konieczności wykazania szkody ale nie zmienia zasady odpowiedzialności stron w ramach zawartej umowy. **Odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych jest odpowiedzialnością na zasadzie winy, przy czym kodeks cywilny przyjmuje zasadę, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania istnieje domniemanie, że nastąpiło to z winy osoby zobowiązanej⁶. Osoba taka może uwolnić się od od-**

¹ Kodeks cywilny, ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz. U. nr 16, poz. 93 ze zm.)

² Zob. na przykład wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu - I Wydział Cywilny z dnia 1 października 2012 r. I ACa 602/12.

W doktrynie dokonuje się jeszcze bardziej szczegółowego rozróżnienia na funkcję kompensacyjną, delimitacyjną (ustalającą maksymalny poziom odszkodowania), stymulacyjną oraz represyjną, zob. P. Drapała, [w:] System prawa prywatnego, t. 5, Prawo zobowiązań – część ogólna, red. E. Łętowska, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 956 i n.

³ Zob. przepis art. 484 par. 2 k.c., zgodnie z którym jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

⁴ Zob. T. Wiśniewski, Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia, Zobowiązania t. 1, Lexis Nexis 2011, s. 803.

⁵ Zob. art. 484 par. 1 ostatnie zdanie, w myśl którego żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

⁶ Wynika to z treści art. 471 k.c., który stanowi: Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

powiedzialności, jeżeli udowodni, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z powodu okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (w tym w szczególności jeżeli nie nastąpiło to z jej winy). Zgodnie z tymi zasadami strona umowy, która nie wykonała lub nienależyte wykonała zobowiązanie i jest przez drugą stronę wzywana do zapłacenia kary umownej, może uwolnić się od takiego obowiązku, jeżeli wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z powodu okoliczności, za które ona nie odpowiada. **Jednym z częściej spotykanych przypadków uzasadniających brak odpowiedzialności jest wykazanie, że niewykonanie lub nienależyte (w tym w szczególności nieterminowe) wykonanie zobowiązania spowodowane było przez drugą stronę umowy (na przykład z uwagi na wprowadzanie często zmian w zakresie umowy albo bardziej ogólny brak współpracy, który uniemożliwił należyte wykonanie zobowiązania przez wykonawcę) albo z powodu pewnych okoliczności zewnętrznych, których strony nie przewidywały i na które nie miały wpływu.**

Jeśli chodzi o drugą funkcję, jaką przypisuje się karze umownej, to jest funkcję prewencyjno-represyjną tego instrumentu kontraktowego, to wprawdzie nie wynika ona z treści przepisów kodeksu cywilnego, jednakże nie budzi większych wątpliwości, że kara umowna funkcję taką także spełnia. Właśnie z tego powodu przyjmuje się, że nawet całkowity brak szkody na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia z obowiązku zapłacenia kary umownej⁷. Ma ona bowiem niezależnie od samego naprawienia szkody dyscyplinować stronę zobowiązaną do właściwego (w tym m. in. terminowego) wykonania zobowiązania, jakie na siebie przyjęła. Może bowiem się zdarzyć, że druga strona ma uzasadniony interes w tym, aby zobowiązanie było wykonane należyte (w tym terminowo), mimo że nie jest w stanie wykazać szkody, jaka powstać może wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Patrząc na różnego rodzaju postanowienia dotyczące kar umownych w różnych kontraktach można wręcz dojść do wniosku, że funkcja prewencyjno-represyjna wysuwa się niekiedy na pierwszy plan wśród funkcji jakie spełniać ma kara umowna. W szczególności dotyczy to skomplikowanych kontraktów, w ramach których jedna ze stron ma do wykonania cały szereg obowiązków kontraktowych, a przy tym istotne jest nie tylko samo wykonanie tych obowiązków, ale także sposób działania strony zobowiązanej podczas wykonywania obowiązków umownych. Szczególnie dotyczy to umów o roboty budowlane, a także różnego rodzaju umów dostawy, które zawierane są w trybie przetargów publicznych. Zamawiający przygotowując specyfikacje istotnych warunków zamówienia (tzw. SIWZ), a w ich ramach przedstawiając projekt umowy, jaka będzie zawarta z oferentem, wprowadzają całe systemy kar umownych związanych z naruszeniem każdego osobnego zobowiązania umownego, a nierzadko także ze sposobem wykonania zobowiązania.

W efekcie część umowy dotycząca kar umownych staje się bardzo rozbudowana, a przypadki, w których kara umowna będzie naliczona, stają się bardzo liczne.

Można wyróżnić kilka rodzajów typowych kar umownych jakie występują w umowach w praktyce. Do pierwszej grupy należą kary umowne za nieterminowe wykonanie zobowiązania, przy czym może to dotyczyć po pierwsze nieterminowego wykonania całego zobowiązania jak i poszczególnych etapów, jeśli przedmiot umowy jest podzielony na etapy. Jeśli niezależnie od podziału świadczenia na etapy wykonawca w trakcie wykonywania zobowiązania ma spełnić pewne konkretne obowiązki, jak na przykład obowiązek przedstawienia systemu zapewnienia jakości w pewnym terminie, przekazywania periodycznie raportu postępu prac, aktualizowania harmonogramu rzeczowo-finansowego, uczestniczenia w naradach i spotkaniach koordynacyjnych, obowiązek zawarcia stosownej umowy ubezpieczenia majątkowego itp., przewiduje się osobne kary umowne za każde uchybienie takiemu konkretnemu obowiązkowi. Odrębną kategorią są kary umowne za wady w jakości przedmiotu świadczenia, w tym także za nieterminowe usuwanie wad jakościowych w ramach serwisu gwarancyjnego. Jeśli umowa przewiduje możliwość korzystania przez wykonawcę z usług podwykonawcy, także relacje pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą bywają w pewnym stopniu regulowane przez taką umowę, a pewne elementy takiej relacji zabezpieczane są także karami umownymi w stosunku pomiędzy zamawiającym i wykonawcą. W tej grupie wymienić można, znowu przykładowo, kary umowne za powierzenie podwykonawcom wykonania części umowy bez zgody zamawiającego, nieprzedłożenie w wymaganym terminie projektu umowy z podwykonawcą lub po podpisaniu takiej umowy – kopii tej umowy, a także za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom⁸. Zdarza się także, że zamawiający oczekuje od wykonawcy, że wykonywane przez niego prace spełniać będą wszystkie warunki bezpieczeństwa i higieny pracy. Towarzyszy temu często zastrzeżenie zapłacenia przez wykonawcę kary za każde uchybienie takiemu obowiązkowi.

Co do zasady taki system kar umownych jest dopuszczalny⁹. Oczywiście jest kwestią otwartą, czy oferenci zaakceptują propozycję zamawiającego, jednakże z uwagi na dużą konkurencję na rynku potencjalnych oferentów, której towarzyszyć może dominująca pozycja na runku podmiotu zamawiającego, bardzo często oferenci nie mają innego wyboru. Akceptują więc proponowany system kar, licząc na to, że w końcowym rozliczeniu nie będą zmuszeni do zapłacenia przewidzianych w umowie kar umownych nawet jeśli powstanie podstawa do ich naliczenia.

Przy tak intensywnym nasyceniu umowy różnymi postanowieniami mającymi za przedmiot kary finansowe dla wykonawcy, w praktyce mogą wystąpić różnego rodzaju problemy. Po pierwsze może się zdarzyć, że pomimo iż przedmiot umowy ostatecznie został zasadniczo prawidłowo wykonany, zamawiający jest w stanie zidentyfikować cały szereg naruszeń umowy w trakcie jej wykonywania, dających podstawę do na-

⁷ Zagadnienie to było przedmiotem istotnej dyskusji w doktrynie, jednakże orzecznictwo sądowe wyraźnie przychyliło się do koncepcji, w myśl której zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. Zob. uchwała 7 sędziów SN z 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03 (OSNC 2004, nr 5, poz. 69) ustalająca zasadę prawną w tej kwestii.

⁸ W odniesieniu do tego typu kar umownych pojawia się odrębne zagadnienie, czy takie zobowiązanie do zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, może być zabezpieczone karą umowną w sytuacji, gdy zgodnie z cytowanym wyżej postanowieniem art. 483 par. 1 karę umowną można zastrzec na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego.

⁹ Zob. np. T. Wiśniewski, Komentarz ..., s. 798, który stwierdza, że kara umowna może obejmować trzy grupy zdarzeń, a mianowicie: 1) niewykonanie zobowiązania, 2) nienależyte wykonanie zobowiązania w ogólności i 3) konkretne uchybienia w zakresie sposobu wykonania zobowiązania.



liczenia kar umownych. Naruszenia te nie mają często istotnego wpływu na ostateczny rezultat świadczenia, który odpowiada kryteriom ustalonym w kontrakcie, jednakże jeśli podsumować wszystkie tytuły do naliczenia kar umownych, może się okazać, że kwota netto, która pozostaje do zapłacenia wykonawcy po potrąceniu kar umownych, jest znacznie niższa od umówionej ceny za jego świadczenie.

