



OGÓLNOPOLSKIE STOWARZYSZENIE KONSULTANTÓW ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4

e-mail: biuro@oskzp.pl

Warszawa, dnia 27.08.2012 r.

**Pan Jacek Sadowy
Prezes
Urząd Zamówień Publicznych**

Uwagi Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych do projektu Umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczące obiektów liniowych przygotowanego przez Urząd Zamówień Publicznych

Pomysł opracowania wzorów umów zawieranych na podstawie Prawa zamówień publicznych należy uznać za trafiony, ponieważ bardzo wielu zamawiających nie potrafi opracować dobrego wzoru Umowy, który jest najważniejszym elementem do SIWZ. Powstaje jednak pytanie, czy należy wprowadzać na rynek nowy wzór Umowy nie sprawdzony w praktyce, czy może dopracować lub zunifikować dla potrzeb systemu zamówień publicznych np. wzór Umowy opracowany przez FIDIC. Wzór ten bowiem jest w Polsce od lat powszechnie stosowany, w szczególności w zakresie budowy obiektów liniowych, co też widać po zapoznaniu się z treścią przedmiotowego wzoru (autorzy stosują często nomenklaturę wzorców FIDIC, np. Świadcstwo Przejęcia, Przejściowe Świadcstwa Płatności, mimo iż w pkt 1.1 pojęć tych nie definiuje się, o czym szczegółowiej poniżej).

Pozwalamy sobie niniejszym zgłosić następujące uwagi i sugestie do proponowanego projektu Umowy.

Przede wszystkim należy jednoznacznie określić co jest przedmiotem Umowy, czyli jaki zakres robót jest objęty przedmiotem Umowy, a na jakie prace (roboty) należy udzielać nowych zamówień? Czy prace (roboty), które należy wykonać, aby usunąć wady dokumentacji projektowej, są przedmiotem Umowy? W omawianym wzorze odnośnie tej kwestii znajdują się następujące zapisy:

- punkt 2.1.1: - „*Przedmiotem Umowy jest wykonanie robót budowlanych, szczegółowo opisanych w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz ofercie Wykonawcy*”;
- punkt 2.1.2 „*Wykonawca zobowiązuje się wobec zamawiającego do wykonania i przekazania Zamawiającemu przedmiotu Umowy, wykonanego zgodnie z postanowieniami Umowy, dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, harmonogramem rzeczowo-finansowym, obowiązującymi przepisami, normami, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej oraz do usunięcia wszystkich wad występujących w tym przedmiocie, w okresie rękojmi za wady fizyczne oraz gwarancji jakości*” - pojęcia „zasady wiedzy technicznej” oraz „sztuka budowlana” są pojęciami tożsamymi, biorąc pod uwagę treść art. 647 kc należy używać pojęcia „zasady wiedzy technicznej”.
- punkt 5.2.1. „*Wykonawca wykonuje przedmiot zamówienia zgodnie z Umową, dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, poleceniami nadzoru inwestorskiego, zasadami sztuki budowlanej i współczesnej wiedzy technicznej oraz ustawy Prawo budowlane i innymi obowiązującymi: ustawami i aktami wykonawczymi do ustaw, normami, przepisami i odpowiednimi aprobatami*”.
- punkt 5.2.2.4 „*Wykonawca zobowiązany jest do: wykonania robót oraz innych czynności objętych przedmiotem Umowy zgodnie z właściwymi przepisami prawa oraz z zasadami sztuki budowlanej, aktualnym stanem wiedzy fachowej, technicznej i technologicznej*”.

Powyższe zapisy nie rozstrzygają jednoznacznie, co jest przedmiotem Umowy, czy tylko roboty „szczegółowo opisane w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz ofercie Wykonawcy”, jak to określa punkt 2.1.1, czy także roboty wynikające z „obowiązujących przepisów, norm, zasad wiedzy

technicznej, jak to określają punkty 5.2.1 oraz 5.2.2.4? Na tym tle powstaje także pytanie o przedmiot robót dodatkowych i uzupełniających? (brak w Umowie definicji tychże robót, pozwalającej w szczególności na rozróżnienie robót dodatkowych od uzupełniających).

Zgodnie z art. 140 ust. 3 Pzp Umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ. Tym samym określenie zakresu Umowy ma fundamentalne znaczenie dla określenia tego, co można, a czego nie można wykonać i rozliczyć w ramach zawartej Umowy. Jeżeli intencją piszącego projekt Umowy było, aby w ramach Umowy można było rozliczyć zakres konieczny do oddania obiektu liniowego do użytkowania zgodnie z przepisami i zasadami wiedzy technicznej, to w obecnym brzmieniu Umowy tego nie osiągnął.

- punkt 4.3. - Zmiany zakresu robót.

