

Umowa o roboty budowlane w aspekcie podziału ryzyka stron

Dr inż. Beata Grzyl, mgr inż. Magdalena Apollo
Politechnika Gdańska, Wydział Inżynierii Lądowej i Środowiska

W budowlanym procesie inwestycyjnym występuje wiele czynności o charakterze technicznym, prawnym, administracyjnym, planistycznym i ekonomicznym. Jednocześnie są one uzależnione od licznych wymagań administracyjno-prawnych i cywilno-prawnych [1]. Zagadnienia związane z procesem budowlanym są uregulowane w przepisach prawa administracyjnego – przede wszystkim w ustawie Prawo budowlane (Pb) [12], szeroko zaś pojęte umowy zawierane przez podmioty na etapie przygotowania i realizacji inwestycji budowlanej są objęte dziedziną prawa cywilnego, którego podstawowym źródłem jest Kodeks cywilny (Kc) [13]. Złożony i wieloaspektowy charakter budowlanego procesu inwestycyjnego powoduje konieczność szczegółowego opisanie relacji, zasad współpracy i zobowiązań zaangażowanych podmiotów, między innymi w aspekcie postanowień umowy o roboty budowlane [3].

UMOWA O ROBOTY BUDOWLANE

Zawarcie umowy o roboty budowlane oznacza przyjęcie na siebie przez każdą ze stron określonych obowiązków, ale również związanego z nimi ryzyka i jego konsekwencji [5]. Szczególnie istotne staje się zatem odpowiednie skonstruowanie treści umowy o roboty budowlane. Z praktycznego punktu widzenia wyjątkowego znaczenia nabierają prawa i obowiązki stron umowy oraz rozwiązania, które zabezpieczają interesy uczestników

procesu budowlanego w kontekście prawa cywilnego. Zgodnie z art. 647 Kc [13] zasadniczym celem inwestora, zawierającego umowę o roboty budowlane, jest wybudowanie obiektu lub zrealizowanie określonego zakresu robót budowlanych, co uzyskuje się dzięki świadczeniu wykonawcy. W celu uregulowania całokształtu działań obejmujących prace przygotowawcze, projektowe, organizacyjne, budowlane, a także czynności o charakterze powykonawczym, możliwe jest wykorzystanie wielu rodzajów umów, mających bezpośredni lub pośredni związek z realizacją samego obiektu lub danego zakresu robót. Liczne relacje występujące pomiędzy podmiotami zaangażowanymi w budowlany proces inwestycyjny znajdują swoje odzwierciedlenie w treściach zawieranych umów. Należą do nich między innymi: umowa o prace projektowe, prace geologiczne, roboty geodezyjno-kartograficzne, pełnienie nadzoru inwestorskiego lub nadzoru autorskiego, zastępstwo inwestycyjne, roboty budowlane, podwykonawstwo lub podwykonawstwo częściowe czy dostawę wyposażenia itp.

Zgodnie z art. 353¹ Kc [13]: „*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*”. Zasada ta wyraża się przede wszystkim w swobodzie decydowania o zawarciu umowy i kształtowaniu jej treści. Swoboda kontraktowa stron polega na możliwości nieskrępowanego wyboru rodzaju umowy, kontrahenta, sposobu zawarcia umowy i jej formy oraz

ukształtowania treści wzajemnych praw i obowiązków, a także na możliwości zgodnej zmiany lub wcześniejszego rozwiązania umowy [2]. Swoboda umów niesie jednak ze sobą pewne ryzyko. Ze względu na fakt, że ani Kodeks cywilny [13], ani inne akty prawne nie wskazują dokładnie, jakie zapisy należy stosować w treści umowy w celu dokonania proporcjonalnego i racjonalnego rozłożenia ryzyka pomiędzy podmioty, jej właściwe skonstruowanie stanowi trudne zadanie. Nieprofesjonalnie i niepoprawnie sformułowana umowa, zawierająca np. zapisy stanowiące rażące naruszenie równowagi stron poprzez nierówny podział ryzyka, w praktyce jest zazwyczaj źródłem potencjalnych konfliktów i strat podmiotów podpisujących ją [8].