Prawdą jest, że na ogół umowy zawierają także pewien pułap, którego suma kar umownych nie może przekroczyć niezależnie od wszystkich tytułów do naliczenia kar umownych. Jednakże jeśli jest to pułap równy 20 lub 30 procent ceny kontraktowej, może się zdarzyć, że uchybienia w trakcie wykonywania kontraktu, choć nie miały wpływu na ostateczny rezultat świadczenia przez wykonawcę, dają podstawę do istotnego obniżenia należnej wykonawcy ceny. **W tym sensie być może można mówić o kolejnej, nie wymienianej dotychczas funkcji kar umownych, jaką jest funkcja obniżenia ceny za wykonane świadczenie, chociażby uchybienia, których dopuścił się wykonawca nie miały wpływu na ostateczną jakość rezultatu jego pracy.**

Pewną elastyczność w tej mierze strony niekiedy starają się wprowadzić do wiążących je umów. Przykładem może być sytuacja, w której kary umowne są przewidziane za niedotrzymanie terminów zakończenia poszczególnych etapów realizowanego projektu oraz za niedotrzymanie terminu końcowego całego projektu. Jeśli zamawiający jest uprawniony do naliczenia kar umownych za oba rodzaje nieterminowości, umowa może stanowić, że kary za nieterminowość dotyczącą etapów nie będą naliczane, jeżeli dotrzymany zostanie etap końcowy. W niektórych umowach zdarzają się postanowienia, w myśl których zamawiający może wstrzymać egzekwowanie kary umownej naliczonej za opóźnienie w wykonaniu etapu (niekiedy po udzieleniu stosownego zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej przez wykonawcę), a następnie odstąpić całkowicie od egzekwowania kary umownej, jeżeli cały przedmiot umowy zostanie zrealizowany w przewidzianym w umowie terminie.

Wprowadzenie takiego postanowienia, dającego zamawiającemu możliwość odstąpienia od egzekwowania kary umownej, ma jednak bardzo ograniczoną wartość. Z jednej strony nawet gdy nie ma takiego postanowienia, uprawniony do żądania kary umownej zawsze może odstąpić od jej egzekwowania, ponieważ jest to jego uprawnienie a nie obowiązek. Z drugiej strony natomiast, zwłaszcza tam, gdzie umowa wprowadza (czy też potwierdza) możliwość odstąpienia od egzekwowania kary umownej, nie rodzi to po stronie zobowiązanego do zapłaty żadnego uprawnienia do domagania się skorzystania z tego uprawnienia przez drugą stronę. Uprawniony ma tu więc pełną swobodę co do tego, czy skorzysta z kary umownej czy też nie. **W przypadku podmiotów podlegających publicznej kontroli skorzystanie z takiego uprawnienia, nawet jeśli uzasadnione, może napotykać na duży opór ze strony decydentów, ponieważ mogą się oni zawsze obawiać zarzutu, że rezygnując z kary umownej, która może być naliczona na podstawie umowy, działają na szkodę spółki, a w związku z tym rodzi to może ich odpowiedzialność wobec spółki jako osób zarządzających, a w każdym razie negatywną ocenę ze strony nadzoru.**

W praktyce zdarzać się mogą (i zdarzają się) sytuacje bardzo ekstremalne. Wykonawca może ostatecznie właściwie wykonać przedmiot zobowiązania, jednakże kary umowne naliczone w trakcie wykonywania umowy, a także

w okresie późniejszym, na przykład związane z dostarczeniem mało istotnej części dokumentacji albo z nieterminowym usuwaniem wad, które jednak nie powodują istotnych problemów po stronie zamawiającego, a w szczególności szkody po jego stronie, spowodować mogą, że w ostatecznym rozliczeniu kontraktu wykonawca dostaje wynagrodzenie, które nie pokrywa nawet kosztów jakie poniósł przy realizacji umowy.

Sytuacja opisana powyżej nierzadko może uniemożliwić dalszą współpracę pomiędzy stronami, mimo że obie byłyby tym zainteresowane. **Rozwiązaniem w takiej sytuacji może być udanie się na drogę sądową i skorzystanie ze wspomnianej już wcześniej instytucji miarkowania kary umownej.** Miarkowanie jest uprawnieniem organu orzekającego, który po zbadaaniu wszystkich okoliczności może dokonać zmniejszenia wymiaru należnej kary umownej. Zwłaszcza w tych podmiotach, w których osoby zarządzające mogą mieć obawę, że dokonane przez sam zarząd ograniczenie należnej kary umownej może być negatywnie ocenione przez nadzór, posłużenie się drogą sądową może być jedynym rozsądnym rozwiązaniem, jednakże wiąże się to zawsze z upływem czasu oraz dodatkowymi komplikacjami i wysiłkiem związanym z toceniem sporu sądowego, którego rezultat nie zawsze jest do końca możliwy do przewidzenia.

Przy tak bardzo rozbudowanych postanowieniach dotyczących kar umownych może się zdarzyć jeszcze jedna komplikacja. Mianowicie sankcja w postaci obowiązku zapłaty kary umownej możliwa jest do zastosowania tylko tam, gdzie mówimy o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania przez drugą stronę umowy z powodu okoliczności, za które strona ta jest odpowiedzialna. Tylko w odniesieniu do takiego obowiązku zapłaty kary umownej możliwe jest skorzystanie z instytucji miarkowania jej wysokości. Należy jednak zwrócić uwagę, że szeroki zakres przypadków, z którymi umowa wiąże obowiązek zapłacenia pewnej kwoty pieniężnej w związku z zaistniałą nieprawidłowością może spowodować, że niekiedy będzie to związane z wystąpieniem pewnego zdarzenia, za które strona umowy nie ponosi odpowiedzialności. Przykładem takim może być sytuacja, w której na stronę umowy nałożono obowiązek zapłacenia kary za nieprawidłowe zachowanie się jej pracowników albo podwykonawców nie tylko przy wykonaniu ich obowiązków ale znacznie szerzej – także przy okazji wykonywania ich obowiązków. Za takie zachowania wykonawca nie odpowiada według ogólnych zasad odpowiedzialności kontraktowej, w związku z tym mielibyśmy tu do czynienia nie tyle z karą umowną, co z pewnym zobowiązaniem o charakterze gwarancyjnym¹⁰. Takie zakwalifikowanie obowiązków kontraktowych może jednak komplikować sytuację, ponieważ wówczas problematyczne staje się stosowanie przepisów o miarkowaniu zobowiązań finansowych na wypadek, gdy przewidziane umową zdarzenia nastąpią, jednakże ich skutki materialne będą znacznie mniejsze, niż wynikająca z umowy kwota do zapłacenia jako „kara umowna”.

Jak wynika z powyższych uwag, kara umowna jest wprowadzie bardzo wygodnym i elastycznym instrumentem kształtowania odpowiedzialności stron w umowie, jednakże należy ten instrument stosować z pewną ostrożnością i wyczuciem aby nie spowodować skutków, których żadna ze stron nie oczekuje. Ostrożność taka jest przy tym wskazana już na etapie negocjowania kar umownych, co pozwala uniknąć komplikacji na etapie realizacji umowy.

¹⁰ Zob. T. Wiśniewski, Komentarz..., s. 800.

Odpowiedzialność zamawiającego będącego podmiotem publicznym za niewykonanie obowiązku współdziałania z wykonawcą przy wykonywaniu zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane



Joanna

ŁAGOWSKA

Partner KL&Gates Jamka sp. k., reprezentuje wykonawców w sporach budowlanych, doradza w skomplikowanych sporach międzynarodowych i postępowaniach sądowych opartych na FIDIC

Istota obowiązku współdziałania wierzyciela przy wykonaniu zobowiązania

Z punktu widzenia prawa cywilnego, obowiązek współdziałania przy wykonaniu zobowiązania obciąża nie tylko dłużnika, ale także i wierzyciela. Obowiązek współdziałania nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji gdy prawidłowe spełnienie świadczenia dłużnika zależy w określonym stopniu od kooperacji wierzyciela z dłużnikiem. Należy wskazać, że umowa o roboty budowlane, uregulowana w art. 647 – 658 Kodeksu cywilnego („k.c.”), należy do tego typu stosunków zobowiązaniowych, w których należyte współdziałanie wierzyciela (inwestora – zamawiającego) z dłużnikiem (wykonawcą) warunkuje prawidłowe wykonanie zasadniczego przedmiotu świadczenia dłużnika (wykonawcy), jakim jest wykonanie określonego obiektu budowlanego.

Źródło ogólnego obowiązku współdziałania wierzyciela z dłużnikiem przy wykonaniu zobowiązania stanowi art. 354 k.c. Zgodnie z tym przepisem, dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieje w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom (art. 354 § 1 k.c.). W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel (art. 354 § 2 k.c.). Z powyższego wynika, że zachowanie wierzyciela w toku wykonywania zobowiązania podlega ocenie w świetle tych samych kryteriów, co zachowanie dłużnika tj.: (i) treści zobowiązania – a więc uprawnień i obowiązków stron stosunku zobowiązaniowego, (ii) celu społeczno-gospodarczego zobowiązania, (iii) zasad współżycia społecznego oraz (iv) ustalonych zwyczajów.

