

BIULETYN Konsultant



nr 42-43, sierpień-wrzesień 2016

Temat dnia

str. 2

Komentarz dotyczący norm prawnych i Warunków Kontraktowych FIDIC związanych z zakończeniem budowy i użytkowaniem obiektów budowlanych

str. 3

Kierowanie spraw do arbitrażu wedle regulacji FIDIC, w tym klauzul zmodyfikowanych przez Zamawiających; konsekwencje braku powołania Komisji Rozjemstwa w świetle orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2015 r., sygn. akt: IV CSK 443/14

str. 11

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 – wytyczne co do udostępniania zasobu podmiotu trzeciego

str. 13

Zmiana umowy po wprowadzeniu nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych – nowe szanse ale i zagrożenia w stosowaniu Warunków Kontraktowych FIDIC

str. 21

Nowa Perspektywa Unijna 2014-2020. Znowelizowane przepisy Prawa Zamówień Publicznych. Czy zamawiający spojrzą z nowej perspektywy na kontraktowanie inwestycji publicznych?

str. 24

Prawa i obowiązki inżyniera i zamawiającego w myśl kontraktów realizowanych dla GDDKiA

str. 28

Aktualności SIDiR

str. 30

Stanowisko SIDiR dotyczące procesu realizacji inwestycji kolejowych w Polsce

str. 31

Nierozpoznane warunki gruntowe





Tomasz
LATAWIEC

Niezależny Inżynier Konsultant,
Ekspert i Rozjemca SIDiR,
arbiter z listy Sądu Arbitrażowego
przy SIDiR, członek Rady
Ekspertów powołanej Zarządzeniem
nr 25 Ministra Infrastruktury
i Budownictwa.

Szanowne Koleżanki i Koledzy!

Ciężka praca zaczyna przynosić efekty – z wielką radością pragnę się podzielić informacją, że w najnowszych postępowaniach przetargowych GDDKiA przestała wykreślać z wzorcowych Warunków Kontraktowych (FIDIC) zapisy dotyczące Komisji Rozjemczych. To naprawdę wielkie wydarzenie! Ale także i wyzwanie dla naszego Stowarzyszenia – przecież nie kto inny, tylko Rozjemcy i Eksperci z listy SIDiR są najlepiej przygotowani do pełnienia funkcji członków Komisji Rozjemczych.

Zawsze jednak można być lepiej – dlatego Zarząd SIDiR podjął decyzję o prowadzeniu cyklicznych warsztatów dla Rozjemców i Ekspertów oraz dla kandydatów na Rozjemców i Ekspertów. Warsztaty mają co do zasady wprowadzić swego rodzaju standaryzację w kwestiach prowadzenia prac Komisji Rozjemczych oraz kwestiach prawnych. Ponadto, chcemy uaktywnić nasze środowisko, a także poszerzyć grono Rozjemców.

Drugą dobrą wiadomością jest to, że w ramach prac Rady Ekspertów powołanej Zarządzeniem nr 25 Ministra Infrastruktury i Budownictwa jesteśmy blisko kompromisu, który co

do zasady ma wprowadzić równoważne warunki realizacji umów o roboty budowlane liniowe w zamówieniach publicznych. Ta równowaga bierze się z przyjęcia standardowej matrycy ryzyk w Warunkach Kontraktowych w różnych modelach realizacji inwestycji. Bo przecież inna musi być, gdy kontrakt realizowany jest w modelu tradycyjnym, a inna w modelu „zaprojektuj i wybuduj”.

Celem nadrzędnym działań naszych przedstawicieli w Radzie Ekspertów – czyli Tomasza Latawca i Michała Skorupskiego – jest wprowadzenie do rekomendowanych przez Ministra Infrastruktury i Budownictwa warunków realizacji umów pełnej fiducyjnej ścieżki rozstrzygnięcia sporów, a więc nie tylko przez przywrócenie Komisji Rozjemczych, ale także i sądów arbitrażowych. Taki system rozstrzygnięcia sporów dawałby gwarancję uzyskiwania przez Strony wiążących rozstrzygnięć w Czasie Na Ukończenie. A że Sąd Arbitrażowy przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców jest dedykowany rozstrzygnięciu sporów z umów o roboty budowlane, przeto liczymy na dynamiczny wzrost spraw kierowanych do rozstrzygnięcia w naszym Sądzie.

Na marginesie sukcesów pragnę poinformować o działaniach w ramach Forum Inwestycyjnego PKP PLK – tu niestety nie mamy czym się pochwalić. Ba – kolejne odsłony standardowych Warunków Kontraktowych FIDIC są tak dalece odległe od promowanych przez nasze Stowarzyszenie wzorców, że podjęliśmy decyzję o wyłączeniu się z prac Forum. Wrócimy do nich, gdy wzorem rady Ekspertów dla robót drogowych zostanie powołane podobne gremium działające na poziomie odpowiedniego Ministra.

Tak więc – do zobaczenia na warsztatach!



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

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

Kolegium redakcyjne: Zbigniew J. Boczek (redaktor naczelny)

Członkowie: Tamara Małasiewicz, Włodzimierz Kiernożycki, Tomasz Latawiec

SIDiR jest członkiem:



Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils – FIDIC



European Federation of Engineering Consultancy Associations – EFCA



The Dispute Resolution Board Foundation – DRBF

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

Komentarz dotyczący norm prawnych i Warunków Kontraktowych FIDIC związanych z zakończeniem budowy i użytkowaniem obiektów budowlanych



Zbigniew J. **BOCZEK**
Dyrektor Europejskiego
Instytutu Ekonomiki Rynków,
Wykładowca na studiach
podyplomowych Politechniki
Wrocławskiej, Politechniki
Poznańskiej, Przewodniczący
Komisji Rewizyjnej SIDiR

1. Swoboda umów w Kodeksie cywilnym

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

Należy zwrócić uwagę, że z dużą dozą ostrożności należy podchodzić do swobody umów (art. 353¹ k.c.) i ułożenia stosunku prawnego według uznania zamawiającego, bo za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać uwzględnienie w umowie tylko interesów zamawiającego. Taka umowa, narusza zasadę słuszności kontraktowej, która nie zezwala na dopuszczenie takiego reżimu umownego, w którym z zasady realizowałoby się interesy jednej, z uszczerbkiem interesów drugiej ze stron umowy. Byłoby to zatem sprzeczne z *zasadami współżycia społecznego*. Jednocześnie zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, umowa o zamówienie publiczne powinna gwarantować poczucie pewności i bezpieczeństwa, wręcz niezbędnego dla podmiotów gospodarczych, które w systemie gospodarki rynkowej podejmują decyzje oparte na kalkulacji ekonomicznej. Nie do pogodzenia z wszystkimi powyższymi cechami byłoby pozostawienie wykonawcy w stanie braku pewności, co do jednoznaczności treści stosunku

umownego łączącego go z zamawiającym, w niekorzystnym dla wykonawcy reżimie umownym.

Przywoływana często tzw. „zasada swobody umów” o której mowa w art. 353¹ k.c., nie uznaje ułożenia stosunku prawnego według uznania, jeżeli jego treść lub cel sprzeciwia się ustawie (każdej ustawie). Jednocześnie, jeżeli czynność prawna zostaje ułożona sprzecznie z ustawą lub w sposób mający na celu obejście ustawy, to jest nieważna z mocy prawa – art. 58 § 1 k.c.

Zgodnie z art. 58 § 1 k.c., czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mającą na celu obejście ustawy jest nieważna (bezwzględna nieważność czynności prawnej), chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek. Przez czynność prawną mającą na celu obejście ustawy należy przy tym rozumieć czynność wprowadzającą nieobjętą zakazem ustawowym, ale przedsięwziętą w celu osiągnięcia skutku zakazanego przez prawo (por. M. Safjan [w:] Kodeks cywilny. Komentarz pod red. K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2005, t. II, art. 58, nb 15; Z. Radwański [w:] System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna pod red. Z. Radwańskiego, Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2002, str. 228-229 oraz S. Grzybowski: System prawa cywilnego. Część ogólna, Ossolineum, Wrocław – Warszawa 1974, str. 512-513). Jak podkreśla się w doktrynie, czynność mająca na celu obejście ustawy zawiera pozór zgodności z ustawą, ponieważ jej treść nie zawiera elementów wprost sprzecznych z ustawą, ale skutki, które wywołuje i które objęte są zamiarem stron, naruszają zakazy lub nakazy ustawowe. Chodzi tu o zakazy lub nakazy wynikające z norm bezwzględnie obowiązujących (*iuris cogentis*) oraz semiimperatywnych, gdyż tylko one zabraniają kształtowania stosunków prawnych w sposób z nimi niezgodny. Funkcja art. 58 k.c. – jak podkreśla się w doktrynie – ma zapobiegać powstawaniu stosunków prawnych przez system prawny zakazanych. Wspomniane zakazy lub nakazy mogą wynikać z norm rangi ustawowej każdej z gałęzi prawa, tak-



że z norm prawa publicznego. Jeżeli jednak cel konkretnej normy wskazuje na to, że ma ona zapobiegać ukształtowaniu stosunku cywilnoprawnego sprzecznego z nią, wówczas trzeba przyjąć, że przepis art. 58 § 1 k.c. znajduje bezwzględne zastosowanie.

Również nieważne jest postanowienie umowy, które ogranicza wolność działalności gospodarczej jednej ze stron bo narusza zasady współżycia społecznego, np. uzależnia drugą stronę umowy od siebie i przez to ogranicza wolność jej działalności gospodarczej (art. 58 § 2 k.c.) – por. wyrok Sądu Najwyższego z 20.05.2004 r. II CK 354/03.

Z tego względu niedopuszczalne jest takie ukształtowanie treści stosunku zobowiązaniowego, które prowadziłoby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy. Istnienie bowiem konkretnego przepisu prawa, który poszczególne zagadnienia odnoszące się do pewnej umowy (bądź pewnego typu umów) normuje w sposób imperatywny, wyklucza możliwość regulowania przez strony w sposób odmienny wynikających z umowy wzajemnych praw i obowiązków. Na tle tego właśnie przepisu dokonuje się bowiem oceny dopuszczalności swobody kontraktowania (swobody umów). Reguła ta jest aktualna zarówno w przypadku zawierania umów nazwanych, mieszanych, jak i nienazwanych, noszących znamiona kompletnej nowości, zatem na wszystkich płaszczyznach zastosowania zasady swobody kontraktowej. Swoboda umów sięga zatem do granic konkretnego przepisu imperatywnego.

W podsumowaniu warto odnotować wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 2.06.2015 r. III AUa 763/14 – **Ograniczenie zasady swobody umów nie zawsze musi być wprost wyrażone w konkretnym przepisie ustawy, ale również normę zakazującą można wyinterpretować z przepisów prawnych lub rozumowań inferencyjnych.** Granice swobody umów odnoszą się nie tylko do treści umowy, ale również do natury i celu stosunku prawnego kształtowanego przez strony. Z zasady swobody umów wynika zatem również zakaz zawierania umów, których celem jest obejście prawa.

2. Proces budowlany

Na wstępie należy podkreślić, **iz przebieg procesu budowlanego, prawa i obowiązki jego uczestników, kwestie dotyczące użytkowania i utrzymania obiektów budowlanych, jak również zasady działania organów administracji publicznej w tych sprawach, unormowane zostały w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane** z późn. zm. (dalej „P.b.”).

W rozdziale 1 określono zakres przedmiotowy i podmiotowy tej ustawy, podano definicje niektórych używanych w niej pojęć oraz zasady ogólne, które podlegają rozwinięciu w przepisach następnych rozdziałów i aktach wykonawczych, oraz mają znaczenie przy ich interpretacji. Należy zwrócić uwagę na zawarte w art. 3 Prawa budowlanego przyjęte definicje pojęć: obiekt budowlany (pkt 1), budynek (pkt 2), budowla (pkt 3), budowa (pkt 6), roboty budowlane (pkt 7), pozwolenie na budowę (pkt 12). Istotne znaczenie ma też treść art. 5 ww. ustawy, który określa jakie wymogi powinien spełniać obiekt budowlany i jego budowa (ust. 1), oraz warunki użytkowe (ust. 2).

Głównym uczestnikiem procesu inwestycyjnego jest bez wątpienia inwestor. W świetle przepisów ww. ustawy jest to podmiot, który posiadając prawo dysponowania nieruchomością na cele budowlane, realizuje inwestycję poprzez podejmowanie właściwych czynności dla danego etapu procesu inwestycyjnego np. inicjuje postępowanie w celu uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę, podejmuje działania niezbędne do realizacji inwestycji, organizuje budowę, finansuje przedsięwzięcie lub organizuje na ten cel odpowiednie środki, realizuje inwestycję lub organizuje jej realizację zgodnie z obowiązującymi przepisami, a po zakończeniu budowy wykonuje czynności niezbędne do rozpoczęcia legalnego użytkowania obiektu budowlanego (zespołu obiektów).

Zasadniczo na inwestorze ciąży odpowiedzialność za zapewnienie zgodnego z prawem przebiegu całego procesu budowlanego, od jego rozpoczęcia do oddania obiektu i użytkowania włącznie.

3. Zakończenie budowy

W rozdziale 5 Prawa budowlanego zawarto normy **dotyczące budowy obiektów budowlanych.** Przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego (art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego). Rozpoczęcie budowy następuje w myśl art. 41 ust. 1 Prawa budowlanego już z chwilą podjęcia prac przygotowawczych na terenie budowy, do których w ust. 2 zaliczono czynności wstępne, takie jak: wytyczenie geodezyjne obiektów w terenie, wykonanie niwelacji terenu, zagospodarowanie terenu budowy wraz z budową tymczasowych obiektów, wykonanie przyłączy do sieci infrastruktury technicznej na potrzeby budowy.

O zakończeniu budowy w rozumieniu ustawy Prawo budowlane świadczy spełnienie przez inwestora warunków przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego, a w szczególności złożenia zawiadomienia, o jakim mowa w art. 54 P.b., względnie wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie z art. 55 tej ustawy, co oznacza jednocześnie zakończenie inwestycji – m. in. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 8 września 2010 r. I SA/Kr 673/10. Zdaniem Sądu, skoro do użytkowania obiektu budowlanego można przystąpić po zawiadomieniu organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy (jeżeli nie wniesie on w odpowiednim terminie sprzeciwu), to **w sensie techniczno-budowlanym można mówić o zakończeniu budowy gdy obiekt budowlany odpowiada wymogom, jakie przewiduje ustawa Prawo budowlane przy zawiadomieniu ww. organu o zakończeniu budowy (art. 57 P.b.).** Obiekt powinien być w takim stanie, by mógł zostać przeprowadzony jego odbiór i by można było przekazać go do normalnej eksploatacji i użytkowania (zob. wyrok NSA z dnia 20 czerwca 1996 r., sygn. akt SA/Wr 2735/95).

W świetle art. 54 Prawa budowlanego złożenie zawiadomienia o zakończeniu budowy świadczy o tym, że zostały zrealizowane wszelkie warunki pozwolenia na budowę. Skuteczne zawiadomienie o zakończeniu budowy, bądź wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie ma takie znaczenie, iż wzniesione obiekty budowlane nie mogą pod-

legać ponownemu sprawdzaniu (pod kątem legalności wybudowania) przez organ nadzoru budowlanego, a **fakt przyjęcia budynku do użytkowania jednoznacznie potwierdza, że obiekt wybudowany został zgodnie z obowiązującymi przepisami.**

Stąd też w orzecznictwie nie ma wątpliwości, że o zakończeniu budowy świadczy spełnienie przez inwestora warunków przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego, a zatem obowiązku złożenie zawiadomienia, o jakim mowa w art. 54 P.b., względnie wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie z art. 55 P.b.

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

Podobnie o zakończeniu budowy świadczy spełnienie przez inwestora warunków przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego, a w szczególności złożenie zawiadomienia, o jakim mowa w art. 54 Prawa budowlanego – Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 sierpnia 2009 r. III SA/Wa 132/09.

Odnosząc się do daty zakończenia inwestycji należy wskazać, że przepisy Prawa budowlanego nie wskazują konkretnego momentu, który należy uznać za datę zakończenia inwestycji i spełnienie przez inwestora warunków przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego, a w szczególności złożenia zawiadomienia, o jakim mowa w art. 54 P.b. W tej materii niejednokrotnie wypowiadało się sądownictwo administracyjne, które przyjęło, że **za datę zakończenia inwestycji należy uznać datę złożenia zawiadomienia o zakończeniu budowy.**

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

niające ww. warunki (Komentarz do art. 6 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych. Dudar G. Etel L. Presnarowicz S. wyd. LEX).

4. Użytkowanie obiektu budowlanego

W rozdziale 5 Prawa budowlanego zawarto również normy dotyczące oddawania do użytku obiektów budowlanych a analiza przepisów Prawa budowlanego wskazuje, że oznacza ono sformalizowaną procedurę, której zachowanie warunkuje zgodne z prawem korzystanie z obiektu w celu innym niż budowa.

Ponadto pojęcie „użytkowania” upoważnia do jego rozumienia w znaczeniu potocznym, gdzie użytkowanie oznacza: używanie czegoś, korzystanie z czegoś, eksploatację. Przy czym ustawa wyraźnie rozróżnia to pojęcie, od pojęcia „budowy”, czy „prowadzenia robót budowlanych”. Analiza przepisów prowadzi przy tym do wniosku, że pojęcia „budowy” czy „robót budowlanych” nie obejmują innych prac niż wyznaczone w definicjach ustawowych, gdzie przy obiektach wznoszonych na podstawie pozwolenia na budowę prace te mieszczą się w granicach wyznaczonych zatwierdzonym projektem budowlanym, którego formę i zakres uregulowano w art. 34 Prawa budowlanego i rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. Nr 120, poz. 1133). Nie obejmują one zatem innych prac jakie mogą być wykonywane w obiekcie budowlanym w celu jego przygotowania do eksploatacji, do których w przypadku budynków należy zaliczyć wyposażanie pomieszczeń w meble, czy inne urządzenia techniczne (maszyny, urządzenia itp.) nie będące urządzeniami budowlanymi w rozumieniu art. 3 pkt 9 Prawa budowlanego. W szczególności do urządzeń budowlanych zalicza się zgodnie z art. 59a ust. 2 pkt 2 lit. e P.b. zasadnicze elementy wyposażenia budowlano-instalacyjnego związane z obiektem budowlanym, zapewniające możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem jak przyłącza i urządzenia instalacyjne, w tym służące oczyszczaniu lub gromadzeniu ścieków itp. Natomiast **testowanie rozwiązań funkcjonalnych stanowi już etap użytkowania obiektu budowlanego.**

Tak więc w wyroku z dnia 26.09.2013 r. II SA/Sz 227/13 Wojewódzki Sąd Administracyjny orzekł: **Rozumienie pojęcia użytkowania obiektu budowlanego jest zbliżone do "korzystania z rzeczy" w ujęciu powszechnie rozumianym (a także w ujęciu prawa cywilnego), przy czym w przypadku użytkowania, o którym mowa w art. 57 ust. 7 P.b., nie musi mieć ono charakteru trwałego i pełnego, bowiem podstawą nałożenia kary z tytułu nielegalnego użytkowania stanowi przystąpienie do użytkowania obiektu, choćby w jego części. Pojęcie użytkowania obiektu budowlanego należy rozumieć w znaczeniu języka powszechnego, jako używanie rzeczy czy korzystanie z niej, przy czym bez znaczenia jest tu zakres i długotrwałość, których skala i tak byłaby trudna do jednoznacznego ustalenia w sposób generalny.**

Niewątpliwie zatem, jakakolwiek forma korzystania z obiektu budowlanego, na którego wzniesienie jest wymagane pozwolenie na budowę, wymaga uprzedniego



oddania obiektu budowlanego do użytkowania poprzez wyczerpanie procedury przewidzianej w art. 54 i 55 Prawa budowlanego.

