

Aleksandra Błaszczńska-Śmigielska

WARUNKI KONTRAKTOWE DLA INWESTORÓW I WYKONAWCÓW

Stan prawny na 10.02.2022 roku

Warszawa 2022

© Must Read Media

Skład i łamanie:
GroupMedia

ISBN: 978-83-66161-55-9

Wydawnictwo Must Read Media

MRM Witold Jarzyński ul. Jugosłowiańska 15b/40
03-984 Warszawa
tel: 535 538 934

biuro@mustreadmedia.pl
www.mustreadmedia.pl

Spis treści

WYKAZ SKRÓTÓW:	11
WPROWADZENIE	13
1. ZAGADNIENIA OGÓLNE	21
1.1. Rodzaje warunków kontraktowych FIDIC.....	21
1.2. Warunki kontraktowe FIDIC a umowa o roboty budowlane i umowa o dzieło	25
1.2.1. Essentialia negotii umowy o roboty budowlane a warunki kontraktowe FIDIC.....	25
1.2.2. Umowa o roboty budowlane a umowa o dzieło. Pięć Złotych Zasad FIDIC.....	28
1.3. Podtypy umowy o roboty budowlane.....	37
1.4. Warunki kontraktowe FIDIC a zamówienia publiczne.....	38
1.5. Nowe warunki kontraktowe FIDIC z 2017 r.	40
2. KLUCZOWE DEFINICJE I ICH SPECYFIKA NA GRUNCIE ZAMÓWIENI PUBLICZNYCH	45
2.1. Konstrukcja kontraktu i strony oraz inne podmioty.....	45
2.2. Istotne terminy i świadectwa.....	58
2.3. Płatności i roboty	63
3. UCZESTNICZY PROCESU INWESTYCYJNEGO I ICH OBOWIĄZKI	71
3.1. Inwestor	71
3.1.1. Rola inwestora w prawie budowlanym a cedowanie obowiązków inwestora na wykonawcę	71

3.1.2. Zobowiązanie główne inwestora a zobowiązanie wierzyciela współdziałania	78
3.1.3. Obowiązek opisu przedmiotu zamówienia	82
3.1.4. Obowiązek dostarczenia projektu	84
3.1.5. Obowiązek przekazania terenu budowy.....	98
3.1.6. Współdziałanie inwestora przy pozyskaniu pozwoleń, uzgodnień i opinii	104
3.1.7. Obowiązek odbioru robót.....	107
3.1.8. Obowiązek zapłaty wynagrodzenia.....	108
3.2. Wykonawca.....	110
3.2.1. Obowiązek oddania obiektu jako przedmiot umowy o roboty budowlane	110
3.2.2. Wykonawca jako projektant i prawa autorskie do projektu.....	115
3.2.3. Obowiązki notyfikacyjne wykonawcy względem dokumentacji projektowej	122
3.2.4. Odpowiedzialność wykonawcy za teren budowy	130
3.2.5. Realizacja robót tymczasowych jako przedmiot świadczenia.....	133
3.3. Podwykonawca i podmiot udostępniający zasoby.....	134
3.3.1. Obowiązek osobistego wykonania umowy.....	134
3.3.2. Solidarna odpowiedzialność inwestora i wykonawcy wobec podwykonawcy	135
3.3.3. Wymogi formalne w zakresie umowy o podwykonawstwo na gruncie PZP.....	141
4. TERMINY, HARMONOGRAM I ROSZCZENIE O PRZEDŁUŻENIE TERMINU	153
4.1. Data Rozpoczęcia i Czas na Ukończenie	153
4.2. Harmonogram i jego aktualizacja	155
4.3. Roszczenie terminowe a konieczność zawarcia aneksu	158
4.4. Roszczenie o koszty ogólne i zysk związane z przedłużeniem czasu	164
4.5. Szybkość postępu pracy.....	165
4.6. Zawieszenie i wznowienie prac.....	167
5. ZABEZPIECZENIE WYKONANIA UMOWY	169
5.1. Zabezpieczenie na rzecz inwestora	169
5.1.1. Zabezpieczenie wykonania w warunkach FIDIC	169
5.1.2. Kwota zatrzymana w warunkach FIDIC	172