Należy wskazać, że art. 354 § 2 k.c. wyraża jedynie ogólną zasadę prawa zobowiązań, przewidującą istnienie powinności współdziałania wierzyciela przy wykonaniu zobowiązania. Jednakże, wspomniany przepis samodzielnie nie stanowi źródła konkretnych obowiązków wierzyciela, których naruszenie mogłoby skutkować odpowiedzialnością wierzyciela (inwestora – zamawiającego) wobec dłużnika (wykonawcy). Art. 354 k.c. nie przewiduje również bezpośrednio skutków prawnych niewykonania lub nienależytego wykonania przez wierzyciela obowiązku współdziałania. Konkretnie obowiązki wierzyciela objęte zakresem zasady współdziałania, wynikają bowiem z treści określonego stosunku zobowiązaniowego, w szczególności z umowy oraz z przepisów szczególnych. W przypadku umowy o roboty budowlane, normatywne znaczenie zasady współdziałania wierzyciela (zamawiającego – inwestora) w wykonaniu zobowiązania, (wyrażonej w art. 354 § 2 k.c.), należy zatem ustalić na podstawie treści określonej umowy o roboty budowlane (kontraktowych uprawnień i obowiązków stron) oraz przepisów ustawy znajdujących zastosowanie w danym przypadku (w szczególności art. 647 – 658 k.c.).

Nie oznacza to jednak, że obowiązek współdziałania wierzyciela wynikający z art. 354 § 2 k.c. nie ma żadnego znaczenia normatywnego. Przede wszystkim współdziałanie z dłużnikiem stanowi prawny obowiązek wierzyciela. W doktrynie i w judykaturze podkreśla się, że jest to obowiązek szczególnego rodzaju, ponieważ jest on nałożony na wierzyciela przede wszystkim w jego własnym interesie (tj. w celu umożliwienia wykonania świadczenia dłużnika). Współdziałanie wierzyciela może mieć charakter negatywny (bierny), polegający na nieczynieniu niczego, co by wykonanie zobowiązania utrudniło lub udaremniło. Może mieć też charakter pozytywny, gdy natura świadczenia lub umowa wymaga jego czynnego współdziałania. Współdziałanie wierzyciela może polegać m.in. na udzielaniu wskazówek czy wyjaśnień, powstrzymaniu się od działań utrudniających świadczenie, czy też np. na udostępnieniu materiałów lub informacji niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy. Jak wspomniano powyżej, art. 354 k.c. nie określa bezpośrednio skutków prawnych niewykonania przez wierzyciela obowiązku współdziałania. Skutki takie przewidują jednak inne przepisy Kodeksu cywilnego. W szczególności, jeśli wierzyciel uchyla się od obowiązku współdziałania może to prowadzić do zniesienia odpowiedzialności dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, w tym do zniweczenia zwłoki dłużnika. Brak współdziałania wierzyciela może być także kwalifikowany jako zwłoka wie-



rzyciela, w rozumieniu art. 486 § 2 k.c.¹ Ponadto, obowiązek współdziałania wierzyciela określony w art. 354 § 2 k.c. powinien być rozumiany jako obowiązek lojalności kontraktowej względem dłużnika polegający w szczególności na powstrzymaniu się od działań naruszających zasady uczciwości i słuszności we wzajemnych relacjach.²

Podsumowując, należy stwierdzić, że istotą ogólnego obowiązku współdziałania wierzyciela określonego w art. 354 § 2 k.c. jest jego konkretyzacja na gruncie konkretnego zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane oraz wyznaczenie na jego podstawie ogólnych kryteriów oceny wykonania obowiązków kontraktowych zamawiającego (inwestora) wobec wykonawcy. Należy także zaznaczyć, że obowiązek współdziałania znajduje odzwierciedlenie w postanowieniach żółtej księgi FIDIC, w klauzuli 2.3. przewidziano bowiem, że zamawiający będzie odpowiedzialny za zapewnienie, że personel zamawiającego na placu budowy będzie współpracował z wykonawcą.

Skutki naruszenia obowiązku współdziałania zamawiającego (wierzyciela) przy wykonaniu umowy o roboty budowlane

Naruszenie obowiązku współdziałania zamawiającego będącego podmiotem publicznym z wykonawcą może mieć liczne implikacje i w skrajnych przypadkach może doprowadzić nawet do uniemożliwienia wykonawcy prawidłowego wykonania umowy o roboty budowlane. Sytuacja taka zachodzi w szczególności w przypadkach gdy w związku z zaistniałymi wątpliwościami i nieprecyzyjną treścią kontraktu, zamawiający – mając na uwadze cel w jakim będą wykorzystywane obiekty budowlane – powinien udzielić wykonawcy określonych informacji odnośnie pożądanego sposobu realizacji robót tj.: zatwierdzić określoną technologię wykonania robót zaproponowaną przez wykonawcę lub wypowiedzieć się co do preferowanych materiałów lub norm technicznych (np. w zakresie technologii spawania określonych elementów konstrukcyjnych). Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie należy rozpatrywać w kategoriach naruszenia jego obowiązków kontraktowych w powiązaniu z obowiązkiem współdziałania (art. 354 § 2 k.c.).

Na podstawie art. 647 k.c. zamawiający (inwestor) odpowiada w szczególności za dokonanie wymaganych przez właściwe przepisy czynności mających związek z przygotowaniem robót oraz za przekazanie terenu budowy i projektu, odebranie przedmiotu umowy i zapłatę umówionego wynagrodzenia.

Zgodnie z zasadami współdziałania, zamawiający jest zobowiązany w szczególności do:

- niezwłocznego reagowania na każde wystąpienie wykonawcy w sprawie konieczności zaangażowania podwykonawców do wykonania zakresu robót wska-

zanych w umowie, a także innych podwykonawców, jeśli ich obecność jest uzasadniona;

- niezwłocznego zajmowania stanowiska dotyczącego każdej informacji wskazującej wady w przekazanej dokumentacji, terenu budowy, maszyn, urządzeń, materiałów bądź wskazującej okoliczności uniemożliwiające lub utrudniające prawidłowe wykonanie robót;
- niezwłocznego przystąpienia do odbiorów częściowych wykonanych robót, w szczególności robót zanikających i podlegających zakryciu, bez względu na umówiony sposób zapłaty wynagrodzenia.³

W orzecznictwie zaznacza się, że współdziałanie, o jakim mowa w art. 354 § 2 k.c. obejmuje inne sytuacje niż zapewnienie wypłaty wynagrodzenia wykonawcy, ponieważ zapłata wynagrodzenia powinna nastąpić dopiero po odbiorze obiektu budowlanego.⁴ Należy krytycznie odnieść się do tego zapatrywania. Zasługuje ono bowiem na aprobatę jedynie w sytuacji gdy wynagrodzenie wykonawcy płatne jest jednorazowo po zakończeniu robót. Sytuacje takie należą natomiast do rzadkości. W większości przypadków wynagrodzenie płatne jest po zakończeniu określonej części (etapu) robót przez wykonawcę, a jego terminowe wypłacanie przez zamawiającego w pełnej wysokości gwarantuje bieżące finansowanie procesu budowlanego przez zamawiającego (inwestora). W konsekwencji, można postawić tezę, że bieżące uiszczanie wynagrodzenia wykonawcy stanowi element współdziałania zamawiającego umożliwiający bieżącą realizację robót. W przypadku nieterminowego wypłacania wynagrodzenia za poszczególne części (etapy) robót lub wypłacania go w niepełnej wysokości, ciężar finansowania robót budowlanych zostaje praktycznie przerzucony na wykonawcę, co stoi w sprzeczności z podziałem ról kontraktowych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, wynikającym z art. 647 k.c.

W kontekście niniejszych rozważań należy także ustosunkować się do możliwości stosowania art. 640 k.c. – należące do grupy przepisów regulujących umowę o dzieło – w odniesieniu do umowy o roboty budowlane. Art. 640 k.c. przewiduje uprawnienie przyjmującego zamówienie do odstąpienia od umowy w sytuacji braku współdziałania ze strony zamawiającego. Na gruncie umowy o roboty budowlane zastosowanie tego przepisu prowadziłoby do przyznania przyjmującemu zamówienie wykonawcy uprawnienia do odstąpienia od umowy z przyczyn niewspółdziałania zamawiającego przy wykonywaniu umowy. Orzecznictwo nie jest jednolite w zakresie dopuszczalności stosowania art. 640 k.c. w odniesieniu do umowy o roboty budowlane. Prezentowane są poglądy opowiadające się za możliwością stosowania tego przepisu na zasadzie analogii (choć przedmiotowy przepis pozostaje poza zakresem odesłania określonego w art. 656 k.c.).⁵ Należy przychylić się do poglądu dopuszczającego możliwość stosowania art. 640 k.c. w odniesieniu do umowy o roboty budowlane, w szczególności z uwagi na fakt, iż obowiązek współdziałania ma zasadniczo większe znaczenie przy realizacji umowy o ro-

¹ Art. 486 § 2 k.c. Wierzyciel dopuszcza się zwłoki, gdy bez uzasadnionego powodu bądź uchyla się od przyjęcia zaoferowanego świadczenia, bądź odmawia dokonania czynności, bez której świadczenie nie może być spełnione, bądź oświadcza dłużnikowi, że świadczenia nie przyjmie.

² M. Safjan [w:] *Kodeks cywilny. Tom I, Komentarz do artykułów 1 - 449¹⁰*, K. Pietrzykowski (red.), wyd. 6 Warszawa 2011, komentarz do art. 354 k.c., s. 1277 – 1278.

