

Wstęp

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych z dniem 1 stycznia 2021 r. zastąpi dotychczasową regulację w tym zakresie, obowiązującą od 2004 r. Problematyka zamówień na roboty budowlane nie została w sposób znaczący zmodyfikowana w stosunku do przepisów obowiązujących dotychczas. Poza obowiązkiem zamieszczenia klauzul waloryzacyjnych w umowach zawartych na okres powyżej 12 miesięcy, wskazania postanowień abuzywnych, a także wyodrębnieniem procedur postępowań podprogowych i o wartości równej i wyższej niż progi unijne, zasadniczo dla zamawiających i wykonawców zamówień na roboty budowlane niewiele się zmienia. Dokonując analizy porównawczej obu ustaw (z 2004 r. oraz 2019 r.) można śmiało podsumować, że w zakresie zamówień na roboty budowlane ustawa z 2019 r. została wzbogacona w stosunku do treści poprzednio obowiązującego prawa zamówień publicznych o przepisy odzwierciedlające linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej.

Umowa o roboty budowlane, zawierana w wyniku wyłonienia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to umowa regulowana przepisami dwóch odrębnych reżimów prawa: przepisów prawa cywilnego oraz prawa zamówień publicznych. Zarówno zamawiający, jak i wykonawcy zamówień na roboty budowlane często stają przed problemem dokonania wyboru odpowiedniej dziedziny prawa, której normy będą rozstrzygać o wzajemnych prawach i obowiązkach. Znaczenie przepisów prawa zamówień publicznych jest w przypadku umowy o wykonanie zamówienia na roboty budowlane szczególnie istotne z uwagi na szereg odrębności i przepisów o charakterze *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego.

Celem niniejszej publikacji jest przedstawienie odrębności i cech charakterystycznych świadczeń z umowy o wykonanie zamówienia publicznego na roboty budowlane, a także zakresu niezbędnego przygotowania do realizacji inwestycji na etapie przed wyłonieniem wykonawcy. Ze względu na fakt, że większość zamówień na roboty budowlane (co pokazuje dotychczasowa praktyka) jest realizowana w trybie przetargowym, niniejsze opracowanie skupia się w zakresie procedur przygotowania do realizacji inwestycji na zamówieniach klasycznych w ich trybach przetargowych (zamówienia o wartości równej i wyższej niż progi unijne) oraz trybie podstawowym (zamówienia nieprzekraczające progów unijnych).

Publikacja zawiera także szereg praktycznych wskazówek w zakresie konstruowania postanowień umowy o roboty budowlane. Z uwagi na praktyczny aspekt niniejszej publikacji jej treść zawiera analizę prawną i rozważania doktrynalne w ograniczonym zakresie, niezbędnym do przygotowania projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem będą roboty budowlane. Z uwagi na dualizm reżimów prawnych, mających zastosowanie do umowy o roboty budowlane, w niniejszej publikacji posłużono się pojęciami właściwymi dla danego reżimu prawa, zatem odpowiednio inwestor w rozumieniu Kc to zamawiający z Pzp, a umowa o roboty budowlane to umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane.

W publikacji omówiono zagadnienia dotyczące umowy o roboty budowlane (ze szczególnym uwzględnieniem zagadnień i różnic prawnych determinowanych przez regulacje prawa zamówień publicznych), poczynając od momentu przygotowania i udzielenia zamówienia na roboty budowlane, aż do upływu okresu rękojmi i gwarancji, a także praktyczne problemy uczestników procesu inwestycyjnego, z którymi stykają się na wszystkich etapach realizacji zamówienia publicznego na roboty budowlane.

