

BIULETYN Konsultant



nr 44, grudzień 2016

Temat dnia

str. 2

Warunki kontraktowe FIDIC
istotne uwarunkowania umowne
w realizacji inwestycji
budowlanych

str. 3

Sądowa zmiana umowy
w wyniku nadzwyczajnej
zmiany stosunków – uwagi na tle
warunków FIDIC i PZP

str. 10

Przypadki zgodności
z kontraktem harmonogramu
na wykonanie robót
po upływie czasu
na ukończenie

str. 15

Indywidualne interpretacje
prawa podatkowego w praktyce
zamówień publicznych

str. 18

Na cienkim lodzie





Zbigniew J. **BOCZEK**
Prezes Sądu Arbitrażowego
przy SIDiR

Szanowne Koleżanki i Koledzy!

Minęła 3-letnia kadencja Pana mec. Andrzeja Kąkoleckiego jako Prezesa Sądu Arbitrażowego przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców.

Mam przyjemność objąć przewodniczenie temu Sądowi na kolejną kadencję. W skład Prezydium Sądu jako

Wice Prezes został powołany Pan mec. Jacek Bendykowski mający bogate doświadczenie w problematyce sporów budowlanych. Pozostaje w składzie Prezydium Sądu na kolejną kadencję Pan Tomasz Łatawiec pełniąc dalej funkcję Wice Prezesa Sądu.

Sąd Arbitrażowy pod przewodnictwem Pana Andrzeja Kąkoleckiego to okres kolejnego rozwoju merytorycznego Sądu, wzrost zaufania do tej instytucji, przyjęcie nowego Regulaminu Sądu opartego na europejskich i światowych wzorcach. W ten Regulamin wniósł Pan Andrzej Kąkolecki swoje doświadczenie oparte o międzynarodowe wzorce polubownego rozpatrywania sporów.

Pozostając w gronie doświadczonych Arbitrów Sądu Arbitrażowego przy SIDiR, Pan Andrzej Kąkolecki zapewnił o swoim daleko idącym wsparciu Prezydium Sądu w kolejnym okresie.

Dziękuję Andrzejowi za Twoje zaangażowanie w rozwój polubownego rozstrzygania sporów budowlanych w której problematyce specjalizuje się Sąd Arbitrażowy przy SIDiR.



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 Łatawiec

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

Warunki kontraktowe FIDIC

istotne uwarunkowania umowne w realizacji inwestycji budowlanych



Zbigniew J. **BOCZEK**
Dyrektor Europejskiego
Instytutu Ekonomiki Rynków,
Wykładowca na studiach
podyplomowych,
Prezes Sądu Arbitrażowego
przy SIDiR

Warunki Kontraktowe zostały przygotowane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (FIDIC), do której należy polskie Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR).

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

W zamówieniach publicznych Warunki kontraktowe FIDIC – **część ogólna**, wykorzystywane są jako standardowe procedury (warunki umowne) realizacji projektów publicznych i współfinansowanych z funduszy europejskich. Zamawiający dostosowuje warunki ogólne do uwarunkowań realizacji inwestycji przez sporządzenie **części szczególnej**, związanej numeracją klauzul z częścią ogólną. **Warunki Kontraktowe, część ogólna i część szczególna, stanowią razem istotną część Kontraktu**, a wcześniej dokumentów przetargowych zwanych w zamówieniach publicznych „specyfikacją istotnych warunków zamówienia” i pozwalają na ocenę prawidłowości zarządzania inwestycją i wykorzystania środków.

Zasadą naczelną sformułowań zawartych w Warunkach Kontraktowych FIDIC jest przestrzeganie następującej zasady: zamawiający oczekuje od wykonawcy „porządnie” wykonanego przedsięwzięcia w założonym czasie i koszcie, a wykonawca oczekuje od odpowiednich warunków wykonania pracy, uczciwego i zrównoważonego zastosowania kontraktu i szybkiej zapłaty tego, co ma prawo otrzymać.

W realizacji przedsięwzięć opartych na procedurach FIDIC występują dwie strony: zamawiający i wykonawca. Natomiast dla zapewnienia przestrzegania procedur powołuje się Inżyniera (funkcja), który nie jest stroną umowy i powinien działać bezstronnie, bez względu na status zatrudnienia, zgodnie z zawartym między stronami kontraktem. **Inżynier oznacza osobę wyznaczoną przez zamawiającego do działania w danym kontrakcie. Inżynier może interpretować kontrakt tylko tak, jak jest on napisany, bez prawa wnoszenia poprawek do kontraktu.** Wszelkie kontakty między stronami kontraktu powinny odbywać się z udziałem Inżyniera. Wymagana jest współpraca i zespołowe działanie zamawiającego, wykonawcy i Inżyniera w ramach kontraktu.

Warunki Kontraktowe to wynik wieloletnich doświadczeń najlepszych fachowców FIDIC i dlatego uznawane są za powszechne przy zawieraniu kontraktów międzynarodowych. Warunki te razem stanowią zbiór praw, oraz obowiązków stron i wprowadzone zostały również do stosowania w kontraktach finansowanych, lub współfinansowanych przez Bank Światowy, oraz inne agendy ONZ. Ułatwiają porozumienie pomiędzy fachowcami zaangażowanymi w proces inwestycji, bez względu na miejsce jej realizacji. Powstały w ten sposób jednolite procedury realizacji inwestycji na całym świecie, stanowiące ułatwienie dla zaangażowanego w realizację inwestycji personelu. Istotą jest utrzymanie rozsądnej równowagi między wymaganiami i interesami zainteresowanych stron, oraz sprawiedliwy podział ryzyka, zagrożeń i odpowiedzialności. Warunki kontraktowe FIDIC pozostają w zasadniczej zgodności z ustawą Prawo zamówień publicznych, Prawem budowlanym, Kodeksem cywilnym, oraz Kodeksem postępowania cywilnego.

Wybiórcze stosowanie zapisów Warunków Kontraktowych FIDIC, a w szczególności powodujące ograniczenie praw wykonawcy przez „tendancyjne” zapisy w części szczególnej, w konsekwencji prowadzi do wzrostu kosztów realizacji inwestycji, w wyniku oceny podwyższonego ryzyka przez wykonawcę.



W celu zapobieżenia sporom interpretacyjnym, w Warunkach Kontraktowych oraz umowie, ustala się jak będą interpretowane poszczególne części kontraktu w przypadku stwierdzenia rozbieżności pomiędzy nimi. Im niżej zostaje ustawiony w hierarchii ważności dokument, tym mniejsza będzie jego merytoryczna wartość w trakcie ewentualnego sporu. **W przypadku sporu, jak dalece dany dokument jest wiążący dla stron, przesądza jego hierarchia ważności.** Natomiast w przypadku sporu, czy wskazany zakres robót objęty jest przedmiotem umowy, przesądza pierwszeństwo specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót nad dokumentacją projektową i wycenionym przedmiarem robót. Przykładowo, jeżeli sporny zakres robót będzie określony w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót oraz/lub na rysunkach w projekcie budowlanym czy wykonawczym, a nie będzie ujęty jako odrębna pozycja w przedmiarze robót, to wykonawca będzie zobowiązany wykonać zakres robót ujęty w specyfikacjach technicznych lub projektach, bez dodatkowego wynagrodzenia. Jednocześnie w sprawach nieuregulowanych umową będą miały zastosowanie odpowiednie przepisy prawa polskiego, a w szczególności Prawa zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego, oraz odpowiednie przepisy Prawa budowlanego.

Warunki Kontraktowe dla Budowy (dla Robót Inżynierijno – Budowlanych Projektowanych przez Zamawiającego) tzw. "Czerwona Książka", są zalecane dla ogólnego zastosowania dla takich robót. Warunki te wykorzystywane są wtedy, gdy zamawiający przygotowuje dokumentację projektową, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiar robót, oraz ogłosi przetarg na wybór wykonawcy robót. Jeżeli zamawiający przygotowuje tylko program funkcjonalno-użytkowy przedsięwzięcia (wymagania zamawiającego) to wówczas stosuje tzw. „Żółta Książkę” i najczęściej ryczałtową formę rozliczenia robót. Wówczas obowiązkiem wykonawcy jest zaprojektowanie (wykonanie dokumentacji projektowej), a następnie realizacja robót budowlanych, w zgodności z zapisami programu funkcjonalno-użytkowego (tylko tyle i nic więcej). **Jednocześnie wykonawcy należy pozostawić wybór rozwiązań projektowych, które muszą spełnić wymagania zamawiającego sformułowane w programie funkcjonalno-użytkowym (cel zamówienia).**

Należy popierać stosowanie „Czerwonej Książki”, jako „korzystniejszej” dla zapewnienia wymagań i zabezpieczenia strony finansowej zamawiającego. Dla tego typu kontraktów stosowany jest najczęściej system obmiarowy robót, co pozwala zamawiającemu płacić tylko za roboty faktycznie wykonane. Wprawdzie ryzyko nieścisłości przygotowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót i przedmiaru robót) jest po stronie zamawiającego, ale łatwiej jest później kontrolować realizację robót w oparciu o znane i kompletne warunki realizacji (projekt budowlany, projekt wykonawczy, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiar robót). Zamawiający powinien doprecyzować swoje wymagania na etapie projektowania, oraz przygotowania zamówienia i może poprawić w trakcie projektowania nawet błędne założenia, jakie

przekazał do biura projektowego. Zamawiający na etapie projektowania, w miarę postępu prac projektowych, ma łatwość kontrolowania zamierzonych celów i parametrów projektowania. Może bez większych przeszkód dokonać stosownych poprawek w wymaganiach postawionych projektantom, bez narażania się na dotkliwe skutki finansowe, co ma miejsce, gdy projektowanie leży po stronie wykonawcy robót. Trzeba tylko pamiętać, że **przedmiar robót powinien dotyczyć tylko robót podstawowych, przekazywanych zamawiającemu, a nie robót tymczasowych**, które są potrzebne do wykonania robót podstawowych (patrz Rozp. MI z 02.09.2004 r.). Czerwona książka nie wyklucza również stosowania ryczałtowego systemu rozliczenia z wykonawcą, lub mieszanego systemu, na który składa się część robót rozliczanych obmiarowo, a część ryczałtowo. Ten mieszany system rozliczenia robót, w moim przekonaniu, najlepiej zabezpiecza interesy zamawiającego.

„Żółta książka”, o której najczęściej w Polsce mówi się „zaprojektuj i buduj”, przenosi element ryzyka na wykonawcę, ale pod warunkiem, że program funkcjonalno-użytkowy zostanie przygotowany zgodnie z wymaganiami określonymi w rozdziale 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego („RMI”).

Zakres, jaki powinien obejmować program funkcjonalno-użytkowy, nie pozostawia wątpliwości, że zamawiający jest zobowiązany na etapie przetargu znać dokładnie swoje wymagania, a więc z góry musi „wiedzieć, czego chce”. Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania w ramach wynagrodzenia (kwoty ryczałtowej), tylko takiego zakresu, jaki sprecyzował zamawiający w programie funkcjonalno-użytkowym.

Trzeba zwrócić uwagę, że program ten musi zawierać warunki wykonania i odbioru robót budowlanych odpowiadające zawartości specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, których zakres precyzuje RMI. Przygotowanie specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót w zakresie wymaganych dla programu funkcjonalno-użytkowego, wymaga znajomości praktycznie wszystkich danych, które znajdują się w projekcie budowlanym, chociaż część rysunkowa może być ograniczona i w dowolnej skali. Jedno jest pewne, taki program funkcjonalno-użytkowy musi przygotować biuro projektowe specjalizujące się w robotach będących przedmiotem zamówienia.