³ P. Karkoszka, *Odstąpienie od umowy na roboty budowlane z przyczyn zależnych od jednej ze stron*, cz. I, (LEX).

⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach, I Wydział Cywilny z dnia 24 września 2013 roku, sygn. akt I ACa 549/13 (opub. w Portalu orzeczeń sądów powszechnych).

⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach, V Wydział Cywilny z dnia 20 września 2012 roku, sygn. akt V ACa 286/12 (opub. w Portalu orzeczeń sądów powszechnych).

boty budowlane, niż przy wykonywaniu umowy o dzieło. Skutkiem naruszenia obowiązku współdziałania zamawiającego z wykonawcą przy wykonywaniu umowy o roboty budowlane mogłoby być zatem, w skrajnych przypadkach, odstąpienie od umowy przez wykonawcę. Jednakże, należy zaznaczyć, że w praktyce, naruszenie obowiązku współdziałania uzasadniające odstąpienie od umowy przez wykonawcę, nie powinno stanowić samodzielnej przyczyny odstąpienia, lecz powinno być połączone z naruszeniem podstawowych obowiązków kontraktowych zamawiającego, np. w zakresie przekazania terenu budowy oraz terminowego i pełnego wypłacania wynagrodzenia za wykonane roboty.

Kwestia współdziałania zamawiającego (będącego podmiotem publicznym) z wykonawcą, wymaga także rozważenia w kontekście udzielania przez zamawiającego zamówień uzupełniających oraz zamówień dodatkowych.

Współdziałanie zamawiającego oraz wykonawcy w kontekście udzielania przez zamawiającego zamówień uzupełniających oraz zamówień dodatkowych – odpowiedzialność pracowników sektora finansów publicznych

Warto mieć na uwadze, że sfera komfortu, w jakiej podejmowane są decyzje przez pracowników podmiotów zamawiających należących do sektora finansów publicznych wynika z zakresu ich odpowiedzialności z tytułu podejmowanych decyzji. Ma to szczególne znaczenie dla współpracy zamawiającego oraz wykonawcy w kontekście udzielania przez zamawiającego zamówień uzupełniających oraz zamówień dodatkowych, a także wprowadzania robót zamiennych. Te zaś niejednokrotnie są niezbędne do wykonania zamówienia i leżą poza zakresem świadczenia wynikającego z robót opisanych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym. Brak ich udzielenia wykonawcy z jednej strony nie naraża pracowników zamawiającego na ewentualną odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, ale z drugiej strony niejednokrotnie zmusza wykonawcę do ich wykonania pomimo braku takiego obowiązku wynikającego z zawartej umowy i następnie dochodzenie przed sądem należnego mu wynagrodzenia. Podjęcie działań w tym zakresie przez zamawiającego, wymaga jego decyzji w zakresie wydatkowania środków finansowych, bez zastosowania wyraźnie uregulowanej i obiektywnie sprawdzalnej procedury udzielania zamówienia w sposób otwarty na konkurencję, ale w wyniku udzielenia zamówienia wskutek podjętej przez zamawiającego samodzielnej decyzji bez poddania jej weryfikacji rynku.

Odpowiedzialność ta określona jest przede wszystkim w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ustawa ta określa krąg osób ponoszących odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, włączając w szczególności kierowników jednostek sektora finansów publicznych oraz pracowników jednostek sektora finansów publicznych lub inne osoby, którym powierzono wykonywanie obowiązków w takiej jednostce (art. 4 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy). Przede wszystkim jednak ustawa określa czyny stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych, które mogą stanowić podstawę do postawienia zarzutów osobie odpowiedzialnej za ich popełnienie.

Czynem stanowiącym naruszenie dyscypliny finansów publicznych zgodnie z art. 17 ust. 1b pkt 2 jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: zamówienia z wolnej ręki. Naruszeniem takim jest także zgodnie z art. 17 ust. 6 zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Mając na uwadze, że przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki określone w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych dla zamówień dodatkowych, oraz w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych dla zamówień uzupełniających mają stosunkowo subiektywny charakter, trudno dziwić się pojawiającym się obawom pracowników zamawiających w zakresie ich udzielania. W szczególności, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, przesłanki udzielania zamówienia z wolnej ręki, jako wyjątku od reguły udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego albo ograniczonego, należy interpretować zawężająco. Także dość ogólnie określone przesłanki umożliwiające dokonywanie istotnych albo nieistotnych zmian umowy w sprawie zamówienia wprowadzających roboty zamienne nie dają komfortu pracownikom zamawiającego w podejmowaniu decyzji. Wszystko to powoduje, iż niejednokrotnie bezpieczniejszym zachowaniem jest niepodjęcie jakiejkolwiek decyzji w zakresie udzielenia zamówień uzupełniających albo dodatkowych, czy też zmiany umowy, wobec perspektywy ewentualnych zarzutów naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Zgodnie z ustawą karami za naruszenie dyscypliny finansów publicznych są: upomnienie; nagana; kara pieniężna lub zakaz pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi. W praktyce, dla kierowników jednostek sektora finansów publicznych najbardziej dotkliwą sankcją jest orzeczenie zakazu pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi, bowiem może oznaczać to dla nich koniec kariery w sektorze finansów publicznych. Z tego też powodu, mając także na względzie liczne kontrole udzielania zamówień publicznych przeprowadzane w szczególności przez organy kontrolujące wydatkowanie środków przyznanych w ramach funduszy unijnych, a także RIO, NIK, US, obawy przed podejmowaniem decyzji w zakresie udzielenia wykonawcy zamówień uzupełniających, dodatkowych, czy zmianą umowy poprzez wprowadzenie robót zamiennych mają swoje źródło w zakresie odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Nie jest jednak tak, że ryzyko popełnienia czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie może zostać ograniczona na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Ograniczenie to może polegać w szczególności na precyzyjnym i jednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia zgodnie z wytycznymi wskazanymi w art. 29 ust. 1 i nast. Ustawy Prawo zamówień publicznych, a także precyzyjnym i możliwe szerokim uwzględnieniem możliwości dokonywania istotnych zmian umowy. Im bardziej bowiem jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, tym łatwiej będzie zamawiającemu uzasadnić twierdzenie, iż określone roboty budowlane nie są objęte zakresem świadczenia wykonawcy wynikającym z zawartej umowy i zachodzi konieczność udzielenia zamówienia uzupełniającego albo dodatkowego.

obwieszcza **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w nawiązaniu do opublikowanych artykułów**

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej
przy Prezesie Urzędu Zamówień
Publicznych z dnia 18 maja 2015 r.
KIO 897/15



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

**Tytuł: Obowiązek precyzyjnego
opisania przedmiotu zamówienia przez
zamawiającego. Prawo zamawiającego
do jednostronnego formułowania
postanowień specyfikacji istotnych
warunków zamówienia (siwz).
Odstąpienie przez zamawiającego
od umowy w dowolnym momencie.**

1. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia

może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.

2. Nie jest obowiązkiem zamawiającego przekazanie wszystkiego co ma w swojej dokumentacji, ale przygotowanie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest, że jeżeli dany dokument nie jest w posiadaniu zamawiającego, a jest konieczny do pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia to winien on, przed wszczęciem postępowania, samodzielnie przygotować niezbędną dokumentację lub zlecić jej przygotowanie podmiotowi trzeciemu.
3. Przystąpienie do modernizacji bez jakichkolwiek informacji o umiejscowieniu istniejących instalacji i wymaganie od wykonawców zaznajomienia się z instalacją przed przystąpieniem do realizacji zamówienia nie może być uznane za jednoznaczny i szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.
4. Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami.

5. Przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polegająca na konieczności uwzględnienia również postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest w tych tylko przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi.
6. Obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, odebranego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą.
7. Przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej.
8. Możliwość naliczenia kar umownych z tytułu niewykonania przez wykonawcę określonych obowiązków wynikających z umowy o realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, gdy przyczyną niewykonania danego zobowiązania będzie działanie lub zaniechanie zamawiającego jest działaniem sprzecznym z zasadami słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. Klauzule takie są pośrednią aprobatą nieprofesjonalnego działania zamawiającego i próbą ubezpieczenia kosztem wykonawcy własnych zaniechań czy też zaniedbań. Powoływanie się na bliżej niezdefiniowany interes publiczny przez zamawiającego nie jest żadnym uzasadnieniem wprowadzenia takich klauzul do umów o realizację zamówienia publicznego. Interes publiczny wymaga od zamawiającego starannego działania, przygotowania właściwych i prawidłowych dokumentów niezbędnych do uzyskania koniecznych pozwoleń i decyzji, podejmowania współpracy z wykonawcą w celu wyeliminowania opóźnień, nie zaś jednostronnego formułowania postanowień umowy, które obarczają wykonawcę zaniechaniami i nieprawidłowym działaniami zamawiającego.
9. Zasady uczciwego postępowania i słuszności kontraktowej wyrażają się w tym, że podział ryzyka związanego z ewentualnym zawieszeniem prac budowlanych winien być skorelowany ze źródeł zawieszenia. O ile zasadnym może być przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za zawieszenie robót spowodowane działaniem lub zaniechaniem samego wykonawcy lub osób trzecich, to w kontekście umowy o realizację zamówienia publicznego obarczenie wykonawcy skutkami działań i zaniechań zamawiającego nie może się ostać. Celem bowiem zamawiającego winno być dążenie do realizacji zamówienia, wyrażające się we współpracy z wykonawcą i podejmowaniu wszelkich możliwych działań zmierzających do realizacji umowy. Obarczenie zaś wykonawcy konsekwencjami zaniechań i działań zamawiającego nie służy powyższemu celowi w żaden sposób. Jest wyłącznie próbą niezasadnego obarczenia wykonawcy konsekwencjami własnych zaniedbań i działań.
10. Nie jest celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odstąpienie przez zamawiającego od umowy w dowolnym momencie jej realizacji z bliżej nieokreślonej przyczyny. Celem postępowania jest zrealizowanie z góry określanego i zdefiniowanego celu publicznego i, jak wskazał ustawodawca w art. 145 p.z.p., tylko w przypadku gdy dalsza realizacja owego celu publicznego nie leży w interesie publicznym zamawiający może skorzystać z prawa odstąpienia od umowy.



