Umowy FIDIC 1999 a art. 144 Prawa zamówień publicznych
28 czerwca 2007

Autor omawia problemy związane z umowami budowlanymi opartymi na wzorach FIDIC. Przedstawione wyjaśnienia zyskały poparcie Zarządu Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR) i zalecenie ich stosowania do rozstrzygania konkretnych sporów.

Coraz częściej stosowane umowy budowlane oparte na wzorach FIDIC stają się przedmiotem sporów. Jak wiadomo, wystarczy, aby jedna strona umowy nie mogła lub nie chciała zrozumieć, co znaczą zapisy zawartej umowy, a zwłaszcza zawarte w niej Warunki Kontraktowe, stanowiące sedno umów. Przez brak zrozumienia umowy FIDIC bywają przeciwstawiane a to Prawu budowlanemu, a to Prawu zamówień publicznych.

Co do sprzeczności z Prawem budowlanym, to sprawa jest stosunkowo prosta. Nawet pobieżne przeczytanie Warunków Kontraktowych FIDIC wystarczy, aby wykluczyć jakąkolwiek sprzeczność -przeciwnie, te dwa wzorce znakomicie się uzupełniają: Prawo budowlane mówi o uprawnieniach, osobach odpowiedzialnych, zezwoleniach, dokumentach itp., natomiast Warunki Kontraktowe FIDIC mówią o terminach i zapłacie, o czym w Prawie budowlanym nie ma ani słowa.

Podobnie Prawo zamówień publicznych mówi o procedurach prowadzących do zawarcia umów, ale nie mówi o tym, co takie umowy mają zawierać. Mimo to zdarza się, że Zamawiający powołuje się na Prawo zamówień publicznych, a szczególnie na jego art. 144, i na jego podstawie odrzuca roszczenia o zapłatę, mimo iż jest ona należna na podstawie Warunków Kontraktowych FIDIC zawartych w umowie. Czy istotnie istnieje tu sprzeczność czy tylko brak zrozumienia zapisu?

Art. 144 PZP
1. Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego.
2. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1 jest nieważna.

Najprościej przedstawić to można na przykładzie sporu o zapłatę w kontraktach, rozliczanych na podstawie obmiaru, oraz cen, ustalonych w wyniku przetargu. Co zawiera taki kontrakt? Jeśli zapoznamy się z Warunkami Kontraktowymi FIDIC 1999, to powinniśmy zauważyć, że występuje w nich pojęcie Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (ZKK).

Definicja 1.1.4.1 „Zatwierdzona Kwota Kontraktowa" oznacza kwotę zatwierdzoną w Liście Zatwierdzającym należną do zapłaty za wykonanie i wykończenie Robót oraz usunięcie wszelkich wad.

Nie ma istotnego znaczenia, czy w konkretnej umowie użyto nazwy Kwota czy Cena, ani czy została ona rzeczywiście zatwierdzona w Liście Zatwierdzającym, czy też zamiast tego została zapisana w Akcie Umowy. Istotne jest natomiast istnienie drugiej definicji:

Definicja 1.1.4.2 „Cena Kontraktowa" oznacza cenę określoną w klauzuli 14.1 [Cena Kontraktowa] i obejmuje wszelkie korekty, dokonane w sposób przewidziany Kontraktem.

Ceny takie tylko w wyjątkowym przypadku są sobie równe, gdyż kontrakt zawiera postanowienia, zwane Warunkami Kontraktowymi (Ogólnymi i Szczególnymi), mającymi wpływ na Cenę Kontraktową (CK), a bardziej konkretnie na różnicę między Zatwierdzoną Kwotą Kontraktową a rzeczywistą Ceną Kontraktową. Przytoczymy takie warunki zaczerpnięte z Ogólnych Warunków Kontraktowych FIDIC 1999:

Klauzula	Uprawnienia Wykonawcy
1.9. Opóźnienie Rysunków lub instrukcji	Wykonawca może domagać się przedłużenia Czasu, Kosztu i umiarkowanego zysku, jeśli Inżynier nie wyda poleceń w odpowiednim czasie
2.1. Prawo dostępu do Terenu Budowy	Wykonawca może domagać się przedłużenia Czasu, Kosztu i umiarkowanego zysku, jeżeli Zamawiający nie udostępni Terenu Budowy w czasie ustalonym w Kontrakcie
4.7. Wytyczenie	Wykonawca może domagać się przedłużenia Czasu, Kosztu i umiarkowanego zysku z tytułu błędów w danych odniesienia
4.12. Nieprzewidywalne warunki fizyczne	Wykonawca może domagać się przedłużenia Czasu i Kosztu, jeśli napotka warunki fizyczne uznane za Nieprzewidywalne
4.24. Wykopaliska	Wykonawca może domagać się przedłużenia Czasu i Kosztu wynikłego z polecenia Inżyniera dotyczącego postępowania ze znaleziskami archeologicznymi