4.3.1. „Zamawiający jest uprawniony polecić Wykonawcy dokonanie zmian niezbędnych dla wykonania Umowy, dotyczących w szczególności:

4.3.1.1. wykonania robót wynikających z projektu budowlanego lub zasad wiedzy technicznej, a nie wyszczególnionych w przedmiarach robót”. Punkt 1.1.31 podaje definicję „projektu budowlanego”: - „projekt budowlany w rozumieniu ustawy Prawo budowlane zatwierdzony przez właściwy organ pozwoleniem na budowę. Projekt budowlany obejmuje również wszystkie późniejsze zmiany, jakie w trybie przewidzianym w ustawie Prawo budowlane mogą lub muszą zostać wprowadzone do projektu budowlanego podczas realizacji procesu budowlanego oraz decyzje, zgody, uzgodnienia opinie i pozwolenia niezbędne w celu uzyskania pozwolenia na budowę” - jaki rodzaj zmian może wynikać z zasad wiedzy technicznej?. Prawo zamówień publicznych nie określa w żadnym z przepisów, jakie zmiany „mogą lub muszą zostać wprowadzone do projektu budowlanego podczas realizacji procesu budowlanego” - zastosowanie może mieć jedynie art. 144 ust. 1 Pzp, jako przepis ogólny, ale zgodnie z nim to w Umowie powinny być określone warunki jej zmiany. Czy, biorąc pod uwagę powyższe zapisy wzoru Umowy, roboty niezbędne do usunięcia wad dokumentacji projektowej, które to wady wynikają z zasad wiedzy technicznej, są objęte przedmiotem niniejszej Umowy, czy też muszą być zawierane nowe Umowy (zamówienia)?

- 4.3.1.2. „wykonania rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej”, - czy roboty wynikające z tych rozwiązań są objęte przedmiotem niniejszej Umowy, czy też muszą być zawierane nowe Umowy (zamówienia)?
- 4.3.1.3. „pominięcia robót, które podczas wykonywania Umowy stały się zbędne,
- 4.3.1.4. wykonania nieprzewidzianych robót niezbędnych do wykonania Umowy”. - Co to są roboty nieprzewidziane? Czy są to „prace (roboty) dodatkowe”, o których mowa w art. 630 § 1 k.c.?
- 4.3.2. „W następstwie ww. poleceń Zamawiającego, odpowiedniej zmianie może ulec termin wykonania robót lub etapów robót oraz wysokość wynagrodzenia Wykonawcy” – brak w Umowie zasad obliczania zmieniającego się wynagrodzenia.
- 4.3.3. „Jeżeli zajdzie konieczność wykonania robót uzupełniających, Inspektor Nadzoru Inwestorskiego oraz Kierownik Budowy sporządzą protokół konieczności wykonania robót uzupełniających, określający zakres rzeczowy tych robót”. - co to są roboty uzupełniające?
- 4.3.4. „Na wykonanie robót uzupełniających Strony są zobowiązane zawrzeć odrębną Umowę na podstawie przepisów ustawy Pzp.” - Powstaje pytanie, o jaki przepis chodzi? W przepisie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp występuje pojęcie „zamówienia uzupełniające”. Poza tym, aby takich zamówień udzielić, należy to przewidzieć w ogłoszeniu i SIWZ na zamówienie podstawowe, a więc nie są to zamówienia nieprzewidywalne, a więc nie może o ich wystąpieniu decydować protokół konieczności, o którym mowa w punkcie 4.3.3 omawianego wzoru Umowy.
- 4.3.5. „Na wykonanie robót uzupełniających lub dodatkowych Strony są zobowiązane zawrzeć odrębną Umowę na podstawie przepisów ustawy Pzp”.- Powstaje pytanie, o jaki przepis chodzi? W art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp występuje pojęcie „zamówienia dodatkowe”, a nie roboty dodatkowe.
- 4.3.6. „Jeżeli zajdzie konieczność zaniechania wykonania robót objętych kosztorysem ofertowym, Inspektor Nadzoru Inwestorskiego oraz Kierownik Budowy sporządzą protokół konieczności robót zaniechanych, określający zakres rzeczowo-finansowy tych robót koniecznych.
- 4.3.8. Wprowadzone zmiany w robotach budowlanych będących przedmiotem Umowy, Wykonawca uwzględni w uaktualnionym harmonogramie rzeczowo-finansowym robót.” - Niestety Umowa nie określa, jakie roboty są jej przedmiotem i to jest głównym powodem wszystkich wątpliwości.

W naszej ocenie, Umowa winna w sposób czytelny wprowadzać możliwość zlecenia za dodatkowym wynagrodzeniem robót dodatkowych, które w Umowie należy wyraźnie odróżnić od zamówień dodatkowych. Takie zapisy pozostają w zgodności z art. 144 ust. 1 Pzp. Praktyka bowiem pokazuje, że to właśnie na tym tle dochodzi najczęściej do sporów pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, które to spory przekładają się na terminowość i jakość umów w sprawie zamówienia publicznego. Przy zbyt rygorystycznych ustawowych przesłankach udzielenia zamówień z wolnej ręki należy, w naszej ocenie, poszukiwać w postanowieniach Umownych możliwości rozwiązywania praktycznych problemów pojawiających w trakcie realizacji inwestycji.