Jak stwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 24 lutego 2010 r. II OSK 420/09 – **Wprawdzie ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „użytkowanie” w Prawie budowlanym, to należy przez to rozumieć wykorzystywanie obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, a więc przez budowę zakończoną w takim przypadku należy rozumieć taki stan obiektu budowlanego, w którym mógłby zostać przeprowadzony odbiór techniczny tego obiektu, potwierdzający możliwość przekazania go do użytkowania.**

Zgodnie z art. 54 Prawa budowlanego do użytkowania obiektu budowlanego, na którego wzniesienie jest wymagane pozwolenie na budowę można przystąpić, z zastrzeżeniem przepisów art. 55 oraz art. 57 P.b., po zawiadomieniu właściwego organu o zakończeniu budowy i jeżeli organ ten, w terminie 14 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie wnieśli sprzeciwu, w drodze decyzji.

Skoro do użytkowania obiektu budowlanego można przystąpić po zawiadomieniu organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy (jeżeli nie wnieśli on w odpowiednim terminie sprzeciwu), to w sensie techniczno-budowlanym można mówić o zakończeniu budowy, gdy obiekt budowlany odpowiada wymogom, jakie przewiduje Prawo budowlane przy zawiadomieniu ww. organu o zakończeniu budowy (art. 57 Prawa budowlanego). Obiekt powinien być bowiem w takim stanie, by można było przekazać go do normalnej eksploatacji i użytkowania. Stąd też w orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że **o zakończeniu budowy świadczy spełnienie przez inwestora warunków przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego, a w szczególności złożenie zawiadomienia, o jakim mowa w art. 54 Prawa budowlanego** (por. wyrok NSA z dnia 20 czerwca 1996 r., sygn. akt SA/Wr 2735/95; oraz wyrok NSA z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt II SA/Wr 1235/99, niepubl.).

Przystąpieniem do użytkowania będzie zarówno rozpoczęcie korzystania z obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, określonym w pozwoleniu na budowę, jak i przystąpienie do korzystania w inny sposób – wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 6 grudnia 2010 r. II SA/Kr 1217/10.

5. Pozwolenie na użytkowanie

Adresatem art. 57 Prawa budowlanego o obowiązku zawiadomienia o zakończeniu budowy lub wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie jest zawsze inwestor, a tym samym obowiązek uzyskania pozwolenia na użytkowanie spoczywa na inwestorze. Do takiego wniosku prowadzi bowiem wykładnia systemowa tego przepisu. Ustawodawca w art. 54 Prawa budowlanego wskazał, że do użytkowania obiektu budowlanego, co do którego wymagane jest uzyskanie pozwolenia na budowę, można przystąpić po zawiadomieniu właściwego organu o zakończeniu budowy, jeżeli organ ten w terminie 14 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgłosi sprzeciwu w drodze decyzji.

Dodatkowo w art. 55 tego prawa ustawodawca określił te przypadki, w których przed przystąpieniem do

użytkowania niezbędne jest uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Wprawdzie ustawodawca nie wskazuje wprost podmiotu zobowiązanego do pozwolenia na użytkowanie, ale to nie powinno jednak budzić wątpliwości, że jest nim inwestor, skoro ten podmiot – jako uczestnik procesu inwestycyjnego – zobowiązany jest do zakończenia budowy poprzez uzyskanie zgody na użytkowanie obiektu, lub jego części, bądź to w formie milczącej (art. 54 P.b.), bądź w formie decyzji (art. 55 P.b.). Stanowisko takie wynika również z treści art. 56 P.b., w którym wskazuje się na obowiązki inwestora jako tego podmiotu, na który nakłada się obowiązek uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Ponadto taka wykładnia przepisu wynika pośrednio również z treści art. 60 P.b., w którym wskazuje się, że to inwestor oddając do użytkowania obiekt budowlany przekazuje właścicielowi lub zarządcy obiektu dokumentację budowy i dokumentację powykonawczą. Tak więc, **nie może budzić wątpliwości, że obowiązek uzyskania pozwolenia na użytkowanie spoczywa na inwestorze.**

Przystąpienie do użytkowania obiektu budowlanego lub jego części z naruszeniem przepisów art. 54 i 55 P.b., o czym mowa w art. 57 ust. 7 P.b., nie musi mieć charakteru trwałego i pełnego, ale właściwy organ jest zobowiązany wymierzyć karę z tytułu nielegalnego użytkowania obiektu budowlanego – por. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 października 2011 r. II OSK 1519/10, a adresatem art. 57 ust. 7 P.b. jest zawsze inwestor, niezależnie od tego, jaki podmiot faktycznie przystąpił do nielegalnego użytkowania obiektu budowlanego lub jego części – por. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2012 r. II OSK 204/11; Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 11 stycznia 2013 r. II SA/Gl 936/12.

W nawiązaniu do tych wyroków trzeba również odnotować trafne orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach z dnia 23 sierpnia 2013 r. II SA/Ke 247/13 – **Przez przystąpienie do użytkowania w myśl art. 57 ust. 7 p.b. należy rozumieć wystąpienie określonego stanu faktycznego polegającego na rozpoczęciu korzystania z obiektu lub jego części. Przystąpić do użytkowania można tylko raz, gdyż późniejszy stan faktyczny w zakresie użytkowania należy traktować już jako trwające użytkowanie. Ustawodawca nie przewidział kary pieniężnej za użytkowanie mające miejsce po przystąpieniu do użytkowania, a jedynie za samo przystąpienie do użytkowania.**

Ponadto z przepisu art. 55 ust. 1 pkt 3 P.b. wynika możliwość uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, gdy przystąpienie do użytkowania obiektu budowlanego ma nastąpić przed wykonaniem wszystkich robót budowlanych. Rozwinięcie tego przepisu i wynikające z takiego stanu faktycznego dalsze konsekwencje i tryb postępowania wynika z art. 59 ust. 1 i 3 P.b., gdzie właściwy organ wydaje decyzję w sprawie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego po przeprowadzeniu obowiązkowej kontroli, o której mowa w art. 59a.

W świetle zaś art. 59 ust. 1 Prawa budowlanego właściwy organ wydaje decyzję w sprawie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego po przeprowadzeniu obowiązkowej kontroli w celu potwierdzenia zgodności wykonania

obiektu z projektem zagospodarowania działki lub terenu oraz warunkami pozwolenia na budowę. **Przed oględzinami budowy (kontrolą budowy przez organ) nie ma możliwości uznania, że istnieje prawo inwestora do użytkowania obiektu.**

W art. 59 ust. 3 został określony przypadek wydania przez właściwy organ nadzoru budowlanego pozwolenia na użytkowanie pomimo niewykonania części robót wykończeniowych, lub innych robót budowlanych związanych z konkretnym obiektem budowlanym. W takiej sytuacji organ ten może wydać pozwolenie na użytkowanie, gdy stwierdzi, że obiekt budowlany spełnia warunki uzasadniające jego wydanie pomimo niewykonania robót. Wydając takie pozwolenie, organ może określić termin ich wykonania. W takiej sytuacji, jeżeli inwestor nie zrealizuje tych robót w wyznaczonym terminie, właściwy organ nadzoru budowlanego, który wydał decyzję w pierwszej instancji, powinien stwierdzić jej wygaśnięcie na podstawie art. 162 § 1 pkt 2 k.p.a.

Wykładnia powyższych przepisów prowadzi zatem do wniosku, iż istnieje możliwość udzielenia pozwolenia na użytkowanie części budynku w sytuacji niewykonania wszystkich robót wykończeniowych, lub innych robót budowlanych związanych z obiektem. Nie ulega również wątpliwości, iż decyzja udzielająca pozwolenia na użytkowanie potwierdza zakończenie budowy budowli, budynku lub ich części i świadczy, iż obiekty te znajdują się w stanie technicznym odpowiednim do wykorzystania ich zgodnie z przeznaczeniem, pomimo nawet niewykonania części robót wykończeniowych lub innych robót budowlanych. **W tej sytuacji zgodnie z art. 59 ust. 4a prawa budowlanego, jeżeli inwestor wykonał określone roboty po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego, ma on jeszcze, po ich zrealizowaniu, obowiązek zawiadomić właściwy organ nadzoru budowlanego o zakończeniu robót w określonym obiekcie budowlanym.**

6. Zakończenie budowy i użytkowanie w Warunkach Kontraktowych FIDIC

Na mocy klauzuli 10.1 Warunków Kontraktowych FIDIC wykonawca wnioskuje o przejęcie robót budowlanych a roboty budowlane powinny być przejęte przez inwestora gdy zostały ukończone zgodnie z kontraktem poza drobniejszymi zaległymi pracami czy wadami, których dokończenie czy też usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót lub inwestycji zgodnie z przeznaczeniem, oraz powinno być wystawione świadectwo przejęcia dla tych robót (odpowiednik protokołu odbioru robót). Roboty do przejęcia (odbioru) powinny być zgłoszone przez wykonawcę, kiedy będą zdaniem wykonawcy ukończone i gotowe do przejęcia. Jeżeli roboty są podzielone na odcinki, to wykonawca może podobnie wystąpić o świadectwo przejęcia dla każdego odcinka.

Po zgłoszeniu robót budowlanych do odbioru, Inżynier Kontraktu winien wystawić świadectwo przejęcia dla wykonawcy, wskazując na drobniejsze zaległe prace czy wady, których dokończenie czy też usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót lub odcinka zgodnie z przeznaczeniem. Natomiast jeżeli roboty bu-

dowlane nie nadają się do przejęcia, to Inżynier Kontraktu może odrzucić wniosek wykonawcy o ich przejęcie, podając przyczyny i określając roboty, których wykonanie przez wykonawcę będzie wymagane dla umożliwienia wystawienia świadectwa przejęcia. W tym przypadku wykonawca winien dokończyć wskazane roboty, przed ponownym wystąpieniem o przejęcie robót.

Jednocześnie, jeżeli Inżynier nie wystawi świadectwa przejęcia ani nie odrzuci wniosku wykonawcy, a roboty lub zależnie od przypadku odcinek, są wykonane zgodnie z kontraktem, to będzie się uważało, że świadectwo przejęcia zostało wystawione z ostatnim dniem kiedy Inżynier świadectwo przejęcia był zobowiązany wystawić.

Konkludując – w Warunkach Kontraktowych wymaga się, aby inwestor przejął roboty lub ich odcinek, gdy zostaną ukończone zgodnie z kontraktem, włącznie ze sprawami opisanymi powyżej, chyba, że roboty budowlane lub odcinek nie nadają się do celu określonego przez inwestora.

Ponadto klauzula 10.2 dotyczy przypadku, kiedy inwestor zechce przejąć i użytkować roboty budowlane zanim zostaną ukończone roboty wymienione w kontrakcie oraz ustanawia odpowiednią procedurę. **Jednak inwestor na mocy tej klauzuli nie ma dowolnego prawa użytkowania robót których wykonawca nie ukończył zgodnie z kontraktem, chociaż Inżynier Kontraktu może, zależnie od wyłącznego uznania inwestora, wystawić odrębne świadectwo przejęcia dla każdej części robót budowlanych.** Takie postępowanie Inżyniera na wniosek inwestora wymaga jednak w każdym przypadku wystawienia świadectwa przejęcia dla robót które inwestor według swojego uznania zamierza przejąć, ponieważ zgodnie z Warunkami Kontraktowymi inwestor nie może użytkować żadnej części Robót (poza użytkowaniem tymczasowym, które albo jest przewidziane w Kontrakcie albo uzgodnione między stronami) zanim Inżynier nie wystawi świadectwa przejęcia dla tej części.

Klauzula 10.2 w czwartym akapicie wprowadza jednocześnie rygor odpowiedzialności inwestora, jeżeli wykonawca poniesie koszt wskutek przejęcia czy użytkowania przez inwestora części robót poza takimi, dla których takie użytkowanie było ustalone w kontrakcie lub uzgodnione z wykonawcą.

Trzeba jednocześnie brać pod uwagę, że zgodnie z klauzulą 2.1 inwestor przekazuje wykonawcy w posiadanie teren budowy, a przejęcie części robót stanowi zakończenie tego posiadania.

7. „Użytkowanie tymczasowe” w Warunkach Kontraktowych FIDIC

Coraz częściej w praktyce kontraktowej mamy do czynienia z klauzulami umownymi które ograniczają, poprzez wprowadzenie określonych procedur, uprawnień lub obowiązków stron wynikające z mocy ogólnych przepisów prawa. Tego typu klauzule są zapożyczeniem z obcych systemów prawnych i z tego też powodu ich charakter prawny nie jest jednoznaczny w ramach polskiego systemu prawnego.

Ogólne Warunki Kontraktowe FIDIC są wzorcem umowy w rozumieniu art. 384 k.c. przygotowanym przez Fe-



derację FIDIC, które kształtują zbiór postanowień służących do masowego zawierania umów o roboty budowlane z kontrahentami. Przedmiotem regulacji wzorca umownego FIDIC są więc wzajemne prawa i obowiązki stron umowy w realizacji tych robót. Wzorzec to takie klauzule, które zostały sformułowane przed zawarciem umowy i wprowadzone przez jedną ze stron do umowy, lub przez podmiot działający na rzecz jednej ze stron umowy do stosunku prawnego, w ten sposób, że druga strona nie miała wpływu na ich treść (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 28.05.2014 r. VI ACa 1078/13).

Warunki Kontraktowe FIDIC w żadnym przypadku nie mogą być traktowane jako mające walor norm prawa międzynarodowego. Oznacza to, że wykładnia zamieszczonych w nich postanowień, włączonych do treści wiążącej strony umowy, jest dokonywana zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli (umów) określonymi w art. 56 oraz 65 § 1 i 2 k.c. – por. wyrok Sądu Najwyższego z 19.03.2015 r. IV CSK 443/14.

Konstrukcja klauzul może przyjmować różne formy np. może wprowadzać obowiązek uprzedniej notyfikacji o powstaniu danego roszczenia, obowiązek przedstawienia szczególnych badań materiałów budowlanych przez wyspecjalizowane instytuty naukowe, dostarczanie opinii eksperckich potwierdzających zaistnienie określonych okoliczności itp. Wreszcie mogą to być klauzule „sztywno” wprowadzające terminy na podniesienie konkretnych roszczeń, pod rygorem pozbawienia wierzyciela a nawet w ogóle możliwości ich dochodzenia. W związku z tym powstaje **pytanie dotyczące natury prawnej tych klauzul oraz ich skuteczności w świetle polskiego systemu prawnego**, ponieważ charakter prawny tego typu zastrzeżeń jest nader skomplikowany i trudno stworzyć jakąś zasadę o charakterze ogólnym. Każda sytuacja musi być rozstrzygana *ad casu*, szczególnie, że zamawiający jako podstawę wprowadzenia takich postanowień umownych przywołuje najczęściej „zasadę swobody umów”. Ponadto, istnieje duże prawdopodobieństwo, że w wielu przypadkach powołanie się przez zamawiającego na swobodę umów może stać w sprzeczności z naturą (nie wspominając już o przepisach bezwzględnie obowiązujących w randzie *ius cogens* kodeksu cywilnego) danego stosunku zobowiązaniowego lub ogólnie prawa zobowiązań. Należy bowiem zauważyć, że **możliwość dochodzenia swoich praw z danego stosunku obligacyjnego należy do istoty prawa zobowiązań, a ograniczanie przez zamawiającego tego uprawnienia należy traktować jako wyjątek i każde takie postanowienie umowne należy interpretować zawężająco**.

Jednym z takich przykładów jest klauzula 10.2 Warunków Kontraktowych FIDIC w części dotyczącej tzw. „użytkowania tymczasowego”. Treść tej klauzuli wskazuje, że „*Zamawiający nie będzie użytkował żadnej części Robót (inaczej niż użytkowanie tymczasowe, które jest albo uwzględnione w Kontrakcie, albo uzgodnione przez obie Strony), jeżeli i dopóki Inżynier nie wystawi Świadcstwa Przejęcia dla tej części.*” Wzorzec FIDIC nie wyjaśnia pojęcia „użytkowanie tymczasowe” a tym samym stało się ono przedmiotem dowolnych interpretacji przez Inżynierów Kontraktu a szczególnie interpretacji „wygodnej” za-

mawiającym. Zamawiający uważają, że tym samym mają **prawo użytkować część wykonanych robót, a nawet wszystkich wykonanych robót, bez wystawienia Świadcstwa Przejęcia (odbioru robót) w dowolnym okresie czasu i na dowolnych warunkach korzystania czy eksploatacji tych robót**.

Jeden z zamawiających publicznych dopisał nawet do Warunków Kontraktowych zapis o treści: „*Do czasu wystawienia Świadcstwa Przejęcia za wykonanie całości Robót Stałych użytkowanie przez Zamawiającego jakiegokolwiek części Robót będzie rozumiane jako użytkowanie tymczasowe.*” Taki zapis pojawił się w przetargach ogłaszanych przez PKP PLK i jest interpretowany przez Inżyniera Kontraktu i zamawiającego w ten sposób, że docelowy ruch pociągów przewożących regularnie pasażerów jest możliwy jako „użytkowanie tymczasowe”, a Inżynier Kontraktu odmawia wystawienia Świadcstwa Przejęcia dla tych robót. **W związku z tym powstaje pytanie dotyczące natury prawnej takiego postanowienia umownego oraz jego skuteczności w świetle polskiego systemu prawnego?**

Po pierwsze – odnosząc się do konkretnego ww. przypadku, należy zauważyć, że organy nadzoru budowlanego udzielając pozwolenia na budowę nie wyłączają możliwości ograniczonego korzystania z przejazdów pociągów w fazie budowy na terenie inwestycji (teren budowy) ale ograniczają maksymalną prędkość pociągów (a w zasadzie wszystkich pojazdów) np. do 20 km/godz. Wydaje się to zrozumiałe biorąc pod uwagę, że budowa toru „objazdowego” na czas remontu torowiska czy jego przebudowy wymagałaby skomplikowanej procedury i znacznych moim zdaniem nieuzasadnionych nakładów inwestycyjnych. Ograniczenie prędkości pociągów w okresie budowy uwzględnia dopuszczenie ograniczonego ruchu pociągów i niezmiernie ważnego bezpieczeństwa podróżujących pasażerów w powiązaniu z terenem budowy. Na tę okoliczność Warunki Kontraktowe przewidują w klauzuli 10.2 tylko obowiązek „uwzględnienia tego w Kontrakcie” albo „uzgodnienia przez obie strony”.

Po drugie – można przyjąć, że w trakcie realizacji robót zamawiający zachce wykonać część robót siłami własnymi lub przez tzw. mianowanych podwykonawców i będzie wymagane „czasowe użytkowanie” terenu budowy przez zamawiającego. Na tę okoliczność Warunki Kontraktowe tak samo przewidują w klauzuli 10.2 tylko obowiązek „uwzględnienia tego w Kontrakcie” albo „uzgodnienia przez obie strony”.

Po trzecie – w pozostałych przypadkach Warunki Kontraktowe dopuszczają „użytkowanie” jakiegokolwiek części robót przez zamawiającego, pod warunkiem wystawienia Świadcstwa Przejęcia przez Inżyniera Kontraktu, ponieważ w przeciwnym razie Warunki Kontraktowe w klauzuli 10.2 uznają, że:

- a) część, która jest użytkowana, będzie uważana za przejętą z datą, z którą zaczęła być użytkowana,
- b) od tej daty, Wykonawca przestanie być odpowiedzialny za opiekę nad taką częścią i odpowiedzialność przejdzie wtedy na Zamawiającego.