Czy arbitraż pomoże w sporach o nadzór autorski?



Iga
BAŁOS

doktor nauk prawnych,
starszy prawnik w Kancelarii
Rzeczników Patentowych
LOGOPROTECT, adiunkt
w Instytucie Prawa Prywatnego
Krakowskiej Akademii

Charakter sporów o nadzór autorski

Spy dotyczące wykonywania nadzoru autorskiego mogą dotyczyć zarówno inwestycji prywatnych, jak i publicznych. W pierwszym przypadku, źródłem nieporozumień są zazwyczaj odmienne oczekiwania stron co do zakresu obowiązków architekta (projektanta) w fazie od sporządzenia projektu do zakończenia budowy według jego założeń. Sytuacje mogą być skrajne i obejmować przypadki, kiedy architekt odmawia sprawowania nadzoru oraz okoliczności, w których zamawiający projekt, wbrew woli jego twórcy, powierza obowiązki nadzorcze osobie trzeciej. Niewłaściwie sformułowane postanowienia umowne lub ich brak, mogą także prowadzić do sporu o ustalenie prawa do wynagrodzenia za sprawowanie nadzoru autorskiego oraz jego wysokości. Prawa i obowiązki twórcy wynikają z przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz z przepisów Kodeksu cywilnego, zawierającego ogólne przepisy dotyczące wykonywania umów.

Powyższe spory mogą także zaistnieć w kontekście inwestycji publicznych. Te ostatnie generują jednak dodatkowo niejasności innego rodzaju. Stanowią one konsekwencję zasad udzielania zamówień publicznych, preferujących wyłanianie kontrahenta w ramach procedur otwartych. Wyjątek od obowiązku zorganizowania przetargu, umożliwiający udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej, jest dopuszczalny tylko w przypadkach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych (dalej jako PZP). Jedną z okoliczności, uzasadniających odstępstwo od trybu postępowania otwartego i konkurencyjnego, jest możliwość spełnienia świadczenia tylko przez jednego wykonawcę, m.in. z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów (art. 67 ust. 1 lit.b PZP). Przepis ten zdaje się idealnie pasować do sytuacji, w której zaistnieje konieczność powierzenia nadzoru autorskiego architektowi nad realizacją jego własnego projektu. Optymalne rozwiązanie stanowi włączenie tego obowiązku do przed-

miotu zamówienia na wykonanie samego projektu. Jak jednak pokazuje praktyka, nie zawsze najprostszym wyjściem z sytuacji jest możliwe. Jeśli już po udzieleniu zamówienia okaże się, że nie wskazano podmiotu, który miałby sprawować nadzór autorski, ani też nie ustalono warunków, wedle których miałby on przebiegać, wyłaniają się dwie opcje dalszego postępowania. Są one diametralnie różne i każda z nich uwzględnia interesy innej strony umowy. **Pierwsza możliwość to ogłoszenie przetargu na sprawowanie nadzoru autorskiego nad realizowanym projektem. W jego wyniku prace mogą zostać powierzone autorowi projektu, ale także innemu podmiotowi, jeśli jego oferta zostanie uznana za najbardziej korzystną.** Należy nadmienić, iż zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jest to jedyne zgodne z prawem rozwiązanie. **Dруга opcja to udzielenie zamówienia z wolnej ręki autorowi projektu.** Tę możliwość z kolei, wbrew stanowisku Prezesa UZP, dopuszcza Krajowa Izba Odwoławcza¹.

W przypadku inwestycji publicznych, spory dotyczące nadzoru autorskiego mogą się pojawić jeszcze zanim dojdzie w ogóle do jego sprawowania. **Projektanci kwestionują zasadność organizowania otwartego przetargu w opisanej wyżej sytuacji, ponieważ powierzenie nadzoru autorskiego komu innemu, niż twórca projektu, godzi w jego prawa osobiste.** W sprawie tej stanowisko wyraziły organizacje samorządu zawodowego i gospodarczego oraz stowarzyszenia naukowo-techniczne, działające na rzecz projektowania architektonicznego oraz budownictwa. Ich wypowiedź była komentarzem do opinii Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 8 lutego 2012 r. w przedmiocie stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych do zamówień na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją projektu architektoniczno-budowlanego². Poza propozycją rozwiązań, przewidzianych do wdrożenia na etapie udzielania zamówienia na opracowanie projektu architektoniczno-budowlanego, autorzy stanowiska przypominają, że „**Gdy mówimy o nadzorze autorskim, to należy zawsze mieć na uwadze nierozzerwalną więź między autorem a jego dziełem, w przeciwieństwie do nadzoru inwestycyjnego, który może sprawować każdy podmiot mający do tego odpowiednie uprawnienia.**” Oznacza to, że jeśli nadzór autorski zostanie powierzony komu innemu niż twórca projektu, ten ostatni może dochodzić swoich praw na drodze sądowej. Zwykle pozwany będzie zamawiający, który nie oferując sprawowania nadzoru architektowi, narusza jego autorskie prawa osobiste. Jak podnoszą osoby komentujące sprawę, „**sytuacja zamawiających jest zatem nie do pozazdroszczenia**”³.

Dlaczego w ogóle arbitraż?

Postępowanie arbitrażowe jest prywatnoprawnym sposobem rozstrzygania sporów. Zważnione strony samodzielnie wskazują

¹ Zob. następujące uchwały KIO: KIO/KD 106/10, KIO/KD 31/12, KIO/KD 57/12 oraz KIO/KD 64/12. Wyliczenie za E. Sikorska, *Zamówienia z wolnej ręki na nadzór prawnoautorski w świetle opinii KIO*, „Zamawiający. Zamówienia Publiczne w Praktyce nr 5/2014”, s. 58.

² Dokument dostępny jest na stronie: http://www.izbaarchitektow.pl/pliki/stan_z_dnia_29032012_r_ws_stos_ust_prawo_zam_pub_do_zam_na_pelnienie_nadzoru_aut_nad_real_proju_architekt-bud-nr_16.pdf, dostęp z 19.10.2015 r.

³ E. Sikorska, *op.cit.*, s. 60.

osobę trzecią, która ma rozstrzygnąć konflikt, jaki zaistniał między nimi. **Decyzja o rezygnacji z sądownictwa powszechnego na rzecz polubownego, musi zapaść w drodze umowy pomiędzy stronami. Może być ona zawarta zarówno przed jak i już po powstaniu sporu. Co istotne, jeśli początkowo polubownie nastawiona strona, zmienia swoją postawę na skutek niekorzystnego dla niej wyroku arbitra i odmawia podporządkowania się rozstrzygnięciu, może zostać ona przymuszona do jego wykonania przez komornika.** W takiej sytuacji należy zwrócić się do sądu powszechnego o stwierdzenie wykonalności wyroku arbitrażowego. Sąd państwowy może odmówić wydania takiego postanowienia jedynie wówczas, gdy sprawa nie może być przedmiotem orzeczenia arbitrażowego lub gdy wykonanie wyroku sądu polubownego byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. **Arbitraż nie jest zatem żadnym rodzajem nieformalnego postępowania. Może bowiem doprowadzić do takiego samego efektu, jak postępowanie przed sądem państwowym.** Strony decydujące się na arbitraż mogą albo samodzielnie organizować jego przebieg, włącznie z ustaleniem jej procedury albo, co jest o wiele bardziej wygodnym rozwiązaniem, powierzyć jego przeprowadzenie jednemu ze stałych sądów polubownych. Przykładem takiej instytucji jest Sąd Arbitrażowy przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców w Warszawie.

Zanim przytoczę te cechy arbitrażu, które przemawiają na jego korzyść w przypadku sporów dotyczących nadzoru autorskiego, warto zwrócić uwagę podstawową wadę sądownictwa powszechnego w powyższym zakresie. Jak wynika ze statystyk opracowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości, w 2014 roku do sądów okręgowych wpłynęło 619 spraw o ochronę praw autorskich⁴. Załatwiono ich 493. Liczba ta przestaje być dobrym wynikiem, biorąc pod uwagę, sprawy niezłatwione w latach poprzednich. **Oznacza to, że zanim zostanie wytoczone jakiekolwiek powództwo o naruszenie praw autorskich w 2015 roku, sądy już mają sporo pracy. Muszą bowiem się zająć najpierw którąś z 465 spraw, na które nie starczyło czasu w latach poprzednich.** Abstrahując zatem od długości samego postępowania przed sądem powszechnym, czekanie towarzyszy stronom już na etapie ustalenia terminu pierwszej rozprawy.