5.1.3. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy na podstawie PZP.....	173
5.2. Zabezpieczenie na rzecz wykonawcy.....	175
5.2.1. Zabezpieczenie wykonawcy na podstawie warunków FIDIC.....	175
5.2.2. Zabezpieczenie wykonawcy na podstawie Kodeksu cywilnego	176
6. ZMIANA PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA.....	179
6.1. Konieczność zmian w przypadku złożonych procesów inwestycyjnych.....	179
6.2. Dopuszczalne zmiany umowy o zamówienie publiczne na gruncie PZP	180
6.3. Zmiana zakresu robót.....	188
6.3.1. Zmiana inicjowana przez Inżyniera.....	188
6.3.2. Zmiana inicjowana przez wykonawcę w ramach inżynierii wartości	193
6.3.3. Procedura zmiany	194
6.3.4. Roboty dodatkowe a roboty zamiennie i zmiana ilości robót.....	199
6.3.5. Korekta Ceny Kontraktowej.....	201
6.3.6. Zmiana harmonogramu i Czasu na Ukończenie	204
6.4. Procedura Zmiany a zawarcie aneksu zgodnie z PZP	205
7. PRÓBY I ODBIÓR ROBÓT.....	209
7.1. Próby.....	209
7.1.1. Próby a próbki.....	209
7.1.2. Ogólne zasady przeprowadzania prób	210
7.1.3. Próby Końcowe.....	213
7.1.4. Próby eksploatacyjne	216
7.2. Odbiór robót	218
7.2.1. Świadectwo Przejęcia a Świadectwo Wykonania	218
7.2.2. Świadectwo Przejęcia a protokół odbioru robót.....	223
8. WYNAGRODZENIE WYKONAWCY	227
8.1. Wynagrodzenie kosztorysowe a wynagrodzenie ryczałtowe wedle przepisów KC i PZP.....	227
8.2. Wynagrodzenie na gruncie Czerwonej Żółtej Księgi FIDIC i ich zmiany.....	238
8.3. Wycena i rozliczenie robót na gruncie Czerwonej Księgi FIDIC.....	243

8.4.	Zaliczka i płatności częściowe na gruncie FIDIC i PZP	244
8.4.1.	Zaliczka	245
8.4.2.	Płatności częściowe	248
8.5.	Rozliczenie końcowe i Ostateczne Świadczenie Płatności na gruncie FIDIC	251
9.	ODPOWIEDZIALNOŚĆ I ROZKŁAD RYZYK	255
9.1.	Odpowiedzialność kontraktowa i rodzaje ryzyk kontraktowych	255
9.2.	Podział ryzyk między wykonawcą a zamawiającym na gruncie FIDIC	256
9.2.1.	Szkody na osobie i na mieniu	256
9.2.2.	Opieka Wykonawcy nad Robotami	258
9.2.3.	Zagrożenia stanowiące ryzyko Zamawiającego	259
9.2.4.	Naruszenia praw do własności intelektualnej i przemysłowej	260
9.2.5.	Ograniczenie odpowiedzialności	262
9.3.	Nieprzewidywalne warunki fizyczne	263
9.4.	Siła Wyższa	267
9.5.	Odpowiedzialność odszkodowawcza a kary umowne	273
9.4.	Okres Zgłaszania Wad, rękojmia za wady i gwarancja jakości	278
9.4.1.	Okres Zgłaszania Wad vs rękojmia za wady	278
9.4.2.	Rękojmia za wady vs gwarancja	282
10.	ODSTĄPIENIE OD UMOWY	283
10.1.	Konstrukcja ustawowego i umownego prawa odstąpienia	283
10.2.	Odstąpienie przez zamawiającego	287
10.2.1.	Odstąpienie przez Zamawiającego na podstawie warunków FIDIC	287
10.2.2.	Odstąpienie przez Zamawiającego na podstawie PZP	293
10.2.	Zawieszenie prac przez wykonawcę na podstawie warunków FIDIC	294
10.3.	Odstąpienie przez wykonawcę na podstawie warunków FIDIC	295
10.4.	Prawo odstąpienia przez syndyka od umowy wzajemnej	298
11.	ROSZCZENIA STRON I ROZSTRZYGANIE SPORÓW	301
11.1.	Charakter prawny i powstanie roszczenia	301