7.4. Próby	Wykonawca może domagać się przedłużenia Czasu, Kosztu i umiarkowanego zysku, jeśli próby są opóźnione przez Zamawiającego lub w jego imieniu
8.4. Przedłużenie Czasu na Ukończenie	Wykonawca może domagać się przedłużenia Czasu, Kosztu i umiarkowanego zysku - klauzule 8.2 i 10.1, jeżeli ukończenie jest lub będzie opóźnione przez przyczynę umieszczoną w wykazie
8.5. Opóźnienia spowodowane przez władze	Wykonawca może domagać się przedłużenia Czasu, jeśli publiczne władze Kraju spowodują Nieprzewidywalne Opóźnienie
8.9. Następstwa zawieszenia	Wykonawca może domagać się przedłużenia Czasu, Kosztu i umiarkowanego zysku, jeśli Inżynier poleci zawiesić wykonywanie Robót
10.2. Przejęcie części Robót	Wykonawca może domagać się Kosztu i umiarkowanego zysku związanego z przejęciem części Robót
10.3. Zakłócanie Prób Końcowych	Wykonawca może domagać się przedłużenia Czasu, Kosztu i umiarkowanego zysku, jeśli Zamawiający opóźnia Próbę Końcową
11.8. Badanie przez Wykonawcę przyczyny powstania wad	Wykonawca może domagać się przedłużenia Czasu, Kosztu i umiarkowanego zysku, jeśli polecono mu zbadanie przyczyny wady, za którą nie jest odpowiedzialny
12.3. Wycena	Inżynier wycenia każdy element prac, stosując pomiary i odpowiednie stawki lub ceny
12.4. Rezygnacje	Wykonawca może domagać się Kosztu, poniesionego na elementy, umieszczone w Przedmiarze Robót, z których zrezygnowano w trybie Zmiany
13.2. Analiza wartości	Wykonawca może zgłosić roszczenie do połowy oszczędzonej wartości kontraktowej uzyskanej wskutek opracowanej przez niego pokontraktowej propozycji alternatywnej zatwierdzonej bez wcześniejszego uzgodnienia tej wartości kontraktowej oraz sposobu podziału oszczędności
13.3. Procedura wprowadzania Zmian	Cena Kontraktowa winna zostać skorygowana w wyniku Zmian
13.7. Korekty uwzględniające zmiany prawne	Wykonawca może zgłosić roszczenie o przedłużenie Czasu i Kosztu w wyniku zmian w Prawie Kraju
14.4. Plan Płatności	Jeżeli raty płatności nie zostały określone przez nawiązanie do rzeczywistego postępu wykonawstwa, ale rzeczywisty postęp jest poniżej pierwotnie planowanego, to takie raty mogą zostać poddane rewizji
14.8. Opóźniona zapłata	Wykonawca może zgłosić roszczenie o koszt finansowania, jeśli nie otrzyma zapłaty zgodnie z klauzulą 14.7
16.1. Uprawnienia Wykonawcy do zawieszenia Robót	Wykonawca może zgłosić roszczenie o przedłużenie Czasu i Koszt oraz umiarkowany zysk, jeśli Inżynier nie poświadczy lub Zamawiający nie dokona zapłaty poświadczonej wartości lub nie przedłoży dowodów swoich przygotowań finansowych, a Wykonawca zawiesi Roboty
16.4. Zapłata po rozwiązaniu	Wykonawca może zgłosić roszczenia o straty i szkody poniesione po rozwiązaniu Kontraktu
17.1. Odszkodowania	Wykonawca może zgłosić roszczenia o koszty, poniesione z powodu zdarzeń, za które należy mu się odszkodowanie od Zamawiającego
17.4. Następstwa ryzyka Zamawiającego	Wykonawca może zgłosić roszczenie o przedłużenie Czasu i Koszt, a w niektórych przypadkach także o zysk, jeśli Roboty, Dostawy lub Dokumenty Wykonawcy zostaną uszkodzone przez zdarzenie, zaliczone do ryzyka Zamawiającego wymienione w klauzuli 17.3