Część pierwsza

**POSTĘPOWANIE O UDZIELENIE
ZAMÓWIENIA NA ROBOTY
BUDOWLANE**

Rozdział 1. Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane – zasady ogólne

1.1. Zastosowanie Pzp

Przedmiotem niniejszego opracowania jest umowa o roboty budowlane w zamówieniach publicznych, a zatem każda umowa o roboty budowlane, której zawarcie i wykonywanie jest regulowane, chociażby w pewnym zakresie, przepisami Pzp. Aktualnie przepisy Pzp przewidują dwa zasadnicze tryby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane (z wyłączeniem zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a także sektorowych, które nie są objęte zakresem niniejszego opracowania) ze względu na wartość zamówienia:

- 1) postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej kwotę 130.000 zł, ale mniejszej niż progi unijne,
- 2) postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

1.2. Przepisy przejściowe

Pzp weszła w życie z dniem 01 stycznia 2021 r., jednak z uwagi na dotychczasową (trafną) praktykę wprowadzania zmian przepisów regulujących zamówienia publiczne, nowe przepisy (Pzp) znajdują zastosowanie do postępowań wszczętych po dacie wejścia w życie Pzp. Postępowania wszczęte przed dniem wejścia w życie Pzp prowadzone są według dotychczasowego trybu. Podobnie do umów o roboty budowlane zawartych w wyniku wyłonienia wykonawcy na podstawie postępowania regulowanego przepisami Pzp z 2004 r. zastosowanie znajdują przepisy Pzp z 2004 r. (art. 90–91). Jest to zasada doznająca pewnych wyjątków szczegółowo uregulowanych w przepisach Pzp-pw (art. 92–93).

Zgodnie z art. 92 ust. 2 Pzp-pw do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w Pzp z 2004 r., wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań

o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy Pzp (z 2019 r.).

Zgodnie z art. 93 ust. 1 Pzp-pw W przypadku zamówień publicznych udzielonych:

- 1) przed dniem 1 stycznia 2021 r.,
 - 2) po dniu 31 grudnia 2020 r., w następstwie postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r.
- zamawiającemu oraz wykonawcy przysługuje prawo złożenia wniosku o prowadzenie mediacji lub inne polubowne rozwiązanie sporu, o którym mowa w art. 591 ust. 1 Pzp, jeżeli do dnia złożenia wniosku nie wniesli powództwa na podstawie przepisów Kpc. Z uwagi na specyfikę zarówno postępowań o wyłonienie wykonawcy zamówienia na roboty budowlane, jak i długotrwałość prowadzenia zwłaszcza dużych inwestycji budowlanych, należy spodziewać się, że przepisy Pzp z 2004 r. jeszcze długo będą znajdować zastosowanie i realnie będziemy mieć do czynienia ze stosowaniem obu reżimów prawnych – ustawy z 2004 r. oraz ustawy z 2019 r.

1.3. Progi unijne w robotach budowlanych

Znaczenie zwrotu progi unijne zostało zdefiniowane w art. 3 Pzp, zgodnie z którym przez progi unijne należy rozumieć kwoty wartości zamówień lub konkursów określone w:

- 1) art. 4 i art. 13 dyrektywy 2014/24/UE,
 - 2) art. 15 dyrektywy 2014/25/UE
 - 3) art. 8 dyrektywy 2009/81/WE
- aktualizowane w aktach wykonawczych Komisji Europejskiej, wydawanych odpowiednio na podstawie art. 6 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE, art. 17 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE i art. 68 dyrektywy 2009/81/WE.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jest zobowiązany informować o aktualnych progach unijnych, ich równowartości w złotych oraz o równowartości w złotych kwot wyrażonych w ustawie w euro, ustalonych zgodnie z komunikatem Komisji Europejskiej, mających zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych od dnia wejścia w życie aktów wykonawczych Komisji Europejskiej, wydawanych odpowiednio na podstawie art. 6 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE, art. 17 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE i art. 68 dyrektywy 2009/81/WE, w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, oraz zamieszczać na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, niezwłocznie po publikacji komunikatu Komisji Europejskiej w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej C nr 370 z dnia 31 października

2019 r. ukazał się komunikat Komisji Europejskiej nr 2019/C 370/01 określający równowartość progów określonych w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE i 2009/81/WE, z którego wynika, że od 01 stycznia 2020 r. próg dotyczący zamówień publicznych na roboty budowlane wynosi 5.350.000 euro.