W świetle uregulowań wzorca jakim są Warunki Kontraktowe FIDIC, zachodzi również pytanie: **po co zamawiającemu dodatkowe postanowienie umowne, do-**

puszczające w każdym przypadku jakiegokolwiek użytkowanie robót jako użytkowanie tymczasowe i czy nie narusza to obowiązującego prawa?

Jak zostało dowiedzione w oparciu o orzecznictwo sądowe w części 4 komentarza „użytkowanie obiektu budowlanego” o którym mowa w rozdziale 5 Prawa budowlanego (normy dotyczące oddawania do użytku obiektów budowlanych – użytkowanie) – jest to zgodne z prawem korzystanie z obiektu w celu innym niż budowa, a więc przystąpienie do użytkowania (rozpoczęcie korzystania) z obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem określonym w pozwoleniu na budowę, jak też przystąpienie do korzystania w inny sposób, a ponadto:

1. Użytkowanie oznacza: używanie czegoś, korzystanie z czegoś, eksploatację. Przy czym ustawa P.b. wyraźnie rozróżnia to pojęcie, od pojęcia "budowy", czy „prowadzenia robót budowlanych”.
2. Pojęcie użytkowania obiektu budowlanego należy rozumieć w znaczeniu języka powszechnego, jako używanie rzeczy czy korzystanie z niej, przy czym bez znaczenia jest tu zakres i długotrwałość, których skala i tak byłaby trudna do jednoznacznego ustalenia w sposób generalny.
3. W art. 59 ust. 3 został określony przypadek wydania przez właściwy organ nadzoru budowlanego pozwolenia na użytkowanie pomimo niewykonania części robót wykończeniowych, lub innych robót budowlanych związanych z konkretnym obiektem budowlanym na wniosek zamawiającego (inwestora).
4. Zgodnie z art. 54 Prawa budowlanego do użytkowania obiektu budowlanego, na którego wzniesienie jest wymagane pozwolenie na budowę można przystąpić, z zastrzeżeniem przepisów art. 55 oraz art. 57 P.b., po zawiadomieniu właściwego organu o zakończeniu budowy i jeżeli organ ten w drodze decyzji, w terminie 14 dni od dnia doręczenia zawiadomienia, nie wniesie sprzeciwu.
5. Przez przystąpienie do użytkowania w myśl art. 57 ust. 7 P.b. należy rozumieć wystąpienie określonego stanu faktycznego polegającego na rozpoczęciu korzystania z obiektu lub jego części.
6. Przystąpienie do użytkowania obiektu budowlanego lub jego części z naruszeniem przepisów art. 54 i 55 P.b., o czym mowa w art. 57 ust. 7 P.b., nie musi mieć charakteru trwałego i pełnego, ale właściwy organ jest zobowiązany wymierzyć karę z tytułu nielegalnego użytkowania obiektu budowlanego. Niewątpliwie zatem, jakiegokolwiek forma korzystania z obiektu budowlanego, na którego wzniesienie jest wymagane pozwolenie na budowę, wymaga uprzedniego oddania obiektu budowlanego do użytkowania poprzez wyczerpanie procedury przewidzianej w art. 54 i 55 Prawa budowlanego.

Podsumowanie

Konkludując prowadzone rozważania, że **użytkowanie przez Zamawiającego jakiegokolwiek części Robót będzie rozumiane przez niego jako użytkowanie tymczasowe**, powinno się zdecydowanie odrzucić możliwość przypisania omawianym postanowieniom charakteru umownej modyfikacji postanowień w ramach swobody umów, ponieważ jest to sprzeczne z podstawowymi nor-

mami prawnymi mającymi w tym zakresie charakter bezwzględnie obowiązujący (*ius cogens*) dotyczącymi „użytkowania”, a tym samym wywołuje to skutek z art. 58 § 1 k.c. – **Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.**

Istnieje możliwość kwalifikacji postanowień wzorca umownego jakim są Warunki Kontraktowe jako „użytkowanie tymczasowe” jedynie w zakresie, w jakim nie ingerują one w normy dotyczące uregulowań „użytkowania” w Prawie budowlanym, co oznacza de facto, że w kontekście przywołanego zapisu wprowadzonego dodatkowo do wzorca przez zamawiającego, że „**jakiegokolwiek części Robót użytkowana w dowolnej formie przez zamawiającego będzie rozumiane jako użytkowanie tymczasowe**”, taka kwalifikacja nie będzie prawnie skuteczna, ponieważ prowadzi co najmniej do obejścia prawa. Przyczyną tego jest to, że takie postanowienie umowne nie może spełniać roli, jaką chciałby przypisać jej zamawiający, a więc korzystania z obiektu lub jego dowolnej części bez wymaganej procedury z Prawa budowlanego.

Takie postępowanie zamawiającego w formułowaniu klauzul będących przedmiotem niniejszego komentarza narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Potwierdza to wyrok Sądu Najwyższego z 5.06.2002 r. II CKN 701/00 „Określona w art. 353¹ k.c. swoboda umów oznacza, że strony zawierające umowę mogą jej treść kształtować według swego uznania, jednak jej treść lub cel nie mogą być sprzeczne z naturą stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego.”; oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 14.05.2008 r. I ACa 319/08 „Czynności mające na celu obejście ustawy zawierają pozór zgodności z ustawą. Ich treść nie zawiera elementów wprost sprzecznych z ustawą, ale skutki, które wywołują i które objęte są zamiarem stron naruszają zakazy lub nakazy ustawowe.”

Wreszcie warto także odwołać się do takiego kierunku wykładni sądowej która zakłada, że w przypadku niejasnych lub nieprecyzyjnych postanowień zawartych w umowie, wątpliwości dotyczące oświadczenia woli należy tłumaczyć „na korzyść” tej osoby, która nie redagowała jej treści – por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21.06.2007 r. IV CSK 95/07.

Po co więc zamawiającemu takie sprzeczne z prawem uregulowania umowne? Wychodząc z założenia, że autorzy tych zapisów są ludźmi rozsądnymi i biorąc pod uwagę doświadczenie z wykorzystaniem tych zapisów przez Inżyniera Kontraktu i zamawiającego, uważam że:

1. Zamawiający „użytkując tymczasowo” roboty, odcinek itp. stwarza wrażenie, że ta część robót nie została ukończona oraz nie nadaje się do użytkowania (eksploatacji) i nie występuje o pozwolenie na użytkowanie zgodnie z unormowaniami Prawa budowlanego, pomimo, że praktycznie i formalnie są one użytkowane – eksploatowane.
2. Zamawiający nie zgłaszając robót, ich części, lub odcinka do użytkowania zgodnie z Prawem budowlanym, stwarza wrażenie, że wykonawca pozostaje w zwłoce z wykonaniem tych robót, bo przecież ich nie odebrał – nie wystawił Świadcstwa Przejęcia.



3. Nie odbieranie robót pomimo, że występują ku temu wszelkie przesłanki, jest sposobem na naliczenie maksymalnych kar umownych za nienależyte wykonanie robót w terminach umownych, które byłyby zmniejszone w przypadku gdyby część robót została odebrana przed przekroczeniem terminu umownego i zostałoby wystawione Świadczenie Przejęcia dla tych robót, na podstawie wzorcowej klauzuli 10.2.
4. Zamawiający korzysta z robót, bo prowadzi eksploatację obiektu bez wymaganego prawem pozwolenia na użytkowanie i uważa, że gwarancja jakości i rękojmia będą dopiero obowiązywać gdy Inżynier Kontraktu wystawi Świadczenie Przejęcia dla wszystkich robót. Często jednak w takim przypadku stawia warunek, że wystawi Świadczenie Przejęcia jeżeli eksploatowane i użytkowane roboty nie będą wykazywały „śladów użytkowania”.
5. Zamawiający przekazał wykonawcy w posiadanie teren budowy, a rozpoczęcie użytkowania (eksploatacji) stanowi zakończenie tego posiadania w całości lub części. Nie odbierając robót i nie zgłaszając użytkowania Zamawiający w sposób nieuprawniony doprowadza do ponoszenia przez wykonawcę dodatkowych kosztów utrzymania terenu budowy w okresie w którym zamawiający prowadzi eksploatację (użytkowanie) na części terenu budowy i powinien ponosić koszty z tym związane we własnym zakresie. Wykonawcy mogą domagać się zwrotu kosztów utrzymania terenu budowy które to koszty w tej części terenu powinien ponosić zamawiający – czwarty akapit klauzuli 10.2.

W takim przypadku nie można mówić o swobodzie umów z art. 353¹ k.c. poprzez ułożenie stosunku prawnego według uznania zamawiającego, kiedy wprowadzone do umowy postanowienia uwzględniają tylko partykularny interes zamawiającego, bo taka umowa narusza zasadę *ścisłości kontraktowej*, która nie zezwala na dopuszczenie takiego reżimu umownego, w którym z zasady realizowałoby się interesy zamawiającego z uszczerbkiem interesów wykonawcy. Jest to *sprzeczne z zasadami współżycia społecznego* – art. 58 § 2 k.c.

Obserwując „rzeczywistość”, zastanawiam się, jak dalece może posunąć się zamawiający w swoim postępowaniu i tworzeniu „wygodnych dla niego” postanowień umownych, w tym dopisywaniu dodatkowych warunków do wzorcowych klauzul, często sprzecznych z prawem, nie biorąc nawet pod uwagę bezpieczeństwa pasażerów w przypadku użytkowania torów bez zgłoszenia użytkowania w myśl Prawa budowlanego, opierając się na dowolnym rozumieniu tzw. użytkowania tymczasowego, tylko dla własnych partykularnych interesów.

8. Przystąpienie do użytkowania

Podsumowując należy przyjąć, że przystąpienie do użytkowania to takie działania inwestora bądź osób działających z jego upoważnienia lub w jego imieniu, które wskazują na trwały zamiar użytkowania obiektu budowlanego. W związku z powyższym należy stwierdzić, iż w przypadku gdy właściwy organ nadzoru budowlanego ostateczną decyzją administracyjną udzie-

lił inwestorowi pozwolenia na użytkowanie konkretnego obiektu budowlanego, w tym również w części, to przepisy prawa budowlanego – w przypadku gdy inwestor po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie wykona wszystkie roboty budowlane związane z budową danego obiektu budowlanego – nie przewidują możliwości wydania kolejnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie całości obiektu lub jego pozostałej części.

W takiej sytuacji Prawo budowlane nakłada na inwestora wyłącznie obowiązek, który zgodnie z brzmieniem art. 59 ust. 4a polega na tym, że inwestor obowiązany jest zawiadomić właściwy organ o zakończeniu robót budowlanych wykonanych po przystąpieniu do użytkowania obiektu budowlanego, na podstawie pozwolenia na użytkowanie. Z tych powodów, **obowiązujące przepisy uniemożliwiają (brak podstawy prawnej) wydanie w stosunku do tego samego obiektu budowlanego kolejnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie w przypadku, gdy w obrocie prawnym istnieje już ważna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, bez względu czy jej zakres przedmiotowy dotyczył części obiektu, czy też jego całości.** Gdyby bowiem dopuścić wobec tego samego obiektu budowlanego wydanie ponownej (lub wielu) decyzji o pozwoleniu na jego użytkowanie, czyli w istocie w tym samym przedmiocie, doszłoby do naruszenia powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), ponieważ już w pierwotnej decyzji (ze względu na jej charakter i omawiane regulacje ustawowe) organ winien wypowiedzieć się w kwestii zdadności danego obiektu do użytkowania, przy czym nieistotne jest czy pozwolenie to dotyczy całości budynku czy jego części (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 28 grudnia 2007 r. sygn. akt VII SA/Wa 1376/07).

Tak więc, **przystąpić do użytkowania można tylko raz, późniejszy stan faktyczny w zakresie użytkowania należy ocenić już jako trwające użytkowanie.**

Jeżeli inwestor wystąpił z wnioskiem o wydanie stosownej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu dostarczając jednocześnie stosowne dokumenty, z których wynika, iż wnioskowany obiekt jest wykonany (zakończony) zgodnie z projektem, to Inspektor Państwowego Nadzoru Budowlanego okoliczność tę potwierdza podczas kontroli w terenie i w wydanej decyzji administracyjnej, która staje się ostateczna, a Wykonawca w zakresie ustalenia stanu faktycznego jest tymi okolicznościami związany, ponieważ nie można podważać ustaleń stosownych organów nadzoru budowlanego dokonanych w zakresie ich kompetencji, bo ani Inżynier Kontraktu, ani Zamawiający w tym zakresie nie ma takich uprawnień. Wydana decyzja o pozwoleniu na użytkowanie ma bowiem walor dokumentu urzędowego, a dokumenty urzędowe sporządzone w formie określonej przepisami prawa przez powołane do tego organy władzy publicznej stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo stwierdzone. Moc dowodowa dokumentu urzędowego może zostać podważona tylko, o ile da się sformułować zarzut przeciwko jego autentyczności lub wiarygodności, a więc zostanie wykazane istnienie innego dokumentu, który świadczy o oczywistej wadliwości takiej decyzji.

Kierowanie spraw do arbitrażu wedle regulacji FIDIC, w tym klauzul zmodyfikowanych przez Zamawiających; konsekwencje braku powołania Komisji Rozjemstwa w świetle orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2015 r., sygn. akt: IV CSK 443/14



Agnieszka
SUCHECKA
Radca Prawny,
członek Zarządu SIDiR,
Arbiter Sądu Arbitrażowego
przy SIDiR

Sąd Najwyższy w przywołanym orzeczeniu ukształtował dwie tezy ważne dla podmiotów stosujących Warunki Kontraktowe FIDIC:

1. Warunki FIDIC nie mogą być traktowane jako mające walor norm prawa międzynarodowego. Wykładnia zamieszczonych tam postanowień, włączonych do treści umowy wiążącej strony jest więc dokonywana zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli określonymi w kodeksie cywilnym.
2. Każda ze stron umowy przewidującej zapis na sąd polubowny lub udział mediatorów w rozstrzygnięciu sporu, w przypadku problemu z ich ustanowieniem ma prawo przekazać sprawę do rozstrzygnięcia przez sąd.

Stan faktyczny w jakim zapadło orzeczenie

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „W”, dalej zwane Wykonawcą, zawarło z Przedsiębiorstwem Wodociągów i Kanalizacji, dalej zwanym Zamawiającym, kontrakt na „Budowę sieci wodociągowych i kanalizacyjnych...”, po przeprowadzeniu postępowania i udzieleniu wykonawcy zamówienia publicznego.

Częścią kontraktu o wykonanie zamówienia były Warunki FIDIC zmodyfikowane i uzupełnione przez Warunki

Szczególne opracowane przez Zamawiającego. Z punktu widzenia opisywanego zagadnienia istotnym elementem było określenie sposobu rozwiązywania sporów pomiędzy stronami, który został uregulowany w zmodyfikowanej klauzuli 20 Warunków FIDIC.

Regulacje umowne

Zgodnie z umową łączącą Strony, Wykonawca zobowiązany był zgłosić przysługujące mu roszczenie Inżynierowi Kontraktu, który zobowiązany był przeprowadzić stosowne czynności pomiędzy stronami celem uzyskania rozwiązania polubownego, akceptowanego przez strony. W przypadku dalszego sporu, Klauzula 20 przewidywała, że będą one rozstrzygane przez jednoosobową Komisję Rozjemczą, którą wspólnie powołają strony. Regulacja umowna określała również, że jeżeli strony nie ustalą wspólnie składu komisji rozjemczej, to na wniosek jednej lub obu stron Prezes SIDiR lub Prezes Naczelnej Organizacji Technicznej, po konsultacjach ze stronami kontraktu, powinien wyznaczyć członka komisji rozjemczej. Spory, które nie zostałyby rozstrzygnięte przez Komisję Rozjemczą w sposób wiążący lub w ogóle, poddane zostaną pod rozstrzygnięcie Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej. Umowa przewidywała także, że spory mogą być kierowane bezpośrednio pod rozstrzygnięcie Sądu Arbitrażowego, jeżeli na miejscu nie ma komisji rozjemczej z powodu wygaśnięcia umowy z komisją rozjemczą lub z innego powodu.

Spór i jego procedowanie

Pomiędzy stronami powstał spór dotyczący zapłaty na rzecz Wykonawcy wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych. Roszczenie zostało prawidłowo zgłoszone przez Wykonawcę do Inżyniera Kontraktu. Z uwagi na brak satysfakcjonującej dla Wykonawcy decyzji w sprawie roz-



czenia, Wykonawca zaproponował Zamawiającemu poddanie sporu pod rozstrzygnięcie jednoosobowej komisji rozjemczej, wskazując rozjemcę. Zamawiający w odpowiedzi na propozycję Wykonawcy zgłosił sprzeciw co do osoby rozjemcy, nie proponując jednocześnie własnego kandydata. Mimo braku porozumienia Stron co do osoby rozjemcy, żadna ze Stron nie złożyła wniosku do Prezesa SIDIR ani Prezesa NOT o wyznaczenie rozjemcy. Wykonawca natomiast złożył pozew do uzgodnionego jako właściwego do rozstrzygania sporów Sądu Arbitrażowego przy KIG.

Sąd Arbitrażowy przy KIG (dalej jako Sąd Arbitrażowy) uwzględnił powództwo w całości, uznając uprzednio prawidłowość skierowania sporu na drogę arbitrażu. Zamawiający kwestionował możliwość rozpoznania sprawy przez Sąd Arbitrażowy z uwagi na brak wyczerpania procedury przed komisją rozjemczą. Sąd Arbitrażowy stwierdził natomiast, że skoro m.in. Zamawiający nie skierował do odpowiedniej osoby wniosku o wyznaczenie rozjemcy i tym samym komisja rozjemcza nie została powołana w sprawie, to nie jest uzasadnione prawnie powoływanie się następnie przez Zamawiającego na niewyczerpanie przez Wykonawcę drogi polubownego zakończenia sporu. **Sąd Arbitrażowy uznał zatem, że w tym konkretnym przypadku brak uprzedniej decyzji komisji rozjemczej nie stanowi przeszkody rozpoznania sprawy przez sąd arbitrażowy.**

Zaskarżenie wyroku Sądu Arbitrażowego do sądu powszechnego

Zamawiający, nie godząc się z rozstrzygnięciem Sądu Arbitrażowego skierował skargę do sądu powszechnego o uchylenie wyroku arbitrażu, powołując się na argumenty związane z brakiem wyczerpania procedury umownej przez Wykonawcę.

Sąd Okręgowy rozpoznający skargę, uznał, iż zasadnym jest zarzut wykroczenia poza zakres zapisu na sąd polubowny. Sąd stwierdził, że jeżeli któraś ze stron nie zastosuje się do procedury określonej w klauzuli dot. rozwiązywania sporów, jej roszczenie **nie może być skutecznie dochodzone w arbitrażu**. Sąd Okręgowy wskazał także, że Zamawiający jako odmawiający zapłaty wynagrodzenia nie był zainteresowany w rozstrzygnięciu sporu, więc to Wykonawca był jedynym zobowiązanym do uruchomienia całej procedury rozstrzygnięcia sporów przez komisję rozjemczą. **Konsekwencją niedopełnienia procedury jest brak uprawnienia Sądu Arbitrażowego do rozstrzygnięcia sporu.**

Wyrok Sądu Okręgowego został zaskarżony przez Wykonawcę. Sąd Apelacyjny jako Sąd II instancji zmienił całkowicie wyrok Sądu Okręgowego i oddalił skargę Zamawiającego o uchylenie wyroku sądu polubownego. Sąd Apelacyjny uznał za nieprawidłowe stanowisko Sądu Okręgowego.