18.1. Ogólne wymagania dla ubezpieczeń	Wykonawca może zgłosić roszczenie o koszt składek ubezpieczeniowych, których nie uregulował Zamawiający jako „Strona ubezpieczająca”
19.4. Następstwa Siły Wyższej	Wykonawca może zgłosić roszczenie o przedłużenie czasu, a w niektórych przypadkach także Kosztu, jeśli Siła Wyższa uniemożliwi mu wywiązanie się ze zobowiązań
19.6. Rozwiązanie z wyboru, zapłata i zwolnienie ze zobowiązań	Praca Wykonawcy i inne Koszty są oceniane po tym, jak prace zostaną uniemożliwione przez przedłużone działanie Siły Wyższej i którakolwiek Strona wypowie Kontrakt
20.1. Roszczenia Wykonawcy	Procedura, której Wykonawca musi przestrzegać przy zgłaszaniu roszczeń o przedłużenie Czasu czy dodatkową zapłatę

W konkretnych umowach niektóre z tych klauzul mogą być skreślone lub zmienione, mogą także zostać dodane nowe, istotne jednak jest to, że istnieją liczne postanowienia umowy powodujące rozbieżność między Zatwierdzoną Kwotą Kontraktową a rzeczywistą i należną Ceną Kontraktową, przy czym różnica taka powstaje bez żadnej zmiany postanowień umowy.

Klauzule przedstawione powyżej stanowią istotną część umowy, zgodną z postanowieniem Kodeksu cywilnego RP w taki sposób:

Art. 89. Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, powstanie lub ustanie skutku czynności prawnej można uzależnić od zdarzenia przyszłego i niepewnego (warunek).

Wyjaśnienie mechanizmu działania tych postanowień znajduje się w zapisach Kodeksu cywilnego, które w umowach FIDIC są przywoływane w formie ogólnej jako zapis klauzuli 1.4 [Prawo i język] Ogólnych Warunków Kontraktowych.

Prawem właściwym dla Kontraktu będzie prawo kraju lub innej jurysdykcji ustalonej w Załączniku do Oferty.

Jeżeli tylko w tym Załączniku znajduje się zapis prawidłowy, czyli prawo RP, to bez potrzeby szczegółowego wyliczania będzie obowiązywało zarówno Prawo budowlane, Prawo zamówień publicznych, jak też Kodeks cywilny i Kodeks postępowania cywilnego oraz wszelkie prawa, rozporządzenia, zarządzenia i inne obowiązujące akty prawne RP w zakresie związanym z umową. Dla tego celu przytoczymy wybrane z nich:

Art. 536 § 1. Cenę można określić przez wskazanie podstaw do jej ustalenia.

W konkretnych umowach, sporządzonych zgodnie ze wzorami FIDIC 1999, stosuje się do ustalania ceny alternatywnie Wyceniony Przedmiar Robót lub Wyceniony Wykaz Elementów Scalonych.
Warto tu zaznaczyć, że na temat wyceny robót mamy jeszcze taką wskazówkę w Kodeksie cywilnym:

Art. 630 § 1. Jeżeli w toku wykonywania dzieła zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych będących podstawą do obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, a zestawienie sporządził zamawiający, przyjmujący zamówienie może żądać odpowiedniego podwyższenia umówionego wynagrodzenia. [...]

Takie okoliczności zachodzą m.in. w związku ze stosowanym w umowach na roboty budowlane rozliczaniem obmiarowym[1)]. Należy więc przyjąć, że Zatwierdzona Kwota Kontraktowa w umowach sporządzonych z wykorzystaniem publikacji FIDIC służy wyłącznie do porównania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, natomiast cena należna za wykonanie robót jest ustalana w miarę ich realizacji i ostatecznie po ich ukończeniu. Różnica między Zatwierdzoną Kwotą Kontraktową a Ceną Kontraktową w granicach, w jakich wynika z Warunków Kontraktowych, nie stanowi zmiany postanowień umowy, a tym samym aneksów ani zgody stron, lecz jedynie potwierdzenia okoliczności i faktów[2)]. W niektórych przypadkach zachodzi potrzeba wyjaśnienia znaczenia zapisów umowy. Aby zachować zgodność z prawem, trzeba też brać pod uwagę, że:

Art. 65 § 1. k.c. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.
§ 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się jej dosłownym brzmieniu.