Z moich doświadczeń wynika, że w Polsce nie przywiązuje się wagi do poprawnego opracowania programu funkcjonalno-użytkowego, co jest powodem, że kontrakt nigdy nie kończy się na wynagrodzeniu ryczałtowym, i podlega ciągłym modyfikacjom i uzupełnieniom. Dopiero na etapie wykonawstwa zamawiający w miarę postępu robót doprecyzowuje swoje wymagania. Jest to wynik nieprzestrzegania na etapie przygotowania przetargu obowiązków ciążących na zamawiającym, sprecyzowanych w ustawie Pzp, gdzie zamawiający obligatoryjnie dokonuje opisu przedmiotu zamówienia przed jego udzieleniem, w sposób

jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 Pzp).

Wszelkie istotne prawa i obowiązki stron umowy o zamówienie publiczne muszą być definitywnie w kontrakcie sprecyzowane. Nie mogą być oznaczone jedynie w sposób ogólny, z zamiarem późniejszego ich dodatkowego dookreślenia, w trakcie realizacji umowy o wykonanie zamówienia.

Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r., zostało wydane na podstawie art. 31 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, a więc nie przestrzeganie uregulowań zawartych w tym rozporządzeniu skutkuje naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych i odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r.), bo naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest m. in. przekroczenie zakresu uprawnienia i wykorzystania środków publicznych niezgodnie z obowiązującymi procedurami i przepisami prawa. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest również zaniechanie działania, do którego osoby były zobowiązane. Odpowiedzialność jest ponoszona zarówno za umyślne, jak i nieumyślne naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Granice swobody kontraktowej

Artykuł 353¹ k.c., wyrażający zasadę wolności umów (swobody kontraktowej), zarysowuje trzy granice tej wolności, są nimi: *natura stosunku, ustawa i zasady współżycia społecznego*.

Natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uwzględnienie woli stron, wyrażającej ich interesy.

Za sprzeczne z *naturą* umowy gospodarczej należy uznać uwzględnienie w umowie tylko interesów zamawiającego. Sprzeczność ta występuje szczególnie wyraźnie w umowach, zawieranych nie w oparciu o indywidualne pertraktacje, ale w oparciu o ustawę Prawo zamówień publicznych, bo oczywiste wydaje się zamawiającemu ukształtowanie dla siebie najkorzystniejszej regulacji w zawieranej umowie. W tym też zakresie klauzula umowna dopuszczająca dokonywanie jednostronnej zmiany umowy przez Inżyniera w dowolnym czasie takich umów, 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. Uzasadnia to stanowisko, że umieszczenie w umowie, postanowień uprawniających zamawiającego do jednostronnej zmiany warunków umownych, nie jest prawnie skuteczne. Zmiana treści umowy wymaga dla zasady zgodnego

oświadczenia woli stron, a przypadku umów o zamówienie publiczne wymagana jest forma pisemna pod rygorem nieważności *ad solemnitatem* (forma zastrzeżona) zgodnie z art. 139 ust. 2 Pzp.

W konsekwencji, obecna praktyka zamawiających dokonywania w masowej skali zmian treści w Warunkach Kontraktowych, by uzyskać jednostronnie korzystne dla zamawiającego warunki umowne, musi być uznana za nieprawidłową i niepowodującą zamierzonych skutków prawnych, przewidzianych w art. 353¹ k.c., a więc powinna być uznana za sprzeczną z *zasadami współżycia społecznego*.

W warunkach polskich, rozpowszechnioną praktyką przy zawieraniu kontraktów wg standardów FIDIC, jest duża ingerencja zamawiającego w modelowe zapisy Warunków Kontraktowych. Praktyka ta polega głównie na wykreślaniu większości zapisów kontraktowych „korzystnych” dla wykonawcy robót, takich jak np. możliwość przedłużenia czasu na ukończenie, czy możliwość korekty ceny.

Stanowisko zamawiającego, który w zmodyfikowanej treści Warunków Kontraktowych upatruje uwolnienia się od odpowiedzialności za ewentualne błędy w swoich wymaganiach zawartych w PFU, jest nieślusne. Przede wszystkim, jeżeli PFU został przygotowany sprzecznie z przepisami prawa, to zmodyfikowanie treści WK nie może spowodować przesunięcia odpowiedzialności i ryzyka na wykonawcę, za niezgodne z prawem przygotowanie dokumentacji przetargowej przez zamawiającego. Takie rozumienie zmodyfikowanej treści WK kłóci się bowiem nie tylko z przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego, ale i zdrowym rozsądkiem.

Klauzule uprawniające wykonawcę w szczególnych przypadkach do przedłużenia czasu na ukończenie, czy możliwość korekty ceny, w oryginalnym zapisie FIDIC, nie konstytuują niczego innego poza obowiązkiem wykonawcy do zapoznania się z s.i.w.z., w tym także z PFU. Tak rozumiane obowiązki wykonawcy najczęściej wypełnia, bo po zapoznaniu się z s.i.w.z. i PFU, akceptuje je, jeżeli w przedstawionej wersji nie budziły one jego wątpliwości. Jednakże, nawet doświadczony wykonawca, przy zachowaniu zasad należytej staranności, nie jest w stanie wykryć błędów zamawiającego, jakie mogą zawierać specjalistyczne dokumenty przetargowe.

Wykonawca nie ma obowiązku prawnego polegającego na eksperckiej kontroli dokumentów przetargowych, ponieważ, ani przepisy Prawa zamówień publicznych czy Kodeksu cywilnego, takiego obowiązku na wykonawcę nie nakładają. W wyroku z dnia 27 marca 2000 r. sygn. akt III CKN 629/98. Sąd Najwyższy stwierdził, „że z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem, oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on także niezwłocz-



nie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania."

Dotyczy to również sytuacji, gdy zamawiający dostarcza na etapie ofertowania PFU. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Wykonawca nie ma potrzeby na etapie postępowania przetargowego dysponować możliwościami, żeby ocenić PFU tak, aby wykryć wszystkie jego wady. Na etapie postępowania przetargowego wykonawca działa w zaufaniu do prawidłowego przebiegu i rozstrzygnięcia przetargu, w czym zawiera się założenie, że przedstawiona przez zamawiającego dokumentacja przetargowa (s.i.w.z.) jest prawidłowa, zgodna z prawem i ze stanem faktycznym, umożliwiającą zawarcie ważnej umowy, a w jej rezultacie sporządzenie odpowiedniego projektu i wykonania robót budowlanych. Już po zawarciu umowy i przeprowadzeniu specjalistycznych badań okazuje się często, że wykonawca (biuro projektowe) musi wykonać projekt w całkowicie odmiennej technologii od podanej przez zamawiającego w PFU, co jest wynikiem nie dołączenia do PFU wymaganych przepisami dokumentów. W takiej sytuacji, stwierdzić należy, że bez względu na zmodyfikowaną treść WK, skutki naruszenia prawa przez zamawiającego w żadnym przypadku nie mogą obciążać wykonawcy.

Stosując przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i Warunki Kontraktowe FIDIC w umowach o zamówienie publiczne, należy odnieść się do dopuszczalności zamieszczania w klauzulach Warunków kontraktowych FIDIC, zapisów jednostronnie korzystnych dla zamawiającego, oraz dokonywaniu dowolnych zmian w tych Warunkach. Takie postępowanie zamawiającego prowadzące do swoistych regulacji umownych, należy przeanalizować w świetle art. 353¹ k.c.; art. 58 k.c.; i art. 65 § 2 k.c.

Bezwzględny priorytet służy samej umowie stron, z zastrzeżeniami wyrażonym jedynie w art. 353¹ k.c. i art. 58 k.c. Zaufanie do umowy jednostronnie przygotowanej przez zamawiającego, a w konsekwencji do przekonania wykonawcy do treści proponowanej umowy, stanowi jej wartość podstawową szczególnie w zamówieniach publicznych.

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 pozostawianie wykonawcy w stanie braku pewności, co do jednoznaczności treści stosunku umownego łączącego go z zamawiającym. Zmuszałoby to każdego wykonawcę do bieżącego śledzenia zachowania zamawiającego, pod groźbą znalezienia się, bez swej woli a nawet wiedzy, w niekorzystnym dla wykonawcy reżimie umownym.

Inżynier w kontrakcie

Inżynier w kontrakcie nie jest stroną kontraktu. Inżynier może interpretować kontrakt tylko tak, jak jest on napisany. Inżynier nie jest upoważniony do wnoszenia poprawek do kontraktu (Klauzula 3.1). Inżynier najczęściej zatrudnia Inspektorów Nadzoru zgodnie z Prawem Budowlanym, i za ich działania naruszające prawo jest odpowiedzialny.

Tam gdzie wymaga się od Inżyniera działania uznaniowego, to powinien działać bezstronnie, bez względu na status zatrudnienia, tak więc kiedykolwiek Inżynier uzgadnia lub określa jakąkolwiek sprawę w ramach zawartego kontraktu, to powinien przeprowadzić konsultacje z każdą ze stron (wykonawcą i zamawiającym), próbując osiągnąć uzgodnienie stanowisk (Klauzula 3.5). Jeśli uzgodnienie nie zostanie osiągnięte, to Inżynier powinien dokonać rzetelnego określenia zgodnie z kontraktem, biorąc pod uwagę wszystkie odnośne okoliczności. Następnie Inżynier powiadamia strony o każdym uzgodnieniu lub określeniu, z podaniem szczegółowych informacji uzasadniających. Każda ze stron zobowiązana jest wprowadzić w życie każde uzgodnienie lub określenie, do czasu dopóki ewentualnie nie zostanie skorygowane przez rozjemstwo, arbitraż, lub sąd (w zależności od ustaleń kontraktowych). Tylko taka osoba Inżyniera daje gwarancję obiektywnej oceny przestrzegania postanowień kontraktu (umowy). Wszelkie zatem działania Inżyniera, który uważa się za działającego w imieniu zamawiającego (wyłącznie na jego rzecz), są niezgodne z intencją FIDIC i skutkują naruszeniem zawartego kontraktu. Ponadto Inżynier, który nie stosuje się do zapisów Warunków Kontraktowych FIDIC, musi liczyć się z odpowiedzialnością z art. 415 k.c., jeżeli jego zamiarem jest działanie wyłącznie w interesie zamawiającego ze szkoda dla wykonawcy.

W zamówieniach publicznych wszelkie zmiany, jakie zamierza polecić wykonawcy Inżynier czy zamawiający, podlegają ustawie Prawo zamówień publicznych. Jeżeli zastosowanie mają w kontrakcie Warunki Kontraktowe FIDIC, to Inżynier przed wydaniem jakiegokolwiek polecenia musi stosować się do Klauzuli 1.13, a więc przestrzegać obowiązującego w Polsce prawa. Dotyczy to również kontraktów o zamówienie publiczne, w których nie wykorzystano Warunków Kontraktowych FIDIC.

Tak więc, w przypadku zamówień publicznych zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (art. 140 ust. 1 Pzp), a to zobowiązanie z kolei musi być zgodne z jednoznacznym i wyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia. Umowy w zamówieniach publicznych, wymagają pod rygorem nieważności zachowania formy pisemnej (art. 139 ust. 2 Pzp). Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia, zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem art. 144 (art. 140 ust. 3 Pzp). W przypadkach, kiedy są podstawy do zmiany zawartej umowy w trybie art. 144 Pzp, wymagana jest forma pi-

semna (pisemny aneks), z uwagi na art. 77 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 2 i 1 Pzp. Celem tego ograniczenia jest niedopuszczenie do obchodzenia wyników postępowania.

Często roboty nieokreślone przedmiotem zamówienia są wykonywane, jako polecenia nadzoru autorskiego lub inspektorów nadzoru i wynikają z wpisów do dziennika budowy. Takie polecenia mogą dotyczyć tylko robót wynikających z konieczności zapewnienia bezpieczeństwa konstrukcji, lub bezpieczeństwa zatrudnionych pracowników. W pozostałym zakresie są prawnie nieskuteczne i nie znajdują uzasadnienia dla praw i obowiązków inspektorów nadzoru wynikających z art. 25 i 26 Prawa budowlanego. Postępowanie inspektorów nadzoru i nadzoru autorskiego zgodne z zapisami Prawa budowlanego, w powiązaniu ze znajomością ustawy Prawo zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego, powinno eliminować nieporozumienia kompetencyjne.

