

FIDIC w umowach o zamówienia publiczne

Dariusz Koba



Umowy w sprawach zamówień publicznych

Do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Art. 139 ust. 1 Pzp.

Umowy wzajemne

Umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Art. 487.

Zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić. Art. 353.

Zasada swobody umów

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. Art. 353.

Dodatkowo, umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może być sprzeczna z przepisami ustawy Pzp.

Umowa o roboty budowlane

Przez umowę o roboty budowlane

1) **wykonawca** zobowiązuje się do:

- oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej,

2) **inwestor** zobowiązuje się do:

- dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do
- odebrania obiektu i
- zapłaty umówionego wynagrodzenia. Art. 647.

W razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Art. 649.

Umowa rezultatu

Jeżeli Wykonawca zobowiązany jest do:

- oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej

to:

- musi wykonać wszelkie prace (roboty) niezbędne do oddania obiektu, niezależnie od tego, czy były, czy nie przewidziane przed zawarciem umowy

Umowa rezultatu

Jeżeli Wykonawca zobowiązany jest do:

- oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej

a:

- w trakcie realizacji okazuje się, że nie można wykonać prac zgodnie z projektem lub zasadami wiedzy technicznej

to:

- Wykonawca nie może zaprzestać realizacji obiektu i nie może prowadzić prac niezgodnie z projektem lub zasadami wiedzy technicznej

Zawiadomienie inwestora o przeszkodach

Jeżeli:

- dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, (...) nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo
- znajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót,

wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora. Art. 651.

Zmiany projektowe

Jeżeli wykonawca zawiadomi inwestora o przeszkodach, powinien on:

- **zażądać od projektanta zmiany projektu w celu dostosowania go do prawidłowego wykonania robót:** Do podstawowych obowiązków projektanta należy: (...) sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu w zakresie: (...) uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego. Art. 20 PrBud.

oraz

- **dostarczyć wykonawcy zmienioną dokumentację w celu ukończenia obiektu**

Zmiany projektowe

Jeżeli po uzyskaniu pozwolenia na budowę zachodzi konieczność zmiany projektu budowlanego, to:

- **istotne odstępienie** od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę jest dopuszczalne jedynie po uzyskaniu decyzji o zmianie pozwolenia na budowę (art. 36a PrBud)
- **w razie zmian nieodstępujących w sposób istotny** od zatwierdzonego projektu lub warunków pozwolenia na budowę, dokonanych podczas wykonywania robót, (...) należy dołączyć kopie rysunków wchodzących w skład zatwierdzonego projektu budowlanego, z naniesionymi zmianami, a w razie potrzeby także uzupełniający opis (art. 57 PrBud)

Polecenie zmiany (kl 13.1)

Każda zmiana może obejmować:

- **Zmiany ilości każdego elementu roboty objętej kontraktem (jakkolwiek taka zmiana niekoniecznie stanowi Zmianę)**
- **Zmianę jakości i innych cech charakterystycznych któregośkolwiek elementu roboty**
- **Zmianę poziomu, pozycji i/lub wymiarów którejkolwiek części Robót**
- **Pominięcie jakiegokolwiek roboty (...)**
- **Wszelkie dodatkowe roboty, Urządzenia, Materiały lub usługi konieczne dla Robót Stałych (...)**
- **Zmiany w kolejności i terminach wykonywania Robót.**

Polecenie zmiany (kl 13.1)

Zmiana może obejmować tylko zmiany konieczne dla Robót Stałych, a więc niezbędne do oddania obiektu wykonanego zgodnie z projektem – po ewentualnych zmianach – oraz zasadami wiedzy technicznej.

Wynagrodzenie kosztorysowe

Przez analogię stosujemy przepisy właściwe dla umów o dzieło:

Jeżeli w toku wykonywania dzieła zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, a zestawienie sporządził zamawiający, przyjmujący zamówienie może żądać odpowiedniego podwyższenia umówionego wynagrodzenia (art. 630. 1. Kc).

Odpowiednie podwyższenie wynagrodzenia wg kl 12.3

Odpowiednia stawka lub cena dla każdego elementu robót winna być taka, jaka została zatwierdzona w Kontrakcie dla tego elementu lub, jeśli takiego nie ma, to ustalona dla podobnej roboty.

Każda nowa stawka lub cena winna być pochodną elementów odnośnych stawek lub cen ustalonych w Kontrakcie z uzasadnionymi korektami.

Jeżeli dla wyprowadzenia nowej stawki lub ceny brak jest podstaw w Kontrakcie, to należy ją wyliczyć na mocy uzasadnionego Kosztu wykonania takiej roboty wraz z umiarkowanym zyskiem, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności towarzyszące.

Wykonawca w ciągu 28 dni po Dacie Rozpoczęcia dostarczy Inżynierowi proponowany podział każdej kwoty ryczałtowej zawartej w Wykazach (kl. 14.1).

Wykonanie zobowiązań

Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie:

- zgodnie z jego treścią i
- w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz
- zasadom współżycia społecznego, a także
- w sposób odpowiadający ustalonym zwyczajom - jeżeli istnieją w tym zakresie.

W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Art. 354.

Należyta staranność

Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność).

Należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Art. 355.

Odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania

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. Art. 471.

Jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności. Art. 472.

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. Art. 473.

Zakres odszkodowania

Zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. W powyższych granicach, w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, (*damnum emergens*) oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono (*lucrum cessans*). Art. 361.

Jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia winy obu stron. Art. 362.

Zwłoka dłużnika

Dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie (...) Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Art. 476.

W razie zwłoki dłużnika wierzyciel może żądać, niezależnie od wykonania zobowiązania, naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki. Art. 477.

Zwłoka wierzyciela

W razie zwłoki wierzyciela dłużnik może żądać naprawienia wynikłej stąd szkody (...) Wierzyciel dopuszcza się zwłoki, gdy bez uzasadnionego powodu

- uchyla się od przyjęcia zaofiarowanego świadczenia,
- odmawia dokonania czynności, bez której świadczenie nie może być spełnione,
- oświadcza dłużnikowi, że świadczenia nie przyjmie. Art. 486.

Zwłoka jednej ze stron

Jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Może również bądź bez wyznaczenia terminu dodatkowego, bądź też po jego bezskutecznym upływie żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki. Art. 491.

Kara umowna

Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się ze zobowiązania przez zapłatę kary umownej. Art. 483.

W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszące wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Art. 484.

Zwrot kosztów

Jeżeli Wykonawca dozna uszczerbku i/lub poniesie koszt na skutek:

- nieprzewidywalnych warunków fizycznych (klauzula 4.12)
- wykopalisk (klauzula 4.24)
- zawieszenia pracy przez Inżyniera (klauzula 8.9)
- zmian stanu prawnego (klauzula 13.7)
- siły wyższej (klauzula 19.4)

to będzie on uprawniony do:

- a) przedłużenia czasu na ukończenie, jeśli ukończenie jest lub przewiduje się, że będzie opóźnione
- b) płatności za jakikolwiek taki koszt.

Zwrot kosztów plus utracony zysk

Jeżeli Wykonawca dozna uszczerbku i/lub poniesie koszt na skutek:

- opóźnienia rysunków (klauzula 1.9)
- opóźnienia przekazania terenu budowy (klauzula 2.1)
- błędów w elementach odniesienia (klauzula 4.7 Wytyczenie)
- opóźnienia w dokonywaniu prób, za które odpowiada Zamawiający (klauzule 7.4 i 10.3)
- zawieszenia pracy przez Wykonawcę z powodów leżących po stronie Zamawiającego (klauzula 16.1)
- użytkowanie lub zajęcie przez Zamawiającego jakiegokolwiek części robót (klauzula 17.3 pkt f)
- projektowania jakiegokolwiek części robót przez personel Zamawiającego lub inne osoby, za które Zamawiający jest odpowiedzialny (klauzula 17.3 pkt f)

to będzie on uprawniony do:

- a) przedłużenia czasu na ukończenie, jeśli ukończenie jest lub przewiduje się, że będzie opóźnione
- b) płatności za jakikolwiek taki koszt plus rozsądny zysk.

Zasady określania odszkodowania

FIDIC

Zwrot kosztów (*damnum emergens*) – sytuacje, za które Zamawiający odpowiedzialności nie ponosi

Zwrot kosztów i utraconych korzyści (*damnum emergens + lucrum cessans*) – sytuacje, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający

KC

W braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł (*damnum emergens*) oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono (*lucrum cessans*).

Wniosek

Określone w warunkach FIDIC:

- **zakres przedmiotu umowy o roboty budowlane**
 - **zasady kształtowania wynagrodzenia kosztorysowego**
 - **zasady odpowiedzialności stron umowy**
- są zgodne z przepisami Kodeksu cywilnego.**

Art. 140

Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 144

Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1 podlega unieważnieniu.

Tożsamość świadczenia (art. 139)

Składając ofertę wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej

Zakaz wprowadzania zmian (art. 144)

Składając ofertę wykonawca zna zasady wprowadzania ewentualnych zmian zakresu, terminu i wynagrodzenia określone w warunkach umowy (Kontraktu)

Celem obu przepisów jest zapobieżenie zмовie zamawiającego z jednym z wykonawców polegającej na tym, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia wykonawca składa ofertę najkorzystniejszą, natomiast po wyborze jego oferty (dokonanym zgodnie z ustawą) umowa jest zawierana lub zmieniana w taki sposób, że ograniczane są zobowiązania wykonawcy lub rozszerzane są jego uprawnienia. W takiej sytuacji mogłoby dojść do naruszenia zasad, gdyż inni wykonawcy – gdyby wiedzieli o tym, że zamierzona umowa zostanie w taki sposób zmieniona – mogliby złożyć inne, korzystniejsze dla zamawiającego oferty. Potwierdzeniem tego toku rozumowania są wyroki wydane przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości, w szczególności C-454/06 P *Pressetext Nachrichtenagenturen* oraz C-496/99 *Succhi di Frutta* oraz projekt nowej dyrektywy.

W sytuacji, gdy wszyscy wykonawcy składając oferty znają zasady, na jakich może się odbyć zmiana zakresu, terminu i wynagrodzenia – nie może być podejrzenia naruszenia zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Stosowanie warunków kontraktu FIDIC jest nie tylko implementacją przepisów Kodeksu cywilnego, ale również nie narusza zasad zamówień publicznych, w szczególności:

- **zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie**

oraz

- **nie dochodzi do zmiany umowy w stosunku do treści oferty, ewentualnie dochodzi do zmiany, której okoliczności i warunki zostały szczegółowo określone w umowie.**