Można wskazać trzy zasadnicze źródła będące przyczyną konfliktów i sporów (często rozwiązywanych na drodze sądowej) między podmiotami realizującymi inwestycje budowlane [9]. Należą do nich [9]: wadliwość zapisów umowy stanowiącej podstawę współpracy, brak dokumentów (dowodów) potwierdzających zmiany wprowadzane w toku realizacji inwestycji (koniecznych na etapie rozliczenia za wykonane prace) oraz zaniedbania na etapie wykonywania robót budowlanych, polegające na braku wykorzystania przez wykonawców/podwykonawców narzędzi prawnych przewidzianych np. w Kc [13], zabezpieczających interesy strony umowy (np. gwarancji zapłaty za roboty budowlane, solidarnej odpowiedzialności inwestora i zawierającego umowę za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonywane przez podwykonawcę). Konieczność dochodzenia swoich racji (dotyczących m.in. zapłaty za wykonane roboty budowlane) na drodze sądowej wynika najczęściej z wadliwości lub braku precyzji zapisów umów o roboty budowlane [3, 4, 9].

Zgodnie z art. 648 § 1 Kc [13] umowa o roboty budowlane powinna być stwierdzona pismem. Forma pisemna umowy jest zachowana jednak tylko wówczas, gdy pod treścią dokumentu są złożone podpisy obu kontrahentów. Poprawnie sporządzona umowa powinna zawierać określone postanowienia i elementy. Należy do nich między innymi: część wstępna, przedmiot umowy, szczegółowe obowiązki stron dotyczące jego wykonania, postanowienia dotyczące postępowania w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, zabezpieczenia należytego wykonania przedmiotu umowy oraz postanowienia końcowe. Jednym z zasadniczych elementów treści umowy, mającym istotne znaczenie przy ocenie czy umowa została wykonana, jest określenie przedmiotu umowy, to jest istoty i podstawowego celu zawieranego kontraktu. W treści umowy należy między innymi szczegółowo zdefiniować zakres zadań i odpowiedzialności każdej ze stron oraz sposób wykonania przedmiotu umowy. Takie ujęcie powyższych informacji, uzależnione od rodzaju umowy i oczekiwanego efektu, stanowi doprecyzowanie zapisów umowy dotyczących jej przedmiotu, a jednocześnie eliminuje lub znacznie ogranicza potencjalne ryzyko nieporozumień i konfliktów mogących wystąpić w toku przygotowania i realizacji inwestycji budowlanej.

Umowy zawierane w budowlanym procesie inwestycyjnym przez inwestora z jednostkami wykonawczymi i jednostki wykonawcze pomiędzy sobą, funkcjonują jako umowy rezultatu (dotyczy np. sporządzenia dokumentacji projektowej) i umowy starannego działania (dotyczą np. pełnienia nadzoru inwestorskiego). Osobną kategorię w Kc [13] stanowi umowa o roboty budowlane.

Analiza treści rzeczywistych umów o roboty budowlane pozwala na sformułowanie listy często występujących w nich błędów. Należą do nich przede wszystkim [3, 6, 9]:

- brak prawidłowego określenia stron umowy i osób reprezentujących strony,
- brak dokładnego określenia przedmiotu umowy, zakresu zobowiązania stron (np. sposobu wykonania zobowiązania),
- brak precyzyjnego i pełnego sformułowania zakresu praw i obowiązków stron umowy,
- brak postanowień dotyczących zasad wykonywania robót dodatkowych i zamiennych oraz rozliczania tych robót,
- brak postanowień regulujących zasady wprowadzania zmian do dokumentacji projektowej na etapie realizacji robót budowlanych i ich konsekwencje,
- błędy w sporządzaniu aneksów do umowy (dokonywanie zmian opisowych bez odwoływania się do konkretnych numerów artykułów umowy zasadniczej); brak postanowień dotyczących zakresu i zasad sporządzania dokumentów potwierdzających wprowadzane zmiany postanowień umowy w toku realizacji robót budowlanych; niekonsekwencja w stosowaniu definicji i błędne odwoływanie się do poszczególnych artykułów umowy zasadniczej i aneksów,
- brak precyzyjnych ustaleń w zakresie zasad naliczania kar umownych za niedotrzymanie terminu, tzn. brak jednoznacznych ustaleń, za co należy się kara - czy za opóźnienie (tj. zwykle, obiektywne uchybienie terminowi) czy za zwłokę (tj. opóźnienie zawinione),
- brak zapisów limitujących wysokość kar umownych, to jest wprowadzających górną granicę odpowiedzialności strony obciążonej karami (np. $10 \div 20\%$ wartości kontraktu); rażąco wygórowana wysokość kary umownej,
- brak szczegółowego podania terminu realizacji robót i poszczególnych ich etapów,
- brak określenia zakresu niezbędnych dokumentów, zasad i sposobu informowania kontrahenta o podejmowanych czynnościach, wymagających zawiadomienia lub zgody drugiej strony umowy,
- brak precyzyjnego określenia formy rozliczenia (ryczałtowa, kosztorysowa),
- brak szczegółowych regulacji w zakresie sposobu wykonywania uprawnień z tytułu gwarancji i rękojmi,
- błędy lub brak precyzji w formułowaniu postanowień dotyczących zabezpieczeń stron umowy, np. prawa odstąpienia lub rozwiązania umowy, odszkodowania, kaucji gwarancyjnych itp.,
- brak szczegółowych postanowień w zakresie procedur podejmowania przez strony umowy czynności dotyczących zapłaty wynagrodzenia, zgłaszania wad, dokonywania odbiorów robót itp.,
- nieprecyzyjne określanie sposobu rozstrzygania sporów zaistniałych pomiędzy stronami,
- występowanie niejednoznacznych, wykluczających się lub sprzecznych z obowiązującym prawem postanowień umownych,