Ponadto wyrok Sądu Najwyższego z 21 lutego 1991r.; II CR 538/90 „**Wpis do dziennika budowy tylko wtedy może być podstawą wykonania robót nieobjętych umową, jeżeli są one niezbędne ze względu na bezpieczeństwo lub zabezpieczenie przed awarią.**” Oznacza to, że w pozostałym zakresie wykonawca jest upoważniony do odmowy wykonania robót dodatkowych wskazanych przez nadzór autorski, inspektora nadzoru (Inżyniera kontraktu), jeżeli polecenie, lub konieczność ich wykonania, nie zostanie potwierdzona pisemnie przez zamawiającego, zgodnie z obowiązującym prawem.

Przegląd dokumentacji projektowej przez Inżyniera

Jeżeli w zamówieniu publicznym „projektuj i buduj” znajdują zastosowanie Warunki Kontraktowe FIDIC tzw. Żółta Książka, to zgodnie z Klauzulę 5.2, obowiązkiem wykonawcy jest przedłożenie Inżynierowi do przeglądu wykonanej dokumentacji projektowej (projekt budowlany, projekt wykonawczy).

Uprawnienia Inżyniera sprowadzają się do **przeglądu dokumentacji projektowej** i powiadomienia wykonawcy o zatwierdzeniu projektu do realizacji, lub wskazaniu uwag z podaniem zakresu, w jakim dostarczony do przeglądu projekt jest wadliwy w stosunku do kontraktu.

Inżynier nie ma uprawnień do żądania od wykonawcy świadczenia, które nie wynika z kontraktu, bo zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy i Pzp musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a więc z s.i.w.z. i PFU.

Wykonawca przedkładając do przeglądu dokumentację projektową powinien złożyć oświadczenie o zgodności wykonanych projektów z kontraktem, albo określić w jakim zakresie występuje niezgodność i ją uzasadnić.

W przypadku niezgodności projektu z PFU, wykonawca powinien wyjaśnić przyczynę odmiennego zaprojektowania robót. W zasadzie tylko w przypadkach określonych przepisami art. 140 ust. 3 i art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, strony powinny uzgodnić sposób wprowadze-

nia zmian, w zakresie i formie dopuszczalnej dla zamówień publicznych. W tym zakresie zamawiający jest zobowiązany do współdziałania z wykonawcą. Współdziałanie z wykonawcą przy wykonywaniu zobowiązania, jest przedmiotem prawnego obowiązku zamawiającego (art. 354 § 2 k.c.).

Obowiązek współdziałania zamawiającego przy wykonywaniu zobowiązania wykonawcy, obejmuje działania podjęte w celu umożliwienia prawidłowej realizacji zobowiązania (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 maja 1997 r. I ACa 219/97). Brak współdziałania ze strony zamawiającego, w większości przypadków może uniemożliwić, lub co najmniej bardzo utrudnić, spełnienie świadczenia przez wykonawcę w sposób zgodny z umową. Jeżeli skutek braku współdziałania zamawiającego świadczenie stało się niemożliwe do spełnienia, zobowiązanie wykonawcy wygasa (art. 475 § 1 k.c.).

W większości przypadków brak współdziałania będzie kwalifikowany, jako zwłoka zamawiającego ze skutkami określonymi w art. 486 k.c., polegająca przede wszystkim na obowiązku naprawienia szkody. Ponadto każdy przypadek braku współdziałania zamawiającego wyłącza możliwość uznania opóźnienia w spełnieniu świadczenia za zwłokę wykonawcy, ponieważ opóźnienie wykonawcy następuje tutaj z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Ponadto zwłoka zamawiającego, który *odmawia dokonania czynności bez której świadczenie nie może być spełnione* (art. 486 §2 k.c.), uprawnia wykonawcę do jednostronnego odstąpienia od kontraktu (art. 491 k.c.).

Jednocześnie z wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19.06.2008 r. C-454/06:

....”(34) *Ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów, zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50 jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 5 października 2000 r. C-337/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. S. I-8377, pkt 44 i 46).*

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

Czas na Ukończenie w Warunkach Kontraktowych FIDIC

Zgodnie z klauzulą 8.2 Warunków Kontraktowych FIDIC wykonawca powinien ukończyć całość Robót¹ przewidzianych do wykonania w s.i.w.z., w Czasie na Ukończenie. To jest podstawowe zobowiązanie wykonawcy związane z czasem, a mianowicie ukończenie zamówienia w Czasie na Ukończenie liczonym od Daty Rozpoczęcia, o którym mowa w klauzuli 8.1. Poprawnie Czas

¹ Wyrazy pisane dużymi literami, zgodnie z zasadami Warunków Kontraktowych FIDIC.



na Ukończenie nie dotyczy „daty”, tylko „czasu”, a więc np. xx miesięcy, lat itp. Zgodnie z subklauzulą 1.1.3.3 [Czas na Ukończenie] oznacza czas, liczony od Daty Rozpoczęcia, przeznaczony na ukończenie Robót lub, zależnie od przypadku, ich Odcinka na mocy klauzuli 8.2 [Czas na Ukończenie], ustalony w Załączniku do Oferty, wraz ze wszelkimi przedłużeniami na mocy klauzuli 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie]. Klauzula 10.1 [Przejęcie Robót i Odcinków] informuje o zakresie prac, które należy ukończyć w Czasie na Ukończenie i przed Przejęciem Robót, ale z wyłączeniem pewnych mniejszych elementów zaległych prac oraz wad, dopuszczalnych na mocy zapisów klauzuli zawartych w punkcie 10.1(a).

W Czasie na Ukończenie wykonawca powinien ukończyć wszystkie Roboty wymagane kontraktem i zaliczyć (wykonać) Próby Końcowe. Wymagania stawiane Próbowi Końcowym zostały opisane w klauzuli 9.1 Warunków Kontraktowych. Zalicza się do nich próby przedrozdrukowe, próby rozruchowe i ruch próbny, zwyczajowo nazywane „próby na sucho”, których zadaniem jest wykazanie, że Roboty osiągnęły stan, w którym Zamawiający może je przejąć.

Przedłużenia Czasu na Ukończenie, zgodnie z zapisami klauzuli 8.4:

„Wykonawca będzie uprawniony do przedłużenia Czasu na Ukończenie na mocy klauzuli 20.1. [Roszczenia Wykonawcy] w granicach w jakich ukończenie dla celów określonych w klauzuli 10.1 [Przejęcie Robót i Odcinków] będzie opóźnione przez którąkolwiek z poniższych przyczyn:

- (a) Zmiany, o ile korekta Czasu na Ukończenie nie została uzgodniona na mocy klauzuli 13.3 [Procedura wprowadzania Zmian],
- (b) Opóźnienia dającego uprawnienia Wykonawcy do przedłużenia czasu na mocy jakiejkolwiek klauzuli niniejszych Warunków,
- (c) Wyjątkowo niepomyślnych warunków klimatycznych,
- (d) Nieprzewidywalnych braków możliwości zatrudnienia personelu lub uzyskania Dostaw, spowodowanych przez epidemię czy działania rządowe, lub
- (e) Jakiegokolwiek opóźnienia, utrudnienia lub przeszkód spowodowanych przez lub dających się przypisać Zamawiającemu, Personelowi Zamawiającego; lub innego wykonawcy, zatrudnionego przez Zamawiającego na Terenie Budowy.

Jeżeli Wykonawca uzna, że ma prawo do przedłużenia Czasu na Ukończenie, to winien on wystąpić do Inżyniera zgodnie z klauzulą 20.1 [Roszczenia Wykonawcy]. Inżynier, ustalając każde przedłużenie czasu na mocy klauzuli 20.1 winien dokonać przeglądu wszelkich poprzednich ustaleń na ten temat, po czym może zwiększyć sumaryczne przedłużenie czasu, ale nie może go zmniejszyć.”

Postanowienia o Przedłużeniu Czasu są wprowadzone w Warunkach Kontraktowych dla dobra obu stron. Wykonawca korzysta z tej klauzuli, uzyskując więcej czasu jeżeli nastąpi któreś z zapisanych w kontrakcie wydarzeń, opóźniających ukończenie. Klauzula chroni także zamawiającego, szczególnie jeśli wystąpi opóźnienie, utrudnienie lub przeszkoda z winy którą można przypisać za-

mawiającemu na mocy punktu (e) klauzuli 8.4. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na następujące aspekty pierwszego zdania tej klauzuli:

- „Wykonawca będzie uprawniony...” – co jest postanowieniem, niezależnym od czyjejkolwiek woli;
- „...na mocy klauzuli 20.1...” – szczególnie pierwszy, drugi i ostatni akapit klauzuli 20.1 dotyczy uprawnienia do przedłużenia czasu,
- „... do przedłużenia ... w granicach w jakich ukończenie ... będzie opóźnione przez ...” – przedłużenie powinno być obliczone przez nawiązanie do wymienionych przyczyn,
- „... ukończenie dla celów klauzuli 10.1...” – pierwsze zdanie klauzuli 10.1, w punkcie (i) ustala zakres prac, które muszą być ukończone w Czasie na Ukończenie. Zakres prac wymaganych dla Przejęcia Robót musi obejmować sprawy opisane w punktach (a) i (b) klauzuli 8.2, ale może wykluczać, jak dopuszcza klauzula 10.1(a) „drobniejsze zaległe prace czy wady”, które nie będą w znaczący sposób wpływały na korzystanie z Robót bądź ich Odcinka dla zamierzonego celu przed i w trakcie dokończania tych prac i usuwania wad.

Klauzula 8.4 nie obejmuje opisu wszystkich wydarzeń, które mogą uzasadnić przedłużenie Czasu na Ukończenie. Punkt (b) odwołuje się do innych klauzul, uprawniających do przedłużenia czasu. Wiele klauzul ujętych w Warunkach Kontraktowych uprawnia wykonawcę, zazwyczaj w punkcie (a), do „przedłużenia czasu ... jeżeli ukończenie jest lub będzie opóźnione na mocy klauzuli 8.4”. Zwrot „ukończenie ... na mocy klauzuli 8.4” oznacza równocześnie „ukończenie dla celów określonych w klauzuli 10.1” jak wykazano powyżej.

Klauzula 8.4 kończy się potwierdzeniem, że suma wszystkich przedłużeń czasu dla Robót nie może zostać zmniejszona. Tak będzie nawet w przypadku, kiedy jako Zmiany zostanie wydane polecenie pominięcia niektórych prac, a wówczas zawarte w klauzuli 8.1 zobowiązanie wykonawcy do działania „z należytym pośpiechem i bez opóźnień” nie może być odbierane, jako sugestia wcześniejszego ukończenia kontraktu niż to wynika z klauzuli 8.2.

Siła Wyższa

W klauzuli 17.3 [Ryzyko Zamawiającego] w punkcie (h) „działania takich sił natury, które są Nieprzewidywalne², co do których nie można w racjonalny sposób oczekiwać aby doświadczony wykonawca im skutecznie przeciwdziałał”, zostały wpisane w ryzyko zamawiającego. Niektóre z tych rodzajów ryzyka stanowią także Siłę Wyższą na mocy klauzuli 19, zależnie od ich wyjątkowej natury i niekorzystnych następstw. Kolejna klauzula 17.4 [Następstwa ryzyka Zamawiającego] uprawnia wykonawcę do „wydłużenia czasu dla takiego opóźnienia na mocy klauzuli 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie] jeżeli ukończenie jest lub zostanie opóźnione”. Klauzula 17.4 uprawnia wykonawcę tylko do wydłużenia czasu z tytułu opóźnienia oraz kompensaty za naprawę straty lub szkody, ale nie ogranicza jego uprawnień na mocy klauzuli 19.4.