11.2. Terminy umowne powiadomienia o roszczeniu a orzecznictwo.....	302
11.3. Procedura zgłaszania roszczeń.....	308
11.4. Postępowanie przed komisją rozjemstwa w sporach	312
11.5. Postępowanie przed komisją a arbitraż i prawo do sądu.....	318
WYKAZ AKTÓW PRAWNYCH.....	326
WYKAZ LITERATURY.....	329

Wykaz skrótów

- Decyzja ULLK** – decyzja o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej
- Decyzja ZRID** – decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej
- FIDIC** – Międzynarodowa Federacja Inżynierów Konsultantów, FIDIC (fr: Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils)
- GDDKiA** – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad
- Czerwona Księga FIDIC** – Warunki Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego. Pierwsze wydanie angielsko-polskie COSMOPOLI 2000 (tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999), SIDiR 200
- JEDZ** – Jednolity Europejski Dokument Zamówienia
- KC** – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740)
- KIO** – Krajowa Izba Odwoławcza
- Konstytucja RP** – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78 poz. 483)
- KPA** – Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 735)
- KPC** – Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805)
- NSA** – Naczelny Sąd Administracyjny
- Nowe warunki FIDIC z 2017 r.** – Warunki Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę, 1. Wydanie polskie 2019 (tłumaczenie 2. wyd. 2017)
- nPZP/sPZP** – ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129)/ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843)
- PGRP** – Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej
- Prawo autorskie** – ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1062)

- Prawo budowlane** – ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 235)
- Prawo ochrony środowiska** – ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. z 2021 r. poz. 1973)
- Prawo restrukturyzacyjne** – Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne (t.j. Dz. U. z 2021, poz. 1588)
- Prawo upadłościowe** – Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1228)
- SIDiR** – Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców
- SN** – Sądy Najwyższy
- Specustawa COVID-19** – ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2095)
- Specustawa drogowa** – ustawa z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1363)
- Srebrna Księga FIDIC** – Warunki Kontraktu na realizację EPC/pod-klucz. COSMOPOLI Wydanie angielsko-polskie 2000 (tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999), SIDiR 2000
- STWiORB** – specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych
- SWZ/SIWZ** – specyfikacja warunków zamówienia, specyfikacja istotnych warunków zamówienia
- Ustawa o.o.ś.** – ustawa z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2373)
- UZP** – Urząd Zamówień Publicznych
- WWiORB** – warunki wykonania i odbioru robót budowlanych
- Żółta Księga FIDIC** – Warunki Kontraktowe dla Urzędzeń oraz Projektowania i Budowy dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez Wykonawcę. Pierwsze wydanie angielsko-polskie COSMOPOLI 2000 (tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999), SIDiR 2000

Wprowadzenie

Warunki kontraktowe FIDIC (tzw. warunki ogólne kontraktu), jak doskonale wiadomo praktykom, stanowią wystandaryzowane wzorce ogólne, uwzględniające najistotniejsze, typowe postanowienia kontraktów budowlanych. Zostały opracowane na podstawie wieloletnich doświadczeń specjalistów z branży przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (FIDIC)¹. Wraz z tzw. Aktem Umowy oraz opracowanymi przez strony warunkami szczególnymi kontraktu, które dostosowują kontrakt do wymogów i realiów konkretnej inwestycji, oraz Wymaganiami Zamawiającego, względnie dokumentacją projektową tworzą kontrakt budowlany (umowę cywilnoprawną w zakresie realizacji obiektu budowlanego).

Warunki kontraktowe FIDIC dzielą się zasadniczo na klasyczne kontrakty typu Wybuduj (Build only) oraz Zaprojektuj i wybuduj (Design and Build), a także bardziej złożone kontrakty o generalną realizację inwestycji, z uwzględnieniem wykonania nie tylko projektu oraz robót budowlanych, ale i dostaw w ramach realizacji obiektu gotowego do użytkowania (EPC – engineering/procurement/constuction, inaczej „pod klucz” – turnkey). W przypadku pierwszym warunki ogólne stanowi tzw. Czerwona Księga FIDIC, w drugim Żółta Księga FIDIC, a w trzecim Srebrna Księga FIDIC. Pierwotna wersja warunków kontraktowych pochodzi z 1999 r. i to ta wersja była dotychczas powszechnie stosowana na gruncie zamówień publicznych. W 2017 roku FIDIC wprowadził nowe warunki kontraktowe, w których udoskonalono i rozwinięto wiele klauzul budzących praktyczne wątpliwości. Warunki te dopiero czekają na upowszechnienie, a strony często rezygnują z ich wykorzystania właśnie z uwagi na ich rozbudowany charakter. W niniejszym opracowaniu uwaga zostanie skupiona na dwóch