- występowanie sprzeczności pomiędzy postanowieniami umowy a zapisami zawartymi w załącznikach do umowy,
- brak wzorów dokumentów wymaganych przez zamawiającego/inwestora (np. gwarancji bankowej, protokołu odbioru częściowego, końcowego).

POSTANOWIENIA UMOWNE W ASPEKTCIE PODZIAŁU RYZYKA STRON

Zgodnie z art. 58 § 1 Kc [13] każde postanowienie umowne naruszające obowiązujące prawo (w odniesieniu do umowy o roboty budowlane, przede wszystkim Kc [13], Pzp [11], Pb [12]) jest nieważne: „Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy”. Takie stanowisko potwierdza również liczne orzecznictwo Sądu Najwyższego, Sądów Apelacyjnych i Krajowej Izby Odwoławczej.

Prezentowane zapisy zawarte w umowach o roboty budowlane, wzorach umów, Programach funkcjonalno-użytkowych (PFU) i Specyfikacjach Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), stanowią przykłady naruszenia prawa lub omińnięcia obowiązujących przepisów. W wielu przypadkach zapisy te są sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, rażąco nierównomiernie kształtują wzajemne prawa i obowiązki kontrahentów, a w konsekwencji nieproporcjonalnie rozkładają na strony umowy ryzyko związane z powstaniem i wykonywaniem zobowiązania. Zapisy te stanowią równocześnie formę transferu ryzyka wynikającego z nienależytego, nierzetelnego i nieprofesjonalnego przygotowania robót budowlanych do realizacji przez zamawiającego/inwestora na wykonawcę [2].

Wady dokumentacji projektowej lub PFU

1. Przykład zapisu umownego: „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Projektową, Terenem Budowy i zweryfikował ich kompletność, dokładność i wystarczalność dla wykonania Robót i Dokumentów Wykonawcy oraz potwierdza taką kompletność, dokładność i wystarczalność Dokumentacji Projektowej dla wykonania Robót i Dokumentów Wykonawcy. Wykonawca akceptuje, że nie będą mu przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia i zrzeka się wyraźnie wszystkich ewentualnych roszczeń przeciwko Zamawiającemu z tytułu wszelkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej, w tym jakiegokolwiek roszczeń o wypłatę jakiegokolwiek zwiększonych Kosztów lub płatności w dodatku do Ceny Umownej, lub o przedłużenie Czasu na Ukończenie wskutek takich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej”.
2. Przykład zapisu z PFU: „Optymalizacja dokumentacji polegać ma na: (...) wprowadzeniu zmian do dokumentacji projektowej wynikającej z protokołu (...), opracowaniu dokumentacji zamienniej w zakresie niespójnych (niemożliwych technicznie do zrealizowania rozwiązań)

... pomiędzy poszczególnymi tomami dokumentacji projektowej (...), opracowaniu dokumentacji zamienniej w przypadku wystąpienia rozbieżności pomiędzy stanem istniejącym a zawartym w dokumentacji projektowej (...).”

3. Przykład zapisu z SIWZ: „Jeżeli zajdzie taka konieczność Wykonawca opracuje dokumentację projektową niezbędną do wykonania robót zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym, nie wyłączając przy tym również ewentualnej konieczności uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę. (...) Z tego tytułu Wykonawca zrzeka się roszczeń względem Zamawiającego, nie będzie to miało również wpływu na Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową, Czas na Ukończenie oraz Wymagane Minimalne Ilości Wykonania (Kamienie Miłowe) określone w Warunkach Kontraktu”.
4. Przykład zapisu z PFU: „Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w Pozwoleniu na budowę oraz niniejszym Programie funkcjonalno-użytkowym, Wykonawca w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej zrealizuje następujące Roboty budowlane, w szczególności: (...)”.