- punkt 11 - Zmiany Umowy

W pkt 11.1.1 Umowy określono, iż możliwe jest *przedłużenie terminu wykonania robót w przypadku wystąpienia wad dokumentacji projektowej skutkującej koniecznością dokonania poprawek lub uzupełnień, jeżeli uniemożliwia to lub wstrzymuje realizację określonego rodzaju robót mających wpływ na termin wykonania Umowy*. Podobnie stanowi pkt 11.2.3 Umowy w zakresie zmiany ceny umownej. Wymaga wobec tego doprecyzowania, czy poprzez taką zmianę można zrealizować zakres robót nie opisanych wprost w dokumentacji projektowej, których konieczność wykonania wynika z zasad wiedzy technicznej. Do zasad tych autorzy Umowy odwołują się wielokrotnie. Ponownie podnosimy, iż w Umowie brak zasad rozliczania robót zamiennych. Jest to, w naszej ocenie konieczne w celu zachowania zasad jawności i przejrzystości udzielania zamówień publicznych.

W wielu publikacjach wydawanych przez jednostki odpowiedzialne za wydatkowanie środków unijnych zwraca się uwagę iż prawo Unii Europejskiej jest niezwykle restrykcyjne, co do dopuszczalnego zakresu zmian w podstawowych umowach o zamówienie publiczne, wskazując, że zmiany zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia, 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.

W szczególności zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli:

- *wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych*

oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona,

- w sposób znaczący poszerza zamówienie w zakresie, który pierwotnie nie był przewidziany,*
- modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia.*

Jednak w przypadku przewidzenia dopuszczenia takich istotnych zmian w Umowie i określeniu ich warunków prawo to ich nie zabrania. Czy wobec tego nie byłoby zasadnym dopuszczenie poszerzenia zakresu zamówienia w sposób nieznaczący w celu wykonania robót koniecznych do uzyskania zezwolenia na użytkowanie obiektu liniowego. Proponuje się ustalić w Umowie maksymalny próg istotności możliwego zwiększenia ceny umownej, w przypadku nie przewidzenia zmiany. Np. tak jak zaproponowała Komisja Europejska w Komunikacie z grudnia 2011 r.¹

„W przypadku gdy wartość modyfikacji wyrazić można w wielkościach pieniężnych, modyfikacji nie uznaje się za istotną, o ile jej wartość nie przekracza progów określonych w dyrektywach i jest niższa niż 5 % ceny pierwotnego zamówienia, pod warunkiem że modyfikacja ta nie zmienia ogólnego charakteru zamówienia. W przypadku gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość tę należy ocenić na podstawie łącznej wartości kolejnych modyfikacji.”

I zdefiniowanie czym jest zmiana ogólnego charakteru zamówienia, w przypadku przewidzenia istotnych zmian w Umowie:

„Modyfikacji umów nie uznaje się za istotne, o ile przewidziano je w dokumentach specyfikujących zamówienie w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach rewizji lub opcjach. Tego rodzaju klauzule podają zakres i charakter możliwych modyfikacji lub opcji, a także warunki, na jakich można je stosować. Nie mogą one przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter zamówienia”.

¹ Bruksela, dnia 20.12.2011 r. KOM(2011) 896 wersja ostateczna 2011/0438 (COD) Wniosek DYREKTYWA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY w sprawie zamówień publicznych (Tekst mający znaczenie dla EOG) {SEC(2011) 1585} {SEC(2011) 1586}

² Tamże

W pkt 11 a także w zapisach dot. siły wyższej nie objęto nieprzewidzianych warunków gruntowych, w tym wykopalisk. Okoliczności te nie stanowią także ryzyka Zamawiającego, co w praktyce implikuje szereg sporów. Wzorem umów FIDIC należy, w naszej ocenie, zmodyfikować katalog okoliczności, które stanowią ryzyko wykonawców.

W pkt 11.2.2 autorzy projektu Umowy dopuszczają zmiany technologiczne o ile nie powodują one zwiększenia kosztów realizacji inwestycji. Po pierwsze, nie zdefiniowano pojęcia kosztów realizacji inwestycji, jest pojęcie ceny umownej. Po drugie, w naszej ocenie jest to zbyt duże ograniczenie uniemożliwiające w większości przypadków korektę dokumentacji projektowej w sposób korzystny dla etapu eksploatacji, jakości robót i skrócenia czasu inwestycji. Nowe technologie zwykle są droższe na etapie budowy i zwracają się w dłuższym okresie eksploatacji. W naszej ocenie należałoby raczej określić zasady wyceny tych zmian.

- zapisy dotyczące ceny ofertowej.

punkt 1.1.2: - „**Cena umowna** - wynagrodzenie należne Wykonawcy za wykonanie przedmiotu Umowy wraz z usunięciem wad ujawnionych przy odbiorze końcowym lub gwarancyjnych w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości określona w Umowie na podstawie kosztorysu ofertowego złożonego wraz z Ofertą przez Wykonawcę”;

Punkt 1.1.16 „**Kosztorys ofertowy** - kosztorys sporządzony przez Wykonawcę, na podstawie dostarczonego przez Zamawiającego **przedmiaru robót**, sprawdzonego i wycenionego przez Wykonawcę w formie iloczynu ilości przedmiarowej i ceny jednostkowej, zawierający wszystkie roboty, które mają zostać zrealizowane przez Wykonawcę na podstawie Umowy, stanowiący integralny element Oferty Wykonawcy” – treść tego punktu oraz punktu 1.1.2 określa z jednej strony, że cena oferty zawiera tylko te roboty, które są wyszczególnione w przedmiarze robót, ale jednocześnie (z drugiej strony) „zawiera wszystkie roboty, które mają być zrealizowane przez Wykonawcę na podstawie Umowy”. Z zapisów tych wynika, że wszelkie prace (roboty), które nie są ujęte w przedmiarach robót, nie są przedmiotem Umowy, a więc należy na nie udzielać nowych zamówień. Czy taki był zamiar autorów Umowy ?