¹ FIDIC – fr. Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils – Międzynarodowa Federacja Inżynierów Konsultantów – organizacja międzynarodowa założona w 1913 roku przez reprezentantów z Belgii, Francji i Szwajcarii. Do jej celów należy definiowanie i popularyzacja standardów w branżach technologicznych, reprezentacja niezależnych inżynierów konsultantów na arenie międzynarodowej, podnoszenie ich kwalifikacji oraz wspieranie wymiany wiedzy i działalności przedsiębiorstw świadczących usługi w zakresie technologii. Za: https://pl.wikipedia.org/wiki/Mi%C4%99dzynarodowa_Federacja_In%C5%BCynier%C3%B3w_Konsultant%C3%B3w

rodzajach najpowszechniej stosowanych warunków kontraktowych, a mianowicie Czerwonej i Żółtej Księdze FIDIC z 1999 r., ze wskazaniem ewentualnych istotnych różnic na gruncie warunków z 2017 r. Dodatkowo, na przykładzie zamawiającego publicznego – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – przeanalizowana zostanie specyfika stosowanych w warunkach polskich warunków szczególnych kontraktu, z uwzględnieniem wprowadzenia przez GDDKiA w ostatnim czasie nowych wzorcowych warunków szczególnych w oparciu o nowe warunki ogólne FIDIC z 2017 r.² Wiele opracowań dotyczących warunków kontraktowych FIDIC nie ma dużej wartości praktycznej, bowiem odnosi się tylko do warunków ogólnych, nie dokonując analizy stosowanych w praktyce warunków szczególnych i wynikających z nich implikacji. Niniejsze opracowanie ma również za zadanie wypełnić tę lukę.

Typową charakterystykę warunków ogólnych kontraktu i jednocześnie ich najcenniejszą cechę stanowi zrównoważenie ryzyk i odpowiedzialności między zamawiającym i wykonawcą, umożliwiające ukończenie inwestycji z sukcesem dla obu stron. Warto bowiem pamiętać, że proces inwestycyjny, zwłaszcza ten wysokonakładowy, rozłożony na kilka lat, wiąże się z powstaniem licznych, często nieprzewidywalnych ryzyk, takich jak zmiana cen materiałów i surowców, opóźnienia organów, czy też konieczność wykonania nieprzewidzianych robót dodatkowych. Warunki kontraktowe FIDIC kładą bardzo istotny nacisk na sprawiedliwe rozłożenie przedmiotowych ryzyk między zamawiającym i wykonawcą. Założeniem dobrze skonstruowanego kontraktu budowlanego bowiem jest, aby zamawiający otrzymał należycie i terminowo wykonany obiekt budowlany, a wykonawca otrzymał odpowiednie wynagrodzenie, uwzględniające zysk i nie poniósł straty.

W ostatnich jednak latach zarysowało się na gruncie polskiej praktyki, zwłaszcza w sferze zamówień publicznych, gdzie warunki kontraktowe FIDIC są stosowane najszerzej, bardzo niekorzystne zjawisko zachwiania powyższej równowagi na korzyść zamawiającego. Wynikało to przede wszystkim z identyfikowaniem wszelkich ryzyk kontraktowych i przerzucaniem ich na wykonawcę poprzez modyfikację lub usuwanie fragmentów, a nawet całych klauzul warunków ogólnych FIDIC korzystnych dla wykonawcy w ramach dostosowania kontraktu na mocy warunków szczególnych. Działanie to, zwłaszcza wśród zagranicznych wykonawców występujących w przetargach publicznych i mających doświadczenia z innych krajów unijnych, spotkało się z uzasadnioną dezaprobatą. Stwierdzano nawet z niejakim przekąsem, choć nie bez racji, że na gruncie zamówień publicznych

² Wzorcowe szczególne warunki kontraktowe GDDKiA można pobrać pod adresem: <https://www.gov.pl/web/gddkia/wzorcowe-dokumenty-kontraktowe-wdk-dla-systemow-projektuj-i-buduj-i-umowy-wskaznikowe>

obowiązuje „polski FIDIC”, co miało oznaczać, że warunki ogólne były tak dalece modyfikowane, że w zasadzie nie przypominają już zbytnio pierwowzoru³.