Zgodnie z art. 11 ust. 8 Pzp z 2004 r. minister właściwy do spraw gospodarki określa, w drodze rozporządzenia, kwoty wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, mając na względzie obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa Unii Europejskiej. Ostatnim rozporządzeniem wydanym przez Ministra Rozwoju jest PrURozp, które będzie miało zastosowanie jedynie w związku ze stosowaniem Pzp z 2004 r., i utraciło moc z chwilą wejścia w życie Pzp, to jest z dniem 1 stycznia 2021 r. (art. 97 Pzp-pw wskazuje wprost akty wykonawcze, które zachowują moc do dnia wejścia w życie przepisów wykonawczych wydanych na podstawie delegacji ustawowych zawartych w Pzp, jednak nie dłużej niż 12 miesięcy od dnia wejścia w życie Pzp – w związku z brakiem w Pzp analogicznego upoważnienia, jak w art. 11 ust. 8 Pzp z 2004 r., PrURozp utraciło moc z dniem wejścia w życie Pzp – tj. 01 stycznia 2021 r.; jednocześnie wskazany wyżej art. 3 Pzp nie zawiera delegacji do wydania aktu wykonawczego, lecz zobowiązuje Prezesa UZP do informowania o aktualnych progach ogłaszanych w komunikacie Komisji Europejskiej). Wynikająca z PrURozp kwota wartości zamówień na roboty budowlane, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej to 5 350 000 euro.

1.4. Zastosowanie Pzp do zamówień sektorowych

Zgodnie z art. 5 ust. 1 Pzp przepisy Pzp stosuje się do zamawiających sektorowych, którymi są podmioty wskazane w punktach 1–3 powołanego przepisu. Działalność sektorowa została szczegółowo opisana zaś w art. 5 ust. 4–5 Pzp. Należy zgodzić się z poglądem wyrażonym na gruncie Pzp z 2004 r., zgodnie z którym „sformułowanie „w celu wykonywania” zasadniczo powinno być interpretowane szeroko. Zakresem zamówień udzielanych w celu wykonywania działalności wskazanej w art. 132 ust. 1 Pzp z 2004 r. będą objęte zamówienia wprost mieszczące się w przedmiocie tej działalności oraz zamówienia związane funkcjonalnie z tą działalnością. Przykładowo – zamówienia sektorowe to zarówno zamówienia specyficzne dla danego rodzaju działalności sektorowej (np. zakup taboru kolejowego przez przedsiębiorstwo kolejowe), jak i inne zamówienia pozostające w bezpośrednim funkcjonalnym związku z działalnością sektorową, które są konieczne do sprawnego jej prowadzenia (np. budowa nowego budynku administracyjnego, w którym mieści się zarząd przedsiębiorstwa, obsługa prawna przedsiębiorstwa sektorowego w zakresie przedsięwzięć energetycznych itp.).

Zamówieniem sektorowym jest więc każde zamówienie konieczne do sprawnego prowadzenia działalności sektorowej¹. Postanowienia Działu V Pzp przewidują odrębności stosowania przepisów Pzp w stosunku do zamówień klasycznych.

1.5. Podstawowe definicje charakterystyczne dla zamówienia na roboty budowlane

Roboty budowlane

Podstawowym pojęciem, kluczowym ze względu na przedmiot niniejszego opracowania, jest definicja ustawowa robót budowlanych, zawarta w art. 7 pkt 21 Pzp, zgodnie z którą roboty budowlane to:

- 1) wykonanie robót budowlanych albo
- 2) zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, określonych w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, w załączniku I do dyrektywy 2014/25/UE oraz objętych działem 45 załącznika I do rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 1, z późn. zm.), zwanego dalej „Wspólnym Słownikiem Zamówień”, lub obiektu budowlanego, a także
- 3) realizacja obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Niestety błędy legislacyjne poprzedniej regulacji (art. 2 pkt 8 Pzp z 2004 r.) nie zostały usunięte i w dalszym ciągu mamy do czynienia z błędnym kołem w definiowaniu, gdzie pojęcie robót budowlanych jest definiowane m.in. jako wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, który z kolei jest definiowany (art. 7 pkt 14 Pzp) jako wynik całości robót budowlanych. Z tych względów, a także w nawiązaniu do dotychczasowej praktyki wykładni definicji robót budowlanych (i pojęć powiązanych) należy odnieść się do podstawowych definicji zawartych w art. 3 PrBud, gdzie:

- 1) **roboty budowlane** – to budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego,
- 2) **budowa** – wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego,
- 3) **przebudowa** – wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak:

¹ Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. WPK 2019 – kom. do art. 132.

kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego,

- 4) **remont** – to wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym,
- 5) **obiekt budowlany** – budynek, budowla bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych,
- 6) **budynek** – taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach,
- 7) **budowla** – każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane z gruntem tablice reklamowe i urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni jądrowych, elektrowni wiatrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową,
- 8) **obiekt liniowy** – obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, w szczególności droga wraz ze zjazdami, linia kolejowa, wodociąg, kanał, gazociąg, ciepłociąg, rurociąg, linia i trakcja elektroenergetyczna, linia kablowa nadziemna i, umieszczona bezpośrednio w ziemi, podziemna, wał przeciwpowodziowy oraz kanalizacja kablowa, przy czym kable zainstalowane w kanalizacji kablowej, kable zainstalowane w kanale technologicznym oraz kable telekomunikacyjne dowieszone do już istniejącej linii kablowej nadziemnej nie stanowią obiektu budowlanego lub jego części ani urządzenia budowlanego,
- 9) **tymczasowy obiekt budowlany** – należy przez to rozumieć obiekt budowlany przeznaczony do czasowego użytkowania w okresie krótszym od jego trwałości technicznej, przewidziany do przeniesienia w inne miejsce lub rozbiórki, a także obiekt budowlany niepołączony trwale z gruntem, jak:

strzelnice, kioski uliczne, pawilony sprzedaży ulicznej i wystawowe, przekrycia namiotowe i powłoki pneumatyczne, urządzenia rozrywkowe, barakowozy, obiekty kontenerowe, przenośne wolno stojące maszty antenowe.

Motyw 8 dyrektywy 2014/24/UE wskazuje, że „zamówienie należy uważać za zamówienie publiczne na roboty budowlane jedynie wówczas, gdy jego przedmiot obejmuje wykonywanie rodzajów działalności wymienionych w załączniku II, nawet jeśli zamówienie obejmuje również świadczenie innych usług niezbędnych do wykonywania tych rodzajów działalności. Zamówienia publiczne na usługi, zwłaszcza w zakresie usług zarządzania mieniem, mogą, w pewnych okolicznościach, obejmować roboty budowlane. Jednakże w zakresie, w jakim roboty takie mają charakter uboczny w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia oraz stanowią jego ewentualną konsekwencję lub uzupełnienie, fakt włączenia takich robót w zakres zamówienia nie uzasadnia zakwalifikowania zamówienia publicznego na usługi jako zamówienia publicznego na roboty budowlane. Z uwagi na różnorodność zamówień publicznych na roboty budowlane, instytucje zamawiające powinny mieć jednak możliwość oddzielnego lub łącznego udzielania zamówień na zaprojektowanie oraz wykonanie obiektu budowlanego. Nie jest zamierzeniem niniejszej dyrektywy przesądzenie o łącznym lub oddzielnym udzielaniu zamówień.”

Obiekt budowlany

Tu także definicja nie jest zupełna i bez odniesienia się do definicji legalnych PrBud trudno sobie wyobrazić dokonanie wykładni tego pojęcia. Jak wskazano powyżej zgodnie z art. 3 pkt 1 PrBud obiekt budowlany to budynek, budowla bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Tymczasem zgodnie z art. 7 pkt 14 Pzp obiekt budowlany to wynik całości robót budowlanych (niezbyt precyzyjnie zdefiniowanych w Pzp) w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Motyw 9 dyrektywy 2014/24/UE natomiast wskazuje, że „wykonanie obiektu budowlanego spełniającego wymogi określone przez instytucję zamawiającą wymaga uprzedniego podjęcia przez daną instytucję środków służących określeniu rodzaju obiektu lub co najmniej wywarcia przez nią decydującego wpływu na jego projekt. Fakt, czy wykonawca wykonuje całość lub część obiektu budowlanego własnymi środkami, czy też zapewnia ich wykonanie w inny sposób, nie powinien zmienić klasyfikacji danego zamówienia jako zamówienia na roboty budowlane, o ile dany wykonawca przyjmuje bezpośrednie lub pośrednie zobowiązanie, które jest prawnie możliwe do wyegzekwowania, do zapewnienia wykonania danych robót budowlanych.”