Zamawiający, w związku z wyrokiem Sądu Apelacyjnego, wniósł skargę kasacyjną do Sądu Najwyższego.

Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie

Sąd Najwyższy skargę kasacyjną oddalił. W pierwszej kolejności Sąd Najwyższy stwierdził, iż Warunki FIDIC nie mogą być traktowane w taki sposób, że stanowią normy prawa międzynarodowego, w związku z czym wykładnia zamieszczonych tam postanowień jest dokonywana zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli określonymi w art. 56 oraz 65 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego.

W zakresie procedury dotyczącej komisji rozjemczej Sąd Najwyższy uznał, że powołanie komisji rozjemczej jest obligatoryjne, a jeżeli strony nie potrafią uzgodnić członka komisji samodzielnie, to na wniosek jednej z nich takiego członka powinna wyznaczyć jednostka wyznaczająca. Niewyznaczenie natomiast w niniejszej sprawie rozjemcy obciąża Zamawiającego. Z kolei niewystąpienie z wnioskiem do odpowiedniej jednostki o wyznaczenie członka komisji obciąża obie strony w równym stopniu, gdyż obie strony miały interes w rozstrzygnięciu sporu, skoro spór powstał.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Najwyższy uznał, iż w niniejszej sprawie powstała prawna możliwość skierowania sporu bezpośrednio do rozstrzygnięcia go przez sąd arbitrażowy, z uwagi na to, że strony nie osiągnęły porozumienia co do składu komisji ani nie wystąpiły do odpowiedniej jednostki o jego wyznaczenie.

Za niezasadny Sąd uznał zarzut Zamawiającego dotyczący wyrokowania przez Sąd Arbitrażowy w przedmiocie sporu nieobjętego zapisem na sąd polubowny lub wykraczającego poza jego zakres.

Doniosłość orzeczenia w praktyce

Stanowisko Sądu Najwyższego ma istotne znaczenie praktyczne dla podmiotów stosujących warunki kontraktu FIDIC dla realizacji zamówień. Sąd Najwyższy jednoznacznie wskazał, że nie można poprzez brak zwrócenia się strony o wyznaczenie rozjemcy (komisji rozjemczej) pozbawiać możliwości rozpoznawania sporu przez arbitraż określony w Umowie. To ważne i dobre orzeczenie, bo daje pewność stronom, że wyrok arbitrażu nie zostanie następnie podważony na skutek sparaliżowania procedury wyznaczenia komisji rozjemczej. Można będzie także powoływać się na omawiany wyrok, gdy procedura umowna wskaże wyłącznie jedną stronę jako uprawnioną do kierowania wniosku do Prezesa SIDIR o wyznaczenie rozjemcy i strona ta po powstaniu sporu uchyłać się będzie od wykonania ww. uprawnienia co przecież skutkowałoby paraliżem procedury rozstrzygania sporu.

Kwestie omówione w wyroku będą także wskazówką dla stron umów opartych o Warunki Kontraktowe FIDIC w sytuacji, gdy jedna z nich (strona uprawniona) zwróci się do podmiotu wyznaczającego komisję rozjemstwa określoną w umowie (np. Prezes SIDIR, Prezes NOT) a druga strona będzie kwestionowała skład lub legalność działania tak powstałej komisji. Wówczas strona, która jest zainteresowana rozwiązaniem sporu, nie będzie pozbawiona możliwości dochodzenia praw przed arbitrażem. Wskazany na wstępie wyrok Sądu Najwyższego przesądził bowiem o dopuszczalności drogi sądowej (arbitrażowej) także wtedy, gdy procedura polubowna nie jest możliwa do przeprowadzenia pomiędzy zwaśnionymi stronami choćby z uwagi na brak działania samych stron.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14

wytyczne co do udostępniania zasobu podmiotu trzeciego



Honorata
ŁOPIANOWSKA

radca prawny, doradca podatkowy,
zamówieniami publicznymi
zajmuje się od ponad 10 lat

1. Okoliczności sprawy, na tle której postawione zostały pytania

Pytania zostały postawione w postępowaniu odwoławczym prowadzonym przez skład Krajowej Izby Odwoławczej¹, dotyczącym zamówienia na *kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic miasta stołecznego Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2014–2017* w podziale na osiem prowadzonym z zastosowaniem aukcji elektronicznej.

W rozpatrywanym postępowaniu zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia, w którym wymagał, aby: „*wykonawcy w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonali lub wykonywali usługę lub usługi polegające na zimowym utrzymaniu jezdni dróg, o łącznej wartości wykonanych prac nie mniejszej niż 1.000.000 zł.*”

Do oceny spełnienia tego warunku zamawiający postanowił, że będzie brał pod uwagę wyłącznie usługi, w ramach których do zapobiegania lub likwidacji „śliskości zimowej” zastosowano technologię zwilżoną, tj. chlo-

rek sodu lub mieszanek chlorku sodu z chlorkiem wapnia, które w trakcie posypywania zwilżone zostają solanką. Zamawiający zastrzegł także, że **w przypadku składania oferty na więcej niż jedną część zamówienia wykonawca powinien zrealizować prace o odpowiednio większej wartości tj. 1.000.000 zł x liczba części zamówienia, na które składa ofertę.**

Wykonawca składając ofertę, udokumentował wykonanie w ciągu ostatnich trzech lat czternastu usług, przy czym dwanaście z nich wskazywało na jego własne doświadczenie, a w odniesieniu do dwóch powołał się – w oparciu o regulację art. 26 ust. 2b ustawy – na doświadczenie podmiotu trzeciego mającego swoją siedzibę w Grudziądzu [ok. 230 km od miejsca świadczenia stanowiących przedmiot zamówienia usług]. Wykonawca dla udokumentowania spełnienia warunku przedstawił zobowiązanie do „udostępnienia niezbędnych zasobów”, w którym sposób wykorzystania udostępnionych zasobów został opisany w sposób następujący: usługi doradcze obejmujące m.in. przeszkolenie pracowników wykonawcy [tj. pracowników], udzielanie wykonawcy konsultacji, w tym pomoc w rozwiązywaniu problemów, jakie mogą pojawiać się na etapie realizacji zamówienia. Jako charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę w podmiocie udostępniającym zasoby wykonawca wskazał umowę między przedsiębiorcami, a jako zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia określono doradztwo w całym okresie realizacji umowy o zamówienie publiczne.

Na tle tak opisaney relacji między wykonawcą a podmiotem, udostępniającym swoje zasoby Zamawiający wystąpił do wykonawcy o wyjaśnienia co do szczegółowego charakteru działań podmiotu trzeciego oraz wpływu, jaki mogą one mieć na jakość i sprawność usługi wykonywanej na terenie Warszawy, zważywszy w szcze-

¹ Sprawa o sygn. akt KIO 1014/14 - postanowienie z dnia 18 czerwca 2014 r. na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej [Dz. Urz. U.E. C 115 z 9 maja 2008 r.] o skierowaniu do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytań prejudycjalnych dotyczących wykładni przepisów prawa wspólnotowego.



gólności na odległość dzielącą Grudziądz od Warszawy. W odpowiedzi wykonawca podał, że będą to usługi doradcze obejmujące konsultacje oraz przeszkolenie pracowników. Usługi doradcze będą polegać na udzieleniu pełnego wsparcia merytorycznego poprzez wydawanie opinii oraz stałe konsultacje w zakresie przedmiotu zamówienia. Wykonawca wskazał też, że ma duże doświadczenie w świadczeniu usług związanych z przedmiotem zamówienia, jednak dodatkowe wsparcie ze strony podmiotu udostępniającego zasoby wpływie realnie na jeszcze wyższą jakość i sprawność wykonywanych usług poprzez przekazywanie rad i wskazówek. Wykonawca podjął wreszcie polemikę ze stanowiskiem zamawiającego i podał, że z treści art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika obowiązek, aby inny podmiot brał udział w realizacji zamówienia w jakimkolwiek charakterze, a sposób uczestnictwa innych podmiotów może mieć dowolną prawem dozwoloną formę, a więc podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje przy czym korzystając z zasobu innego podmiotu wykonawca może wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie.

Zamawiający uznał tę odpowiedź za niewystarczającą, przyjmując, że wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego nie mogą zostać udostępnione z uwagi na brak osobistego i realnego uczestnictwa tej spółki w realizacji zamówienia, a w konsekwencji wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Wykonawca zakwestionował stanowisko zamawiającego i zwrócił się o uwzględnienie jego oferty w celu udzielenia wszystkich ośmiu części zamówienia.

W oparciu o te czynności, zamawiający wykluczył wykonawcę ze wszystkich części zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i przeprowadził aukcję elektroniczną zwieńczoną wyborem innego wykonawcy.

Czynność ta stała się przedmiotem odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, w którym wykonawca żądał unieważnienia wykluczenia go z postępowania co do każdej z części postępowania, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w każdej z ośmiu części postępowania; dokonania ponownej oceny złożonych ofert i dopuszczenia go do aukcji elektronicznej oraz powtórzenia aukcji elektronicznej.

Rozpatrując zagadnienie udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci na tle opisanego stanu faktycznego, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej postawił dziesięć pytań prejudycjalnych:

1) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że za »stosowne sytuacje«, w których wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, należy uznać każdą sytuację, w której dany wykonawca nie posiada wymaganych przez instytucję zamawiającą kwalifikacji i zechce się na taką zdolność innych podmiotów powołać? Czy też wskazanie, że wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów jedynie w »stosownych sytuacjach« należy uznać za ograniczenie wskazujące, że takie powoływanie się może następować jedynie wyjątkowo, a nie jako reguła przy kwalifikacji wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego?

- 2) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że poleganie przez wykonawcę na zdolnościach innych podmiotów w zakresie ich wiedzy i doświadczenia »niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań« oraz »dysponowanie zasobami« tych podmiotów oznacza, że w trakcie realizacji zamówienia wykonawca nie musi mieć z tymi podmiotami żadnych powiązań lub mieć bardzo luźne i nieokreślone powiązania, tj. może wykonywać zamówienie samodzielnie [bez udziału innego podmiotu] albo udział ten może polegać na »doradztwie«, »konsultacjach«, »szkoleniu« itp.? Czy też art. 48 ust. 3 należy interpretować w ten sposób, że podmiot, na którego zdolności powołuje się wykonawca, musi rzeczywiście i osobiście wykonać zamówienie w zakresie, w jakim jego zdolności były deklarowane?
- 3) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że wykonawca, który ma własne doświadczenie, ale w zakresie mniejszym, niż chciałby wykazać zamawiającemu [np. niewystarczającym dla złożenia oferty na wszystkie części zamówienia], może powoływać się dodatkowo na zdolności innych podmiotów w celu poprawienia swojej sytuacji w postępowaniu?
- 4) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może [lub nawet powinien] wskazać zasady, na jakich wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, np. w jaki sposób inny podmiot powinien uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w jaki sposób można łączyć potencjały wykonawcy i innego podmiotu, czy inny podmiot będzie ponosił odpowiedzialność solidarną z wykonawcą za prawidłową realizację zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca powołał się na jego zdolności?
- 5) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na zdolności innego podmiotu, o których mowa w art. 48 ust. 3 tej dyrektywy, w ramach którego nastąpi sumowanie zdolności dwóch lub więcej podmiotów, które nie posiadają zdolności w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganych przez instytucję zamawiającą?
- 6) A tym samym, czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na taką interpretację art. 44 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 [...], zgodnie z którą spełnienie warunków udziału w postępowaniu postawionych przez instytucję zamawiającą może być jedynie formalne dla celów udziału w postępowaniu i niezależne od rzeczywistych kwalifikacji wykonawcy?
- 7) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na to, by, w przypadku gdy dopuszczalne jest złożenie oferty co do części zamówienia, wykonawca po złożeniu ofert, np. w ramach uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, zadeklarował, do której części zamówienia należy zakwalifikować

wskazane przez niego zasoby mające służyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu?

- 8) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na unieważnienie przeprowadzonej aukcji i powtórzenie aukcji elektronicznej, w przypadku gdy została ona przeprowadzona w istotny sposób nieprawidłowo, np. nie zostali zaproszeni do niej wszyscy wykonawcy, którzy złożyli dopuszczalne oferty?
- 9) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta została wybrana w wyniku takiej aukcji bez jej powtarzania, w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby jej wynik?
- 10) Czy przy interpretacji przepisów dyrektywy 2004/18 [...] dozwolone jest posługiwanie się treścią przepisów i preambuły dyrektywy [...] 2014/24 [...], pomimo że nie upłynął czas na jej implementację, jako przesłanką interpretacyjną w zakresie, w jakim wyjaśnia ona pewne założenia i intencje ustawodawcy Unii, a nie jest sprzeczna z przepisami dyrektywy 2004/18 [...]?"

2. Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w przedmiocie postawionych pytań

Trybunał, dopatrując się wspólnych cech i wspólnego uzasadnienia między niektórymi pytaniami, na część z nich postanowił udzielić odpowiedzi łącznej. W konsekwencji wyrokiem z 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14, *Apelski*, TSUE udzielił następujących odpowiedzi:

W przedmiocie pytań od pierwszego do trzeciego, piątego i szóstego²

- 30 W swych pytaniach od pierwszego do trzeciego, piątym i szóstym, które należy rozważyć łącznie, sąd odsyłający zwraca się w istocie o określenie przesłanek, które muszą być spełnione, aby wykonawca mógł polegać na zdolnościach innych podmiotów w rozumieniu art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 oraz wyjaśnienie zasad udostępnienia niezbędnych zasobów przez takie podmioty, a zatem ich ewentualnego udziału w wykonaniu danego zamówienia.
- 31 Aby odpowiedzieć na te pytania, należy na wstępie przypomnieć, że zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18 to instytucje zamawiające sprawdzają predyspozycje kandydatów lub oferentów zgodnie z kryteriami, o których mowa w art. 47–52 tej dyrektywy.
- 32 Ponadto, na mocy art. 44 ust. 2 wskazanej dyrektywy 2004/18, instytucja zamawiająca może żądać od wykonawców spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, a także kwalifikacji technicznych i zawodowych zgodnie z art. 47 i 48 tej dyrektywy.
- 33 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przyznają każdemu

podmiotowi gospodarczemu prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia [zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 29, 33].

- 34 Taka wykładnia jest zgodna z celem polegającym na otwarciu zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, założonym w dyrektywach z tej dziedziny w interesie nie tylko wykonawców, lecz również instytucji zamawiających. Ponadto wykładnia ta sprzyja także ułatwianiu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, co zgodnie z jej motywem 32 jest również założeniem dyrektywy 2004/18 [wyrok z dnia 10 października 2013 r. Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo].
- 35 Wynika stąd, że uwzględniając wagę, jaką posiada ono w ramach przepisów Unii z dziedziny zamówień publicznych, prawo ustanowione w art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 tejże dyrektywy stanowi ogólną zasadę, którą instytucje zamawiające muszą wziąć pod uwagę przy wykonywaniu swych kompetencji w zakresie weryfikacji zdolności oferenta do wykonania określonego zamówienia.
- 36 W tym kontekście okoliczność, że zgodnie z art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów „w stosownych sytuacjach”, nie może być interpretowana, jak zdaje się sugerować w szczególności sąd odsyłający, w ten sposób, że taki podmiot może odwołać się do zdolności podmiotów trzecich wyłącznie w wyjątkowych przypadkach.
- 37 Należy wobec tego stwierdzić w pierwszej kolejności, że o ile oferent ma swobodę wyboru w zakresie ustanowienia i charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z podmiotami, na których zdolnościach polega, to jest on jednak zobowiązany przedstawić dowód, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania zamówienia [zob. podobnie wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r. Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo].
- 38 Zgodnie zatem z art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 oferent nie może polegać na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia wymaganych przez instytucję zamawiającą warunków w czysto formalny sposób.
- 39 W drugiej kolejności, jak orzekł już Trybunał, przepisy dyrektywy 2004/18 nie sprzeciwiają się temu, aby korzystanie z prawa ustanowionego w art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 tej dyrektywy było ograniczone w wyjątkowych okolicznościach [zob. podobnie wyrok z dnia

² Numeracja odpowiada numeracji przypisanej odpowiednim elementom rozstrzygnięcia w wyroku TSUE.



- 10 października 2013 r. Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 36].
- 40 Nie można bowiem wykluczyć, że szczególne roboty budowlane wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów. W takiej sytuacji instytucja zamawiająca może zatem w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy lub stosownie do okoliczności przez odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych, na mocy art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny [wyrok z dnia 10 października 2013 r. Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 35].
- 41 Ponadto nie można wykluczyć, że w szczególnych okolicznościach z uwagi na charakter i cele danego zamówienia oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania danego zamówienia. W rezultacie w takich okolicznościach oferent może powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu danego zamówienia.
- 42 W niniejszym przypadku sąd odsyłający wyraża wątpliwości w kwestii, czy Partner może rzeczywiście polegać na zdolnościach PUM-u, w tym znaczeniu, że zdolności te mogą prowadzić do udostępnienia zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego zgodnie z art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 zważywszy, że takie udostępnienie polegałoby jedynie na prowadzeniu działalności doradczej i szkoleniowej przy całkowitym braku bezpośredniego udziału PUM-u w wykonywaniu tego zamówienia.
- 43 Należy w tym względzie zauważyć, że zamówienie publiczne będące przedmiotem postępowania głównego, opisane w pkt 19 niniejszego wyroku, obejmuje kompleksowe mechaniczne czyszczenie jezdni ulic Warszawy w sezonie zimowym i letnim w czteroletnim okresie.
- 44 Co się tyczy w szczególności czyszczenia w sezonie zimowym z postanowienia odsyłającego wynika, że świadczenie tej usługi wymaga specjalistycznych umiejętności oraz dogłębnej znajomości topografii Warszawy, a przede wszystkim wymaga zdolności natychmiastowego reagowania w celu zapewnienia w krótkim czasie określonych standardów utrzymania dróg.
- 45 Ponadto usługa ta jest oparta na wykorzystaniu szczególnej technologii, wymagającej odpowiedniego doświadczenia i wysokich umiejętności w zakresie wykorzystywania tej technologii, która jako jedyna pozwala na właściwe wykonanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego, przy jednoczesnym uniknięciu niebezpiecznych skutków w zakresie ruchu drogowego.
- 46 W tym kontekście konkretna realizacja takiego zamówienia wymaga udziału doświadczonego personelu, który w szczególności w drodze bezpośrednich obserwacji stanu nawierzchni dróg oraz pomiarów przeprowadzonych na miejscu pozwala na przewidzenie, a w każdym razie odpowiednie zaspokojenie specyficznych potrzeb tego zamówienia.
- 47 Tymczasem, uwzględniając przedmiot zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego oraz jego cele, nie można wykluczyć, że planowany udział PUM-u polegający wyłącznie na prowadzeniu działalności o charakterze doradczym i szkoleniowym nie może być uznany za dostateczny do zapewnienia, że Partnerowi zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby niezbędne do wykonania tego zamówienia w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 33 niniejszego wyroku. Potwierdza to tym bardziej okoliczność, że jak wynika z postanowienia odsyłającego, siedziba PUM-u znajduje się w mieście Grudziądz, w odległości około 230 km od Warszawy.
- 48 W tej sytuacji do sądu odsyłającego należy – z uwzględnieniem wszystkich szczególnych elementów zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego – ustalenie, czy takie udostępnienie może zostać dokonane w sposób odpowiadający wymogom wskazanym w rzeczonym orzecznictwie.
- 49 Uwzględniając wszystkie powyższe okoliczności, na pytania od pierwszego do trzeciego, piąte i szóste należy odpowiedzieć, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w związku z jej art. 44 ust. 2 należy interpretować w ten sposób, że:
- przyznają one każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z tymi podmiotami powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania tego zamówienia oraz
 - nie można wykluczyć, że korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach z uwagi na przedmiot danego zamówienia, a także jego cele. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy kandydat lub oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania tego zamówienia, co oznacza, że może on powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu danego zamówienia.
- W przedmiocie pytania czwartego**
- 50 W pytaniu czwartym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 48 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca ma możliwość wskazania wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowych zasad, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów.
- 51 Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy przypomnieć, jak zauważono w pkt 33 i 49 niniejszego wyroku, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przyznają każdemu wykonawcy prawo do polegania na

zdolnościach innych podmiotów, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania danego zamówienia.