Warto także uwzględnić, iż w Polsce wciąż, mimo postulatów zgłaszanych od wielu lat zarówno przez praktyków jak i przedstawicieli doktryny, nie istnieje wyspecjalizowany sąd, orzekający w sprawie naruszeń własności intelektualnej. Swoistym wyjątkiem, wymuszonym przez prawo UE, jest XXII Wydział Sądu Wspólnotowych Znaków Towarowych i Wzorów Przemysłowych. Nie orzeka on jednak w przedmiocie naruszeń prawa autorskiego. Wnosząc powództwo do sądu powszechnego mamy zatem prawo oczekiwać, iż spór rozstrzygnie niezależny i niezawisły sąd, ale że orzeczenie wyda sędzia specjalizujący się w prawie autorskim – już niekoniecznie. **W przypadku sporów o nadzór autorski nad realizacją projektu budowlano-architektonicznego, wskazana jest także znajomość zwyczajów, związanych z branżą budowlaną. Oczekiwanie od sędziego wiedzy i doświadczenia we wszystkich powyższych obszarach, nie jest raczej założeniem racjonalnym.**

Decydując się na złożenie pozwu, należy także uwzględnić związane z tym koszty. Poza wynagrodzeniem dla profesjonalnego pełnomocnika, trzeba wziąć pod uwagę opłaty sądowe. Je-

śli oprócz roszczeń niepieniężnych, dotyczących naruszenia autorskich praw osobistych, powód domaga się także zadośćuczynienia w określonej wysokości, oznacza to konieczność wniesienia kilku opłat⁵. Składa się na nie opłata stała w wysokości 600 zł oraz stosunkowa, wynosząca 5% wartości przedmiotu sporu, czyli, w pewnym uproszczeniu, dochodzonej sumy. Dodatkowo, zwykle nie obędzie się bez konieczności sporządzenia prywatnej ekspertyzy bądź zlecenia części ustaleń biegłemu sądowemu. Czynności te generują dodatkowe koszty.

Arbitraż może wyeliminować część powyższych problemów. Przede wszystkim, jeśli zwaśnione strony chcą współpracować w celu szybkiego rozstrzygnięcia sporu, wydłużające się postępowanie przestaje być problemem. W przypadku korzystania z usług stałego sądu polubownego, przykładowo Sądu Arbitrażowego przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców, strony poddają się terminom określonym w Regulaminie. Przykładowo, odpowiedź na pozew należy wnieść w ciągu 30 dni od otrzymania wezwania⁶. Do rozstrzygnięcia sporu może dojść w ogóle bez przeprowadzenia rozprawy. Jeśli jednak strony lub Zespół Orzekający uznają, że jest ona niezbędna, jej termin wyznacza się w zupełnie inny sposób, niż robi to sąd powszechny. Termin ten jest wskazany w harmonogramie ustalonym przez Zespół Orzekający lub wyznaczony przez przewodniczącego Zespołu Orzekającego po konsultacji z członkami Zespołu Orzekającego i ze stronami⁷. **Tym sposobem, procedura rozstrzygania sporu nie dezorganizuje zawodowego i osobistego życia stron.** Szanując ich czas i pieniądze, Sąd Arbitrażowy przy SIDiR, zobowiązuje się do wydania wyroku przed upływem 9 miesięcy od dnia ustanowienia Zespołu Orzekającego i nie później niż w terminie 30 dni od zamknięcia rozprawy⁸. Terminy te mają co prawda charakter instrukcyjny, jednak mogą być przedłużone tylko w uzasadnionym przypadku.

Wybór arbitrażu, oznacza także wybór arbitrów. Zamiast powierzać rozstrzygnięcie sporu sędziemu, którego pojęcie o realiach związanych z powierzaniem i sprawowaniem nadzoru autorskiego może okazać się albo imponujące, albo nikłe, można zdecydować się na konkretnego specjalistę. Na liście arbitrów Sądu Arbitrażowego przy SIDiR, znajdują się zarówno eksperci inżynierowie, jak i prawnicy, specjalizujący się w określonych dziedzinach prawa. Taki skład Zespołu Orzekającego gwarantuje należyte zrozumienie merytoryki problemu a także wyrok, który będzie akceptowalny przez strony i możliwy do wykonania. Prawnicy arbitrzy powinni zadbać o to, by wyrok był zgodny z prawem oraz by mógł stanowić tytuł wykonawczy, traktowany na równi z orzeczeniem sądu powszechnego. Proponowani eksperci znają zwykle co najmniej jeden język obcy, co pozwala zrezygnować z usług, nietanich, specjalistycznego tłumacza.

Przechodząc do kosztów postępowania, arbitraż na pewno tani nie jest. **Ponieważ jednak przedsiębiorcy w ramach kosztów uwzględniają także poświęcony sprawie czas oraz poczucie satysfakcji ze sposobu w jaki spór został rozstrzygnięty, arbitraż może okazać się tańszy od postępowania przed sądem państwowym.** Przede wszystkim, korzystanie z sądownictwa polubownego eliminuje potrzebę dodatkowego odwoływania się do opinii ekspertów. Strony winny stosownym zaufaniem obdarzać arbitrów, których same wybrały do rozstrzygnięcia sporu. **Arbitraż jest szczególnie opłacalny w sporach o charak-**

⁴ Statystyki są udostępniane poprzez portal statystyczny Ministerstwa Sprawiedliwości – Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości, <http://isws.ms.gov.pl>.

⁵ Zob. Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 16.10.2009 r., III CZP54/09, OSNC 2010/3/34.

⁶ §28 ust. 1 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy SIDiR (dalej jako Regulamin).

⁷ §34 ust. 2 Regulaminu.

⁸ §39 ust. 2 Regulaminu.



terze międzynarodowym. Są one często rozstrzygane przez sądy, mające siedzibę w różnych państwach. Przy skomplikowanym stanie faktycznym możliwe jest, by sądy różnych krajów były właściwe do rozstrzygnięcia poszczególnych wątków sprawy. W przypadku arbitrażu to strony decydują o miejscu i języku postępowania.

Strony mogą także wyposażać arbitraż w kompetencje, których nie ma sędzia sądu państwowego. Arbitraż sądu polubownego może bowiem orzekać nie wedle przepisów prawa, ale wedle tzw. zasad słuszności. Oznacza to, że może wypracować rozwiązanie problemu, które co prawda nie wynika z przepisów, ale będzie najbardziej optymalne w zaistniałej sytuacji. W przypadku sporów o nadzór autorski, tego typu rozwiązanie może okazać się niezwykle pomocne.

Zachęcając przedsiębiorców do korzystania z arbitrażu wskazuje się na poufność postępowania. Może ona objąć nie tylko samą treść wyroku arbitra, ale już sam fakt zaistnienia sporu pomiędzy stronami. Oprócz aspektów wizerunkowych, warto wziąć także pod uwagę pozycję negocjacyjną na wypadek ewentualnych sporów z innymi kontrahentami. Ci ostatni chętniej zaangażują się w postępowanie sądowe jeśli wiedzą, że podobnym przypadkiem sąd orzekł na korzyść strony, znajdującej się w tożsamej do ich sytuacji. Pozbawieni takiej informacji mogą być bardziej skłonni do zawarcia ugody lub rozstrzygnięcia sporu w inny sposób.

Arbitraż zaleca się w szczególności takim podmiotom, które pozostają w stałych stosunkach gospodarczych. Atmosfera towarzysząca postępowaniu, mimo iż niejednokrotnie może być napięta, jest zdecydowanie lepsza, niż podczas prowadzenia sprawy przez sąd państwowy. Wpływa na to szereg czynników, takich chociażby jak odformalizowany charakter postępowania, możliwość wpływu na jego przebieg oraz wybór momentu, w którym ma się ono toczyć. W radach kierowanych przez doświadczonych arbitrów do adeptów profesji, podkreśla się konieczność wytworzenia odpowiedniej atmosfery, nawet z uwzględnieniem preferowanych przez strony posiłków.

Czy wszystkie spory o nadzór autorski nadają się arbitrażu?

Zakres kompetencji arbitra w sporach o nadzór autorski będzie różny, w zależności od tego czy mamy do czynienia z inwestycją o charakterze prywatnym, czy publicznym.