Umowa o podwykonawstwo

Umowa o podwykonawstwo została zdefiniowana w art. 7 pkt 27 Pzp, zgodnie z którym jest to umowa:

- 1) w formie pisemnej
- 2) o charakterze odpłatnym,
- 3) zawartą między wykonawcą a podwykonawcą,
- 4) a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia.

Definicja umowy o podwykonawstwo została zmieniona w stosunku do treści art. 2 pkt 9b) Pzp z 2004 r., zgodnie z którym to umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, **której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego**, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Zaznaczony fragment został usunięty, co może powodować wątpliwości co do intencji ustawodawcy, jednak kompleksowa interpretacja pojęcia, wynikająca także z treści art. 462–465 Pzp (regulujących umowę o podwykonawstwo) je eliminuje, o czym szerzej piszemy w rozdziale dotyczącym podwykonawstwa w robotach budowlanych. Umowa o podwykonawstwo zamówienia na roboty budowlane to co do zasady każda umowa o roboty budowlane, ale także umowa dostawy i umowa, której przedmiotem są usługi (w rozumieniu art. 7 pkt 28 Pzp – czyli wszelkie świadczenia, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami).

1.6. Zastosowanie przepisów Kc i wzajemne relacje Pzp i Kc

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Powołany przepis zawiera skompilowaną regulację dwóch przepisów Pzp z 2004 r. (art. 14 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1) i w zasadzie nie zmienia dotychczasowych zasad prymatu przepisów Pzp nad przepisami Kc.

Przepisy Pzp stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów Kc i tylko w zakresie nieuregulowanym przepisami Pzp zastosowanie znajdą przepisy Kc. Szereg regulacji Pzp wyłącza bądź zmienia niektóre przepisy Kc, co jest omawiane

przy okazji analizy poszczególnych instytucji Pzp. Tytułem przykładu należy zasygnalizować, że przepisy Pzp modyfikują:

- 1) przepisy Kc dotyczące formy czynności prawnych wprowadzając dla umów formę pisemną pod rygorem nieważności (chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej – art. 431 Pzp),
- 2) wynikającą z art. 353¹ Kc zasadę swobody umów, wyłączając swobodę wyboru kontrahenta, czy znacznie ograniczając możliwości zmiany treści umowy po jej zawarciu (art. 454–455 Pzp),
- 3) zasady obliczania terminów (art. 8 ust. 2–5 Pzp),
- 4) treść umowy o roboty budowlane nakazując ujęcie dodatkowych klauzul (art. 437 Pzp)
- 5) zasady odpowiedzialności za cudzy dług – wprowadzając odpowiedzialność zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom (dostawcom i usługodawcom) w zamówieniu na roboty budowlane (art. 465 Pzp).

1.6.1. Zasada swobody umów w przepisach Pzp

Zgodnie z art. 353¹ Kc strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zasada ta doznaje istotnych ograniczeń na gruncie Pzp, co wyraża się już na początku wyłączeniem swobody zamawiającego wyboru kontrahenta i zobowiązanie go do wyłonienia wykonawcy w drodze określonej procedury. Jednak ograniczeń tych jest znacznie więcej także na etapie ukształtowania treści stosunku prawnego – wyłączenia w tym zakresie uznania stron, jak również pozostawienia inicjatywy realnie wyłącznie zamawiającemu.

Przed wszystkim to zamawiający tworzy projekt umowy. Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 oraz art. 281 ust. 1 pkt 7 SWZ zawiera co najmniej projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy. Jednocześnie same przepisy Pzp obligują zamawiającego do zawarcia określonych postanowień umowy o roboty budowlane, w szczególności:

- 1) zakazów zawierania określonych postanowień w zakresie zakresu odpowiedzialności wykonawcy – art. 433 Pzp
- 2) określenia górnej granicy wartości kar umownych – art. 436 pkt 3 Pzp,
- 3) określania terminów wykonania zamówienia datą jedynie w wyjątkowych przypadkach – art. 436 pkt 1 Pzp,
- 4) zasad przekładania dokumentów umów podwykonawczych i innych obowiązkowych elementów umowy o roboty budowlane w związku z ochroną podwykonawców – art. 437 Pzp,
- 5) zasad weryfikacji i sankcjonowania zatrudniania pracowników – art. 438 Pzp,