

Prawo zamówień publicznych a FIDIC jako kodeks dobrych praktyk cz. V - wnioski

Utworzono: środa, 24, luty 2010 08:40 Iwona Zielińska



Bardzo rzadko znajdują się wyroki w zakresie postanowień umów korzystne dla wykonawcy, a i to wyłącznie w przypadku rażącego naruszenia przepisów prawa. I tak w wyroku ZA UZP z 17 stycznia 2006 r. sygn. akt. UZP/ZO/0-52/06 (LEX nr 181736) stwierdzono, że: „Zamawiający naruszył art. 481 §1 Kc w związku z art. 139 Pzp poprzez zastrzeżenie w swiz, iż wykonawca ma prawo naliczyć odsetki ustawowe za zwłokę w przypadku, gdy należność nie zostanie uregulowana w terminie przez zamawiającego. Zapis taki może prowadzić do interpretacji, iż odwołującemu przysługuje prawo żądania odsetek wyłącznie, jeżeli nieterminowe regulowanie przez zamawiającego płatności będzie miało charakter przez niego zawiniony”.

Ciekawy jest również wyrok KIO z 30 marca 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 318/09. Wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 36 ust. 1 pkt 4, art. 150 i art. 139 ust. 1 Pzp w związku przepisami Kodeksu cywilnego. W treści projektu umowy znalazł się m.in. zapis, iż „Projekt wykonawczy opracowany przez projektantów na zlecenie zamawiającego w ramach procesu przygotowania budowy obiektów oraz Specyfikacje Techniczne (łącznie „Dokumentacja Projektowa”) zostały przedstawione wykonawcy przed zawarciem umowy i parafowane przez strony. Wykonawca zapoznał się z treścią Dokumentacji Projektowej przed zawarciem umowy oraz uznał ją za kompletną i wystarczającą dla wykonania umowy”.

KIO orzekła, że kwestionowany zapis, nie narusza przepisów ustawy Pzp, ani przepisów Kodeksu cywilnego. Podzieliła również stanowisko zamawiającego, iż w przypadku stwierdzenia, że obowiązki wykonawcy przewidziane w umowie, są dla niego niemożliwe do spełnienia i ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jest z punktu widzenia racjonalnego podjęcia się realizacji zbyt wielkie, to wykonawca może i powinien z ubiegania się o takie zamówienie zrezygnować. KIO uznała również zarzuty, co do obowiązku sprawdzenia dokumentacji projektowej

oraz potwierdzenia tego stosownym oświadczeniem za chybione, bowiem: „Wobec okoliczności sprawy stwierdzić należy, iż zaproponowane przez zamawiającego postanowienia umowne odpowiadają regulacjom prawnym obowiązującym w tym zakresie i w uzgodnieniu z treścią tych regulacji należy rekonstruować ich treść i znaczenie. Nie budzi wątpliwości, iż w zgodzie z art. 647 Kodeksu cywilnego to na inwestorze ciąży obowiązek przygotowania robót, w szczególności przygotowania placu budowy oraz sporządzenia i dostarczenia projektu. Z powyższego nie wynika jednak brak jakichkolwiek obowiązków wykonawcy związanych z weryfikacją otrzymanego do wykonania projektu. Obowiązki te wynikają z art. 651 Kc, według którego wykonawca jest obowiązany zawiadomić inwestora o dostrzeżonych brakach w dokumentacji uniemożliwiających prawidłowe wykonanie robót. Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 27 marca 2000 r. (sygn. III CKN 629/98) zakres obowiązku sprawdzenia dokumentacji przez wykonawcę robót ogranicza się do przypadków nie wymagających specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Tym samym Sąd Najwyższy przyznał i nie wykluczył istnienia obowiązków związanych z weryfikacją dokumentacji wynikających z dyspozycji art. 651 Kc, a jedynie wskazał i ograniczył ich zakres. W ślad za stanowiskiem doktryny (patrz: „System prawa cywilnego” pod. red. J. Rajskego, C.H. Beck, Warszawa 2001, t. 7 str. 314) przyjąć można, iż obowiązkiem wykonawcy jest sprawdzenie czy dostarczone projekty są kompletne, zatwierdzone przez właściwe organy i czy nie zawierają wad lub błędów dających się wykryć przy zachowaniu poziomu należytej staranności wymaganego w stosunkach danego rodzaju”.