- zapisy dotyczące wynagrodzenia wykonawcy

punkt 8.1. „Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie kosztorysowe stanowiące iloczyn ilości wykonanych robót ustalonych na podstawie obmiarów oraz cen jednostkowych określonych przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym.” - treść tego zapisu wraz z treścią punktów 1.1.2 oraz 1.1.16 określa, że mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym opisanym w art. 630 § 1 k.c., czyli sytuacją, w której „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.” Zestawienie planowanych prac sporządził zamawiający i jest nim przedmiar robót. Jeżeli w toku wykonywania dzieła („przedmiotu Umowy”, a biorąc pod uwagę art. 140 ust. 3 Pzp - „określenia przedmiotu zamówienia” (Umowy)) zajdzie konieczność wykonania prac (robót) nieprzewidzianych w tym przedmiarze, zamawiający, na podstawie obmiarów (danych z książki obmiarów) oraz cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym, będzie wyliczał należne wykonawcy wynagrodzenie. Jak w takim razie ma się do tych zapisów zapis z punktu 1.1.16 określający, że kosztorys ofertowy „zawiera wszystkie roboty, które mają zostać zrealizowane przez Wykonawcę na podstawie Umowy”?

Następnym problemem jest jednoznaczne określenie terminu, od którego będą naliczane kary umowne za nieterminowe wykonanie przedmiotu Umowy. W omawianym wzorze odnośnie tej kwestii znajdują się następujące zapisy:

- punkt 1.1.44 „**Termin zakończenia robót** - data określona w Umowie, do której Wykonawca zobowiązany jest zakończyć wszystkie roboty objęte Umową” – brak zapisu, jaki dokument ma to potwierdzać.
- punkt 2.1.4 „**Data zakończenia** - faktyczna data zakończenia robót, stwierdzona zapisem kierownika budowy w dzienniku budowy oraz następnie potwierdzona ustaleniami protokołu odbioru końcowego robót”. - Czy liczy się data wpisu kierownika budowy, czy też podpisania protokołu odbioru robót przez komisję odbiorową?
- punkt 3.3 dot. zakończenia robót
„3.3.1 Okoliczność zakończenia robót stwierdza się w protokole odbioru końcowego robót.”

Podsumowując - Termin wykonania robót z pkt 1.1.43 i pkt 1.1.44 Termin zakończenia robót dotyczą tej samej materii, należałoby oba pojęcia połączyć lub wskazać, czym się różnią, gdzie się pokrywają. Druga definicja wydaje się zbędna wobec wcześniejszej definicji daty zakończenia, do której odwołuje się zresztą definicja terminu wykonania robót.

- punkt 4.8 dot. odbioru końcowego

4.8.1. „*Odbioru końcowego dokonuje się po zakończeniu wszystkich robót składających się na przedmiot Umowy na podstawie oświadczenia kierownika budowy oraz innych czynności przewidzianych przepisami PBud, potwierdzonych przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego. Potwierdzenie takie następuje po usunięciu wszystkich wad stwierdzonych i ujawnionych w toku odbioru.” - Jak się to ma do punktu 4.8.3 oraz 4.8.11, niespójne w pkt 4.8.8 ? W świetle orzecznictwa, w szczególności Sądu Najwyższego, jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor (zamawiający) obowiązany jest dokonać ich odbioru (art. 647 k.c.). W dokumencie (protokole) z tej czynności, stanowiącym stwierdzenie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z ewentualnymi terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. W tym zapisie odbiór końcowy może nastąpić dopiero po usunięciu wad – odbiór *de facto* bezusterkowy.*

4.8.3. „Za datę zakończenia robót przyjmuje się datę zgłoszenia do odbioru”. - czyli datą zakończenia jest dzień, w którym kierownik budowy dokonał wpisu do dziennika budowy o zakończeniu robót?

4.8.11. „Za dzień dokonania odbioru końcowego, uznaje się dzień podpisania przez upoważnionych do tego przedstawicieli Stron Umowy protokołu odbioru końcowego robót.”

- punkt 16 dotyczący kar umownych

16.1. „Wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne:

16.1.1. *za przekroczenie Czasu na Ukończenie Robót w wysokości 0,02% Zaakceptowanej ceny ofertowej za każdy dzień zwłoki*

16.1.9 „*za zwłokę w wykonaniu określonego w Umowie przedmiotu odbioru końcowego - w wysokości% ceny ofertowej brutto, za każdy dzień zwłoki,*” - brak określenia, od jakiego dnia będzie występowała ta zwłoka? Jak się mają do siebie zapisy pkt 16.1.1. i 16.1.9 – czy określają inne sytuacje?