Powyższe wynikało z pokutującego do dziś przekonania wielu zamawiających, ale i prawników wspierających działania inwestycyjne w sektorze publicznym, że dobry kontrakt budowlany to kontrakt identyfikujący i neutralizujący należycie wszystkie ryzyka zamawiającego, kosztem wykonawcy. Jakkolwiek przekonanie to wynikało z dobrych intencji należytego zabezpieczenia interesu publicznego i oszczędnego gospodarowania środkami publicznymi, w praktyce mogło jednak prowadzić do skutków odwrotnych do zamierzonych. Warunki kontraktowe FIDIC powstały na podstawie wieloletnich doświadczeń inwestycyjnych w krajach zachodnich (w tym zwłaszcza anglosaskich), o znacznie dłuższym stażu gospodarki kapitalistycznej. W krajach tych, nawet w sferze publicznej dominuje przekonanie, że choć niewątpliwie istnieje potrzeba zabezpieczenia interesu publicznego, to ostatecznie sukces realizacji inwestycji musi się wiązać zarówno z sukcesem zamawiającego, jak i wykonawcy. Ostatnia fala zejść z budów przez wykonawców ważnych, publicznych inwestycji (zwłaszcza dróg ekspresowych) w Polsce, wynikająca z powszechnego stosowania wynagrodzenia ryczałtowego w zderzeniu z niespotykanym dotąd wzrostem cen materiałów i robocizny, a także powiązana z brakiem adekwatnych mechanizmów waloryzacyjnych w kontraktach, uświadomiła stronie publicznej pilną konieczność zmiany dotychczasowego paradygmatu. Dla zamawiającego odstąpienie od umowy, wymuszone przez bierność wykonawcy, który nie chce ponosić wielomilionowej straty w wyniku dalszej realizacji kontraktu niedającego mechanizmów podniesienia wynagrodzenia, oznacza konieczność rozpisania nowego przetargu. W wyniku zaś drastycznego wzrostu cen materiałów i kosztów robocizny, nowy koszt realizacji inwestycji jest zazwyczaj znacznie wyższy od pierwotnego, pomimo przeprowadzenia konkurencyjnej procedury przetargowej. Z powyższego jasno wynika, że dla zamawiającego korzystniejszym byłoby utrzymanie dotychczasowego kontraktu i jego dalsza realizacja z uwzględnieniem odpowiedniego zwiększenia wynagrodzenia dla wykonawcy tak, by nie ponosił od straty w wyniku przerwania na niego wszelkich istotnych ryzyk kontraktowych.

Powyższa potrzeba została dostrzeżona przez ustawodawcę przy wprowadzaniu nowej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. W ramach przepisów dotyczących umowy o zamówienie publiczne podkreślono nie tylko wagę współdziałania stron przy realizacji umowy, ale i wprowadzono korzystne dla wykonawców wymogi w odniesieniu do treści umów o zamówienie publiczne. Dotyczy to zwłaszcza waloryzacji dla umów o roboty budowlane lub usługi na okres dłuższy niż 12 miesięcy, a także, co niezwykle istotne, uregulowania zakaz

³ A. Hajda, *Czy „FIDIC” to jeszcze „FIDIC” (w Polsce)?* Biuletyn Konsultant, Nr 21 2011, s.14.