Okoliczności, w jakich to prawo znajduje uzasadnienie, zachodzą np. w przypadku, gdy Przedmiar Robót albo nieprawidłowo przewiduje ilość niezbędnych do wykonania robót, albo nawet pomija czynności opisane w specyfikacji robót. Nie ma w tym nic nadzwyczajnego, bo dokładność sporządzenia tych dokumentów zakłada ograniczoną dokładność i margines błędów, a Warunki Kontraktowe FIDIC 1999 zawierają cały rozdział 12, poświęcony postępowaniu z takimi przypadkami[3)].
Nie ma uzasadnienia logicznego dla traktowania zastosowania postanowień zawartej umowy jako zmiany tych

postanowień. Tym samym zmiany k.c. w stosunku do ZKK nie mogą być interpretowane jako naruszenie art. 144 Prawa zamówień publicznych.
Takie samo rozumowanie można przeprowadzić w stosunku do wszystkich okoliczności opisanych w zamieszczonej tabeli. Mimo to nie można wykluczyć, że strony kontraktu nie od razu uzgodnią skutki zastosowania tych postanowień umowy. Na tę okoliczność Warunki Kontraktowe zawierają jeszcze jeden istotny element, mianowicie rozdział 20 [Roszczenia, spory i arbitraż]. Dla zmniejszenia do minimum szkody, jaką jedna lub obie strony mogą ponieść wskutek sporów, Warunki Kontraktowe ustanawiają najsprawniejszy z dotychczas znanych systemów rozstrzygania sporów. Jednym z jego istotnych postanowień jest także ustanowienie systemu rozjemstwa, któremu poświęcona jest znaczna część rozdziału 20. Nadaje ona Komisji Rozjemczej (bądź Rozjemcy) prawo i obowiązek rozstrzygania sporów, m.in. takich, jak rozbieżności między poszczególnymi dokumentami, wyliczonymi w Akcie Umowy jako części składowe Kontraktu.

Instancją wskazaną przez postanowienia rozdziału 20, jest Komisja Rozjemcza (bądź Rozjemca), powołana przez Strony i upoważniona do działania zgodnie z postanowieniami Kontraktu. Wykonanie jej Decyzji jest przewidziane w Kontrakcie i następuje w pełnej zgodności z postanowieniami Umowy, tym samym nie naruszając w niczym wymagań art. 144 Prawa zamówień publicznych (ani żadnego innego prawa właściwego dla umowy).

Można tylko wyrazić ubolewanie, że w licznych przypadkach niektóre postanowienia Warunków Kontraktowych FIDIC 1999 są w konkretnych przypadkach eliminowane przez zamawiających[4)] działających w błędnym mniemaniu, iż chronią tym sposobem interesy – czy to własnej instytucji, czy nawet Skarbu Państwa. Ale to już inny temat.

mgr inż. Adam Heine
Inż. konsultant,
członek FIDIC, EFCA/SIDIR
członek Dispute Resolution Board Foundation

Przypisy

[1] Kodeks cywilny stosuje do tego rodzaju umów nazwę rozliczanie kosztorysowe jako przeciwstawienie rozliczenia ryczałtowego (art. 632 k.c.) O tym, czy rozliczenie jest kosztorysowe czy ryczałtowe nie decyduje jednak nadana umowie nazwa, tylko jej treść. Dla celów praktycznych należy przyjąć, że żadna umowa sporządzona z wykorzystaniem wzorów FIDIC 1999 nie jest umową ryczałtową z uwagi na liczne zawarte w niej warunki. Bardzo często w tych umowach występują elementy rozliczane ryczałtowo, prawie nigdy jednak nie są one jedyną formą rozliczenia.
[2] Aneksy lub inne dokumenty mogą być jednak potrzebne dla spełnienia warunków finansowania inwestycji. Nie są one w takim przypadku samodzielnym oświadczeniem woli, lecz jedynie dokumentem wtórnym, zawierającym poświadczenie okoliczności lub faktów objętych postanowieniami umowy.
[3] Dobre zwyczaje handlowe, powszechne w praktyce światowej, nakazują umieszczenie w Przedmiarach Robót pewnych pozycji rezerwowych, przeznaczonych dla pokrycia skutków robót pominiętych lub zbyt nisko oszacowanych w chwili zawierania kontraktu, bądź innych czynników wpływających na Cenę Kontraktową. Niestety, praktyka taka nie znajduje zrozumienia w Polsce w wielu instytucjach mających wpływ na formułowanie umów. Skutki tego niezrozumienia odbijają się często boleśnie na realizacji budów.
[4] Odnosi się to najczęściej do rozdziału 13 „Zmiany i korekty”, a także do rozdziału 20, o którym była mowa.

Artykuł zamieszczony w „Inżynierze budownictwa” czerwiec 2007