Zapis pkt 16.1.6 zbyt rygorystyczny, przy tak szerokiej definicji Podwykonawcy.

Cały pkt Umowy wymaga dostosowania do nazewnictwa Umowy. Zamiast występującego w Umowie pojęcia „ceny umownej”, autorzy projektu jako podstawę naliczenia kary przywołują

zaczepnięte z innych umów słownictwo, np. cena ofertowa brutto, Zaakceptowana cena ofertowa, Świadcstwo Przejęcia, Czas na Ukończenie Robót.

Pozostałe zapisy:

Pkt 1.1 Definicje

Znaczna część Umowy wprowadza szereg definicji, które albo już są uregulowane w innych przepisach Prawa (przy czym część definicji przyjętych w projekcie Umowy jest inna od tego, jakie znaczenie opisanych nimi pojęć przyznały obowiązujące przepisy, w szczególności Prawo budowlane i Pzp). System anglosaski przewiduje konieczność zdefiniowania każdej instytucji czy określenia przywoływanego w Umowie. W naszym systemie taki model nie sprawdza się, czyniąc Umowę nadmiernie skomplikowaną, nieczytelną, w szczególności w sytuacji, gdy większość przywołanych definicji pojęć ma swoje definicje legalne. Jako uwagę ogólną wskazuje się również potrzebę wykreślenia definicji, które nie są następnie używane w treści Umowy (np. Operat kołaudacyjny).

1.1.7 – Dokumentacja projektowa zakres dokumentacji projektowej opisanej tą definicją został rozszerzony o elementy nie mieszczące się w tym pojęciu określone w Rozporządzeniu 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 – Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm., dalej „Rozporządzeniu”. W szczególności pojęcie to rozszerzono o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, dokumenty powstałe po zawarciu Umowy. Jest to, w naszej ocenie, niewłaściwe, jako sprzeczne z dotychczasową praktyką i orzecznictwem w tym zakresie i będzie nastęrczać problemów interpretacyjnych. Jako dowód na powyższe stwierdzenie może służyć sam projekt Umowy, gdzie autorzy pomimo włączenia do powyższej definicji np. specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót potem, wielokrotnie wymieniają te dokumenty rozdzielnie. Np. definicja 1.1.12. 1.1.49, pkt 2.1.1 Umowy (Przedmiot Umowy) odwołuje się i do dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót rozdzielnie.

1.1.8 – wprowadzono pojęcie Dokumentacji przetargowej i to jest poprawne, ale nie wiadomo dlaczego w pkt 1.1.7 wyżej odwołano się do pojęcia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie do tego pojęcia, co byłoby bardziej właściwe. Trudno zrozumieć ten podział, a także należy wskazać na objęcie nimi tych samych elementów.

1.1.11 - Harmonogram rzeczowo- finansowy - wymaga doprecyzowania, kto będzie go aktualizował.

1.1.14 – pomyłka, w tej definicji kierownik Zamawiającego chyba winien być uprawniony do zarządzania Umową a nie Zamawiającym.

1.1.16 – Kosztorys ofertowy - według tej definicji winien być sporządzony na podstawie sprawdzonego przez Wykonawcę przedmiaru robót, należałoby chyba rozszerzyć tę definicję o stopień staranności tego sprawdzenia, wykonawca nie może na etapie przygotowania oferty znaleźć wszystkich błędów dostarczonego przez Zamawiającego przedmiaru robót i jego zgodności z pozostałymi elementami dokumentacji projektowej. Dodatkowo budzi wątpliwość określenie w tej definicji, iż kosztorys ofertowy zawiera wszystkie roboty, które winny zostać zrealizowane przez Wykonawcę na podstawie Umowy. Umowa zawiera bowiem szereg zapisów co do jej zmian. Pozostawienie tej definicji w niemienionym brzmieniu może powodować zawężanie zakresu Umowy tylko do zakresu opisanego przedmiarem i konieczność wykonywania robót nie objętych przedmiarem w ramach odrębnych umów. Tę część definicji należałoby wykreślić lub określić, że kosztorys ofertowy zawiera wszystkie roboty objęte przedmiarem robót.

1.1.27 – Operat kołaudacyjny i pkt 1.1.5 – Dokumentacja powykonawcza dotyczą tej samej materii, należałoby oba pojęcia połączyć lub wskazać, czym się różnią, gdzie się pokrywają.

1.1.30 – Program zapewnienia jakości i pkt 1.1.33 Projekt systemu zapewnienia jakości dotyczą tej samej materii, należałoby oba pojęcia połączyć lub wskazać, czym się różnią, gdzie się pokrywają.

1.1.32 – Projekt organizacji obszaru budowy – nowe pojęcie, brak definicji „obszaru budowy” (Umowa posługuje się pojęciem „terenu budowy”), cel opracowania nieznany, zwłaszcza, gdy

Wykonawca ma obowiązek opracowywania na podstawie innych ustaleń Umowy Planu BIOZ i projektu organizacji ruchu. Niepotrzebny dodatkowy obowiązek wykonawcy.