stosowania określonych, szczególnie niesprawiedliwych dla wykonawców klauzul umownych (tzw. klauzul abuzywnych, na kształt obrotu konsumenckiego). Zakazane klauzule umowne obejmują uregulowanie w umowie: odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia; naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem; odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający oraz możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Dostrzeżono tym samym i usankcjonowano w systemie prawnym to, że słabszą stroną kontraktu nie jest wyłącznie konsument w relacji z przedsiębiorcą, ale i wykonawca zamówienia publicznego względem zamawiającego. Wymaga on zatem przynajmniej minimalnego poziomu ochrony w relacji z zamawiającym, który ma nad nim przewagę kontraktową. Zasadniczo zamówienie publiczne jest bowiem typem umowy adhezyjnej, to jest takiej, do której wykonawca przystępuje bez możliwości negocjacji jej postanowień. Potrzeba pozyskania lukratywnych zamówień o pewnym finansowaniu publicznym wymusza na wykonawcach godzenie się na bardzo częstokroć niekorzystne warunki, co w praktyce naraża ich na straty zamiast zysku i niezrządkiem upadłość. Nowe prawo zamówień publicznych ma na celu istotne ograniczenie tego zjawiska.

W warunkach polskich najważniejszym zamawiającym stosującym warunki kontraktowe FIDIC jest, obok PKP PLK S.A., Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad. Wprowadzenie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych stało się przyczynkiem do wprowadzenia istotnych zmian dostosowawczych we wzorcowych warunkach szczególnych GDDKiA oraz opracowania ich na bazie warunków ogólnych FIDIC z 2017 r. Proces ten miał miejsce w ścisłej współpracy z SIDiR⁴ jako wyłącznym reprezentantem FIDIC w Polsce.

Warto w tym kontekście oddać głos uczestnikowi negocjacji z GDDKiA z ramienia SIDiR Michałowi Skorupskiemu: „Nadrzędnym celem prowadzonych rozmów była konieczność minimalizacji ryzyka dla dobrych oferentów. Jest ona konieczna, jako że przerzucanie ryzyka realizacji umowy na wykonawcę może być korzystne dla pojedynczego wykonawcy, ale zarazem zgubne dla gospodarki jako całości. System działa następująco: do przetargu na realizację kontraktu obciążonego dużym ryzykiem startują różni wykonawcy. Część z nich próbuje wycenić ryzyko i składa ofertę z doliczoną premią za ryzyko – wynoszącą z reguły kilkadziesiąt procent. Niektórzy oferenci nie doliczają jednak ryzyka, zakładając, że będą składać roszczenia i prowadzić spory w razie, gdy ryzyka się

⁴ SIDIR – Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców, <https://sidir.pl/o-nas/>

zmaterializują. Ponieważ dominują kryteria cenowe, oferty z wliczoną premią za ryzyko są niekonkurencyjne. Wygrywa podmiot poszukujący szans w polityce roszczeniowej i prowadzeniu sporów. Zarządzanie roszczeniami stało się koniecznością biznesową, przy czym niekiedy okazało się też przekleństwem dla firm, które robiły to nieumiejętnie. Aby roszczenie zostało uwzględnione musi przede wszystkim opierać się na udowodnionych okolicznościach i być dobrze wyliczone – w wymiarze czasowym i kosztowym. Tymczasem wiele podmiotów w ostatnich latach składało roszczenia w złej wierze – prowadząc spory po to, żeby przekonywać o lepszym wyniku na kontrakcie nawet swoich akcjonariuszy. Zatem nasz cel był prosty do przewidzenia – tak daleko jak to jest możliwe wrócić do zasad FIDIC, aby umożliwić uczciwą konkurencję podmiotom rzetelnym, i aby każdy z oferentów w przetargu na roboty budowlane nie musiał wyliczać (zgadywać) premii na ryzyko. Wówczas przy prawidłowo zarządzanym kontrakcie przez odpowiednio wykwalifikowanego inżyniera będzie możliwe uzgadnianie ewentualnych modyfikacji czasu, zakresu i ceny kontraktowej – na równych zasadach wobec każdego podmiotu, który wygra dany przetarg”⁵.