- 52 W tym celu, o ile oferent musi udowodnić, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania danego zamówienia, to jednak ma on swobodę wyboru, po pierwsze, charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z innymi podmiotami, na których zdolnościach polega w celu wykonania tego zamówienia, i po drugie środka dowodowego na wykazanie istnienia tych powiązań [wyrok z dnia 14 stycznia 2016 r. Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, pkt 28].
- 53 Z tego względu instytucja zamawiająca nie może co do zasady ustanowić wyraźnych wymogów mogących stanowić przeszkodę w wykonywaniu prawa przysługującego każdemu wykonawcy do polegania na zdolnościach innych podmiotów w szczególności poprzez wskazanie z góry szczegółowych zasad, zgodnie z którymi wykonawca może powołać się na zdolności tych innych podmiotów. Jest tak tym bardziej, że w praktyce, jak słusznie zauważyła Komisja Europejska, wydaje się trudne, a wręcz niemożliwe, aby wykonawca mógł przewidzieć a priori wszystkie możliwe przypadki wykorzystania zdolności innych podmiotów.
- 54 Wobec tego, jak zostało stwierdzone w odpowiedzi na pytania od pierwszego do trzeciego, piąte i szóste, a także uwzględniając przedmiot danego zamówienia i jego cele, korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach, takich jak wskazane w pkt 39–41 niniejszego wyroku.
- 55 Tymczasem w takich okolicznościach nie można z góry wykluczyć, że instytucja zamawiająca może do celów prawidłowego wykonania danego zamówienia wskazać wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe zasady umożliwiające wykonawcy poleganie na zdolnościach innych podmiotów.
- 56 Jednakże, jeżeli instytucja zamawiająca postanawia skorzystać z takiej możliwości, musi ona zapewnić, że wprowadzone przez nią zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz proporcjonalne względem nich.
- 57 Taki wymóg pozwala ponadto zapewnić poszanowanie zasady przejrzystości w odniesieniu do zasad przyjętych przez instytucję zamawiającą, stwarzając jednocześnie wykonawcom możliwość zaproponowania instytucji zamawiającej alternatywnych zasad polegania na zdolnościach innych podmiotów gwarantujących, że rzeczony zdolności zostaną rzeczywiście udostępnione.
- 58 W rezultacie na pytanie czwarte należy odpowiedzieć, iż art. 48 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że uwzględniając przedmiot danego zamówienia i jego cele, instytucja zamawiająca może w szczególnych okolicznościach do celów prawidłowego wykonania tego zamówienia wskazać wy-

rażnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe zasady, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, pod warunkiem że te zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz proporcjonalne względem nich.

W przedmiocie pytania siódmego

- 59 W pytaniu siódmym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one, aby instytucja zamawiająca po otwarciu ofert złożonych w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego uwzględniła wniosek wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia o wzięcie pod uwagę jego oferty do celów udzielenia wyłącznie niektórych części tego zamówienia.
- 60 Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy przypomnieć, że zgodnie z motywem 46 i art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające zapewniają równe traktowanie wykonawców w sposób niedyskryminacyjny i przejrzysty.
- 61 W związku z tym, po pierwsze, zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia [zob. podobnie wyrok z dnia 6 listopada 2014 r. Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo].
- 62 Ponadto, jak orzekł Trybunał, zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacji między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia [wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo].



- 63 Trybunał zaznaczył jednak, że art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych [wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo].
- 64 W tym celu instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty [zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36].
- 65 Ponadto, korzystając z przysługującego jej swobodnego uznania w zakresie możliwości zwrócenia się do kandydatów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować kandydatów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie kandydata lub kandydatów, do których żądanie takie skierowano [wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 37].
- 66 W niniejszym przypadku, jak wynika z postanowienia odsyłającego, ZOM, który miał wątpliwości, czy Partner posiada zasoby niezbędne do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego, zwrócił się do tej spółki po złożeniu przez nią oferty o wykazanie w szczegółach, jaki charakter będzie miał udział PUM-u w wykonaniu tego zamówienia.
- 67 W odpowiedzi na to żądanie wyjaśnień Partner zwrócił się do ZOM-u, w razie gdyby uznał on, że wykazane doświadczenie jest niedostateczne, o zakwalifikowanie zasobów wskazanych przez niego w odniesieniu do każdej z ośmiu części zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego zgodnie z określoną kolejnością, tak aby ewentualne wykluczenie nie dotyczyło całego zamówienia, lecz jedynie poszczególnych części, co do których nie spełniał on wymaganych warunków.
- 68 Tymczasem nie ulega wątpliwości, że taka informacja, w której wykonawca wskazuje instytucji zamawiającej, po otwarciu ofert, kolejność poszczególnych części danego zamówienia, zgodnie z którą powinna być oceniana jego oferta, z pewnością nie jest jedynie niewielkim wyjaśnieniem lub poprawieniem oczywistych błędów materialnych w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 63 niniejszego wyroku i stanowi de facto istotną zmianę, prowadzącą raczej do przedstawienia nowej oferty.
- 69 Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może pozwolić wykonawcy na sprecyzowanie w taki sposób jego pierwotnej oferty, pod rygorem naruszenia zasad równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikającego z nich obowiązku przejrzystości, którym podlegają zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające [zob. podobnie wyrok z dnia 6 listopada 2014 r. Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 43].
- 70 Z powyższego wynika, że na pytanie siódme należy odpowiedzieć, iż wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym sprzeciwiają się one, aby instytucja zamawiająca po otwarciu ofert złożonych w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, uwzględniła wniosek wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia o wzięcie pod uwagę jego oferty wyłącznie do celów udzielenia niektórych części tego zamówienia.

W przedmiocie pytań ósmego i dziewiątego

- 71 Poprzez pytania ósme i dziewiąte, które należy rozważyć łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę, także w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby jej wynik.
- 72 Zgodnie z motywem 14 i art. 1 ust. 7 dyrektywy 2004/18 korzystanie z aukcji elektronicznych umożliwia instytucjom zamawiającym, po przeprowadzeniu wstępnej pełnej oceny ofert, zaproszenie oferentów do przedstawienia nowych, obniżonych cen oraz w przypadku udzielania zamówienia na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie także zaproszenie do ulepszenia innych niż cena elementów ofert.
- 73 W ramach takiej procedury, jak stwierdza wskazany motyw, dyrektywa 2004/18 wymaga wyraźnie, aby aukcje elektroniczne odbywały się w zgodzie z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości.
- 74 W tym celu, po pierwsze, art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/18 przewiduje, że każdy oferent, który przedstawi dopuszczalną ofertę, zostaje zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej w celu przedstawienia nowych cen lub nowych wartości.
- 75 Po drugie, art. 54 ust. 8 akapit drugi tej dyrektywy stanowi wyraźnie, że instytucje zamawiające, w przypadku podjęcia przez nie decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej nie mogą korzystać z takiego trybu postępowania w niewłaściwy sposób ani też w sposób uniemożliwiający, ograniczający lub zakłócający konkurencję, ani też w celu zmiany przedmiotu zamówienia, określonego w opublikowanym ogłoszeniu o zamówieniu oraz zdefiniowanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 76 Wynika stąd, że jeżeli oferent przedstawia dopuszczalną ofertę i spełnia w związku z tym kryteria wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, instytucja zamawiająca, zgodnie z art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/18, ma zapewnić, że ten oferent może, stosownie do okoliczności, skorzystać z przysługującego mu prawa do udziału w aukcji elektronicznej.

- 77 W rezultacie, jeżeli taki oferent nie został zaproszony do udziału w rzeczowej aukcji, to jak zauważył rzecznik generalny w pkt 52 opinii, zasady równego traktowania i niedyskryminacji wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 nakazują instytucji zamawiającej unieważnienie i powtórzenie takiej aukcji.
- 78 W tym względzie należy dodać, że taki wniosek narzuca się niezależnie od kwestii, czy udział wykluczonego wykonawcy zmieniłby wynik danej aukcji.
- 79 Korzystanie z prawa oferenta do udziału w aukcji elektronicznej nie może bowiem w żadnym razie być uzależnione od przewidywanego wyniku tej aukcji i nie może zostać z góry wykluczone z uwagi na hipotetyczne rozważania instytucji zamawiającej.
- 80 Innymi słowy, jak zauważa również Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu odsyłającym, nie można a priori wykluczyć, że wykonawca niedopuszczony do udziału w aukcji elektronicznej przedstawiłby najkorzystniejszą ofertę, tak że błąd popełniony przez instytucję zamawiającą pociąga za sobą konieczność unieważnienia i powtórzenia aukcji.
- 81 Na pytania ósme i dziewiąte należy zatem odpowiedzieć, że wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę, także w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby wynik tej aukcji.
- W przedmiocie pytania dziesiątego**
- 82 Poprzez pytanie dziesiąte sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 2004/18 mogą być interpretowane w świetle przepisów dyrektywy 2014/24, mimo iż termin transpozycji tej ostatniej dyrektywy jeszcze nie upłynął, i w zakresie, w jakim przepisy dyrektywy 2014/24 nie są sprzeczne z przepisami dyrektywy 2004/18.
- 83 Aby odpowiedzieć na to pytanie należy na wstępie przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem co do zasady zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygała kwestię, czy istnieje obowiązek ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie [wyrok z dnia 10 lipca 2014 r. *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo].
- 84 W postępowaniu głównym odnośnie postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego zostało opublikowane w dniu 24 grudnia 2013 r., podczas gdy dyrektywa 2014/24 została przyjęta dopiero w dniu 26 lutego 2014 r., a zgodnie z jej art. 90 termin transpozycji dyrektywy upłynie w dniu 18 kwietnia 2016 r.
- 85 W tej sytuacji dyrektywa 2014/24 nie znajduje zastosowania *ratione temporis* w postępowaniu głównym.
- 86 Ponadto zastosowanie dyrektywy 2014/24, która, jak wynika z samego jej tytułu, uchyla dyrektywę 2004/18, przed upływem terminu jej transpozycji powodowałoby, że państwa członkowskie oraz instytucje zamawiające nie dysponowałyby dostatecznym terminem na przystosowanie się do nowych przepisów wprowadzonych tą dyrektywą.
- 87 W związku z powyższym należy zauważyć, że jak wynika z postanowienia odsyłającego, poprzez swe pytanie sąd odsyłający dąży w szczególności do ustalenia, czy art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18, który przyznaje każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, należy interpretować z uwzględnieniem treści art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24, który stanowi przepis odpowiadający wskazanemu art. 48.
- 88 W tym względzie należy stwierdzić, jak czyni to sąd odsyłający, że art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 jest sformułowany ogólnie i nie wskazuje wyraźnie w jaki sposób wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego.
- 89 Natomiast art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 przewiduje obecnie, że wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów „tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne”.
- 90 Tymczasem, o ile prawdą jest, że dyrektywa 2014/24, jak stanowi jej motyw 2, ma na celu doprecyzowanie podstawowych pojęć i koncepcji w celu zapewnienia pewności prawa oraz uwzględnienia niektórych aspektów powiązanego i utrwalonego orzecznictwa Trybunału w tej dziedzinie, to jednak art. 63 tej dyrektywy wprowadza istotne zmiany w odniesieniu do przysługującego wykonawcy prawa polegania na zdolnościach innych podmiotów w ramach zamówienia publicznego.
- 91 Artykuł 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 – nie stanowiąc w żaden sposób kontynuacji art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 ani nie zawierając wyjaśnień co do zakresu tego ostatniego – wprowadza nowe przesłanki, które nie były przewidziane w poprzednim systemie prawnym.
- 92 W tej sytuacji wskazany przepis dyrektywy 2014/24 nie może być wykorzystywany jako kryterium w celu interpretacji art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18, gdyż w tym wypadku nie chodzi o rozstrzygnięcie wątpliwości interpretacyjnych dotyczących treści tego ostatniego przepisu.
- 93 Odmienne podejście wprowadzałoby w pewnym sensie ryzyko nieprawidłowego zastosowania z wyprzedzeniem nowego systemu prawnego odmiennego od systemu prawnego przewidzianego w dyrektywie 2004/18 i byłoby wyraźnie sprzeczne z zasadą pewności prawa w odniesieniu do wykonawców, której zapewnienie jest wyraźnym celem dyrektywy 2014/24, jak wynika w szczególności z jej motywu 2.
- 94 W świetle powyższego na pytanie dziesiąte należy odpowiedzieć, że w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 nie może być interpretowany w świetle art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24.

3. Postulaty wynikające z orzeczenia TSUE dotyczące możliwości i zasad korzystania z potencjału podmiotu trzeciego

Udzielone przez TSUE odpowiedzi na dziesięć zadanych przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej pytań wskazują, że w ocenie TSUE korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego nie powinno być traktowane jako sytuacja wyjątkowa. TSUE bowiem podkreślił, nawiązując do wcześniejszego orzecznictwa a także brzmienia art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18, że **posłużenie się potencjałem podmiotu trzeciego jest przyznanym każdemu wykonawcy prawem**, o ile będzie on rzeczywiście dysponował zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia. Ponadto, TSUE to prawo podniósł do rangi ogólnej zasady, kwestionując tezę, że poleganie na zdolnościach innych podmiotów „w stosownych sytuacjach”, nie może być interpretowane, w ten sposób, że taki podmiot może odwołać się do zdolności podmiotów trzecich wyłącznie w wyjątkowych przypadkach.

Trybunał podkreślił także, że możliwość posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego ma służyć otwarciu się na jak najszerszą konkurencję w postępowaniu, co jest zarówno w interesie wykonawców jak i zamawiających oraz ułatwianiu małym i średnim podmiotom dostępu do zamówienia publicznego.

Trybunał dostrzegł jednak również, że korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego powinno mieć realny charakter, co oznacza, że **wykonawca nie może polegać na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia wymaganych przez instytucję zamawiającą warunków w czysto formalny sposób**.

Trybunał wskazał następnie, że **w szczególnych okolicznościach z uwagi na charakter i cele danego zamówienia wykonawca nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania danego zamówienia**. W takich okolicznościach wykonawca może powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu danego zamówienia.

4. Udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci w nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych

Zagadnienie korzystania z potencjału podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, niezależnie od opisanego wystąpienia do TSUE jest przedmiotem ostatniej nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych. W ramach Oceny Skutków Regulacji [OSR] projektu rządowego wyeksponowano także cel, jakim jest zapewnienie, by udostępnienie potencjału przez podmioty trzecie miało charakter realny: „zamawiający w szerszym zakresie będzie mógł żądać, aby podmiot wykazujący potencjał uczestniczył w realizacji zamówienia”.

W nowelizowanych przepisach uchylono art. 26 ust. 2b ustawy i zastąpiono go zmienionym przepisem art. 22a ustawy, o treści:

Art. 22a.

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.
2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.
3. Zamawiający ocenia, w zakresie udostępnianych zdolności lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej, spełnianie przez podmioty, o których mowa w ust. 1, warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz bada, czy nie zachodzą wobec nich podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–24 i ust. 5.
4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, gdy podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
5. Wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.
6. Jeżeli podmiot, o którym mowa w ust. 1, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:
 - 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
 - 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o której mowa w ust. 1.

Wytyczne wynikające z wyroku TSUE z 7 kwietnia 2016 r. zachowują aktualność na gruncie nowelizowanych przepisów.

Zmiana umowy po wprowadzeniu nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych

nowe szanse ale i zagrożenia w stosowaniu Warunków Kontraktowych FIDIC



Jacek
PILISZEK
Członek SIDiR i Arbiter
Sądu Arbitrażowego przy SIDiR

Nowelizacja ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016r., Dz.U. 2016 poz. 1020, (dalej p.z.p.) implementująca przepisy Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE umożliwia bez wprowadzania istotnych zmian warunkami szczególnymi zastosowanie treści Warunków Ogólnych FIDIC do zmiany umowy.

Zastosowanie tutaj mają przepisy art. 144 i 140 ustawy p.z.p. po nowelizacji, które zgodnie z utrwalonym poglądem w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wprowadzają szeroką możliwość zmian umowy zamówienia publicznego.

W tam zakresie za istotną zmianę w ustawie p.z.p. należy uznać zmianę treści ust. 3 art. 140, który po zmia-

nach brzmi: „Umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem art. 144.”

Jest to istotna zmiana w treści tego przepisu i ogólnie podejścia do wprowadzania zmian dotyczących przedmiotu zamówienia. Zgodnie z poprzednim brzmieniem tego przepisu umowa podlegała unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. To nowe podejście jest zgodne z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, por. ETS¹.

W konsekwencji usunięto z art. 67 p.z.p. możliwość udzielania zamówienia dodatkowego wprowadzając do art. 144 p.z.p. warunki po spełnieniu których możliwe jest rozszerzenie zamówienia podstawowe poprzez zmianę umowy, w szczególności usunięto bardzo trudny do spełnienia warunek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia (por. w szczególności treść art. 144 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 3 poniżej).

Enumeratywnie wymieniono w art. 144 ust. 1 p.z.p. okoliczności jakich zaistnienie umożliwia zmiany zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, to jest:

- 1) zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość

¹ C-454/06 presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria
Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung



- zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian, z zastrzeżeniem, że zmiany umowy nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej (art. 144 ust. 1b);
- 2) zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki (z zastrzeżeniem, że zamawiający nie może wprowadzać kolejnych zmian umowy lub umowy ramowej w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy):
 - a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,
 - b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,
 - c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;
 - 3) zostały spełnione łącznie następujące warunki (z zastrzeżeniem, że zamawiający nie może wprowadzać kolejnych zmian umowy lub umowy ramowej w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy):
 - a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, z zastrzeżeniem, że zmiany umowy nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej (art. 144 ust. 1b);
 - b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;
 - 4) wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca:
 - a) na podstawie postanowień umownych, o których mowa w pkt 1,
 - b) w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy,
 - c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców;
 - 5) zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e;
 - 6) łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie, z zastrzeżeniem, że zmiany umowy nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej (art. 144 ust. 1b).
- Wśród nich wymieniono w punkcie 5 zmiany, które nie są istotne (niezależnie od ich wartości). Należy je rozpatrywać *a contrario* do treści ust. 1e według którego zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli:

- 1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu;
- 2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:
 - a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści,
 - b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej,
 - c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej,
 - d) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w art. 144 ust. 1 pkt 4 (por. wyżej),

Do wyżej przytoczonej treści art. 1e określającej kiedy zmianę uważa się za istotną przeniesiono główne tezy orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, co pozwala bez odwoływania się do tego orzecznictwa jak to było to koniecznie przed wejściem w życie zmian w ustawie p.z.p., do kwalifikacji zmian istotnych i nieistotnych dokonywanych w zawartej umowie (por. wyroki ETS: C-454/06, C-91/08).