² 1.1.6.8 „Nieprzewidywalne” oznacza nie dające się w racjonalny sposób przewidzieć przez doświadczonego Wykonawcę przed dniem złożenia Oferty.

W klauzuli 19.1 [*Definicja Siły Wyższej*] Warunków Kontraktowych, wyrażenie „*Siła Wyższa*” ma szerzej rozwinięte znaczenie, mianowicie jako wydarzenie wyjątkowe lub okoliczności, spełniające kryteria ustalone w punktach (a) do (d) tej klauzuli. W rzeczywistości istnieje jeszcze nie ujęty w klauzuli 19.1 warunek, mianowicie, że takie wydarzenie lub okoliczność uniemożliwia dotkniętej stronie wypełnienie części lub całości zobowiązania kontraktowego. Ten warunek nie jest włączony do definicji Siły Wyższej w klauzuli 19.1, ale jest ustalony jako warunek wstępny w klauzulach 19.2 i 19.4. Jeżeli Stroną dotkniętą jest wykonawca, to będzie on uprawniony do przedłużenia Czasu na Ukończenie w granicach, w jakich ukończenie będzie opóźnione przez Siłę Wyższą opisaną w tym powiadomieniu. Wykonawca będzie też uprawniony do zwrotu takiego kosztu jaki poniesie z powodu uniemożliwienia wykonywania zobowiązań w wyniku działania Siły Wyższej.

W polskim systemie prawnym z przepisów art. 435 Kodeksu cywilnego wynika, że z powodu wystąpienia Siły Wyższej, jako zjawiska zewnętrznego a zarazem gwałtownego i nieoczekiwanego, wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności deliktowej.

Za Siłę Wyższą uważa się zjawiska, którym nie można zapobiec przy dołożeniu nawet nadzwyczajnej staranności. W świetle ustalonej judykatury Sądu Najwyższego Siłą Wyższą jest zdarzenie zewnętrzne, a więc mające swoje źródło poza urządzeniami przedsiębiorstwa (wykonawcy). Ponadto Siła Wyższa powinna być niemożliwa do przewidzenia (cecha przypadku), przy czym nie chodzi tu o absolutną niemożliwość przewidywania takiego zdarzenia, lecz o nikły stopień prawdopodobieństwa jego pojawienia się w określonej sytuacji i to w świetle obiektywnej oceny wydarzeń. Można ją określić również, jako nieoczekiwaną lub nadzwyczajną. Typowymi przykładami Siły Wyższej są powodzie, huragany, trzęsienia ziemi itp. Siła Wyższa jest niemożliwa do zapobieżenia, nie tyle samemu zjawisku, co szkodliwym jego następstwom i przy zastosowaniu współcześnie dostępnej techniki. **Na uwagę zasługuje fakt, że samo zjawisko może być do przewidzenia (np. nadejście huraganu, czy powodzi), ale jeżeli nie można przewidzieć jego skutków i im zapobiec, to mieści się to w pojęciu Siły Wyższej.** Tak pojmowana w prawie Siła Wyższa nie mieści się w ryzyku i zasadach ryzyka, które obciążają wykonawcę na zasadach winy, trudno bowiem znaleźć związek przyczynowy odpowiedzialności wykonawcy z tytułu wystąpienia Siły Wyższej.



Sądowa zmiana umowy w wyniku nadzwyczajnej zmiany stosunków – uwagi na tle warunków FIDIC i PZP



Hubert
WYSOCZAŃSKI
Kancelaria K&L Gates
– praktyka sporów budowlanych,
energetyki i infrastruktury

W sporach dotyczących kontraktów budowlanych często pojawiającym się żądaniem strony kontraktu, zwykle wykonawcy, jest żądanie „dostosowania” wynagrodzenia kontraktowego z uwagi na zaistnienie w trakcie realizacji inwestycji nadzwyczajnej zmiany okoliczności, np. nieprzewidywalnego wzrostu cen materiałów i usług budowlanych. Żądanie to oparte jest na twierdzeniu, że w wyniku nadzwyczajnej zmiany warunków rynkowych powstała rażąca dysproporcja pomiędzy wartością świadczeń wykonawcy (tj. wartością przedmiotu inwestycji realizowanej na rzecz zamawiającego), a wartością świadczenia zamawiającego (tj. należnego wykonawcy wynagrodzenia).

Tego typu zmianę umowy, realizowaną w drodze powództwa sądowego, umożliwia instytucja zwana tradycyjnie klauzulą *rebus sic stantibus*, uregulowana w art. 3571 oraz w art. 632 § 2 Kodeksu cywilnego (k.c.).¹ Przesłanką jej zastosowania jest jednak stwierdzenie, że zmiany cen oraz kosztów produkcji budowlanej przybrały charakter nadzwyczajny, nieprzewidywalny i znacznie wykraczający poza granice przeciętnego ryzyka kontraktowego przyjętego w budownictwie.

(a.i) Funkcja klauzuli nadzwyczajnej zmiany stosunków (*rebus sic stantibus*) w polskim prawie

Istotą instytucji sądowej zmiany umowy na podstawie klauzuli *rebus sic stantibus* jest ustawowe zezwolenie na ingerencję sądu w treść stosunku zobowiązaniowego z uwagi na nadzwyczajną zmianę stosunków powodującą poważne zaburzenie równowagi kontraktowej i związane z nią rażące straty jednej ze stron umowy.

Podstawowa zasada, na której opiera się prawo zobowiązań głosi, że zobowiązanie powinno być wykonane zgodnie z jego treścią. Respektowanie zasady *pacta sunt servanda* jest uzasadnione potrzebą zagwarantowania pewności obrotu. Jednak wobec nadzwyczajnych zmian stosunków społecznych, w szczególności stosunków gospodarczych, uzasadnienie to traci sens. Destabilizacja tych stosunków na ogół nie pozostaje bowiem bez wpływu na indywidualne zobowiązania. „Pewność” co do treści stosunku zobowiązaniowego zostaje i tak wyeliminowana – nie na skutek zachowań jego stron, lecz poprzez wpływ czynników zewnętrznych o charakterze obiektywnym. Ustawodawca przyjmuje dlatego, że w pewnych szczególnych sytuacjach rygorystyczne respektowanie zasady *pacta sunt servanda* byłoby całkowicie nieracjonalne i krzywdzące dla uczestników obrotu prawnego.²

Należy podkreślić, że w polskim prawie klauzula *rebus sic stantibus* nie jest obecnie przeciwstawiana zasadzie *pacta sunt servanda*, lecz traktowana jako jej uzupełnienie. Wskazuje się, że klauzula ta „uzupełnia zasadę *pacta sunt servanda*, tzn. pozwala na ustalenie,

¹ Artykuł 3571 k.c. ma następujące brzmienie: „Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym.” (pogrubienie własne)

² Tak m.in. A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1992, s. 52.

co było prawdziwą treścią *pactum*".³ **Artykuł 357¹ k.c. dookreśla zatem treść stosunku umownego w sytuacji nadzwyczajnej zmiany stosunków, której strony nie brały pod uwagę, a zatem nie mogły jej skutków uwzględnić przy zawieraniu umowy.** Jego celem jest nadanie stosunkowi obligacyjnemu właściwego sensu w nowych zmienionych warunkach.

Rewizja treści stosunku obligacyjnego w obliczu nadzwyczajnej zmiany stosunków – na podstawie art. 357¹ k.c. lub, ewentualnie, art. 632 § 2 (w przypadku umowy o dzieło) albo art. 632 § 2 w zw. z art. 656 k.c. (w przypadku umowy o roboty budowlane) – pozwala na utrzymanie jego „racjonalności”.⁴ W doktrynie podkreśla się, że wartość ta powinna być przedmiotem zainteresowania ze strony porządku prawnego, tym bardziej, że – wobec nadzwyczajnego i w zasadzie powszechnego charakteru zaistniałych zmian – nie leży ona wyłącznie w interesie konkretnych stron. Nie oznacza to rezygnacji z postulatu pewności oraz bezpieczeństwa obrotu. Modyfikacja stosunków umownych w takich okolicznościach nie sprzeciwia się realizacji powyższych wartości.

Z art. 357¹ k.c. wynika, że ingerencja sądu w treść łączącego strony umownego stosunku obligacyjnego może mieć miejsce przy spełnieniu następujących przesłanek:

- a) źródłem zobowiązania jest umowa;
- b) w okresie między zawarciem umowy a wykonaniem wynikających z niej zobowiązań nastąpiła nadzwyczajna zmiana stosunków, której strony nie przewidywały przy zawarciu umowy; a ponadto
- c) skutkami tej zmiany (w granicach związku przyczynowego) muszą być nadmierne trudności w spełnieniu świadczenia albo rażąca strata dla jednej ze stron.

Wskazane przesłanki zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* poniżej poddano bliższej analizie.

(a.ii) Umowny charakter zobowiązania podlegającego modyfikacji

Przedmiotem ingerencji sądu na podstawie art. 357¹ k.c. może być wyłącznie stosunek obligacyjny wynikający z umowy, np. z kontraktu budowlanego. Hipoteza wynikającej z art. 357¹ k.c. normy prawnej obejmuje wszystkie umowy zobowiązaniowe. W szczególności dla zastosowania art. 357¹ k.c. nie ma znaczenia, czy chodzi o umowę wzajemną. Nie ulega jednak wątpliwości, że umowy wzajemne, które przewidują wykonywanie przez strony ekwiwalentnych świadczeń o wysokiej wartości i w dłuższym okresie (a do takich umów należą zwykle umowy o roboty budowlane) – są szczególnie „podatne” na zakłócenia warunków rynkowych oraz innych niezależnych od stron okoliczności wykonywania zobowiązań.

O samej możliwości stosowania art. 357¹ k.c. do umowy o roboty budowlane, bez względu na charakter wynagrodzenia określonego w kontrakcie, Sąd Najwyższy wypowiedział się twierdząco.⁵

Przedmiotem pewnych rozbieżności w orzecznictwie była swego czasu kwestia możliwości zmiany wynagrodzenia kosztorysowego czy ryczałtowego w odniesieniu do umowy o roboty budowlane przy zastosowaniu przepisów o umowie o dzieło (art. 629 i 632 k.c.). Rozbieżnościom tym położyła kres uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 29 września 2009 r.,⁶ dopuszczająca zastosowanie przepisów art. 629 oraz 632 k.c. w drodze analogii do umowy o roboty budowlane.

Orzeczenie sądowe wydane na takiej podstawie prawnej ma za zadanie przywrócić stan równowagi kontraktowej osiągnięty w wyniku dojścia przez strony do kompromisu w dacie zawierania umowy, a naruszony na skutek późniejszej nadzwyczajnej zmiany stosunków.

(a.iii) Nadzwyczajna zmiana stosunków

Podstawowe znaczenie dla zastosowania art. 357¹ k.c. ma rozstrzygnięcie, czy w odniesieniu do danej relacji kontraktowej nastąpiła „nadzwyczajna zmiana stosunków”.

Przez „stosunki” w znaczeniu art. 357¹ k.c. należy rozumieć „okoliczności towarzyszące wykonaniu zobowiązania”.⁷ W doktrynie wyjaśnia się, że „zmiana stosunków oznacza, że okoliczności, warunki, położenie czy sytuacja, w której działają strony, staje się inna niż w chwili zawarcia umowy”.⁸ Dominuje pogląd, że chodzi o takie przekształcenie stosunków społecznych, a zwłaszcza gospodarczych, które mają charakter powszechny (tj. odnosi się do pewnej grupy podmiotów), nie zaś o zmianę indywidualnej sytuacji stron lub strony konkretnego stosunku zobowiązaniowego.

W realiach kontraktów budowlanych pojęcie „zmiany stosunków” należy odnosić m.in. do warunków prowadzenia działalności gospodarczej, w tym w zakresie produkcji budowlanej i realizacji inwestycji, zwłaszcza zmiany cen oraz kosztów czynników produkcji.