Wspólne wysiłki na rzecz stworzenia bardziej sprawiedliwych dla wykonawców warunków szczególnych zaowocowały licznymi rozwiązaniami przywracającymi zachwianą równowagę między zamawiającym publicznym a wykonawcą. Niewątpliwie jest to znaczący krok w dobrą stronę i wielka zasługa SIDiR oraz otwartości kierownictwa GDDKiA na zmiany. W niedalekiej perspektywie zawieranie kontraktów na realizację dróg publicznych w nowej formule najpewniej potwierdzi efektywność tego podejścia i ograniczy liczbę przypadków przedwczesnego zerwania kontraktu w wyniku odstąpienia. Z uwagi na doniosłość wypracowania nowych warunków szczególnych GDDKiA dla powszechnej praktyki zamawiających w kontekście nowej ustawy PZP, jak i na podstawie nowych warunków kontraktowych FIDIC z 2017 r., w niniejszej książce zostaną omówione kluczowe zmiany w stosunku do stanu dotychczasowego.

Niezależnie od sukcesu SIDiR w przywróceniu równowagi między zamawiającym a wykonawcą na gruncie warunków szczególnych GDDKiA, wydaje się, iż wiele jeszcze w tym zakresie pozostało do zrobienia. W dalszym ciągu wielką bolączką zamówień publicznych są przedłużające się procedury wydawania Poleczeń Zmiany oraz zawarcia aneksu do umowy o zamówienie publiczne na tej podstawie. Nadal brak jest przy tym powszechnej świadomości, że na gruncie zamówień publicznych wydanie przez Inżyniera Poleczenia Zmiany bezwzględnie musi być usankcjonowane aneksem do umowy. Wynika to z faktu, że na gruncie zamówień publicznych, z uwagi na konkurencyjny tryb zawierania umów,

⁵ <https://home.kpmg/pl/pl/home/insights/2017/02/nowe-warunki-kontraktu-fidic-negocjacje-z-gddkia-michal-skorupski.html>

zobowiązanie wykonawcy odpowiada ściśle (jest tożsame) złożonej przez niego ofercie. Oznacza to także, że aneks powinien być zawierany *ex ante*, przed wykonaniem robót i poniesieniem kosztu, a nie *ex post*. O ile na gruncie kontraktów prywatnych sama instytucja Polecenia Zmiany wydaje się wystarczać do modyfikacji przedmiotu umowy, o tyle brak aneksu do umowy o zamówienie publiczne jest bezwzględnie przeszkodą dla wykonawcy do realizacji dalszych prac, dla których wprowadzenie zmiany jest niezbędne. Jeśli zmiana dotyczy etapu projektowego, to przykładowo wykonawca będzie nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany nie składać wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę (lub odpowiednio decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej). Do momentu usunięcia tejże przeszkody, wykonawca nie jest odpowiedzialny za jakiegokolwiek opóźnienie, a zamawiający nie może się domagać kar umownych z tego tytułu, traci więc wszelki wpływ na tempo realizacji kontraktu. W praktyce jednak dochodzi do wielomiesięcznego opóźnienia nie tylko zawarcia aneksu, ale i nawet wydania samego Polecenia Zmiany. Wykonawcy zaś obawiają się podnosić istnienie przeszkody w realizacji i w obawie o zerwanie kontraktu przez zamawiającego z ich winy godzą się na realizację wartych często wiele milionów robót dodatkowych bez jakichkolwiek gwarancji finansowych. Wykonawca nie może mieć bowiem pewności, czy Inżynier uznaje te roboty za zmianę, czy też uznaje, że objęte są pierwotnym zakresem umowy. Do tego dochodzi ryzyko kwestionowania przez Inżyniera Kontraktu lub Zamawiającego przyjętych rozwiązań projektowych i wykonawczych. To z kolei w praktyce powoduje, że ostatecznie aneks nie zostaje zawarty, a wykonawcy pozostaje jedynie wieloletnie dochodzenie zwrotu poniesionych kosztów w ramach odszkodowania, o ile można Zamawiającemu przypisać winę, a jeśli nie, to tylko z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, a zatem bez zysku. Zamawiający tym samym realizują swoje cele na swoisty kredyt zaciągnięty u wykonawców, którzy niejednokrotnie nie odzyskują swoich należności, bo wcześniej zmuszeni są ogłosić upadłość.