Dokonaną zmianę w treści art. 144 (jak również 140) należy ocenić pozytywnie. Przed wszystkim usuwa ona główne bariery jak istniały w realizacji umów o roboty budowlane, tj. wprowadzania w sposób elastyczny ale jednocześnie zgodnie z umową i obowiązującymi przepisami licznych zmian w przedmiocie zamówienia na skutek konieczności poprawy błędów w opisie przedmiotu zamówienia lub udoskonalenia wykonywanego produktu (obiektu budowlanego). Takie możliwości od zawsze dawały Warunki Kontrakt owe FIDIC i dla wielu uczestników procesu inwestycyjnego było niezrozumiałe, że istotnie ograniczały te możliwości przepisy ustawy p.z.p., szczególnie że w okresie przedakcesyjnym dla projektów finansowanych ze środków UE, funduszy ISPA i PHARE takich ograniczeń nie było. Stosowano w tym okresie reguły wprowadzania zmian dość bliskie warunkom jakie niosą nowe przepisy, np. dość liberalne wprowadzanie zmian w umowie o roboty budowlane do 15% wartości zamówienia dodatkowe.

Pozytywnie też należy ocenić przeniesienie do ustawy z orzecznictwa ETS okoliczności jakich wystąpienie powoduje, że zmiany można uznać za istotne.

Jednocześnie należy zwrócić na pewne problemy jakie mogą zdaniem piszącego wystąpić przy implementacji przepisów dotyczących zmian w praktyce. Przepisy dotyczące wprowadzania zmian odwołują się dwukrotnie do pojęcia charakteru umowy (przy czym raz nie wiadomo dlaczego do ogólnego charakteru umowy), którego naruszenie uniemożliwia zmianę umowy lub uważane jest istotną zmianą umowy (art. 144 ust. 1b oraz art. 144 ust. 1e pkt 1). Przy czym pojęcie to nie jest w ustawie zdefiniowane. Jedynie w art. 109 preambuły do Dyrekty-

wy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE można znaleźć treść pośrednio definiującą zmianę charakteru całego zamówienia jako na przykład zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik.

Wydaje się, że o ile w wyniku w wprowadzanej zmiany o roboty budowlane jej przedmiotem w dalszym ciągu pozostaje obiekt budowlany (lub jego część) określony w pierwotnej umowie nie mamy do czynienia z zmianą charakteru zamówienia.

Takie niedodefiniowanie tego pojęcia na pewno będzie wywoływać liczne spory interpretacyjne pomiędzy kontrolowanymi i organami kontrolującymi przestrzeganie ustawy prawo zamówień publicznych. Zanim wytworzy się praktyka wprowadzania zmian potwierdzona interpretacjami odpowiednich organów to samo może dotyczyć innych treści art. 144 gdyż organy kontrolne przyzwyczajone do restrykcyjnej oceny dokonywanych zmian w umowach będą miały trudności w „myśleniu po nowemu”.

Przy wprowadzaniu zmian w przedmiocie zamówienia w umowach o roboty budowlane nie można zapominać o ocenie czy wprowadzane zmiany w przedmiocie zamówienia nie są istotnymi odstępami od projektu budowlanego i warunków pozwolenia na budowę o których mowa w przepisach ustawy prawo budowlane (i przepisach specjalnych). Kwalifikacji w tym zakresie istotności bądź nieistotności tych zmian dokonuje projektant zgodnie z treścią art. 36a p.b. lub art. 32 a ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych z dnia 10 kwietnia 2003r., jeśli ona ma zastosowanie. W przypadku istotnego odstąpienia wymagane jest uzyskanie nowej decyzji o pozwoleniu na budowę (lub zmianą) dla całości lub części robót budowlanych. Takie decyzje należy uzyskać przed wykonaniem robót budowlanych objętych zmianą. Należy pamiętać, że kwalifikacja dokonana przez projektanta nie jest wiążąca dla właściwego organu, który może ją zakwestionować i ocenić, że wykonano roboty budowlane bez właściwej decyzji o pozwoleniu na budowę (bądź zezwolenia na realizację inwestycji drogowej) a więc mamy do czynienia z tzw. samowolą budowlaną, której konsekwencje ponosi inwestor zgodnie z przepisami p.b.



Nowa perspektywa

Nowa Perspektywa Unijna 2014-2020. Znowelizowane przepisy Prawa Zamówień Publicznych. Czy zamawiający spojrzą z nowej perspektywy na kontraktowanie inwestycji publicznych?



Jagienka
ŚLUSARCZYK

Absolwentka studiów podyplomowych na Politechnice Poznańskiej na kierunku „Realizacja inwestycji budowlanych celu publicznego i procedury FIDIC”

Od wielu lat na gruncie międzynarodowym, jak i krajowym, do realizacji inwestycji budowlanych wykorzystywane są Warunki Kontraktowe opracowane przez Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils – Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (zwane dalej – WK FIDIC). Przygotowanie, publikacja i rozpowszechnianie wzorcowych materiałów dotyczących prowadzenia procesu inwestycyjnego jest jednym z głównych zadań tej organizacji, a WK FIDIC to najbardziej znany i charakterystyczny przykład jej dorobku. To uniwersalne wzory umów o roboty budowlane.

Z jednej strony na szerokie stosowanie WK FIDIC wpływa ich zróżnicowanie – w zależności od charakteru zamierzenia i potrzeb inwestora może on zlecić wykonanie robót na podstawie dostarczonego przez siebie projektu, w systemie „zaprojektuj i wybuduj” lub „pod klucz”. Różnorodność tych wzorów umów przejawia się także w możliwości dostosowania wielkości zamierzenia inwestycyjnego do odpowiedniego wzorca (Warunki Kontraktowe lub Krótka Forma Umowy). Nadto założona przez autorów WK FIDIC konstrukcja – podział na klauzule ogólne i szczególne pozwala inwestorowi dostosować ogólne ramy umowy do danej inwestycji.

Z drugiej strony WK FIDIC to kilkadziesiąt lat praktyki, to sprawdzone procedury. Ich autorzy bazują na wiedzy z zakresu planowania i realizacji inwestycji oraz z doświadczeń o charakterze międzynarodowym. FIDIC to nowoczesne zasady organizacji procesów inwestycyjnych. Wymiana doświadczeń między członkami FIDIC i podnoszenie ich kwalifikacji stanowią kolejne podstawowe zadania tej organizacji.

Wykorzystywanie WK FIDIC przy realizacji inwestycji

stwarza jednak pewne problemy. Po pierwsze to bariera językowa. Język „ojczysty” WK FIDIC to język angielski, a tłumaczenie, w szczególności w odniesieniu do rozwiązań kontraktowych nieznanych na gruncie prawa krajowego, następuje z trudnością i może skutkować różnorodnym przekładem oraz odmienną interpretacją. Kolejny problem to system prawny. WK FIDIC operują instytucjami i narzędziami nieznanymi w prawie krajowym, w szczególności w prawie cywilnym oraz administracyjnym – w polskim prawie nie ma przecież instytucji „Inżyniera” i nie występuje w nim pojęcie „świadczenia przejęcia” czy „świadczenia płatności”. Zaznaczyć w tym miejscu należy, że jedno z kluczowych postanowień WK FIDIC nakazuje dostosować te wzory umów do prawa krajowego. Modyfikacja WK FIDIC, mająca na celu powyższe, nie jest zadaniem łatwym. Twórcy WK FIDIC oparli je na pewnych założeniach. Wśród nich odnotować należy uniwersalność wzorca umownego, spójność jego zapisów, mechanizm rozwiązywania i rozstrzygania sporów, wprowadzenie do relacji inwestor – wykonawca osoby Inżyniera. Co należy podkreślić słowo-klucz dla „oryginalnych” WK FIDIC to równomierność – z jednej strony to równomierność praw przysługujących inwestorowi i wykonawcy, jak i obowiązków nałożonych na te podmioty, a z drugiej strony to równomierność obciążenia stron umowy ryzykiem. Czy jednak publiczni inwestorzy w Polsce pamiętali o tym? Czy modyfikacja WK FIDIC winna skutkować odstępniem od założeń przyjętych przez ich twórców?

W ostatnich latach również w Polsce przy realizacji inwestycji coraz częściej stosowane są WK FIDIC. Wykorzystują je inwestorzy z sektora prywatnego, jak również inwestorzy publiczni zobowiązani do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. – zwanej dalej p.z.p.). Ten akt prawny odgrywa w polskim systemie zamówień publicznych kluczową rolę. Nie można też pominąć ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r., poz. 380 ze zm. – zwanej dalej k.c.). Zgodnie bowiem z art. 14 p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy k.c., jeżeli przepisy ustawy p.z.p. nie stanowią inaczej. Ponadto ustawodawca postanowił, że do

umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy k.c., jeżeli przepisy ustawy p.z.p. nie stanowią inaczej (art. 139 ust. 1 p.z.p.).

Zgodnie z ustawą p.z.p., podmioty, które wydatkują środki publiczne, określone w niej jako zamawiający, obowiązane są nabywać towary, usługi i roboty budowlane od wykonawców, po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Najistotniejszym dokumentem przygotowanym przez zamawiającego w tym postępowaniu jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia (zwana dalej SIWZ). W myśl art. 36 p.z.p. SIWZ winna zawierać, między innymi, istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy.

Zamówienia publiczne – jak stanowi definicja ustawy – to umowy odpłatne (art. 2 pkt 13 p.z.p.), należy więc w tym miejscu przywołać kluczową zasadę polskiego prawa zobowiązań – zasadę swobody umów, wyrażoną w art. 353¹ k.c., zgodnie z którą strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W doktrynie wskazuje się, że zasada swobody umów oznacza w szczególności swobodę: zawarcia umowy, wyboru kontrahenta, ukształtowania treści stosunku prawnego, zmiany i rozwiązania umowy. W zamówieniach publicznych zasada ta ulega istotnym ograniczeniom. Zamawiający, między innymi, nie ma swobody w wyborze kontrahenta, z którym podpisze umowę. Ponadto treść umowy w sprawie zamówienia publicznego musi uwzględniać rygory ustawy p.z.p. Jednocześnie ustawodawca w szczególny sposób uregulował kwestię wprowadzenia zmian do treści umowy.

W przypadku zamówień publicznych udzielanych w trybach przetargowych o treści umowy decyduje zamawiający. Wykonawcy uczestniczący w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w tych trybach mogą wpłynąć na treść wzoru umowy na podstawie art. 38 p.z.p. (wyjaśnianie treści SIWZ) albo przez skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

W odniesieniu do umów o roboty budowlane stanowiących zamówienia publiczne pierwszeństwo mają przepisy ustawy p.z.p., a w kwestiach nieuregulowanych k.c., na podstawie odesłania art. 14 i art. 139 p.z.p. W sprawach nieuregulowanych tymi aktami obowiązują przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r., poz. 290 ze zm. – zwanej dalej p.b.) oraz inne przepisy, które będą miały związek z realizacją przedsięwzięcia budowlanego. Postanowienia umowne nie mające oparcia w przepisach, nie mogą kolidować z zasadami współżycia społecznego i ustalonymi zwyczajami właściwymi procesowi budowlanemu.

Uwzględniając powyższe, charakter dokumentów FIDIC (wzór umowy) i zawarte w nich zastrzeżenie o obowiązku stosowania prawa właściwego miejscu realizacji inwestycji, zamawiający, który stosuje WK FIDIC zobowiązany jest dostosować treść umowy do przepisów prawa krajowego, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów właściwych miejscu realizowanej budowy za pomocą klauzul szczególnych.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego WK FIDIC, po dokonaniu zmian, zostają włączone do SIWZ. Po ich inkorporowaniu do SIWZ, WK FIDIC podzielone na Warunki Ogólne i Warunki Szczególne, stają się częścią umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 marca 2015 r., sygn. akt IV CSK 443/14 (LEX nr 1656288), wykładnia zamieszczonych w WK FIDIC postanowień, włączonych do treści wiążącej strony umowy, jest dokonywana zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli (umów) określonymi w art. 56 oraz 65 § 1 i 2 k.c. Zaznaczyć też należy, że na podstawie art. 58 § 1 k.c. wszelkie postanowienia sprzeczne z ustawą są nieważne, a na ich miejsce wchodzi przepisy właściwej ustawy.

W Polsce najczęściej stosowane są: Warunki Kontraktowe Dla Robót Inżynieryjno – Budowlanych Projektowanych przez Zamawiającego – tzw. „Czerwona książka” oraz Warunki Kontraktowe dla Urządzeń oraz Projektowania i Budowy dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych projektowanych przez Wykonawcę – tzw. „Żółta książka”.

Niewątpliwie na upowszechnienie WK FIDIC w Polsce miała wpływ okoliczność, iż ich zastosowanie było warunkiem współfinansowania inwestycji ze środków unijnych.

Zauważyć jednak należy, że w Perspektywie 2007-2013, w projektach współfinansowanych z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko beneficjenci nie byli zobowiązani do stosowania WK FIDIC. Tym samym mieli swobodę regulowania stosunków prawnych łączących ich z wykonawcami, a granicą kontraktowania była zgodność z powszechnie obowiązującym prawem. Sytuacja powyższa ma miejsce także w Perspektywie 2014-2020.

Co warto odnotować, już parę lat temu Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (dalej – SIDiR) wskazywało, że rezygnacja ze stosowania WK FIDIC może nieść ze sobą zagrożenie dla prawidłowej realizacji umów, a w konsekwencji projektów (opinia skierowana do Ministerstwa Rozwoju Regionalnego)¹. W związku z tym, w opinii SIDiR, przy podejmowaniu przez beneficjentów decyzji o stosowaniu bądź nie stosowaniu procedur FIDIC powinny być uwzględnione poniższe kwestie:

- odstąpienie od stosowania procedur FIDIC wymaga od beneficjentów opracowania własnych warunków kontraktowych, które umożliwią właściwą realizację inwestycji współfinansowanych ze środków funduszy europejskich;
- stosowanie WK FIDIC (lub innych powszechnie uznanych w Europie standardowych warunków kontraktowych) pozwala na standaryzację procedur zarządzania projektem dla inwestycji współfinansowanych z funduszy europejskich. Standaryzacja zaś pozwala na ocenę prawidłowości zarządzania inwestycją i finansami przez przeszkolone kadry, podczas gdy próba opracowania nowych dla każdej umowy, innych warunków kontraktowych i procedur może doprowadzić do trudności identyfikacji zagrożeń wdrażanego projektu/umowy i braku transparentności wykorzystania środków unijnych, co w konsekwencji może doprowadzić nawet do ich zwrotu;

¹ Stanowisko Instytucji Zarządzającej w sprawie stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC oraz niektórych klauzul umownych w projektach finansowanych ze środków Funduszu Spójności oraz Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (<https://www.pois.2007-2013.gov.pl>).



- dodatkową konsekwencją wprowadzenia indywidualnych warunków kontraktowych może być nasilenie sporów budowlanych ze względu na mnogość sytuacji konfliktowych, których nowo opracowywane warunki nie przewidzą;
- wybiórcze stosowanie klauzul FIDIC może spowodować ograniczenie praw Wykonawców i w konsekwencji doprowadzić do wzrostu kosztów realizacji inwestycji lub w ogóle braku zainteresowania Wykonawców udziałem w przetargach, w których nie będą potrafili oszacować ryzyk;
- odstąpienie od standardowych warunków umowy (np. FIDIC) może spowodować upowszechnienie zapisów o rozstrzyganie sporów przez sądy powszechne w miejsce sądu polubownego (arbitrażu) – taka sytuacja może skutkować wydłużeniem czasu koniecznego do rozstrzygnięcia sporu i w konsekwencji uniemożliwić rozliczenie końcowej umowy w terminie określonym w Decyzji o przyznaniu dotacji, co może doprowadzić do niewykorzystania i konieczności zwrotu otrzymanych środków².

Wydaje się, że powyższe kwestie, szczególnie teraz, zasługują na uwagę i ponowne rozważenie. Z jednej strony rozpoczęła się nowa Perspektywa Unii Europejskiej. Programy operacyjne na lata 2014-2020 to szansa na przeprowadzenie inwestycji, zarówno tych o wymiarze ogólnokrajowym, jak i tych mających znaczenie dla lokalnych społeczności, które bez finansowego wsparcia Unii Europejskiej nie miałyby szans na realizację w najbliższych latach. Z drugiej strony w końcu dokonano nowelizacji ustawy p.z.p., której celem jest implementacja przepisów dyrektyw 2014/24/UE oraz 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. Czas zatem na rewizję dokumentów dotychczas funkcjonujących w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wzorów umów. To dobry moment na analizę sytuacji, która miała miejsce w minionych latach, wyciągnięcie wniosków i zaproponowanie nowych rozwiązań, i to nie tylko u zamawiających, którzy dotychczas wykorzystywali WK FIDIC.

Co warto podkreślić, do stosowania WK FIDIC i to w aspekcie unijnego współfinansowania inwestycji odnosi się jeden z wyroków Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych. W orzeczeniu z dnia 9 czerwca 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-825/04 (LEX nr 185435), wskazano bowiem, że procedury opracowane przez organizację FIDIC mają na celu – ogólnie ujmując – zapewnienie optymalnego użycia funduszy inwestycyjnych. Ich stosowanie zalecane jest zwłaszcza dla robót zlecanych w ramach przetargów międzynarodowych. Nie ma jednak żadnych przeszkód prawnych, aby stosowane były w kontraktach krajowych, zwłaszcza finansowanych ze środków pomocowych Unii Europejskiej.

„Wobec faktu, iż procedury FIDIC są dostosowywane do wymogów miejscowego prawa, wymogów poszczególnych zamawiających, w rzeczywistości nie spotyka się z realizacją w oparciu o oryginalne procedury”. To zdanie, zawarte w postanowieniu Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 1 września 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2409/06 (LEX nr 213561), trafnie i jednym zdaniem podsu-

mowuje funkcjonowanie WK FIDIC w praktyce. Realizacja inwestycji odbywa się na WK FIDIC zmienionych przy użyciu klauzul szczególnych, a modyfikacje te mogą zmierzać w różnych kierunkach, mogą wpisywać się w mniejszym lub większym stopniu w założenia, na których oparto WK FIDIC.

Tendencja dotychczas widoczna w inwestycjach publicznych w Polsce to modyfikowanie klauzul ogólnych WK FIDIC tak, aby umowa była bardziej korzystna dla zamawiającego. Taki punkt wyjścia dziwi. Budowa to żywy organizm. Zachodzi tam wiele wydarzeń, które zagrażają terminowej, a także w ramach pierwotnie planowanego budżetu, realizacji inwestycji. Czas i pieniądze to największe punkty zapalne, a niektóre zjawiska występujące na terenie budowy są trudne do przewidzenia lub wręcz nieprzewidywalne. Ryzyko może, ale nie musi wystąpić. Czy nie byłoby zatem rozsądnie rozłożyć ryzyka równomiernie na każdą stronę umowę. Czy przerzucenie ryzyka na barki wykonawcy nic nie kosztuje inwestora? A co z prawami i obowiązkami stron kontraktu? Skoro polskie prawo obliguje wykonawcę i zamawiającego do współdziałania, to czy nie byłoby łatwiej współpracować mając równomiernie rozłożone obowiązki i prawa? WK FIDIC zakładają, że skoro obie strony zmierzają do uzyskania określonego celu, to winny współdziałać, a zamawiający ma pomagać wykonawcy we wszystkich opisanych okolicznościach.