Zmiana stosunków uzasadniająca zastosowanie art. 357¹ k.c. musi być nadzwyczajna, tj. wyjątkowa, normalnie nie-spotykana.⁹ Nadzwyczajność ma cechować samą zmianę stosunków, niekoniecznie natomiast zdarzenie, które ją powoduje. Innymi słowy: **nadzwyczajna zmiana stosunków nie musi być spowodowana nadzwyczajną przyczyną. Nadzwyczajną zmianę stosunków mogą stanowić zarówno zdarzenia prawne, jak i faktyczne, takie jak: zmiany stanu prawnego, np. stawek celnych i podatkowych,¹⁰ zmiany zasad polityki gospodarczej państwa, zmiany technologiczne, trudności zaopatrzeniowe, itd.¹¹**

W odniesieniu do stanów faktycznych spotykanych w branży budowlanej nadzwyczajna zmiana stosunków

³ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan i E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania*. Zarys wykładu, Warszawa 1994, s. 210.

⁴ W. Robaczyński, *Sądowa zmiana umowy*, Warszawa 1998, s. 80.

⁵ Tak wyrok Sądu Najwyższego z 6 maja 2004 r., II CK 315/03, LEX nr 147982 i 103755.

⁶ III CZP 41/09, LEX nr 518164 oraz Biuletyn SN 2009, nr 9, poz. 8.

⁷ W. Robaczyński, op.cit., s. 91.

⁸ P. Machnikowski [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny*. Komentarz, Warszawa 2008, Komentarz do art. 357¹ k.c., Nb 8.

⁹ Jak trafnie wskazuje P. Machnikowski (op.cit., Nb 9), „wymóg nadzwyczajnego charakteru zmiany stosunków wiąże się z założeniem istnienia tzw. normalnego ryzyka kontraktowego – zmian społecznych będących zjawiskami zwykłymi, z którymi strony zawiązujące zobowiązanie muszą się liczyć.”

¹⁰ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 16 maja 2007 r., III CSK 452/2006, Rzeczpospolita 2007, nr 117, s. F2; wyrok Sądu Najwyższego z 17 stycznia 2008 r., III CSK 202/07, Legalis.

¹¹ Por. A. Brzozowski [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*. Komentarz, Warszawa 2008, Artykuł 357¹ k.c., Nb 19.



może polegać na gwałtownym wzroście cen oraz kosztów czynników produkcji budowlanej w zakresie związanym z realizowanymi kontraktami. Zmiany mogą zostać wywołane przez spłot zróżnicowanych przyczyn, takich jak masowe wyjazdy polskich pracowników budowlanych do innych krajów Unii Europejskiej, zmiany cen surowców (stal, ropa naftowa) na rynku światowym oraz na rynku krajowym, liberalna polityka kredytowa banków powodująca dynamiczny wzrost popytu i zapotrzebowania na inwestycje budowlane o przeznaczeniu mieszkaniowym. **Zmiany te mają często charakter nadzwyczajny i leżą poza zakresem zwykłego ryzyka kontraktowego obciążającego wykonawcę.**

Zmiany cen materiałów lub usług budowlanych znajdują odzwierciedlenie w danych statystycznych, zarówno urzędowych (publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny), jak i branżowych, opracowywanych przez specjalistyczne ośrodki zajmujące się monitoringiem rynku budowlanego, jak np. ORGBUD-SERWIS i SEKOCENBUD.

Przykładowo w opracowaniach branżowych, ale także w orzecznictwie wskazuje się, że w latach 2006-2008 miała miejsce w Polsce nadzwyczajna zmiana stosunków z uwagi na wzrost cen oraz kosztów produkcji budowlanej o charakterze nieprzewidywalnym i znacznie wykraczającym poza granice przeciętnego ryzyka kontraktowego przyjętego w budownictwie.

Według statystyk publikowanych przez SEKOCENBUD, o ile jeszcze w 2004 r. i w 2005 r., a więc w okresie bezpośrednio poprzedzającym wskazywany okres 2006-2008, koszt budowy jednego metra kwadratowego drogi kołowej wzrastał o nie więcej niż o 1% w skali roku (a w poprzednich latach nawet spadał), o tyle w ciągu 2006 r. wzrost ten wyniósł 10,3% oraz w 2007 r. – 25,0%.

Podobna zmiana dotknęła koszty budowy obiektów mostowych. Najbardziej dynamiczny wzrost w tym zakresie nastąpił w 2007 r. Wyniósł on wówczas 20,5%, podczas gdy we wcześniejszych latach koszty te rosły nieznacznie (w 2006 r. o 3,8%) lub nawet spadały (w 2005 r.)

Nadzwyczajny, gwałtowny i wysoki wzrost zagregowanych kosztów produkcji budowlanej w zakresie dróg, mostów oraz wiaduktów na tle lat 2001-2008 ilustruje poniższa **TABELA 1**:

cinny między I kwartałem 2004 r. a III kwartałem 2008 r. wyniósł łącznie aż 109,3%. Wskazuje to jednoznacznie, że przyrost wynagrodzeń w branży budowlanej był nieporównywalnie wyższy od wskaźnika inflacji oraz wzrostu płac w innych sektorach gospodarki.

W opracowaniach branżowych i w orzecznictwie zwrócono także uwagę, że w latach 2006-2008 nastąpiła znacząca zmiana cen materiałów budowlanych. Zgodnie z zagregowanymi danymi publikowanymi przez SEKOCENBUD, ceny te ogółem (tj. uwzględniając ich różne kategorie), w ciągu całej dekady aż do końca 2006 r. charakteryzowały się stabilnością, tzn. roczny wzrost sięgał maksymalnie 9,1% w skali roku (w 2004 r.), a z reguły był dużo niższy lub nawet ujemny (2003 r. i 2005 r.). **Natomiast w ciągu jedynie 2007 r. nastąpił ich bezprecedensowy wzrost, a zagregowany wskaźnik wzrostu cen materiałów budowlanych wyniósł 19,5% – TABELA 2.**

Jak już wskazano, **pogląd o tym, że skokowy wzrost cen oraz kosztów materiałów budowlanych może być podstawą do zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* w indywidualnych przypadkach znajduje także potwierdzenie w judykaturze – również na poziomie orzecznictwa sądów apelacyjnych oraz Sądu Najwyższego.** Dotyczy to – przede wszystkim – cen stali, których wzrost został uznany za zdarzenie nadzwyczajne w rozumieniu art. 357¹ k.c. m.in. przez Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 8 listopada 2007 r. sygn. akt. I ACa 461/07. Również Sąd Najwyższy w wyroku z 20 listopada 2008, sygn. akt III CSK 184/08,¹² stwierdził, że niewątpliwie gwałtowny wzrost cen materiałów oraz usług budowlanych po okresie ich stabilizacji, może być uznany za nieprzewidywalną – w chwili zawierania umowy – okoliczność uzasadniającą nadzwyczajną zmianę ceny kontraktowej na podstawie art. 632 § 2 w zw. z art. 656 k.c. (tj. na zasadzie *rebus sic stantibus*).

(a.iv) Nieprzewidywalność następstw

Kolejnym warunkiem zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*, wynikającym z art. 357¹ k.c., jest to, by następstwa nadzwyczajnej zmiany stosunków nie były przez strony przewidywane w chwili zawierania umowy.¹³

TABELA 1

Grupa obiektów inżynierskich	Jedn. miary	Zmiany cen w %						
		IV kw. 2002 r. do IV kw. 2001 r.	IV kw. 2003 r. do IV kw. 2002 r.	IV kw. 2004 r. do IV kw. 2003 r.	IV kw. 2005 r. do IV kw. 2004 r.	IV kw. 2006 r. do IV kw. 2005 r.	IV kw. 2007 r. do IV kw. 2006 r.	III kw. 2008 r. do IV kw. 2007 r.
Drogi kołowe	m ²	-3,1	-3,2	1,0	0,2	10,3	25,0	6,2
Mosty i wiadukty	m/m ²	-3,6	-1,9	11,5	-4,2	3,8	20,5	8,0

Źródło: SEKOCENBUD, Zagregowane Wskaźniki Waloryzacyjne (dalej w skrócie: „ZWW”), zeszyt III kw. 2008 r.

W szczególności wskazuje się, że w latach 2006-2008 nastąpiła gwałtowna zmiana wysokości wynagrodzeń pracowników (kosztów pracy) w sektorze budowlanym. Zgodnie z danymi ORGBUD-SERWIS **wzrost stawek robocizny w porównaniu do roku poprzedzającego wynosił kolejno: 0,12% w 2004 r., 0,9% w 2005 r., 6,0% w 2006 r., aż 29,4% w 2007 r. i 24,5% w 2008 r. Wzrost stawek robo-**

Skuteczne wykazanie tej przesłanki przez profesjonalnego wykonawcę będzie wymagało np. wykazania, że na etapie składania oferty zatrudnił on specjalistów zajmujących się prognozowaniem zmian rynkowych, a w szczególności tendencji cenowych w zakresie materiałów i usług budowlanych. Czasem niezbędny może okazać się wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii

¹² Zob. też glosa aprobująca R. Szostaka [w:] *Samorząd Terytorialny 2009*, nr 3, str. 76.

¹³ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 17 stycznia 2008 r., III CSK 202/07, Legalis, Teza 2.

biegłego – eksperta zajmującego się ekonomiką budownictwa, na okoliczność skali oraz tempa zmian sytuacji na rynku budowlanym.

Zadaniem powołanego biegłego będzie zwłaszcza analiza, czy w zmienionej sytuacji rynkowej wynagrodzenie wykonawcy określone w kontrakcie pozostaje adekwatne do rzeczywistej wartości kontraktu oraz nakładów faktycznie poniesionych i koniecznych w celu jego wykonania oraz ustalenie, czy założenia kosztowe prawidłowo ustalone przez wykonawcę na podstawie danych oraz prognoz statystycznych z okresów poprzedzających moment zawarcia kontraktu przestały odpowiadać realiom ekonomicznym. Wreszcie biegły powinien ustalić, czy wykonując kontrakt zgodnie z jego treścią wykonawca poniósł rażące straty.

(a.vi) Zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* w kontraktach opartych na warunkach FIDIC

Zgodnie z dominującym stanowiskiem doktryny art. 357¹ Kodeksu cywilnego wyraża normę o charakterze względnie wiążącym (dyspozytywnym).¹⁵ Dopuszczalne jest zatem umowne wyłączenie jego zastosowania, modyfikacja przewidzianych w nim reguł, a także zastąpienie go stworzoną samodzielnie przez strony regulacją następstw zmiany stosunków (tzw. klauzulą adaptacyjną lub modyfikacyjną).¹⁶ Stanowisko to należy uznać za trafne w kontekście ogólnie dyspozytywnego charakteru norm regulujących stosunki zobowiązaniowe. Jest ono również апробowane

TABELA 2

Kategoria	Zmiany cen w %						
	IV kw. 2002 r. do IV kw. 2001 r.	IV kw. 2003 r. do IV kw. 2002 r.	IV kw. 2004 r. do IV kw. 2003 r.	IV kw. 2005 r. do IV kw. 2004 r.	IV kw. 2006 r. do IV kw. 2005 r.	IV kw. 2007 r. do IV kw. 2006 r.	III kw. 2008 r. do IV kw. 2007 r.
Materiały budowlane ogółem	0,4	-0,6	9,1	-1,5	3,0	19,5	5,0

Źródło: SEKOCENBUD, ZWW III kw. 2008 r.