Innym narastającym problemem, który już wkrótce może zaowocować precedensowymi procesami, jest systemowe pomijanie w ramach zamówień publicznych klauzul dających podstawę do domagania się przez wykonawców kosztów ogólnych w przypadku zawarcia aneksu przedłużającego termin wykonania umowy (przedłużenie tzw. Czasu na Ukończenie w nomenklaturze FIDIC). Jest faktem oczywistym, lecz często niedostrzeżanym, że nie sposób jest realizować jakiegokolwiek roboty budowlanej bez ponoszenia kosztów ogólnych. Koszty ogólne są normalnym kosztem każdej roboty budowlanej wynikającym z samego faktu, że trwa ona w czasie. Warunki kontraktowe FIDIC zawierają wiele standardowych klauzul umownych, gdzie dla określonych ryzyk powstaje dla wykonawcy roszczenie o tzw. Koszt oraz o przedłużenie Czasu na Ukończenie. W praktyce jednak podstawowym problemem jest definicja owego Kosztu, która nie pozwala

przyjąć, że wykonawcy poza kosztami samych robót przysługują także koszty ogólne związane z przedłużeniem terminu wykonania umowy. Może to powodować sprzeczność takiego kontraktu z zasadą odpłatności zamówień publicznych, bowiem wykonawca w takim przypadku realizuje na rzecz zamawiającego czynności zarządzania kontraktem i ponosi koszty stałe zupełnie nieodpłatnie. Co zdumiewające, problem ten nie został dotąd dostrzeżony przez ustawodawcę i nie został ujętych w przepisach nPZP określających minimalne wymogi co do treści umowy o zamówienie publiczne. Problem dostrzegła jednak GDDKiA, zapewne dlatego, że powszechnie spotykane opóźnienia na inwestycjach drogowych wiążą się nieuchronnie z powstaniem wielomilionowych kosztów ogólnych. Z uwagi na powyższe, GDDKiA uwzględniła w najnowszej wersji standardowych warunków szczególnych rozbudowaną definicję Kosztu, uwzględniającą koszt bezpośredni prac projektowych i robót oraz szeroko zdefiniowane, typowe koszty pośrednie (ogólne) prac projektowych i robót. Jeszcze kilka lat temu GDDKiA przyjmowała jednak, że koszty ogólne mają charakter zryczałtowany i wliczane są na podstawie oferty wykonawcy złożonej w przetargu. Jak się wydaje, a co zostanie szczegółowo przeanalizowane, pomimo podjętych wspólnie z SI-DiR cennych wysiłków definicyjnych, poprzednia koncepcja znacznie lepiej odpowiadała zasadzie odpłatności zamówień publicznych i obowiązкови zawarcia aneksu ex ante, a nie ex post. Ogólnie rzecz biorąc, można mieć zasadnicze wątpliwości, czy przyjęcie jako zasady quasi odszkodowawczego charakteru roszczeń o Koszt w FIDIC odpowiada w pełni specyfice zamówień publicznych. Jest to problem, który nie doczekał się dotąd pogłębionej refleksji i będzie przedmiotem analizy w niniejszej książce.

Na koniec wreszcie należy zadać pytanie, czy zgodne z zasadą odpłatności zamówień publicznych jest systemowe pozbawianie wykonawców w warunkach kontraktowych FIDIC (i to zresztą w ich standardowym brzmieniu) zysku w przypadku roszczeń dotyczących niektórych ryzyk kontraktowych. W takim przypadku przyznawany jest wyłącznie koszt. Wskazania wymaga jednakże, iż działalność gospodarcza wykonawców podejmowana jest w celu osiągnięcia zysku, a nie tylko pokrycia kosztów, a zamówienia publiczne są odpłatne. Jest to bardzo poważny problem praktyczny.

Z uwagi na wejście w życie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., problematyka warunków kontraktowych FIDIC zostanie w niezbędnym zakresie osadzona w kontekście nowych regulacji. Nie zostanie jednak pominięta problematyka dotychczasowej ustawy z 2004 r., bowiem w dalszym ciągu realizowanych jest na jej podstawie wiele kontraktów budowlanych, spośród których znaczna ich liczba wkracza właśnie w fazę rozpatrywania roszczeń wykonawcy i składania pozwów sądowych. Pamiętać przy tym należy, że nowa ustawa, jak podkreślają jej twórcy, nie stanowi rewolucji, lecz ewolucję w kierunku