Pkt 1.3.4

Zgodnie z kombinowaną wykładnią umów istotny jest punkt widzenia adresata oświadczenia woli. Zapis ten *de facto* przyznaje Zamawiającemu dokonywanie jednostronnej wykładni, zapis ten budzi wątpliwości pod kątem zgodności z przepisami prawa.

2.2 Zasady współpracy

W pkt 2.2.2 na Wykonawcę nakłada się obowiązek zapewnienia zaplecza i podłączenia do mediów dla Zamawiającego, jego przedstawicieli, organów władzy oraz przedsiębiorstw użyteczności publicznej. A jednocześnie Zamawiający w pkt 4.1.2.5 jest zobowiązany zapewnić Wykonawcy nieodpłatne udostępnienie terenu pod zaplecze budowy. Wydaje się więc, że to Zamawiający jest tym, który powinien tak podzielić teren budowy, aby każdemu ze znanych współużytkowników terenu budowy zapewnić zaplecze i podłączenie do mediów. Ponadto Wykonawca nie jest gestorem mediów i jeżeli mógłby, to tylko udostępnić odpłatnie korzystanie ze swoich przyłączy, ale tego Umowa nie rozstrzyga.

3.2.3, 3.2.4

Pkt 3.2.3 lit b) przewiduje, aby 14 dniowy termin na przekazanie terenu budowy, Wykonawca przeznaczył „na załatwienie formalności związanych ze zmianami ruchu”, a jednocześnie w pkt 3.2.4 Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia zatwierdzonego projektu organizacji ruchu. Po pierwsze, nie wiadomo, o jakich formalnościach stanowi ten zapis Umowy. Załatwieniu zgody na zamknięcie drogi czy opracowaniu projektu organizacji ruchu? Naszym zdaniem, termin 14 dni na opracowanie projektu organizacji ruchu i załatwienie formalności związanych ze zmianami ruchu jest nierealny w polskich warunkach. Powinno być przynajmniej 30 dni.

4 Zamawiający

Pkt 4.1.2.4 - Stanowi o obowiązku Zamawiającego do wyznaczenia inspektora nadzoru inwestorskiego, jeżeli taki obowiązek zachodzi. Wydaje się, że to ustalenie Umowy nie

koreluje z jej treścią. Projekt Umowy przewiduje wiele zadań dla inspektora nadzoru inwestorskiego, stąd dopisek o „zachodzeniu” obowiązku wyznaczenia inspektora nadzoru (zapewne jest to odwołanie do Prawa budowlanego) należałoby wykreślić. Inaczej powstaje problem, kto ma przejąć umowne obowiązki inspektora w razie, gdy nie zostanie wyznaczony.

Pkt 4.1.2.8 - Stanowi o udzieleniu Wykonawcy niezbędnych pełnomocnictw, w przypadku gdy okażą się one niezbędne do wykonania przez Wykonawcę obowiązków wynikających z Umowy. O jakich obowiązkach Wykonawcy stanowi ten pkt Umowy? Z pkt 3.3.3 wynika, że z wnioskiem o zgodę na użytkowanie obiektu występuje Zamawiający.

Pkt 4.2.1 -4.2.3 - Uwaga jak przy Definicjach. Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót jest według Definicji częścią dokumentacji projektowej. Brak natomiast ustalenia o obowiązku przekazania Wykonawcy pozwolenia na budowę lub odpowiednio ZRID.

Pkt 5.3 Terminowość wykonania robót

Pkt 5.3.2 nakazuje *Wykonawcy w terminie 7 dni od dnia zawarcia Umowy przedłożyć Zamawiającemu szczegółowy projekt harmonogramu rzeczowo-finansowego w formie MS Projekt oraz w postaci wykresu Gantta stanowiący aktualizację harmonogramu rzeczowo-finansowego przedłożonego przez Wykonawcę wraz z ofertą*. A w nim zgodnie z pkt 5.3.3 uwzględnienia harmonogramu przyznanych zamknięć drogowych, torowych itd. Kto opracuje ten harmonogram przyznanych zamknięć? Czy Wykonawca otrzyma go od Zamawiającego? Nie wydaje się bowiem możliwe, aby go zdążył sam w ciągu 7 dni uzyskać od zarządców dróg lub torów (ponadto jest tu kolizja z terminami określonymi w pkt 3.2.3 i 3.2.4).

Pkt 5.3.7 - nie ma potrzeby ponownego określania zakresu Planu naprawczego. Jego zakres został określony w pkt 1.1.28 Definicji. Należy tylko zdecydować, czy Plan naprawczy powinien zapewnić wykonanie niezrealizowanych dotychczas etapów robót w terminach określonych w aktualnie obowiązującym harmonogramie rzeczowo-finansowy, czy, jak wskazano w pkt 1.1.28 Plan naprawczy winien obejmować zaktualizowany harmonogram, propozycje nowych terminów? Obecnie oba te ustalenia Umowy są niespójne.