Równie interesujący jest wyrok z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 767/09. Wykonawca zarzucił m.in. wadliwość zapisów Klauzuli 1.13 ppkt a) Warunków Szczególnych (opartych na Warunkach FIDIC „czerwona książka”), w którym zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek uzyskania i poniesienia wszelkich opłat z tego tytułu - wszelkich zezwoleń, zatwierdzeń i innych dokumentów wymaganych dla wykonania robót lub dostarczenia albo usunięcia materiałów, dóbr i urządzeń, które nie zostały uzyskane lub przekazane wykonawcy przez zamawiającego przed lub w dniu zawarcia kontraktu. KIO orzekła mianowicie, iż: „(...) Wykonawca jako profesjonalista w zakresie przedmiotu zamówienia powinien posiadać wiedzę, jakie opłaty administracyjne będą związane z realizacją zamówienia, i skład orzekający nie dopatrył się w takim sformułowaniu umownym ani naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, ani niebezpieczeństwa, że zakres świadczenia wynikający z umowy nie będzie tożsamy z zakresem świadczenia opisanym w ofercie wykonawcy”.

Ale nie tylko Krajowa Izba Odwoławcza wypowiadała się na temat postanowień umów. Dość istotnym swego czasu problemem była zmiana wysokości stawki podatku VAT po wejściu Polski do Unii Europejskiej w kontekście zawartych wcześniej umów, zwłaszcza na roboty budowlane. Problem okazał się tak złożony, że trafił pod obrady Sądu Najwyższego. Uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 21 lipca 2006 r. III CZP 54/2006 (LexPolonica nr 413498 Biuletyn Sądu Najwyższego 2006/7 OSNC 2007/5 poz. 66, Rejent 2006/7-8 str. 218, Wokanda 2006/12 str. 6, www.sn.pl) rozstrzygnęła, że „Podwyższenie z dniem 1 maja 2004 r. stawek podatku

Prawo zamówień publicznych a FIDIC jako kodeks dobrych praktyk cz. V - wnioski

Utworzono: środa, 24, luty 2010 08:40 Iwona Zielińska

od towarów i usług za roboty budowlane, dokonane ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004 r. Nr 54 poz. 535 ze zm.) nie uzasadnia - bez zmiany umowy zawartej przed 1 maja 2004 r. - obowiązku zamawiającego zapłaty wynagrodzenia netto powiększonego o podatek od towarów i usług według podwyższonej stawki”.

Sąd bowiem zważył, że zwiększenie zakresu zobowiązania podatkowego wykonawcy, prowadzi do zagrożenia jego interesu związanego z opłacalnością dokonywanej transakcji, jednak nie może ono w prosty sposób być przerzucone na zamawiającego (inwestora). Prowadzi bowiem do zwiększenia zobowiązania inwestora do zapłaty ex post większego świadczenia, na którego spełnienie nie musi być on przygotowany. „W ramach prawa zobowiązań uwzględnienie interesu wyłącznie jednej strony prowadzi do naruszenia interesu drugiej strony. W istocie rzeczy problem sprowadza się do kwestii rozkładu ryzyka w umowie o roboty budowlane zawieranej przez zamawiającego z wykonawcą i wprowadzenia klauzul zabezpieczających uzasadnione interesy stron. Zapobiegliwe strony mogą konsekwencje ewentualnej zmiany stawki podatku uregulować w umowie np. w ten sposób, że wskażą w umowie cenę (wynagrodzenie) netto zastrzegając, że do ceny (wynagrodzenia) będzie doliczony VAT, ale nie określają jego wysokości. Nie wydaje się być natomiast uzasadnione, aby za pośrednictwem takich przepisów jak art. 56 Kc, czy też art. 354 Kc wkomponować do treści zobowiązania obowiązek zapłaty podwyższonego wynagrodzenia w razie zmiany stawki podatku VAT”.

I dalej: „obowiązek zapłaty zwiększonego wynagrodzenia przez zamawiającego może wynikać jedynie ze zmiany umowy. Dotyczy to także sytuacji, gdy żądanie zapłaty zwiększonego wynagrodzenia jest następstwem zmiany stawki podatku VAT. (...) Odnośnie zastosowania art. 357[1] §1 Kc wskazać należy, że w uchwale z dnia 24 czerwca 1994 r. III CZP 79/94 (OSNCP 1994/12 poz. 240) Sąd Najwyższy nie wykluczył, że zmiana ustawodawstwa może być uznana - w okolicznościach konkretnej sprawy - za „nadzwyczajną zmianę stosunków”. Także w literaturze przedmiotu wskazuje się, że zasadnicze i zaskakujące zmiany stawek celnych lub podatkowych mogą być kwalifikowane jako nadzwyczajna zmiana stosunków.