Artykuł 1157 Kodeksu postępowania cywilnego (dalej jako KPC) wyznacza granice tzw. zdolności arbitrażowej. Określa zatem, które spory mogą być rozstrzygane z pominięciem państwowego aparatu sądowego. Jeśli arbitraż wyda wyrok w sprawie, która wykracza poza dozwolony zakres, sąd państwowy nie uzna wykonalności takiego orzeczenia. Oznacza to brak możliwości legalnego przymuszenia drugiej strony do podporządkowania się rozstrzygnięciu arbitrażu. Wedle przywołanego przepisu, w drodze arbitrażu można rozstrzygnąć takie spory, które mogłyby być przedmiotem ugody. Upraszczając problem, ale sprawiając, iż jest za to bardziej zrozumiały, można powiedzieć, że sąd polubowny może orzekać wtedy, gdy strony mogłyby osiągnąć taki sam efekt w drodze umowy. Nie mogą tego zrobić tylko, i aż!, dlatego, że pozostają w konflikcie względem jej treści. Przykładowo, sąd arbitrażowy może rozstrzygnąć o tym czy działanie danego podmiotu spowodowało szkodę a jeśli tak, to w jakiej wysokości. Nic nie stoi bowiem na przeszkodzie, by strony sa-

modzielnie zawarły porozumienie, na mocy którego jedna uznaje roszczenie drugiej i zobowiązuje się zapłacić za swoje bezprawne działanie. Nie da się natomiast drogą arbitrażu uzyskać rozwodu, ponieważ z przepisów prawa wynika, iż jest to możliwe wyłącznie na skutek orzeczenia sądu państwowego.

Spory rozstrzygane przez arbitraż mogą mieć one zarówno charakter majątkowy jak i niemajątkowy. Do tej drugiej grupy zaliczają się te, dotyczące sprawowania nadzoru autorskiego. Jeśli jednak projektant domaga się równocześnie zadośćuczynienia za naruszenie jego autorskich praw osobistych, roszczenie zmienia charakter na majątkowy. **Rozstrzygając spór, sąd arbitrażowy może ustalić kto ma prawo sprawować nadzór autorski, może także zasądzić stosowne świadczenie na rzecz twórcy. Ingerencja arbitrażu może być szczególnie pożądana w sytuacjach, gdy twórca uzależnia powierzenie nadzoru autorskiego innemu podmiotowi wyłącznie od uiszczenia stosowanego wynagrodzenia. Sąd polubowny może w końcu ustalić czy umowa zawarta pomiędzy stronami obejmowała poza opracowaniem projektu także sprawowanie nadzoru autorskiego.**

Arbitraż może rozstrzygać także te spory, które dotyczą umów zawartych w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych. **Sam sposób zawarcia umowy, w który ustawodawca ingeruje ze względu na zaangażowanie środków publicznych, nie wyklucza powierzenia sprawy sądowi polubownemu. Nie będzie to jednak możliwe w tych sytuacjach, w których przepisy prawa przewidują określony tryb rozstrzygnięcia sporu lub załatwienia sprawy.**

Założmy, że autor dokumentacji projektowej dowiedział się, iż jest organizowany przetarg na sprawowanie nadzoru autorskiego nad wykonaniem jego projektu. Założył, że skoro powierzenie nadzoru autorskiego innemu podmiotowi niż twórca projektu narusza przepisy prawa autorskiego, zamawiający nie będzie miał wyboru i przetarg zostanie rozstrzygnięty po myśli autora. Tak się jednak nie stało. Wedle przepisów ustawy PZP, w takiej sytuacji autor projektu powinien złożyć odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. Po jego upływie podmiot, którego oferta została odrzucona traci prawo do kwestionowania wyboru zamawiającego. Od rozstrzygnięcia KIO przysługuje skarga do Prezesa UZP. **Spór pomiędzy zamawiającym a twórcą projektu, dotyczący odrzucenia jego oferty, nie posiada zdolności arbitrażowej. Przepisy ustawy PZP wykluczają taką możliwość, by zamawiający mógł się w powyższym zakresie porozumieć z oferentem w drodze umowy. Pożądany efekt, w postaci unieważnienia umowy zawartej w drodze przetargu, można osiągnąć wyłącznie postępując wedle opisanej w PZP procedury. Należy przy tym przestrzegać wymogów formalnych oraz liczyć się z możliwością przegranej.**

Biorąc pod uwagę stanowisko Prezesa UZP, który dopuszcza powierzenie sprawowania nadzoru autorskiego osobie innej, niż twórca, autor projektu ma znikome szanse na pomyślne dla siebie rozstrzygnięcie. Podkreśla się nawet, że opisana wyżej walka z systemem i przekonaniem organu administracji, jest dla autora wręcz niecelowe⁹. Naraża go przy tym na poniesienie dodatkowych kosztów. **W przypadku naruszenia autorskich praw osobistych w wyniku sprawowania nadzoru autorskiego przez osobę trzecią, zaleca się projektantom wytoczenie powództwa przed sądem powszechnym. Zanim jednak autor podejmie taką decyzję, powinien zastanowić się nad opłacalnością zawarcia z podmiotem naruszającym jego prawa umowy o arbitraż.**

⁹ Zob. A. Piecuch, J. Świeca, *Nadzór nad projektem – nie dla autora*, „Inżynier budownictwa” 9/2011, s. 20.

Budowa wiaduktu nad CKM we Włoszczowie jako przykład bezpiecznej realizacji prac przy czynnej linii kolejowej



Jakub
URBĄCZYK

Absolwent Wydziału Budownictwa i Inżynierii Środowiska Politechniki Poznańskiej, Przewodniczący Koła Młodych Profesjonalistów przy SIDiR, Członek EFCA Young Professionals Steering Committee

Słowo wstępne Przewodniczącego Koła Młodych Profesjonalistów

Szanowni Państwo,

Za nami pierwsza edycja organizowanego przez SIDiR Krajowego Konkursu dla Młodych Profesjonalistów. Ogłaszając konkurs, pragniemy wyróżnić osoby, które w przyszłości staną się liderami naszej branży. Przyswiewała nam również idea promocji zawodu inżyniera/konsultanta, jako bardzo różnorodnej i atrakcyjnej ścieżki kariery.

Chcielibyśmy, aby Krajowy Konkurs dla Młodych Profesjonalistów na stałe zagościł w kalendarzu branżowych wydarzeń i stał się platformą promocji młodych talentów. Dlatego już teraz planujemy organizację kolejnej edycji konkursu, licząc, że zaktywizuje on młodych profesjonalistów, przyczyni do nawiązania nowych znajomości i zachęci do dzielenia się doświadczeniem i wiedzą.

Zajęcie pierwszego miejsca uhonorowane zostało nagrodą pieniężną w wysokości 3 000 zł netto. Jako zwycięzca, Pan Grzegorz Piskorz ma również zagwarantowane miejsce wśród osób, których prace SIDiR zgłosi do przyszłorocznej edycji międzynarodowego konkursu EFCA Young Professionals Competition 2016 – ma więc szansę na kolejną nagrodę.

Jednak poza wymiernymi korzyściami materialnymi, równie, jeśli nie bardziej istotna w dłuższej perspektywie jest również możliwość zaistnienia w szerokim gronie wysokiej klasy specjalistów, zrzeszanych przez SIDiR i wielu innych, do których dociera Konsultant. Zachęcam więc wszystkich młodych profesjonalistów do udziału w przyszłorocznej, kolejnej edycji Krajowego Konkursu dla Młodych Profesjonalistów.

Państwa zapraszam do lektury zwycięskiej pracy konkursowej, specjalnie na potrzeby Konsultanta opracowanej w formie artykułu, a Panu Grzegorzowi Piskorzowi gratuluję zajęcia pierwszego miejsca i życzę dalszych sukcesów zawodowych!

Grzegorz Piskorz ze SKANSKA S.A., pełniący na tym projekcie funkcję jednego z Kierowników Robót koordynował działania na budowie zgodnie z harmonogramem i budżetem, uczestniczył w bezpośredniej komunikacji z Inwestorem i Inspektorem Nadzoru. Przy czym, bardzo dobra współpraca i komunikacja z Inwestorem oraz Inspektorem Nadzoru, jak również z jednostkami zarządzającymi infrastrukturą kolejową oraz ruchem pociągów, w połączeniu z odpowiednim planowaniem, pozwoliły na bezpieczną i terminową realizację tego etapu budowy.

Organizowany przez Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców konkurs wyróżnia osoby, które w przyszłości staną się liderami branży budowlanej, a także promować zawód inżyniera/konsultanta jako różnorodną i atrakcyjną ścieżkę kariery. Do konkursu zgłosić się mogli wszyscy Młodzi Profesjonaliści, czyli osoby aktywne zawodowo, które w 2015 roku nie miały ukończonego 35 roku życia oraz wniosły ciekawy wkład w projekt, nad którym pracowały w zakresie swojej specjalności. Ocenie podlegały dotychczasowe osiągnięcia kandydatów, zakres oryginalności i innowacyjności zrealizowanego projektu, aktualność i waga problemu oraz przydatność praktyczna opisanego rozwiązania. Jury Konkursu kładło szczególny nacisk na aspekty innowacyjności i umiejętność komunikacji.



Grzegorz
PISKORZ

Kierownik Robót w SKANSKA S.A., doktorant na Wydziale Inżynierii Lądowej Politechniki Krakowskiej

Projekt pn. „Budowa skrzyżowania dwupoziomowego lub dróg równoległych w celu likwidacji przejazdu kolejowego w km 147,548 linii Nr 4 (CMK) Grodzisk Mazowiecki – Zawiercie” został zrealizowany przez Skanska w ramach modernizacji Centralnej Magistrali Kolejowej na terenie woj. świętokrzyskiego na odcinku

od km 113,546 do km 173,100. Zakres modernizacji objął infrastrukturę kolejową, jak również obiekty mostowe. Z uwagi na wymóg bezpieczeństwa dla prędkości pociągów, w tym Pendolino powyżej 160 km/h, zlikwidowane zostały wszystkie przejazdy kolejowe w poziomie szyn. W zamian za zlikwidowane przejazdy zbudowane zostały w ich pobliżu skrzyżowania dwupoziomowe (np. wiadukty drogowe) lub równoległe do linii kolejowej drogi dojazdowe do pobliskich wiaduktów.