W zamówieniach publicznych do zamawiającego należy określenie warunków umowy. Związane jest to z faktem, że zamawiający działa w interesie publicznym. Przepisy p.z.p. modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów. Ponadto zawierają instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego, np.: zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę (art. 147 i nast. p.z.p.), prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy (art. 145 p.z.p.). Czy jednak powyższe przekreśliła możliwość skonstruowania w systemie zamówień publicznych umowy o roboty budowlane uwzględniającej „ducha FIDICA”? Odpowiedź na to pytanie, i to już parę lat temu, przyniosły orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w tym dotyczące inwestycji realizowanych przy wykorzystaniu WK FIDIC. Dla przykładu, KIO w swych wyrokach wskazywało, że:

- „Interesy wykonawców, z zastrzeżeniem specyfiki zamówień publicznych wynikającej z silniejszej pozycji Zamawiającego, powinny być zabezpieczone w umowie o zamówienie, w równym stopniu jak zamawiającego.”³
- „To Zamawiający jest uprawniony do decydowania o postanowieniach umowy, tak, aby uwzględniała ona jego potrzeby i wymagania oraz w jak najlepszym stopniu pozwalała na zrealizowanie zamówienia. Mimo, iż sytuacja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy Wykonawcy i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone.”⁴
- „Im więcej ryzyko zdefiniuje zamawiający i rozłoży za nie odpowiedzialność na obie strony umowy tym może uzyskać tańszą ofertę lub większe zainteresowanie wyko-

² Stanowisko Instytucji Zarządzającej w sprawie stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC oraz niektórych klauzul umownych w projektach finansowanych ze środków Funduszu Spójności oraz Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (<https://www.pois.2007-2013.gov.pl>).

nawców, ale nie jest do tego zobowiązany i może wprowadzać dowolne postanowienia, jeżeli ich treść lub cel nie sprzeciwiają się właściwości (naturze) stosunku, ustawa ani zasadom współżycia społecznego ...⁵"

- „Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy, natomiast wykonawca nie ma dużego wpływu na jej kształt. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje.⁶"

Umowa zrównoważona pod względem praw i obowiązków stron, jak również ryzyka, to nie tylko postulat podmiotów bezpośrednio zainteresowanych czyli wykonawców, to potrzeba dostrzeżona w orzecznictwie oraz wśród praktyków.

Zamawiający reprezentuje interes publiczny, zawiera umowy, które służą realizacji inwestycji celu publicznego. Wypełniając ustawowo określone zadania, zamawiający wydatkuje środki finansowe, co poddane jest szczególnym rygorom, wynikającym, między innymi, z ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.) czy ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r., poz. 168 ze zm.). Stąd dominująca, uprzywilejowana pozycja zamawiającego, przejawiająca się przewagą w kształtowaniu postanowień umownych, w narzucaniu pewnych rozwiązań. Wydaje się jednak, że zapewnienie kompletnej ochrony interesu publicznego nie wyklucza poszanowania praw wykonawcy. Przepisy prawa nie wyłączają też możliwości nałożenia na zamawiającego pewnych obowiązków, tym bardziej w przypadku funkcjonowania ustawowego obowiązku współdziałania stron umowy wzajemnej.

Na koniec nie sposób pominąć struktury podmiotowej WK FIDIC – wyróżniają one trzy podmioty, które uczestniczą w procesie inwestycyjnym – występuje tu zamawiający i wykonawca czyli strony umowy oraz Inżynier. WK FIDIC przewidują dla każdego z tych podmiotów różne zadania, określoną rolę.

W świetle WK FIDIC Inżynier to zawodowo wykwalifikowany podmiot, który jest powołany do sprawnego i profesjonalnego zarządzania inwestycją oraz w celu zapewnienia przestrzegania procedur. Inżynier powinien działać bezstronnie, bez względu na status zatrudnienia. Inżynier nie może korygować kontraktu ani nie może zwolnić żadnej strony z obowiązków umownych i odpowiedzialności za należyte wykonanie kontraktu. Na gruncie WK FIDIC, Inżynier zarządza całością kontraktu i dysponuje uprawnieniami do wydawania poleceń, dokonywania ustaleń i rozstrzygnięć ingerujących w przebieg procesu budowlanego, jak i w stosunek cywilnoprawny łączący inwestora z wykonawcą.

Instytucja Inżyniera nie jest znana w polskim prawie – na gruncie art. 17 p.b. nie jest on uczestnikiem procesu budowlanego. Podstawą występowania w procesie inwestycyjnym Inżyniera jest umowa. Jego rolę można częściowo porównać

z funkcją pełnioną przez inspektora nadzoru inwestorskiego oraz po części z rolą inwestora zastępczego.

Mając na uwadze szeroki zakres uprawnień Inżyniera, wynikający z rozdziału 3 WK FIDIC i z dalszych klauzul (w szczególności w odniesieniu do możliwości dokonywania zmian w trakcie realizacji inwestycji), w precyzyjny sposób należy określić zakres uprawnień Inżyniera, z uwzględnieniem ograniczeń nakładanych przepisami p.z.p., k.c. i p.b.

Również w odniesieniu do Inżyniera, w praktyce następuje pewne zniekształcenie przyjętych w „oryginalnych” WK FIDIC założeń. Inżynierowi nadaje się różną rolę. Przede wszystkim występują modyfikacje ograniczające uprawnienia Inżyniera poprzez wprowadzenie obowiązku uzyskania zgody zamawiającego na podjęcie danej czynności.

WK FIDIC, po uwzględnieniu zmian wynikających z regulacji prawa polskiego, jak i potrzeb zamawiającego, mogą być z powodzeniem stosowane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. WK FIDIC są „dobrym, profesjonalnym narzędziem.”⁷ Pamiętać jednak należy, że: „Skomplikowanymi narzędziami trzeba umieć się posługiwać. Nieumiejętne ich stosowanie prowadzi do nieplanowanych, a często bardzo kosztownych skutków.”⁸

Zamawiający winien więc przeprowadzić analizę klauzul ogólnych WK FIDIC, a następnie przygotować pełny katalog klauzul szczególnych, odpowiadających właściwym przepisom, zasadom współżycia społecznego i ustalonym obyczajom, które zastąpią lub zmodyfikują treść klauzul ogólnych.

Stosowane dotychczas przez zamawiających modyfikacje WK FIDIC, w szczególności w zakresie uprawnień przysługujących Inżynierowi, wprowadzanie w klauzulach szczególnych postanowień niekorzystnych dla wykonawców (np. w zakresie kar umownych), czyniących tym samym wykonawcę podmiotem, na który przenoszone jest większe ryzyko, nie wpisują się w założenia, na których oparto „oryginalne” WK FIDIC.

Wobec braku krajowych wzorów umownych należałoby się opowiedzieć za zastosowaniem WK FIDIC w polskiej praktyce, jednakże z zastrzeżeniem, że będą one dostosowane do prawa krajowego przy jednoczesnym zachowaniu założeń, na których oparto te wzory umowne, tj. utrzymaniu zrównoważonych praw i obowiązków stron oraz równomiernego rozkładu ryzyka.

Czy zamawiający w nowej Perspektywie Unijnej spojrzą z nowej perspektywy na kontraktowanie inwestycji publicznych – ta kwestia pozostaje na chwilę obecną otwarta. Jest jednak pewien przełom. Po czterech latach starań została powołana Rada Ekspertów przy Ministrze Infrastruktury i Budownictwa – organ pomocniczy Ministra przeznaczony, między innymi, do opracowania ram i zasad działania Narodowego Forum Kontraktowego. Jednym z celów tej Rady jest opracowanie założeń i wzorów nowych umów w zakresie dróg publicznych. Trzymamy zatem kciuki za powodzenie tej inicjatywy. Oby podobny postęp nastąpił również w innych branżach.

³ Wyrok KIO przy Prezesie UZP z dnia 2 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1485/09, LEX nr 534106.

⁴ Wyrok KIO przy Prezesie UZP z dnia 29 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 767/09, LEX nr 509675.

⁵ Wyrok KIO przy Prezesie UZP z dnia 31 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1758/11, LEX nr 950664.

⁶ Wyrok KIO przy Prezesie UZP z dnia 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1698/10, LEX nr 621650.

⁷ „Przewodnik po wybranych kontraktach FIDIC”. Edycja: 1. wydanie polskie 2009 (str. 18).

⁸ „Przewodnik po wybranych kontraktach FIDIC”. Edycja: 1. wydanie polskie 2009 (str. 18)

Prawa i obowiązki inżyniera i zamawiającego w myśl kontraktów realizowanych dla GDDKiA



Tomasz
LATAWIEC

Niezależny Inżynier Konsultant, Ekspert i Rozjemca SIDIIR, arbiter z listy Sądu Arbitrażowego przy SIDIIR, członek Rady Ekspertów powołanej Zarządzeniem nr 25 Ministra Infrastruktury i Budownictwa.

W standardowych Warunkach Kontraktowych FIDIC Inżynierowi przypisano szczególną rolę. Inżynier powinien administrować i zarządzać Kontraktem oraz na bieżąco podejmować osobiście decyzje w kluczowych kwestiach dotyczących realizacji Robót, rozliczeń, Prób i Odbiorów.

W przypadku kontraktów realizowanych na rzecz GDDKiA sprawa wygląda nieco inaczej. Już sama definicja „Inżynier” została zmodyfikowana – zgodnie z definicją 1.1.2.4 Inżynier:

„Inżynier” oznacza osobę wskazaną przez Konsultanta do działania jako Inżynier dla celów Kontraktu, określoną w umowie z Konsultantem jako Inżynier Kontraktu lub inną osobę wyznaczoną w razie potrzeby przez Zamawiającego. W przypadku konieczności zastąpienia Inżyniera Kontraktu lub innej osoby wyznaczonej w razie potrzeby przez Zamawiającego, Zamawiający powiadomi Wykonawcę w trybie Subklauzuli 3.4 [Zastąpienie Inżyniera].”

Pojawia się zatem nowa osoba – „Konsultant”.

Zgodnie z definicją 1.1.2.4 (a) Konsultant:

„Konsultant” oznacza wykonawcę wyłonionego w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zarządzania i nadzór Kontraktem pod nazwą Wykonanie „(...)”, lub inną osobę wyznaczoną przez Zamawiającego.”

Tylko czy Konsultant jest osobą Kontraktu w myśl definicji 1.1.2.6 Personel Zamawiającego?

„Personel Zamawiającego” oznacza Inżyniera, jego asystentów, do których odnosi się klauzula 3.2 [Pełnomocnictwa wydane przez Inżyniera], całą kadrę oraz innych pracowników, robotników i osoby zatrudnione przez Inżyniera lub Zamawiającego, oraz wszelkie inne osoby, o których Inżynier lub Zamawiający powiadomi Wykonawcę, że mają być traktowane jako Personel Zamawiającego.

Personel Zamawiającego oznacza także Inspektora (Inspektorów) nadzoru inwestorskiego wykonujących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie zgodnie z Prawem budowlanym.”

Wobec tej definicji zachodzi problem z uznaniem Konsultanta jako Personel Zamawiającego, a jego praw i obowiązków nie da się zidentyfikować wprost z Kontraktem – te bowiem dotyczą Inżyniera, a nie Konsultanta.

Dodatkowo w Kontraktach GDDKiA pojawia się kolejna „nowa” osoba, która jest zdefiniowana, ale której prawa i obowiązki nie wynikają z Kontraktu. Tą osobą jest Przedstawiciel Zamawiającego, i zgodnie z definicją 1.1.2.6 (a):

„Przedstawiciel Zamawiającego” oznacza osobę wyznaczoną przez Zamawiającego do kontaktów z Wykonawcą i Inżynierem, w szczególności oznacza Kierownika Projektu, osoby wchodzące w skład Zespołu Kierownika Projektu, oraz inne osoby wskazane przez Zamawiającego.

Kierownik Projektu jest uprawniony do składania i przyjmowania oświadczeń woli w imieniu Zamawiającego w zakresie udzielonych upoważnień. Kierownik Projektu jest uprawniony do przekazywania Wykonawcy oświadczeń, zawiadomień, zatwierdzeń lub decyzji w imieniu Zamawiającego w dowolnej formie.

Wykonawca jest zobowiązany stosować się do poleceń wydanych przez Kierownika Projektu.”

Na tle pełnomocnictw do działania w imieniu Zamawiającego powstaje dużo sporów, zwłaszcza w odniesieniu do tego kto i w jakim zakresie może składać oświadczenia woli w imieniu Zamawiającego. **Już z samej definicji, według której Kierownik Projektu może składać oświadczenia woli w imieniu Zamawiającego – ale w granicach udzielonych pełnomocnictw – wynika, że Wykonawca powinien postępować z daleko idącą ostrożnością w przyjmowaniu jego poleceń, zatwierdzeń, zawiadomień i oświadczeń.**

Podobnie rzecz się ma z prawem Inżyniera i jego personelu do wydawania Wykonawcy „poleceń”.

Z tego też powodu Wykonawca powinien zażądać wszelkich pełnomocnictw udzielonych przez Zamawiającego dla Kierownika Projektu, Inżyniera i innych osób wchodzących w skład Personelu Zamawiającego, oraz pełnomocnictw udzielonych przez Inżyniera na podstawie Subklauzuli 3.2 [Pełnomocnictwa wydane przez Inżyniera] dla asystentów Inżyniera.

Inżynier – prawa i obowiązki

Prawa i obowiązki Inżyniera wynikają wprost z Kontraktu – ale na Roboty budowlane! Rozdział 3 Warunków Kontraktu w sposób precyzyjny nakłada na Inżyniera obowiązki i daje mu prawa do działania w ramach Kontraktu. Przypomnieć należy, że każde działanie Inżyniera musi być zgodne z prawem zdefiniowanym w Subklauzuli 1.4 [Prawo i język].

W żadnym wypadku Inżynier nie jest uprawniony do wprowadzania zmian ani poprawek do Kontraktu, podobnie jak nie ma prawa do zwolnienia żadnej ze Stron z żadnego obowiązku, zobowiązania ani odpowiedzialności objętej Kontraktem.

W dalszych rozważaniach będą się odnosił do kontraktów GDDKiA realizowanych w modelu „wybuduj” – tak, tak, takie też są jeszcze realizowane przez GDDKiA choć coraz rzadziej.

Do podstawowych obowiązków Inżyniera należy uzyskanie aprobaty Zamawiającego do działań w trybie Subklauzuli: (i) 6.8 [Kierownictwo Wykonawcy], (ii) 8.8 [Zawieszenie Pracy], (iii) 13.1 [Prawo do zmieniania], (iv) 13.2 [Inżynieria Wartości], (v) 13.3 [Procedura Zmiany] oraz (vi) wszędzie tam, gdzie Warunki Kontraktu uwzględniają zastosowanie Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy].

Ponadto obowiązkiem Inżyniera jest działanie w trybie Subklauzuli 3.5 [Określenia] za każdym razem, gdy Wykonawca złoży powiadomienie o zdarzeniu, które daje podstawę do żądania przez Wykonawcę przedłużenia Czasu na Ukończenie i osiągnięcia „Kamieni Milowych” oraz płatności za poniesiony dodatkowy Koszt i to w sposób zgodny z brzmieniem Subklauzuli 1.3 [Komunikaty]: „(...) Żadne świadectwa, zgody lub określenia nie będą bez uzasadnienia wstrzymywane lub opóźniane. (...)”. A podstawą mogą być następujące Subklauzule:

- SK 1.9 [Opóźnienie Rysunków lub instrukcji];
- SK 2.1 [Prawo dostępu do Placu budowy];
- SK 4.7 [Wytyczenie];
- SK 4.12 [Nieprzewidywalne warunki fizyczne];
- SK 4.24 [Wykopaliska];
- SK 7.4 [Dokonywanie Prób];
- SK 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub zmiana Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania];
- SK 8.9 [Konsekwencje zawieszenia];
- SK 10.2 [Przejęcie części Robót];
- SK 10.3 [Przeszkoda w Próbach Końcowych];
- SK 11.8 [Obowiązek poszukiwania przez Wykonawcę];
- SK 12.4 [Pominięcia];
- SK 16.1 [Uprawnienie Wykonawcy do zawieszenia pracy];
- SK 17.4 [Skutki zagrożeń stanowiących ryzyko Zamawiającego];
- SK 19.4 [Następstwa Siły Wyższej];
- SK 19.6 [Przejęcie części Robót];

Wydawanie „poleceń” Inżyniera w trybie Subklauzuli 3.3 [Polecenia Inżyniera] obwarowane jest kilkoma ograniczeniami. Przede wszystkim Inżynier przed wydaniem jakiegokolwiek „polecenia” musi pamiętać o tym, że wskutek jego wydania nie może dojść do poprawki do Kontraktu, ani nie może dojść do zwolnienia którejkolwiek ze Stron z jakichkolwiek obowiązków, zobowiązań lub odpowiedzialności według Kontraktu. Inżynier może wydawać Wykonawcy „polecenia”, które mogą być konieczne do realizacji Robót i usuwania wszelkich wad, ale pod warunkiem, że są one zgodne z Kontraktem. Należy podkreślić, że wydawanie „poleceń” Inżyniera jest składaniem oświadczeń wiedzy przez Inżyniera, a nie oświadczeń woli przez Zamawiającego, mimo że Inżynier jest Personelem Zamawiającego.

Wykonawca powinien za każdym razem po otrzymaniu „polecenia” Inżyniera wydanego w trybie Subklauzuli 3.3 [Polecenia Inżyniera], które zdaniem Wykonawcy nie mieści się w ramach obowiązków Wykonawcy wynikających z Kontraktu (należy pamiętać o zobowiązaniu złożonym w ofercie Wykonawcy

i tożsamością świadczenia Wykonawcy z tym zobowiązaniem), występować do Zamawiającego z żądaniem potwierdzenia, że wola Zamawiającego jest wykonanie przez Wykonawcę danego „polecenia” i że usankcjonuje to w odpowiedni sposób, czyli np. Zmianą do Kontraktu. Do czasu wprowadzenia Zmiany do Kontraktu Wykonawca nie jest zobowiązany do wykonania „poleceń”, które nie są zgodne z Kontraktem, lub które w sposób oczywisty skutkować będą zmianą do Kontraktu.

Podkreślenia wymaga fakt, iż dokonywanie „określeń” przez Inżyniera jest jego obowiązkiem, natomiast wydawanie „poleceń” jest prawem Inżyniera. Wykonawca ma prawo żądać spełnienia świadczenia przez Personel Zamawiającego za każdym razem, gdy wskutek zaniechania lub opóźnienia działań Personelu Zamawiającego doznaje jakiegokolwiek przeszkody w realizacji swoich zobowiązań wynikających z Kontraktu – czyli wtedy gdy Inżynier nie dokonuje „określeń” w odniesieniu do powiadomień lub wniosków Wykonawcy składanych w trybie odpowiednich Subklauzul wskazanych powyżej.

Obowiązek Inżyniera (i Zamawiającego) do działania bez opóźniania – Subklauzula 1.3 [Komunikaty]

W myśl Subklauzuli 1.3 [Komunikaty]:

„Gdziekolwiek w niniejszych Warunkach istnieje postanowienie o dawaniu lub wystawianiu zaświadczeń, świadectw, zgód, określeń, powiadomień i prośb, tam takie komunikaty będą:

(a) na piśmie oraz dostarczone (...)

Zatwierdzenia, świadectwa, zgody lub określenia nie będą bez uzasadnienia wstrzymywane lub opóźniane.¹ Kiedy jakieś świadectwo jest wystawione którejs z Stron, wtedy poświadczający pośle kopię drugiej Stronie. Kiedy jakieś powiadomienie jest wystawiane dla którejs z Stron, przez drugą Stronę lub przez Inżyniera, wtedy kopia będzie wysłana odpowiednio do Inżyniera lub do drugiej Strony, w zależności od przypadku.”