Chodzi więc o okoliczności, które nie zostały objęte typowym ryzykiem umownym, a ponadto są obiektywne i niezależne od stron.

Wnioski

Niesporne jest, że Warunki FIDIC w pełnym oryginalnym brzmieniu pozwalają na rozsądny podział ryzyka pomiędzy zamawiającego i wykonawcę, a więc na jego optymalizację i powinny stanowić kodeks dobrych praktyk powszechnie przyjęty przy realizacji dużych inwestycji drogowych.

Nie można jednak pomijać faktu, że ustawa Prawo zamówień publicznych stanowi lex specialis i uprzywilejowuje wyraźnie zamawiającego, dając mu uprawnienie do kształtowania treści umowy, co stanowi istotne ograniczenie w stosunku do zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ Kodeksu cywilnego.

Prawo zamówień publicznych a FIDIC jako kodeks dobrych praktyk cz. V - wnioski

Utworzono: środa, 24, luty 2010 08:40 Iwona Zielińska

Reasumując, z orzecznictwa, zwłaszcza Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych wynika, że:

1. Ustawowym uprawnieniem zamawiającego jest prawo do kształtowania istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Ma on zatem prawo do zabezpieczenia swoich potrzeb i wymagań w sposób dla siebie dogodny.
2. Stosowanie „Warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego” czy też „Warunków kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych, inżynierskich projektowanych przez wykonawcę” opracowanych przez FIDIC przy zawieraniu umów o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dla zamawiającego obowiązkowe. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej oznacza to, że zamawiający może dowolnie zmieniać ten dokument, poprzez wykreślanie poszczególnych warunków, ich modyfikację lub wprowadzając zupełnie nowe postanowienia umowne.
3. Pozycja zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest wyraźnie uprzywilejowana, poprzez zapisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w stosunku do wykonawcy.
4. Jedyne ograniczenia dla zamawiającego, poza normą wyrażoną w prawie zamówień publicznych, stanowi zakaz naruszania nadużywania prawa podmiotowego wyrażony w jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego, zapisanej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.
5. Praktycznie jedynym wyrazem swobody zawierania umów, której może dać wyraz wykonawca, jest możliwość niezawarcia umowy z zamawiającym - zaniechania złożenia oferty. Zamawiający zobowiązany jest natomiast zawrzeć umowę z wykonawcą wyłonionym w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na warunkach przez siebie określonych w siwz i nie wolno mu jest zawrzeć tej umowy bez przeprowadzenia wymaganej przepisami procedury.

Nie można też pominąć wpływu opinii organów kontrolujących i nadzorujących zamawiającego na kształt umowy, które dążą do przeniesienia wszelkich możliwych ryzyk na wykonawcę. Rezultatem takich działań zamawiającego jest niestety zazwyczaj wyższy koszt realizacji projektu i często trudności przy jego realizacji. No i oczywiście przewlekłe i kosztowne postępowania przed sądami cywilnymi, w których wykonawcy dochodzą należnych im w ich opinii kwot. A płacą za to wszyscy podatnicy.

Prawo zamówień publicznych a FIDIC jako kodeks dobrych praktyk cz. V - wnioski

Utworzono: środa, 24, luty 2010 08:40 Iwona Zielińska

Tymczasem to właśnie zamawiający powinien dążyć do równomiernego rozkładu uprawnień i obowiązków w stosunku zobowiązaniowym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku, bowiem w umowach o roboty budowlane konieczne jest zachowanie równowagi między wymaganiami i interesami zamawiających i wykonawców na zasadach umowy wzajemnej, co niewątpliwie zapewniają Warunki Kontraktu FIDIC (w brzmieniu oryginalnym).

Odrębnym natomiast zupełnie zagadnieniem jest, czy działanie zamawiających polegające na szerokim i z zachowaniem dużej dowolności modyfikowaniu Warunków FIDIC nie narusza przepisów ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawach autorskich i prawach pokrewnych (j.t. Dz.U. Nr 90 z 2006 r., poz. 631 z późn. zm.), bądź nie narusza w inny sposób wizerunku Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów FIDIC. Jest to jednak zupełnie odrębne zagadnienie.

Iwona Zielińska

Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty Łódź” SA