Generalnym Wykonawcą projektu była firma Skanska S.A. na zlecenie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji. Prace zostały zrealizowane w terminie od 9 września 2014 r. do 30 czerwca 2015 r. Specyficznym wyzwaniem przy realizacji projektu były roboty prowadzone przy czynnej linii kolejowej oraz proces montażu konstrukcji stalowej wraz z deskowaniem płyty pomostu obiektu nad linią kolejową.



Nowo wybudowany obiekt mostowy jest wiaduktem o konstrukcji dwuprzęsłowej o długości 50 m i szerokości 8,1 m. Rozpiętość przęseł wynosi – odpowiednio – nad drogą serwisową 20 m i nad linią kolejową 30 m. Wiadukt posadowiony jest bezpośrednio na „wymianie” gruntu. Fundamenty wiaduktu są żelbetowe monolityczne. Podpory skrajne wiaduktu stanowią trzy słupy żelbetowe zwieńczone oczepem. Przekrój słupa owalny z zaokrąglonymi brzegami. Podporę pośrednią stanowi ścianka z dwoma pilastrami zwieńczona oczepem. Ustój niosący wiadukt to belka ciągła o konstrukcji zespolonej z płytą pomostu. Przekrój poprzeczny stanowią cztery dźwigary stalowe wraz z poprzecznicami zespolone z płytą żelbetową. Przy podporach skrajnych nasyp drogowy ograniczony jest murami oporowymi wykonanymi w technologii gruntu zbrojonego i paneli okładzinowych.

Innowacyjne aspekty projektu

Ponieważ bezpieczna realizacja prac jest priorytetem dla Skanska, na projekcie zastosowano rozwiązania w celu wyeliminowania wypadków. Znaczący wpływ na bezpieczeństwo podczas realizacji projektu miał dobór deskowania płyty pomostu oraz organizacja montażu konstrukcji stalowej wiaduktu przy tymczasowym wyłączeniu ruchu pociągów oraz napięcia w sieci trakcyjnej.

Dla zapewnienia optymalnego bezpieczeństwa dobrego podwieszony system deskowania do konstrukcji stalowej dla wyżej przedstawionego przekroju pozwalający na jego montaż na poziomie gruntu, przed montażem konstrukcji na podpory wiaduktu. Przy doborze deskowania uwzględniono takie czynniki jak: nośność deskowania, ciężar poszczególnych elementów, technologię systemu deskowania, warunki lokalizacji placu montażowego, montaż konstrukcji stalowej, logistyki na placu budowy, a przede wszystkim bezpieczeństwo.

Z uwagi na termin realizacji tego etapu na budowie roboty montażowe wykonywało 19 cieśli. Do zakresu robót należał montaż deskowania oraz roboty przygotowawcze do montażu uzbrojonych w system deskowania elementów konstrukcji stalowej wiaduktu. Podczas montażu deskowania na poziomie gruntu zamontowano bariery ochronne o wys. 130 cm wraz z siatkami zabezpieczającymi oraz zamontowano pomiędzy dźwigarami podłogę z drewna na

całej długości wiaduktu oraz na odcinku znajdującym się nad torami, której celem było zabezpieczenie pracowników przed upadkiem z wysokości.

Montaż konstrukcji stalowej z deskowaniem odbywał się w porze nocnej przy tymczasowym wyłączeniu prowadzenia ruchu pociągów oraz sieci trakcyjnej na linii nr 4 (CMK). Przed docelowym montażem konstrukcji stalowej na podpory wiaduktu wykonano próbne podnoszenie elementów konstrukcyjnych.

Roboty związane z montażem konstrukcji stalowej wraz z deskowaniem przebiegły dwuetapowo. Pierwszy etap wykonano nad linią kolejową – polegał on na podniesieniu i umieszczeniu na łożyskach podporowych stalowych belek połączonych w tandem. Drugi etap wykonany został nad drogą serwisową służącą do obsługi infrastruktury kolejowej. Najcięższy element, jaki został posadowiony na podporach, ważył 40 ton. Do przeprowadzenia montażu wykorzystano dźwig o nośności 300 t oraz podnośnik teleskopowy.

Dzięki takiemu rozwiązaniu montaż deskowania nie odbywał się na wysokości nad czynną linią kolejową, dzięki czemu zapewniono bezpieczeństwo pracownikom montującym deskowanie oraz przejeżdżającym pociągom. Wykonanie deskowania na poziomie gruntu w znaczny sposób wyeliminowało zagrożenia związane z montażem deskowania nad czynną linią kolejową. Zagrożenie upadkiem z wysokości, jak również porażeniem prądem przez sieć trakcyjną, co zostało zredukowane praktycznie do minimum. Zastosowane rozwiązanie przełożyło się również na redukcję liczby elementów deskowania, zmniejszenie ciężaru deskowania, ograniczenie trudności związanych ze stopniem skomplikowania montażu i demontażu deskowania, pracochłonności wykonania montażu, sprzętu ciężkiego, ograniczenie liczby wyłączeń ruchu pociągów, zmniejszenie liczby wyłączeń napięcia w sieci trakcyjnej oraz zwiększenie bezpieczeństwa pracowników.

Wszystko to miało znaczący wpływ na aspekt ekonomiczny projektu oraz termin wykonania opisywanego etapu budowy wiaduktu. Odpowiedni dobór deskowania płyty wiaduktu znacząco wpłynął na poprawę wydajności robót budowlanych, jakość techniczną wykonywanej konstrukcji płyty, a także przebieg realizacji obiektu.



Program konferencji

Nowa perspektywa finansowania zamówień publicznych w inwestycjach budowlanych

7.12. 2015 – poniedziałek		
9.30 – 10.00	Rejestracja uczestników	
10.00 – 10.30	Otwarcie Konferencji	Tomasz Latawiec – Prezes Zarządu SIDiR Andrzej Kąkolecki – Prezes Sądu Arbitrażowego przy SIDiR
10.30 – 11.10	Arbitraż w zamówieniach publicznych na miarę czasów	Rafał Morek – Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDiR
11.10 – 11.50		Piotr Lipiec – Dyrektor Departamentu Kontroli Centrum Unijnych Projektów Transportowych
11.50 – 12.20	Przerwa kawowa	
12.20 – 13.00	Geneza sporów budowlanych w zamówieniach publicznych	Tomasz Skoczyński – Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDiR, Kancelaria Radców Prawnych Skoczyński Kolańczyk i Partnerzy
13.00 – 13.40	Mediacja sposobem rozstrzygania sporów	Piotr Nowaczyk – Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDiR
13.40 – 14.20	Przemysłane postanowienia umowne sposobem na unikanie sporów	Agnieszka Suchecka – Sekretarz Zarządu SIDiR. Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDiR Kancelaria Radców Prawnych Brudkiewicz, Suchecka i Partnerzy. Wykładowca na studiach podyplomowych na PGd., PPoz.
14.20 – 15.00	Lunch	
15.00 – 15.40	Prawne uregulowania zmiany Umowy o zamówienie publiczne	Iga Bałos – Kancelaria Rzeczników Patentowych LOGOPROTECT
15.40 – 16.20	Współdziałanie zamawiających publicznych z wykonawcą robót budowlanych	Joanna Łagowska i Piotr Kunicki – Kancelaria K&L Gates Jamka sp. k.
16.20 – 17.00	Odstąpienie od umowy o zamówienie publiczne	Maciej Jamka – Kancelaria K&L Gates Jamka sp. k.
19.00	Uroczysta kolacja	
8.12. 2015 – wtorek		
10.00 – 10.40	Kary umowne w zamówieniach publicznych	Edyta Snakowska Estorninho – Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDiR
10.40 – 11.20	Podwykonawstwo robót budowlanych w zamówieniach publicznych	Zbigniew J. Boczek – Wice Prezes Sądu Arbitrażowego przy SIDiR. Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDiR. Dyrektor Europejskiego Instytutu Ekonomiki Rynków. Wykładowca na studiach podyplomowych na PGd., PWiR., PPoz.
11.20 – 12.00	Odbiór robót budowlanych i użytkowanie obiektu – powinności zamawiającego w świetle uregulowań prawnych a swoboda umów	Krzysztof Kowalczyk – Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDiR. BSJP Brockhuis Jurczak Prusak Sp. k.
12.00 – 12.30	Przerwa kawowa	
12.30 – 13.10	Granice swobody kontraktowej w zamówieniu publicznym	Paweł Zejer – Wice Prezes SIDiR. Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDiR. Wykładowca na studiach podyplomowych na PGd., PPoz.
13.10 – 13.50	Uwarunkowania dla stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC w zamówieniach publicznych	Tomasz Latawiec – Prezes Zarządu SIDiR. Wice Prezes Sądu Arbitrażowego przy SIDiR. Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDiR. Wykładowca na studiach podyplomowych na PGd.
13.50	Podsumowanie Konferencji	Paweł Szaciłło, Tomasz Latawiec, Zbigniew J. Boczek
14.10	Lunch	



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