5.3.11 Stanowi, iż podjęcie *przez Strony negocjacji w celu zmiany Umowy nie uprawnia Wykonawcy do wstrzymania lub zwolnienia tempa wykonywania robót albo odstąpienia od Umowy*, natomiast pkt 4.3.1 o wydaniu polecenia przez Zamawiającego. Wymaga to ujednolicenia, czy będą negocjacje czy polecenie? Ponadto nie powinno się wprowadzać restrykcyjnego zapisu o niemożności wstrzymania lub zwolnienia tempa robót w przypadku propozycji zmiany, bo czasem zmiana usuwa przeszkodę w dochowaniu tempa i możliwości wykonywania robót.

5.4 Przyspieszenie tempa robót

Ten pkt Umowy winien być umiejscowiony łącznie z Planem naprawczym, dotyczą tej samej materii.

5.8 Zawiadamianie o szczególnych zdarzeniach

Ten pkt Umowy stanowi iż, *jeżeli w trakcie wykonywania robót Wykonawca natrafi na przeszkody fizyczne, jakich mimo swego doświadczenia nie mógł przewidzieć, to ma obowiązek niezwłocznie powiadomić o tym Inspektora Nadzoru Inwestorskiego (pkt 5.8.1)*. I dodatkowo, że Wykonawca opracuje i przedstawi Inspektorowi Nadzoru Inwestorskiego do akceptacji propozycje dotyczące uniknięcia lub zmniejszenia wpływu takiego wydarzenia lub okoliczności na wykonaniu przedmiotu Umowy (pkt 5.8.4). Wraz oceną wpływu tego wydarzenia na cenę umowną i datę zakończenia robót.

Brak w Umowie definicji przeszkody fizycznej i brak odniesienia faktu stwierdzenia takiej przeszkody na dopuszczenie zmiany Umowy zgodnie z pkt 11 Umowy. Należałoby to skorelować.

Pkt 5.11 Jakość materiałów

Zgodnie z pkt 5.11.1.6 *Materiały dostarczone przez Wykonawcę w celu wykonania przedmiotu Umowy powinny być starannie wybrane z uwzględnieniem ich jakości, parametrów eksploatacyjnych, wyglądu, szacowanej żywotności, kosztów eksploatacji, łatwości obsługi, funkcjonalności, łatwości wymiany lub naprawy*. Opis przedmiotu zamówienia opracowany przez Zamawiającego określa wymagane parametry eksploatacyjne lub funkcjonalność materiałów budowlanych i urządzeń wymaganych do wykonania robót budowlanych. Ma to wpływ na ich żywotność, koszty eksploatacji, obsługę, wymianę.

Wykonawca wybiera ich producentów. To wymaganie powinno się odwoływać tylko do obowiązku zapewnienia tych parametrów, jeżeli są określone w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, chyba, że intencją autorów było danie tym zapisom Umowy prawa Wykonawcy do zmian dokumentacji projektowej w celu dochowania tych wymagań.

Pkt 5.13 Utrzymanie terenu budowy

Zgodnie z pkt 5.13.3.4 Wykonawca jest obowiązany do przedłożenia do akceptacji Zamawiającego planu ochrony terenu budowy w terminie 7 dni od daty przejęcia terenu budowy. Co to jest za plan, co powinien zawierać? W pkt 1.1.32 zdefiniowano Projekt organizacji obszaru budowy, czy plan ochrony jest jego częścią?

Pkt 6 Podwykonawcy

Zgodnie z pkt 6.5 Umowy *Wykonawca nie później niż 28 dni przed planowanym rozpoczęciem wykonywania robót przez podwykonawcę, przedłoży zamawiającemu projekt umowy z podwykonawcą*. Należy do tego ustalenia dostosować pkt 3.2.3 Umowy nakazujący Wykonawcy przedstawienie Zamawiającemu Umów o podwykonawstwo robót budowlanych nie później niż 14 dni od daty podpisania Umowy. Chociaż stanowią o tym samym, są sprzeczne ze sobą.

Zgodnie z pkt 6.12 Umowy: *Do zmian do umów pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą stosuje się zasady mające zastosowanie przy zawieraniu umowy z podwykonawcą*. Wymaga wyjaśnienia, o czym stanowi ten punkt.

Pkt 6.6.2 - Przepis art. 647¹ jest przepisem bezwzględnie wiążącym. Stąd postanowienia wprowadzające do treści Umowy odmienne zasady od reguł wyrażonych w art. 647¹ § 1-5 k.c., poprzez ograniczenie zasady odpowiedzialności solidarnej inwestora i wykonawcy wobec podwykonawców, np. do wysokości wynagrodzenia za daną część robót wyliczonego wg oferty wykonawcy, mogą być uznane za bezwzględnie nieważne.

Pkt 6.14 – przy tak szerokiej definicji Podwykonawcy (pkt 1.1.29), zapis w praktyce niemożliwy do wykonania. Nie chodzi w istocie o każdego dostawcę np. śrubek czy usługę

sprzątania zaplecza budowy. Celowym jest wprowadzenie progów kwotowych, po przekroczeniu których powstaje odpowiedzialność za płatności w odniesieniu do dostawców i usługodawców.