(a.v) Ograniczenia czasowe żądania zmiany umowy

W polskim orzecznictwie oraz doktrynie dominuje stanowisko, zgodnie z którym strona umowy może wystąpić do sądu z żądaniem opartym na klauzuli *rebus sic stantibus* jedynie dopóty, dopóki umowa nie została w całości wykonana. Oznacza to w przypadku umów wzajemnych stan, w którym strony nie spełniły jeszcze w całości swoich ekwiwalentnych świadczeń.¹⁴ Ustalenie tego momentu w przypadku kontraktu budowlanego opartego na warunkach FIDIC jest w praktyce bardzo istotne, gdyż zazwyczaj wykonawcy są w stanie oszacować pełną szkodę powstałą w związku z nadzwyczajną zmianą stosunków dopiero po wykonaniu całości (lub istotnej części) przedmiotu zamówienia. Często zwlekają więc ze zgłoszeniem żądania na podstawie art. 357¹ k.c., aby wystąpić o nie łącznie, w jednym pozwie, z roszczeniami powstałymi na gruncie lub w związku z kontraktem.

Kwestie dotyczące stwierdzenia faktu wykonania wzajemnych zobowiązań stron uregulowane zostały szczegółowo w postanowieniach warunków FIDIC. Pamiętać należy, że kontrakty FIDIC rządzą się swoją „wewnętrzną logiką”. Przez lata stosowania wypracowana została stała, precyzyjna sekwencja zdarzeń odpowiadająca poszczególnym etapom realizacji kontraktu.

w orzecznictwie. W wyroku z 18 września 2013 r.¹⁷ Sąd Najwyższy stwierdził, że dopuszczalne jest umowne wyłączenie zastosowania omawianego przepisu lub modyfikacja przewidzianych w nim reguł, jednak takie postanowienia kontraktowe muszą mieścić się w ramach granic swobody kształtowania stosunków umownych (art. 353¹ k.c.). Z uwagi na jego dyspozytywny charakter przepis art. 357¹ k.c. jest często wyłączany w umowach zawieranych w reżimie zamówień publicznych.¹⁸

Na wstępie podkreślenia wymaga, że powszechną w Polsce praktykę przy zawieraniu kontraktów według standardów FIDIC, w których zamawiającym jest Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego, stanowi znaczna ingerencja zamawiającego w treść rozwiązań modelowych. Praktyka ta – stosowana na etapie tworzenia przez zamawiającego Szczególnych Warunków Kontraktu – polega na wykreślaniu wielu, a nawet większości postanowień warunków FIDIC uznawanych za korzystne dla wykonawców. Modyfikacje w Szczególnych Warunkach Kontraktu często polegają m.in. na wykreśleniu kontraktowego mechanizmu adaptacji ceny przewidzianego w Subklauzuli 13.8 Czerwonej lub Żółtej Księgi FIDIC [Korekty wynikające ze zmian kosztu].¹⁹ Wykreślenie wskazanej subklauzuli nie wyłącza jednak żądania wykonawcy opartego na art. 357¹ k.c. Usunięcie przez strony kontraktowej klauzuli adaptacyjnej potwierdza wręcz, że w tym zakresie

¹⁴ Tak m. in. wyrok Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 2005 r., sygn. akt III CK 645/04; Lex nr 369251 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 9 kwietnia 2003 r., sygn. akt I CKN 255/01, Lex nr 78890, a także wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 8 listopada 2007 r., sygn. akt I ACa 461/07, Lex nr 339325.

¹⁵ Odmienny pogląd wyraził m.in. Marcin Spyra, Stanisław Włodyka [w:] Stanisław Włodyka (red.) *Prawo umów handlowych System Prawa Handlowego* tom 5, C.H. Beck, wyd. 4, 2014, s. 61, Nb. 133: „Strony mogą w umowie zastrzegać klauzule adaptacyjne w dowolnym kształcie, a to na podstawie ogólnej zasady swobody kontraktowania, przewidzianej w art. 353¹ KC. Wyjątek stanowi tylko klauzula *rebus sic stantibus*; jak już wyżej wspomniano – regulującą ją art. 357¹ KC ma charakter *iuris cogentis*, nie może być więc zmieniony odmienną wolą stron umowy.”

¹⁶ Zob. m.in. Piotr Machnikowski, Komentarz do art. 357¹ KC, [w:] Edward Gniewek, Piotr Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wydanie 7, Warszawa 2016, nb. 5.

¹⁷ V CSK 436/12, BSN 2015, Nr 6.

¹⁸ Tak Zbigniew Boczek, Realizacja inwestycji budowlanych w systemie zamówień publicznych oraz procedury FIDIC, Wydawnictwo EUROINSTYTUT, Szczecin, 2015, s. 70.

¹⁹ Na marginesie warto też wskazać, że nawet w razie pozostawienia Subklauzuli 13.8 w warunkach kontraktu, ma ona zastosowanie niezwykle rzadko, gdyż warunkiem skorzystania z niej jest włączenie do kontraktu tzw. tabeli danych korekcyjnych jako Załącznika do Oferty, czego zamawiający zwykle nie przewidują.



wolą stron było poddanie się regulacji ustawowej, zwłaszcza w świetle wykładni kontraktu zgodnie z zasadą *contra proferentem* – tj. przeciwko proponującemu daną modyfikację, którym w tym przypadku jest zamawiający.

W zależności od przypadku może się okazać konieczna ocena, czy wykonawca może powoływać się na art. 357¹ k.c. w sytuacji, gdy modelowa Subklauzula 13.8 Czerwonej Księgi FIDIC ma zastosowanie (tj. nie została wykreślona w Warunkach Szczególnych oraz dodano wypełnioną tabelę danych korekcyjnych jako Załącznik do Oferty). W takiej sytuacji sąd musiałby rozważyć, czy Subklauzula 13.8 nie stanowi umownej klauzuli adaptacyjnej, służącej modyfikacji świadczeń stron wobec zmieniających się warunków towarzyszących realizacji kontraktu, która wyłączałaby możliwość skorzystania z instytucji sądowej zmiany umowy (art. 357¹ k.c.). Interpretacja Subklauzuli 13.8 warunków FIDIC prowadzi jednak do wniosku, że obejmuje ona zjawiska rodzajowo odmienne od nadzwyczajnej zmiany stosunków w rozumieniu art. 357¹ k.c. Subklauzula 13.8 warunków FIDIC odnosi się do korekty cen wynikającej ze zmiany kosztu. W odniesieniu do tego pojęcia należy wskazać, że pojęcie zmiany kosztu w rozumieniu Subklauzuli 13.8 wyjaśniane jest przez komentatorów FIDIC jako zmiana ceny praktycznie wyłącznie w zakresie inflacji – i to inflacji „zwykłej”, a nie takiej, która może być zakwalifikowana jako zjawisko zmiany nadzwyczajnej, czyli hiperinflacji lub deflacji.²⁰ Ponadto, jak wskazano, zamawiający w kontraktach udzielanych w trybie zamówień publicznych zwykle wykreślają omawianą klauzulę z warunków kontraktu, albo też nie regulują kwestii adaptacji wysokości świadczeń do zmieniających się warunków rynkowych poprzez wypełnienie tabeli danych korekcyjnych. Z uwagi na te okoliczności, **klauzula *rebus sic stantibus* (art. 357¹ k.c.) zwykle będzie miała zastosowanie do kontraktów opartych na FIDIC**, chyba że w sposób niebudzący wątpliwości wyłączono w postanowieniach kontraktu jej zastosowanie.

(a.vii) Zmiana umowy zawartej w reżimie prawa zamówień publicznych

Jeśli chodzi o możliwość sądowej zmiany na podstawie art. 357¹ k.c. umowy zawartej w reżimie prawa zamówień publicznych, to teza taka została zaaprobowana w orzecznictwie²¹ i w literaturze.²² O dopuszczalności takiej zmiany wypowiada się także opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych na temat dopuszczalności zmian umowy o zamówienie publiczne.²³

(a.viii) Uwagi końcowe

Pomimo generalnej dopuszczalności stosowania klauzuli *rebus sic stantibus* do zobowiązań wynikających z kontraktów budowlanych, w tym zawartych na bazie warunków FIDIC lub na gruncie p.z.p., należy podkreślić, że praktyczne wykorzystanie tej instytucji prawnej przez sądy jest niezmiernie rzadkie.

Z uwagi na wskazane powyżej, bardzo rygorystyczne przesłanki zastosowania instytucji sądowej zmiany umowy, ograniczające funkcjonowanie tego mechanizmu do przypadków noszących w istocie znamiona „kataklizmu” naturalnego lub gospodarczego, należy stwierdzić, że prawo polskie nie przewiduje instrumentarium dającego stronom możliwość realnej zmiany treści umowy w toku wykonywania kontraktu budowlanego. Sądowe prawo do zmiany umowy na podstawie klauzuli *rebus sic stantibus* nie odpowiada bowiem na podstawową potrzebę obrotu, czyli na możliwość zmiany zakresu robót lub wynagrodzenia wykonawcy w sytuacjach typowych, które niekoniecznie mają wyjątkowy i nieprzewidywalny charakter i nie zawsze wiążą się dla strony z poniesieniem rażącej straty.

Jak widać to dobitnie na przykładzie warunków FIDIC, a także innych powszechnie stosowanych w obrocie budowlanym wzorców umów, występuje w związku z tym wyraźna potrzeba istnienia mechanizmu kontraktowego dającego stronom prawo do zmiany treści kontraktu budowlanego w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Słuszne rozwiązania w tym kierunku przyjęto także w znowelizowanym od 28 lipca 2016 r. brzmieniu art. 144 p.z.p.

²⁰ P. L. Booen, *The FIDIC Contracts Guide (Construction, Plant and Design-Built EPC/Turnkey Contracts)*, wydawnictwo IFCE, wyd. pierwsze, Genewa 2000, s. 231.

²¹ Tak wyrok Sądu Najwyższego z 20 listopada 2008, sygn. akt III CSK 184/08, Lex nr 479317, Samorząd Terytorialny 2009, nr 3, s. 76; wyrok Sądu Najwyższego z 16 maja 2007 r. sygn. akt III CSK 452/06, Lex nr 334987; wyrok Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2000 r., IV CKN 70/00, Lex nr 42356; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 8 listopada 2007 r., sygn. akt. I ACa 461/07, Lex nr 339325; wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 25 października 2011 r., VII GC 127/11, LEX nr 1108527.

²² Por. Emil Norek, Komentarz „*Prawo zamówień publicznych*”, Warszawa 2009, s. 295; Marek Chmaj (red.), *Zamówienia publiczne*. Podręcznik, Warszawa 2008, s. 251; Józef Edmund Nowicki, *Zmiany postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego*, *Zamówienia Publiczne* 2008, nr 9, s. 25; Ryszard Szostak, *Zaostrzenie zakazu zmiany umowy po nowelizacji*, *Zamówienia Publiczne* 2009, nr 3, s. 46.

²³ Urząd Zamówień Publicznych, *Dopuszczalność zmian umowy o zamówienie publiczne*, <<http://www1.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/prawo-polskie/opinie-prawne/aktualne/dopuszczalnosc-zmian-umowy-o-zamowienie-publiczne>>, stan na dzień 30 października 2016 r.

Przypadki zgodności z kontraktem harmonogramu na wykonanie robót po upływie czasu na ukończenie



Andrzej
WYBRANOWSKI
radca prawny,
menedżer kontraktów,
członek SIDiR

W praktyce obsługi projektów realizowanych na warunkach kontraktowych FIDIC („WK FIDIC”) autor wielokrotnie spotykał się z tezą stawianą przez Inżynierów Kontraktu¹, zgodnie z którą Roboty ujęte w harmonogramie zawsze powinny mieścić się w Czasie na Ukończenie. Bliższa analiza tego zagadnienia, a także praktyczne sytuacje prowadzące do paraliżu planowania Robót, prowadzą do wniosku, iż istnieją przypadki, w których harmonogram wciąż będzie zgodny z Kontraktem, pomimo że będzie ukazywał realizację Robót po upływie Czasu na Ukończenie. Analizując te sytuacje rozważania zostaną ograniczone wyłącznie do tzw. czerwonej książki, a więc WK FIDIC dla formuły buduj.