Inżynier jest zobowiązany do bezzwłocznego działania w zakresie wydawania zaświadczeń, świadectw, zgód, a zwłaszcza „określeń”. Autor podkreśla, że za każdym razem, gdy Inżynier wstrzymuje jakieś zatwierdzenia, świadectwo, zgodę lub „określenie” musi szczegółowo uzasadnić powód takiego wstrzymania. W żadnym wypadku – poza działaniem w trybie Subklauzuli: (i) 6.8 [Kierownictwo Wykonawcy], (ii) 8.8 [Zawieszenie Pracy], (iii) 13.1 [Prawo do zmieniania], (iv) 13.2 [Inżynieria Wartości], (v) 13.3 [Procedura Zmiany] oraz (vi) wszędzie tam, gdzie Warunki Kontraktu uwzględniają zastosowanie Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy], takim uzasadnieniem nie może być konieczność uzyskania wcześniejszej opinii lub zatwierdzenia Zamawiającego lub Projektanta. A nawet w takim przypadku oczekiwanie na decyzje Zamawiającego nie mogą skutkować opóźnieniem w realizacji Robót bądź też tylko wstrzymaniem jakiegoś asortymentu Robót Wykonawcy.

W przypadku stwierdzenia zaniechania lub zwłoki w dokonywaniu przez Inżyniera zatwierdzeń lub wydawaniu świadectw, zgód lub „określeń” Wykonawca powinien żądać od Zamawiającego współdziałania w związku z faktem, iż Inżynier stanowi Personel Zamawiającego. Zgodnie z art. 354 k.c. w zw. z art. 647 k.c. Zamawiający zobowiązany jest do współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania, a w szczególności powinien baczyć na uzasadniony interes Wykonawcy i nie czynić niczego takiego, co by wykonanie zobowiązania komplikowało, hamowało lub udaremniało.

¹ Podkreślenie Opiniującego

Konferencje



Tamara
MAŁASIEWICZ
Dyrektor Zarządzający SIDiR

W dniu **2 września 2016 r.** na Uniwersytecie Ekonomicznym w Poznaniu odbyła się prezentacja i warsztaty poświęcone metodzie **„BEST VALUE PROCUREMENT”**. W trakcie warsztatów uczestnicy wysłuchali referatów holenderskich prelegentów: Sicco Santema i Miłkołaj Fiksiński (autorów podręcznika „Best Value Procurement”) oraz naszego kolegi Pawła Zejera.

Po przedstawieniu metody i krótkich warsztatach uczestnicy zadawali szereg pytań dotyczących metody i jej praktycznego zastosowania w Holandii.

W dniach **25 – 27 września 2016 r.** w Marrakeszu odbyła się Międzynarodowa Infrastrukturalna Konferencja FIDIC połączona z FIDIC General Assembly Meeting.

W konferencji pod hasłem **„ENGINEERING FOR THE CHALLENGES OF CLIMATE CHANGE”** wzięło udział około 150 osób reprezentujących inwestorów, firmy konsultingowe i wykonawcze z całego świata. Tematyka konferencji dotyczyła inwestycji infrastrukturalnych w Afryce, złagodzenia zmian klimatycznych, innowacyjnych technologii, odnawialnych źródeł energii oraz wpływu BIM na przebieg inwestycji.

Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców reprezentował kolega Marcin Mikulewicz – Członek Zarządu SIDIR.

Podczas FIDIC Business Day w Marrakeszu kol. Adam Białachowski wygłosił referat: **„Consulting Engineering and Climate Change Approach from the European point of view”**.

Wystąpienie dotyczyło problemów jakie napotykają Inżynierowie Konsultanci podczas próby przekonywania swoich klientów do stosowania „sustainable solutions” w ich projektach. Adam Białachowski przedstawił wyniki ankiety przeprowadzonej przez Młodych Profesjonalistów FIDIC. Omówił również metody które mogą pomóc konsultantom zarządzać projektami w sposób zrównoważony ekologicznie. Gratulujemy udanego wystąpienia.

SIDIR Partnerem Konferencji „Cena lub koszt cyklu życia nowe uwarunkowania w zamówieniach publicznych na roboty budowlane”. W dniach **5 – 7 października 2016 r.** w Ciechocinku odbyła się 22. Edycja konferencja naukowo-technicznej. Wśród prelegentów nie zabrakło naszych przedstawicieli. Referaty wygłosili: koleżanka El-

żbiet Ziąja „Analiza kosztów i ich optymalizacja w kontekście trwałości i niezawodności obiektu” oraz kolega Zbigniew Boczek – „Błędy w procesie przygotowania inwestycji budowlanych celu publicznego”. Gratulujemy udanych wystąpień.

ZWYCZAJNE WALNE ZGROMADZENIE SIDIR

W dniu 21 maja 2016 odbyło się Zwyczajne Walne Zgromadzenie (ZWZ) członków Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców podsumowujące działalność Stowarzyszenia w roku 2015. Zostały przedstawione sprawozdania za rok 2015: sprawozdanie z działalności Zarządu, sprawozdanie finansowe i sprawozdanie skarbnika. W trakcie Zwyczajnego Walnego Zgromadzenia zaprezentowany został plan budżetu na rok 2016. W związku z kończącą się kadencją kol. Jacka Piliszka odbyły się wybory do Zarządu Stowarzyszenia. Koledze Jackowi Piliszskowi dziękujemy za cztery lata pracy w Zarządzie. Do Zarządu dołączył kol. Adam Hajda. Gratulujemy i życzymy owocnej pracy.

RADA EKSPERTÓW POWOŁANA PRZEZ MINISTRA INFRASTRUKTURY I BUDOWNICTWA

Po czterech latach starań powołana została Rada Ekspertów przy Ministrze Infrastruktury i Budownictwa – organ pomocniczy Ministra przeznaczony m.in. do opracowania ram i zasad działania Narodowego Forum Kontraktowego. Jednym z celów doraźnych tego ciała jest opracowanie założeń i wzorów nowych umów w drogownictwie. Rada składa się z 12 przedstawicieli strony wykonawców, 12 przedstawicieli strony zamawiających i 4 przedstawicieli związków zawodowych. Szczegóły działania rady określa Zarządzenie Ministra Infrastruktury i Budownictwa z 30 maja 2016 roku, dostępne na stronach internetowych Ministerstwa. Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców reprezentują koledzy Tomasz Łatawiec i Michał Skorupski. Gratulujemy i czekamy na wyniki efektów Waszej pracy.

Wszystkich zainteresowanych aktualnymi wydarzeniami w Stowarzyszeniu odsyłam na nasze strony internetowe www.sidir.pl i www.arbitraz-sidir.pl oraz na nasz profil na Facebooku.



Polska Krajowa
Organizacja Członkowska
w International Federation
of Consultancy Engineers



Członek
European Federation
of Engineering
Consultancy Association



Członek
Dispute Review Board Foundation



**Stowarzyszenie
Inżynierów Doradców
i Rzeczoznawców**

00-074 Warszawa
ul. Trębacka 4 lok. 429 (bud. KIG)
tel./fax 22 826 16 72, 22 826 56 49
e-mail: biuro@sidir.pl
www.sidir.pl

KRS: 0000140272
NIP: 527 22 79 094
Regon: 010678266

Deutsche Bank AG
26 1910 1048 7252 0362 5222 0001

W/SIDIR/76/6/2016



Warszawa, 23.06.2016 r.

Pan Ireneusz MERCHEL
PREZES ZARZĄDU PKP PLK S.A.

Pan Andrzej PAWŁOWSKI
WICEPREZES ZARZĄDU PKP PLK S.A. - DYREKTOR DS. EKSPLOATACJI

Pani Małgorzata KUCZEWSKA - ŁASKA
CZŁONEK ZARZĄDU PKP PLK S.A. - DYREKTOR DS. FINANSOWYCH I
EKONOMICZNYCH

Pan Antoni JASIŃSKI
CZŁONEK ZARZĄDU PKP PLK S.A. - DYREKTOR DS. UTRZYMANIA
INFRASTRUKTURY

Pan Włodzimierz ŻMUDA
CZŁONEK ZARZĄDU PKP PLK S.A. - DYREKTOR DS. JAKOŚCI INWESTYCJI I
RYZYKA OPERACYJNEGO

Pan Grzegorz MUSZYŃSKI
CZŁONEK ZARZĄDU PKP PLK S.A. - DYREKTOR DS. REALIZACJI INWESTYCJI

Szanowne Państwo,

Nawiązując do trwającej dyskusji dotyczącej optymalnego modelu realizacji inwestycji kolejowych, w tym także w ramach Forum Inwestycyjnego, pragniemy zaprezentować stanowisko Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR) – jedynej krajowej organizacji FIDIC.

Po raz kolejny wychodzimy z inicjatywą zmierzającą do usprawnienia procesu inwestycyjnego w PKP PLK i do udzielenia odpowiedzi na pytanie czy Warunki Kontraktowe FIDIC są wzorem, który może być stosowany w kontraktach kolejowych. Pragniemy Państwa poinformować, że w ramach Forum Inwestycyjnego działamy od pierwszego inauguracyjnego spotkania. Niestety, zgłaszane przez nasze środowisko postulaty nie są uwzględniane lub są wdrażane nieprawidłowo, a kolejne wersje publikowanych na stronach PKP PLK Warunków Kontraktowych coraz bardziej oddalają się od uznanego wzorca. Również analiza dotychczasowych realizacji Państwa kontraktów wskazuje na fakt, iż wielu problemów można byłoby uniknąć, gdyby w PKP PLK stosowano Warunki Kontraktowe FIDIC zgodne z ich pierwotnym duchem i z zachowaniem zasad, według których zostały opracowane. Największą

zaletą Warunków Kontraktowych FIDIC w tym kontekście jest zmniejszenie ryzyka zamawiającego w zakresie ceny oraz „samozmienialność” się umów.

Każdy zamawiający, który pragnie wykorzystywać w trakcie realizacji swojej inwestycji Warunki Kontraktowe FIDIC musi pamiętać o kilku podstawowych zasadach i założeniach Federacji FIDIC, co do fundamentalnych kwestii, które były wzięte pod uwagę przez twórców tych wzorców.

Podstawowym założeniem jest to, że kontrakty powinny być realizowane przez ściśle współpracujące ze sobą Strony przy udziale niezależnego (na ile to oczywiście możliwe) Inżyniera, przy zachowaniu równomiernego nałożenia na nie praw i obowiązków oraz - co najważniejsze - przy równomiernym obciążeniu Stron ryzykami, które można oszacować i skalkulować ich wpływ na koszt i czas realizacji robót. Ponadto, w zamyśle autorów Warunków Kontraktowych FIDIC, niezwykle istotna jest szybka i sprawna - w trakcie trwania kontraktu - procedura rozstrzygania sporów, czemu służy powoływanie „kontraktowej” Komisji Rozjemstwa w Sporach i ewentualne późniejsze kierowanie spraw do sądów polubownych. Generalną zaś zasadą jest bezwzględny obowiązek przestrzegania zdefiniowanego w Kontrakcie prawa - zarówno przez zamawiającego jak i wykonawcę oraz wszystkie inne osoby zaangażowane w realizację kontraktu.

Wszelkie zmiany do Ogólnych Warunków FIDIC - jeżeli już są wprowadzane - muszą brać pod uwagę to, by nie naruszały logiki i „ducha” FIDIC; w tym, by nie powodowały niepotrzebnego dublowania poszczególnych czynności przypisanych różnym osobom na kontrakcie oraz rozmywania odpowiedzialności. A także, by nie powielaly informacji zawartych w innych dokumentach wchodzących w skład SIWZ lub w sposób oczywisty z innych dokumentów wynikających.

W naszej opinii, to błędy popełnione na etapie przygotowania przetargów, w tym na etapie tworzenia wzoru umowy o zamówienie publiczne, stwarzają największe zagrożenie dla poprawnej realizacji tych kontraktów. **A błędy w poprawnym definiowaniu praw i obowiązków stron oraz w przerzucaniu całej odpowiedzialności za realizację kontraktu na wykonawcę, wynikające z wprowadzanych przez zamawiających zmian do Warunków Kontraktowych FIDIC, co - jak możemy się od dłuższego czasu codziennie przekonywać - skutecznie uniemożliwia osiągnięcie celu, jakim być powinno wykonanie umowy, a nie jej zerwanie.** Bowiem tylko wykonanie umowy pozwala na osiągnięcie planowanych korzyści i prawidłowe wydatkowanie środków publicznych, czego nie daje konieczność ponownego ogłaszania postępowań przetargowych na dokończenie zamówienia rozpoczętego przez innego wykonawcę.

Trudno zaakceptować sytuację, by Warunki Szczególne wprowadzały zmiany do większości Klauzul Ogólnych Warunków FIDIC i by zawierały więcej stron w stosunku do nich - co ma miejsce w przypadku większości obserwowanych przez nas postępowań przetargowych - także w PKP PLK, w których zamawiający stosują wzorce FIDIC. Nie jest też dla nikogo tajemnicą, że kolejne wprowadzane przez poszczególnych zamawiających modyfikacje do Ogólnych Warunków FIDIC mają na celu przerzucenie wszelkich możliwych i niemożliwych do przewidzenia ryzyk na wykonawców robót budowlanych, przenoszenie na wykonawców obowiązków przypisanych inwestorowi/zamawiającemu, ograniczanie roli Inżyniera oraz poszerzanie katalogu kar umownych i ustalanie ich na zbyt wygórowanej wysokości, co w sposób jaskrawy deformuje podstawowe standardy równoprawnych stosunków Stron oraz powoduje, że takie Szczególne Warunki Kontraktowe FIDIC z założeniami pierwotnego brzmienia i ducha Ogólnych Warunków FIDIC nie mają wiele wspólnego.

Mieszanie klasycznych fidicowskich systemów kontraktowania: „żółta książka” dla robót budowlanych, dla których zamawiający posiadają Dokumentację Projektową, a nierzadko

pozwolenia na budowę oraz „czerwona książka” dla robót budowlanych dla których nie posiadają pełnej Dokumentacji Projektowej i pozwoleń na budowę oraz dostępu do Terenu budowy, skutkuje problemami, które dzisiaj są poważnymi powodami do zrywania umów i porzucaniu robót przez wykonawców, ze skutkami trudnym dzisiaj do opisanie i oszacowania (w zakresie koniecznych do poniesienia kosztów na dokończenie robót, czasu na ukończenie i ewentualnych odszkodowań oraz wysokich kosztów społecznych związanych z zachwianiem stabilnego rozwoju branży budownictwa kolejowego - przy iluzorycznych korzyściach ze ściąganych środków z gwarancji).

Zwracam uwagę, iż w innych krajach członkowskich UE, zamówienia publiczne w dziedzinie infrastruktury doprowadziły do stabilnego wzrostu branży dającej znaczne zatrudnienie i umożliwiły ekspansję firm krajowych na konkurencyjne rynki, także poza UE. **Kluczem do sukcesu okazało się, poza poprawnym przygotowaniem umów równoważących ryzyka, także aktywne uczestnictwo inwestora w realizacji kontraktów.**

Po raz kolejny podkreślamy, że Warunki Kontraktowe FIDIC są - z dobrym skutkiem - stosowane w większości krajów Świata, w tym także w Polsce! I to nie tylko w inwestycjach komercyjnych - takich jak LIM Center Hotel Marriott, Hotel Regency Hyatt, Terminal Okęcie I oraz II, Złote Tarasy, ale zwłaszcza w większości inwestycji infrastrukturalnych finansowanych ze środków publicznych krajowych i unijnych po akcesji Polski do Unii Europejskiej. Podkreślamy, że Warunki Kontraktowe FIDIC od lat są stosowane jako obligatoryjne dla kontraktów współfinansowanych przez Bank Światowy także w Polsce.

Nasza inicjatywa jest odpowiedzią na Państwa wątpliwość dotyczącą tego, czy w Polsce Warunki Kontraktowe FIDIC są odpowiednie do naszego systemu prawnego i sposobu realizacji inwestycji. Znamy bardzo dobrze promowaną przez ówczesnego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – Jacka Sadowego – tezę, jakoby „w Polsce Warunki Kontraktowe FIDIC nie sprawdziły się”. My uważamy inaczej - trzeba raczej zastanowić się - dlaczego w Polsce wyciągnięto takie wnioski, jeśli inni i gdzie indziej potrafią je stosować z dużym powodzeniem. Musimy w tym miejscu zaprotestować wobec takich zarzutów stawianych przez różne osoby odpowiedzialne za inwestycje publiczne. Podkreślamy, że to nie Warunki Kontraktowe FIDIC nie sprawdziły się, tylko zamawiający - przygotowując Warunki Szczególne, w sposób nie biorący pod uwagę skutków swego wpływu na standardowe Warunki Kontraktowe FIDIC, zniekształcając je i wypaczając ich sens.

Szanowni Państwo!

Uważamy, że Warunki Kontraktowe FIDIC – zarówno tzw. „czerwona książka” jak i tzw. „żółta książka” są doskonałymi wzorcami dla umów o zamówienie publiczne dla robót budowlanych dotyczących, między innymi, inwestycji liniowych, w tym kolejowych - i że mogą być praktycznie automatycznie zamieszczone w formie niezmienniczej na Waszych stronach internetowych. Kwestią pozostającą do omówienia i opracowania byłaby sprawa katalogu zmian możliwych do wprowadzania przez PKP PLK, matryca ryzyk oraz przewodnik zawierający instrukcję postępowania ze standardową umową FIDIC.

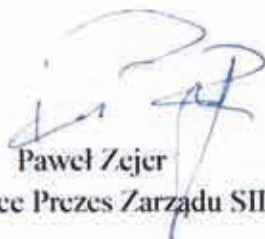
Podkreślamy z całą stanowczością, że Warunki Kontraktowe FIDIC są najpowszechniejszym na świecie katalogiem „dobrych praktyk”, których tak pilnie potrzebujemy w kontraktach budowo wanych. Katalogiem, który możemy bezzwłocznie wdrożyć z pożytkiem dla wszystkich uczestników procesów inwestycyjnych.

Sądzymy, że wspólnie z Państwem jesteśmy w stanie w bardzo krótkim czasie takie kwestie rozwiązać z pożytkiem dla wszystkich uczestników rynku zamówień publicznych.

Dlatego prosimy Państwa – po raz kolejny - o wyznaczenie terminu spotkania, na którym szczególnie doświadczeni członkowie naszego Stowarzyszenia – eksperci FIDIC - mogliby przedstawić Państwu propozycje co do zastosowania Warunków Kontraktowych FIDIC jako wzorcowej umowy o zamówienia publiczne dla robót budowlanych dla kontraktów kolejowych.



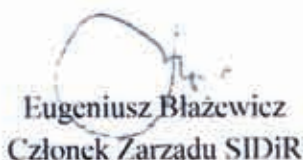
Tomasz Latawiec
Prezes Zarządu SIDiR



Paweł Zejer
Wice Prezes Zarządu SIDiR



Marcin Mikulewicz
Członek Zarządu SIDiR



Eugeniusz Błażewicz
Członek Zarządu SIDiR



Leszek Bochen
Członek Zarządu SIDiR



Agnieszka Suchecka
Członek Zarządu SIDiR



Adam Hajda
Członek Zarządu SIDiR

Do wiadomości:

1. **Pan Andrzej Adameczyk**
Minister Infrastruktury i Budownictwa
2. **Pan Mirosław Chaberek**
Przewodniczący Rady Nadzorczej PKP S.A.



Sąd Arbitrażowy
przy
Stowarzyszeniu
Inżynierów Doradców
i Rzeczoznawców w Warszawie



**DEDYKOWANY SPOROM
W SPRAWACH
BUDOWLANYCH**

ul. Trębacka 4
00-074 Warszawa

www.arbitraz-sidir.pl
sekretarz@arbitraz-sidir.pl
+48 22 826 16 72