Pkt 8.6 – Co dokładnie oznacza „sądowa lub oficjalna zmiana interpretacji prawa”, w szczególności wobec niejednolitego orzecznictwa samego Sądu Najwyższego, a także zasad związania wyrokami sądów powszechnych.

Pkt 8.10 Płatności

8.10.2 - Na jakich zasadach Inspektor Nadzoru będzie mógł odrzucić czy zmienić pozycję? Brak zasad, co implikować może szereg sporów.

Zgodnie z pkt 8.10.5 *Zamawiający bezpośrednio płatności wynagrodzenia należnego Podwykonawcom za wykonane roboty budowlane będzie realizować na konta bankowe Podwykonawców wskazane na kopiach ich faktur.* Tym samym z Umowy należy wykreślić wszystkie oświadczenia Wykonawcy o zapłaceniu podwykonawcom, skoro nie on będzie zobowiązany im płacić wynagrodzenie (np. pkt 6.14 lub pkt 8.10.9 lub 8.12.3 Umowy).

Pkt 8.11 Zaliczki

Zgodnie z pkt 8.11.8: *Pierwsza zaliczka, przeznaczona w szczególności na zagospodarowanie terenu budowy będzie wynosić ... % ceny ofertowej i powinna być udzielona Wykonawcy nie później niż w terminie 14 dni przed przekazaniem terenu budowy.* Biorąc pod uwagę treść pkt 3.2.2 o przekazaniu terenu budowy nie później niż 14 dni od podpisania Umowy, pierwsza zaliczka będzie wypłacana w dniu podpisania Umowy. Takie ustalenia Umowy nie przewidują czasu na sporządzenie harmonogramu udzielania zaliczek (pkt 8.11.4 i nast.), wniesienia zabezpieczenia zaliczki (pkt 8.11.11). Wymaga to skorelowania.

Pkt 8.11.18 stanowi o przejściowym świadectwie płatności - brak definicji tego pojęcia. W pkt 8.8 Rozliczenia miesięczne jest mowa o rozliczeniach miesięcznych i protokołach odbiorów robót częściowych.

Pkt 12 Odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego

Pkt 12.3 daje Zamawiającemu prawo odstąpienia od Umowy bez dodatkowego wezwania w przypadkach określonych w pkt 14.4.1 lub 14.4 Umowy – nie ma określenia tych przypadków w Umowie. Podobnie wadliwe jest odwołanie w pkt 12.4 do pkt 1.3.

Pkt 13. Odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę

Zgodnie z pkt 13.1.1 i 13.1.2 *Wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy, jeżeli:*

Zamawiający nie wystawi w ciągu 56 dni po otrzymaniu Rozliczenia i dokumentów stanowiących jego podstawę Świadczenia Płatności,

Wykonawca nie otrzyma kwoty należnej według Przejściowego Świadczenia Płatności w terminie 90 dni od terminu płatności z wyjątkiem uzasadnionych potrąceń w szczególności z tytułu roszczeń zamawiającego lub kar umownych - W projekcie Umowy brak zdefiniowania pojęcia Świadczenia Płatności. Patrz pkt 8.8 Rozliczenia miesięczne.

Pkt 17 Procedury rozstrzygnięcia sporów

Proponowane ustalenia Umowy w zakresie rozstrzygnięcia sporów trzeba ocenić pozytywnie, jako możliwość skrócenia czasu takich sporów i tym samym usprawnienie realizacji Umowy. Zważywszy na długie okresy rozpatrywania sporów przez sądy powszechne i koszty z tym związane.

Wymaga zdefiniowania pojęcia Rozjemcy, w szczególności wobec wątpliwości co do charakteru prawnego rozstrzygnięcia rozjemcy. Jeżeli postanowienia Umowy dot. rozjemcy nie zostaną potraktowane jako zapis na sąd polubowny, decyzja rozjemcy będzie miała znaczenie materialnoprawne, stanowiąc doraźną zmianę Umowy. Taka kompetencja nie została Rozjemcy przekazana i dla zmiany Umowy w zakresie zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy konieczne jest zawarcie stosownego aneksu do Umowy. Wreszcie istnieje możliwość potraktowania decyzji Rozjemcy wyłącznie jako jednego ze środków dowodowych w kolejnym sporze w przyszłym postępowaniu cywilnym wytoczonym przez stronę Umowy, w szczególności w postępowaniu o zapłatę wynagrodzenia dodatkowego z

Umowy.

Wobec problemów praktycznych rekomenduje się, aby już w Umowie wprowadzić zapis na wybrany sąd polubowny w trybie art. 1194 i nast. K.c., tym bardziej, iż wielu zamawiających ma problem we właściwym sformułowaniu takiego zapisu, aby był on skuteczny.

Do pozostałych ustaleń Umowy nie wnosi się uwag.

Prezes Zarządu OSKZP:

Ewa Wiktorowska

Opracowanie w imieniu OSKZP:

Mgr inż. Zbigniew Leszczyński,

Radca prawny Anna Specht - Schampera

Mgr inż. Ewa Wiktorowska