Zgodnie z subklauzulą 8.3 WK FIDIC „Jeżeli Inżynier w ciągu 21 dni od otrzymania takiego programu [harmonogramu – przyp. aut.] nie powiadomi Wykonawcy o zakresie swoich zastrzeżeń w stosunku do niezgodności programu z Kontraktem, to Wykonawca winien działać zgodnie z tym programem (...)”².

Cytowany fragment wyraźnie odnosi się do obowiązku przedłożenia przez Wykonawcę harmonogramu zgodne-

go z Kontraktem, co oznacza m.in. konieczność przedłożenia tego harmonogramu w taki sposób, aby Roboty zostały zrealizowane w Czasie na Ukończenie³. Jednocześnie subklauzla 8.3 WK FIDIC mówi o obowiązku aktualizacji harmonogramu (na żądanie Inżyniera lub z własnej inicjatywy Wykonawcy), za każdym razem, gdy stanie się on nieaktualny bądź niezgodny z Kontraktem lub zamiarami Wykonawcy. Powstaje zatem pytanie kiedy ukazanie w harmonogramie zrealizowania Robót w dłuższym terminie niż wynika to z Czasu na Ukończenie będzie zgodne z Kontraktem.

Szukając odpowiedzi na powyższe zadane pytanie, w pierwszej kolejności należy odnieść się do rozważań w systemie prawnym common law, na bazie którego powstały WK FIDIC. Otóż w systemie tym została wypracowana przez orzecznictwo tzw. zasada prewencji, zgodnie z którą, jeżeli wykonawca doznał opóźnienia z winy zamawiającego a w umowie nie została przewidziana procedura wydłużania terminu realizacji umowy lub została przewidziana w umowie, ale została niepoprawnie zastosowana, to termin realizacji umowy przestaje być skuteczny, a wykonawca nie może ponieść odpowiedzialności z tytułu przekroczenia tego terminu⁴. Jeżeli zatem Inżynier niezasadnie odrzucił roszczenie lub niezgodnie z WK FIDIC nie dokonał określenia roszczenia o wydłużenie Czasu na Ukończenie i zażądał przyspieszenia realizacji Robót w trybie subklauzuli 8.6 WK FIDIC, to Wykonawca nie musi dokonywać tego przyspieszenia, godząc się oczywiście z ryzykiem zapłaty kar lub rozwiązania umowy w sytuacji gdyby nie miał racji⁵.

Przenosząc rozważania na polski system prawny, należy zauważyć, że nie ma w nim przewidzianej koniecz-

¹ Terminy pisane dużą literą mają znaczenie nadane im w Warunkach Kontraktowych FIDIC w tzw. „czerwonej książce”.

² Polska edycja WK FIDIC, czwarte wydanie angielsko-polskie niezmiennione 2008, wyd. SIDiR. W dalszej części artykułu to tłumaczenie będzie podstawą do analizy przeprowadzonej w artykule. Należy pamiętać, że w obrocie występuje również tłumaczenie dokonane przez wydawnictwo Cosmopoli, ale dla rozważań w niniejszym artykule nie jest konieczne uwzględnianie różnic między tymi tłumaczeniami.

³ Tak np. B.W. Totterdill w: *FIDIC users' guide. A practical guide to the 1999 red and yellow books*, strona 179, Thomas Telford 2010; *Fidic contracts: law and practice*, punkt 5.46, wydawnictwo Informa 2009, Londyn.

⁴ *FIDIC contracts...*, punkt 8.69-8.71; *FIDIC – a guide for practitioners*, strona 238 i n., wyd. Springer 2010; G. Bunni, *The FIDIC forms of contract*, strona 343, wyd. Blackwell, trzecia edycja, 2005; <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=09e90e60-fa47-411b-813d-0e3c6427f836>

⁵ *FIDIC contracts...*, punkt 5.199. Inaczej M. Robinson w: *A Contractor's guide to FIDIC contracts*, strona 44, wyd. Wiley-Blackwell 2011, gdzie autor, jednak bez wyjaśnienia, zakłada, że w przypadku nierozpatrzenia roszczenia Wykonawca jest obowiązany przyspieszyć z Robotami, ale może złożyć roszczenie o dodatkowe koszty. Nie jest jasne stanowisko N. Bunniego, który z jednej strony twierdzi, że skutki czasowe zdarzenia mogą być uwzględnione w harmonogramie jedynie po pozytywnym określeniu roszczenia terminowego przez Inżyniera (a więc bez tego określenia koniecznym zdaje się być przyspieszenie z Robotami), str. 342, 349, a z drugiej strony wskazuje, że tylko w przypadkach, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, konieczne jest przyspieszenie Robót (str. 357). Należy wskazać, że autor odnosi swoje rozważania do czerwonej książki wydanie z 1987 roku, jednakże w omawianym zakresie niejasności, różnice w wydaniach czerwonej książki nie mają większego znaczenia.



ności wprowadzania do umowy procedury przedłużania terminu realizacji umowy w celu zapewnienia sobie przez inwestora możliwości pociągnięcia wykonawcy do odpowiedzialności, jeżeli termin nie zostanie dotrzymany. W przypadku przekroczenia terminu realizacji umowy, odpowiedzialność wykonawcy, zgodnie z art. 471 kodeksu cywilnego⁶, jest rozpatrywana z punktu widzenia tego czy wykonawca był w opóźnieniu czy też w zwłoce (zawinione opóźnienie). Zatem roszczenie o dodatkowy czas przewidziane w WK FIDIC nie jest roszczeniem cywilnoprawnym, a uprawnieniem umownym Wykonawcy do uzyskania środka dowodowego w postaci pozytywnego lub negatywnego stanowiska Inżyniera w zakresie zasadności roszczenia.⁷ Brak złożenia roszczenia nie pozbawia Wykonawcy udowodnienia w inny sposób pozostawania w niezawinionym opóźnieniu⁸. Jeżeli zatem Wykonawca doznał opóźnienia w realizacji umowy, za które nie odpowiada, a które ma wpływ na termin realizacji umowy, to w istocie termin wynikający z umowy przestaje być dla Wykonawcy wiążący, bowiem nie może ponieść jakichkolwiek negatywnych skutków z tytułu jego niedotrzymania. Oczywiście strony mogą w Kontrakcie zmienić tą ogólną zasadę i rozszerzyć obowiązek dochowania przez Wykonawcę terminu realizacji również w sytuacjach, za które Wykonawca nie odpowiada na zasadach ogólnych. Ograniczając przypadki takiego rozszerzenia do tematu artykułu dotyczyłyby one przede wszystkim sytuacji, w której Inżynier niezasadnie odrzucił lub niezgodnie z Kontraktem nie rozpatrzył roszczenia terminowego Wykonawcy przez co Wykonawca zmuszony byłby do przedstawienia harmonogramu ukazującego realizację Robót w Czasie na Ukończenie, z czym oczywiście wiązałyby się koszty po stronie Wykonawcy. Taki zapis jednak, w ocenie autora niniejszego artykułu, powinien zostać potraktowany jako rozszerzenie odpowiedzialności Wykonawcy, o której mowa w art. 473 § 1 kodeksu cywilnego⁹, do której zastosowania konieczne jest nie tylko wprowadzenie wyraźnego zastrzeżenia w umowie¹⁰, ale dodatkowo trzeba pamiętać, iż rozszerzenie tej odpowiedzialności co do zasady nie powinno dotyczyć zdarzeń, za które odpowiedzialny jest Zamawiający¹¹. **Tymczasem Inżynier jest Personelem Zamawiającego i to Zamawiający powierza Inżynierowi jego obowiązki. W konsekwencji, zgodnie art. 474 kodeksu cywilnego, Zamawiający odpowiada za działania lub zaniechania Inżyniera jak za własne działanie lub zaniechanie i powinno znaleźć zastosowanie wskazane wyżej ograniczenie, zgodnie z którym Zamawiający nie może przerzucić odpowiedzialności na Wykonawcę za nienależyte działanie Inżyniera, a więc za nienależyte działanie Zamawiającego.**

go. Jest zatem wysoce prawdopodobne, że za nieskuteczny należałoby uznać zapis w WK FIDIC, zgodnie z którym Wykonawca ma obowiązek przyspieszyć z Robotami na skutek nienależytego realizowania obowiązków przez Inżyniera tj. niezasadnego odrzucenia roszczenia o dodatkowy czas lub braku jego rozpatrzenia.

W świetle powyższego, treść subklauzuli 8.6 WK FIDIC nie będzie postanowieniem mogącym rozszerzyć odpowiedzialność Wykonawcy o obowiązki przyspieszenia z Robotami (na polecenie Inżyniera) na wypadek nierozpatrzenia lub niezasadnego odrzucenia roszczenia przez Inżyniera w zakresie zdarzeń ujętych w subklauzuli 8.4 WK FIDIC.

Za poprawnością powyższego stanowiska można przytoczyć kolejne argumenty. Zgodnie treścią Subklauzuli 8.6 WK FIDIC *„Jeżeli kiedykolwiek (a) rzeczywisty postęp jest zbyt powolny dla ukończenia w Czasie na Ukończenie (...), z wyjątkiem przypadków objętych klauzulą 8.4 (...) to Inżynier może (...) polecić przedłożenie skorygowanego programu (...) w celu przyspieszenia tempa wykonawstwa i ukończenia Robót w Czasie na Ukończenie.”*

Opisany w subklauzuli 8.6 WK FIDIC brak obowiązku przyspieszenia wyraźnie odnosi się do zdarzeń ujętych w subklauzuli 8.4 WK FIDIC, a nie do określeń Inżyniera wydanych na podstawie roszczeń złożonych przez Wykonawcę na podstawie tych zdarzeń. W ocenie autora, mając także na uwadze obowiązek wyraźnego wskazywania w umowie rozszerzenia odpowiedzialności, prowadzi to do wniosku, że treść tej Subklauzuli nie przewiduje rozszerzenia odpowiedzialności i przy ocenie konieczności przyspieszenia prac w trybie subklauzuli 8.6 bez znaczenia jest fakt, czy Wykonawca złożył roszczenie¹² w zakresie dodatkowego czasu (a tym bardziej czy roszczenie zostało pozytywnie rozpatrzone przez Inżyniera), a jedynie ważne jest czy wystąpiło zdarzenie ujęte w subklauzuli 8.4 WK FIDIC. Takie stanowisko jest również zgodne z cytowanym już wyżej wyrokiem SN, zgodnie z którym na gruncie prawa polskiego Wykonawca nie ma obowiązku składania roszczenia terminowego i może w inny sposób wykazać, iż doszło do opóźnienia nie z jego winy¹³.

Przedstawiona interpretacja o braku konieczności składania roszczenia terminowego jest również zgodna z treścią subklauzuli 8.6, lit. b), która przewiduje przyspieszenie elementów Robót w sytuacji, gdy całość Robót zostanie zrealizowana w Czasie na Ukończenie, a zatem nie zachodzą wtedy przesłanki do złożenia roszczenia o dodatkowy czas. Mianowicie, od obowiązku przyspieszenia w takiej sytuacji subklauzula 8.6 WK FIDIC również przewiduje taki sam wyjątek w postaci zaistnienia zdarzeń opisanych w subklauzuli 8.4 WK FIDIC. Tym

⁶ Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

⁷ Por. wyrok SN z dnia 27 września 2013 roku I CSK 748/12. Należy wskazać, że wyrok SN zapadł na gruncie wydania czerwonej książki z 1987 roku, ale nie ma to znaczenia na potrzeby niniejszych rozważań.

⁸ Por. powyższy wyrok SN. Inny był cel warunków FIDIC, które zakładają możliwość naliczenia kary umownej w przypadku braku złożenia roszczenia o Czas (FIDIC, a guide for practitioners, str. 238 i n.).

⁹ Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

¹⁰ Wyrok SN z 6 października 2010 roku sygn. akt II CSK 184/10; wyrok SN z dnia 27 września 2013 roku I CSK 748/12.

¹¹ Por. wyrok SN z dnia 27 września 2013 roku I CSK 748/12, w którym Sąd stwierdził, że wierzyciel (Zamawiający) nie może nałożyć kar umownych na dłużnika (Wykonawcę) za opóźnienie spowodowane działaniami Zamawiającego.

¹² Odmienne na gruncie systemu common law, gdzie przyjmuje się, że brak złożenia roszczenia czasowego stanowi ryzyko Wykonawcy i będzie on zobowiązany do przyspieszenia robót np.: *Fidic Contracts...* punkt 5.188 przypis 112.

¹³ Wyrok SN z dnia 27 września 2013 roku I CSK 748/12.

samym nie jest możliwe uzależnianie prawa Wykonawcy do odmowy przyspieszenia Robót od zgłoszenia przez niego roszczenia terminowego na okoliczność wystąpienia zdarzenia zawartego w subklauzuli 8.4 WK FIDIC, bowiem w odniesieniu do sytuacji opisanej w subklauzuli 8.6 lit. b) takie roszczenie nie przysługuje.

Pomimo braku możliwości żądania przez Inżyniera w trybie subklauzuli 8.6 WK FIDIC przyspieszenia w sytuacjach określonych w subklauzuli 8.4 WK FIDIC, Inżynier może jednak wydać polecenie Zmiany w trybie subklauzuli 13.1 (f) WK FIDIC^{14,15}, nakazujące zmianę terminu lub kolejności wykonania Robót. Takie polecenie będzie jednak pociągać obowiązek przyznania kosztów na rzecz Wykonawcy, dlatego nie stanowi to rozszerzenia zakresu odpowiedzialności Wykonawcy i nie jest konieczne badanie skuteczności tego zapisu na gruncie prawa polskiego.

Nie można też wykluczyć sytuacji, w której to Wykonawca, na mocy subklauzuli 13.2 WK FIDIC, zaproponuje przyspieszenie prac.

Podsumowując dotychczasowe rozważania należy skonkludować, iż na gruncie prawa polskiego przedstawienie przez Wykonawcę harmonogramu wykraczającego poza Czas na Ukończenie będzie zgodne z Kontraktem w sytuacjach gdy doszło do opóźnienia w realizacji Kontraktu, a jednocześnie:

a. Nie zachodzą przesłanki do przyspieszenia określone w subklauzuli 8.6 WK FIDIC, a zatem występuje jedno ze zdarzeń określonych w subklauzuli 8.4 WK FIDIC, przy czym bez znaczenia jest czy Wykonawca złożył roszczenie o dodatkowy czas bądź czy Inżynier niezasadnie odrzucił lub niezasadnie nie rozpatrzył tego roszczenia, a jednocześnie

b. Inżynier nie wydał polecenia przyspieszenia w trybie subklauzuli 13.1 (f) WK FIDIC, jak również sam Wykonawca nie dokonał przyspieszenia w trybie subklauzuli 13.2 WK FIDIC.

Do powyższych sytuacji trzeba oczywiście dodać sytuację, w której nie jest już obiektywnie możliwe przyspieszenie Robót, aby zostały zakończone w Czasie na Ukończenie. Podstawą do takiej interpretacji będzie art. 387 § 1 kodeksu cywilnego („Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna”), stosowany w drodze analogii. W konsekwencji subklauzula 8.6 WK FIDIC oraz 13.1 (f) WK FIDIC jest nieważna w zakresie w jakim daje możliwość Inżynierowi wydania polecenia nakazującego przyspieszenie tempa w celu zakończenia Robót, jeżeli takie przyspieszenie jest już obiektywnie niemożliwe (w szczególności w sytuacji, w której upłynął już Czas na Ukończenie, a zatem nie jest możliwe takie przyspieszenie, aby w tym Czasie zakończyć Roboty). Dodatkowym argumentem za poprawnością przedstawionej interpretacji jest również fakt, iż w sytuacji odrzucenia przez Inżyniera harmonogramu nieuwzględniającego przyspieszenia Zamawiający nie ma możliwości oparcia się na aktualnym harmonogramie przy planowaniu własnych działań, a więc przestaje być możliwe zrealizowanie przez Zamawiającego jego uprawnienia wyraźnie określonego w subklauzuli 8.3 WK FIDIC. Kolejnym negatywnym skutkiem odrzucenia harmonogramu pokazującego realny termin realizacji Robót będzie pozbawienie się przez Inżyniera możliwości kontrolowania postępu prac Wykonawcy na podstawie harmonogramu, a więc wyłączenie jednej z podstawowych funkcji, jaką pełni harmonogram w ramach WK FIDIC¹⁶.



¹⁴ Warto wskazać, że żółta książka nie posiada w subklauzuli 13.1 WK FIDIC wyspecyfikowanych przypadków dokonywania Zmian. Zmiana w żółtej książce obejmuje modyfikację Wymagań Zamawiającego lub Robót, ale trudno uznać za modyfikację Wymagań Zamawiającego lub Robót zmianę terminów wykonania, dlatego bez takiego wyraźnego zapisu jak w subklauzuli 13.1 (f) czerwonej książki wydaje się trudne do zaakceptowania, aby na gruncie żółtej książki Inżynier mógł wydać polecenie Zmiany przyspieszające Roboty.

¹⁵ Tak, N. Bunni..., strona 300 (teza postawiona na gruncie czerwonej książki wydanie 1987, ale jest ona aktualna również dla obecnego wydania czerwonej książki); FIdic contracts..., punkt 5.189.

¹⁶ FIdic contracts..., punkt 5.47.

Indywidualne interpretacje prawa podatkowego w praktyce zamówień publicznych



Honorata
ŁOPIANOWSKA

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

Znaczenie indywidualnych interpretacji prawa podatkowego dla ustalenia obowiązków podatkowych

O obowiązku badania poprawności zastosowanej w ofercie stawki podatku od towarów i usług przesądził Sąd Najwyższy w dwóch identycznych uchwałach z 20 października 2011 r. w spr. III CZP 52/11 i III CZP 53/11, zgodnie z którymi „Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (...)).” Dodatkowo, z dniem 1 lipca 2015 r. weszły w życie przepisy w zakresie rozszerzenia i doprecyzowania regulacji zawartych w ustawie z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług¹ dotyczących mechanizmu odwróconego obciążenia, których celem jest zapewnienie większej skuteczności tego instrumentu². W ramach mechanizmu odwróconego obciążenia (ang. *reverse char-*

ge mechanism) zobowiązany do rozliczenia podatku należnego od dokonanej czynności podlegającej opodatkowaniu (dostawa towarów lub świadczenie usług) jest nabywca (podmiot, na rzecz którego dokonywana jest dostawa towarów lub świadczona jest usługa) – zamiast sprzedawcy (dokonującego dostawy towarów lub świadczącego usługę), co miałoby miejsce w ramach operacji dokonywanej na zasadach ogólnych. W ustawie Pzp wprowadzono przy tej okazji zmianę nakazującą zamawiającemu doliczenie do przedstawionej w ofercie ceny podatku od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług³. W konsekwencji z dotychczasowego przepisu usunięto ograniczenie dotyczące powstania obowiązku podatkowego zamawiającego tylko w odniesieniu do wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, oraz na wykonawcę nałożono obowiązek informacyjny dotyczący wystąpienia sytuacji nakładającej na zamawiającego obowiązek doliczenia do ceny podatku.

W kontekście powyższego, stwierdzenie obowiązków podatkowych wiążących się z przyszłą transakcją, w tym w zakresie podatku od towarów i usług jest szczególnie istotne.

W przepisach Ordynacji podatkowej⁴ przewidziano uprawnienie dla podatników pozwalające na wystąpienie do Ministra Finansów (w jego imieniu upoważnionych dyrektorów izb skarbowych, działających w Krajowych Izbach Podatkowych) z wnioskiem o wydanie interpretacji podatkowej w indywidualnej sprawie. Dotychczasowa konstrukcja przepisów nie pozwalała na wystąpienie z wnioskiem o interpretację przepisów prawa podatkowego przez zamawiającego.

¹ Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054, z późn. zm., dalej: „ustawa o VAT”.

² Dz. U. poz. 605.

³ Znowelizowany art. 91 ust. 3a Pzp stanowi, że jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

⁴ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 poz. 613 ze zm.).

W orzecznictwie dotyczącym interpretacji podatkowych wypracowano stanowisko, zgodnie z którym, wnioskodawca występować z wnioskiem o interpretację indywidualną jedynie w odniesieniu do własnej sytuacji prawnopodatkowej, co nie obejmuje sytuacji potencjalnego kontrahenta. W konsekwencji, nie było akceptowane stanowisko pozwalające na występowanie z wnioskiem o interpretację prawa podatkowego przez zamawiającego, nawet jeśli miało to służyć rozwianiu wątpliwości co do poprawności zastosowania stawki podatku od towarów i usług lub zwolnienia w tym podatku w związku z prowadzonym postępowaniem.

Nowe uprawnienie zamawiających do uzyskania indywidualnej interpretacji prawa podatkowego

Z dniem 1 stycznia 2016 r. weszła w życie nowelizacja Ordynacji podatkowej⁵. W jej wyniku dodany został art. 14s § 1, który stanowi, że „z wnioskiem o wydanie interpretacji indywidualnej może wystąpić zamawiający w rozumieniu ustawy – Prawo zamówień publicznych w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia ceny w związku z udzielanym zamówieniem publicznym. Ochrona wynikająca z zastosowania się do interpretacji indywidualnej przysługuje także podmiotowi realizującemu zamówienie w ramach zamówienia publicznego.”

Powyższe uprawnienie przyznane zamawiającemu pozwala na uzyskanie, w ramach czynności związanych z przygotowaniem postępowania, informacji co do właściwej stawki w podatku od towarów i usług lub zwolnienia, co może pozwolić na wyeliminowanie sporów co do obowiązków podatników (wykonawców) w tym zakresie.

Interpretacje indywidualne prawa podatkowego wydawane są w imieniu Ministra Finansów, przez dyrektorów pięciu izb skarbowych: w Bydgoszczy, Katowicach, Łodzi, Poznaniu oraz Warszawie (działających w pięciu wymienionych ośrodkach w Biurach Krajowej Informacji Podatkowej). Rozporządzeniem z dnia 22 kwietnia 2015 r. w sprawie upoważnienia do wydawania interpretacji przepisów prawa podatkowego (Dz. U. poz. 643) Minister Finansów wprowadził specjalizację rzeczową każdego z dyrektorów izb skarbowych, związaną z rodzajem podatku, którego dotyczy zapytanie, co ma służyć ujednoliceniu interpretacji. Właściwość danego organu (dyrektora izby skarbowej) uzależniona jest od miejsca zamieszkania lub siedziby wnioskodawcy oraz podatku, którego dotyczy wniosek.

Interpretacje podatkowe mogą dotyczyć zarówno konkretnego, już istniejącego stanu faktycznego jak i zdarzenia przyszłego, związanego z planowanymi przedsięwzięciami i ich skutkami.

Interpretację indywidualną wydaje się bez zbędnej zwłoki, jednak nie później niż w terminie 3 miesięcy od dnia otrzymania wniosku. Do 3-miesięcznego terminu nie są wliczane terminy przewidziane dla dokonania określonych czynności, np. wezwania do uzupełnienia.

Wniosek o wydanie interpretacji indywidualnej może złożyć każdy zainteresowany: podatnik, płatnik lub inny podmiot, w tym także osoby niemające miejsca zamieszkania lub siedziby na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Wniosek musi być złożony na urzędowym formularzu i podlega opłacie, wynoszącej 40 zł od każdego stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego będącego przedmiotem zapytania.



⁵ Ustawa z dnia 10 września 2015 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 1649).



Sąd Arbitrażowy
przy
Stowarzyszeniu
Inżynierów Doradców
i Rzeczoznawców w Warszawie



**DEDYKOWANY SPROM
W SPRAWACH
BUDOWLANYCH**

ul. Trębacka 4
00-074 Warszawa

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