O zakresie dokumentacji projektowej decyduje przede wszystkim umowa zawarta pomiędzy zamawiającym/inwestorem a wykonawcą, ale również przepisy ustawy Prawo budowlane [12] i rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. [10]. Z treści § 4 ust. 1 rozporządzenia [10] wynika, że w skład dokumentacji wchodzi między innymi: projekt budowlany i projekty wykonawcze. Należyte wykonanie obowiązków przez projektanta oznacza między innymi opracowanie i dostarczenie inwestorowi/zamawiającemu kompletnego projektu opracowanego w sposób niewadliwy (to jest bez wad fizycznych). Zgodnie z art. 647 Kc [13] podstawowym obowiązkiem inwestora jest dostarczenie projektu, w ustawie Pzp [11] przewiduje się, że obowiązkiem zamawiającego na etapie przygotowania postępowania przetargowego jest między innymi poprawny opis przedmiotu zamówienia. Wykonawca przystępujący do postępowania zleceńowego powinien być pewien, że dokumentacja projektowa (lub PFU), stanowiące podstawę opracowania oferty, są sporządzone przez profesjonalną firmę na zlecenie zamawiającego, który jest w pełni odpowiedzialny za przygotowanie postępowania przetargowego. Wymóg kompletności projektu stanowi niezbędny warunek poprawnego ustalenia zakresu i przedmiotu umowy o roboty budowlane oraz wynagrodzenia wykonawcy, adekwatnego do jego świadczenia rzeczowego [7].

Podstawowe obowiązki zamawiającego roboty budowlane określają ustawa Pzp [11] oraz przepisy Kc [13] (w zakresie, który nie jest uregulowany ustawą Pzp [11]). Należy do nich między innymi należyte przygotowanie robót do realizacji, w tym podjęcie czynności faktycznych i prawnych mających na celu opracowanie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (STWiORB). Od kompletności i poprawności tych dokumentów, stanowiących podstawę opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ, zależy prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia i wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Nieprecyzyjne, błędne i niezgodnie z dokumentacją projektową ustalenie przedmiotu zamówienia, a jednocześnie zobowiązanie wykonawcy do realizacji robót zgodnie z tą dokumentacją (stanowiącą także podstawę niewłaściwej wyceny robót w kosztorysie ofertowym) jest często

stosowanym w praktyce sposobem przeniesienia ryzyka na wykonawcę poprzez zapisy umowy, a jednocześnie stanowi oczywiste zaniedbanie w zakresie należytego przygotowania robót budowlanych do realizacji przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 36 pkt. 16 ustawy Pzp [11] obowiązkiem zamawiającego jest również określenie w SIWZ wzoru umowy lub ogólnych warunków umowy – jeżeli żąda on, aby wykonawca zawarł z nim umowę na tych warunkach. Treść tego ważnego dla stron dokumentu jest uzależniona przede wszystkim od rzetelności i dokładności zamawiającego. Obecność nieprecyzyjnych postanowień umowy lub świadczących o możliwości rozszerzenia zakresu przedmiotu zamówienia (bez możliwości żądania dodatkowego wynagrodzenia i przesunięcia terminu realizacji), brak regulacji w niektórych kwestiach, stanowiących w wielu przypadkach przyczynę wstrzymania realizacji robót, należy również potraktować jako przejaw nienależytego wykonania swoich obowiązków przez zamawiającego.

Niezgodne z prawem (art. 471 Kc [13] w związku z art. 29 oraz 31 Pzp [11]) jest także działanie zamawiającego polegające na obciążeniu wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, na które nie ma on wpływu, a także obowiązkiem poniesienia kosztów robót dodatkowych, wynikłych w toku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego a będących skutkiem wadliwie sporządzonej przez zamawiającego dokumentacji projektowej. Naruszony zostaje również art. 647 Kc [13], poprzez zakłócenie istoty stosunku prawnego, w postaci umowy o roboty budowlane i bezpodstawne zwolnienie się zamawiającego (inwestora) z odpowiedzialności za błędy, niejasności, pominięcia i niespójności zawarte w dokumentacji projektowej [2, 14]. Oczywisty jest fakt, że przy takich zastrzeżeniach zamawiającego, co do braku kompletności i poprawności dokumentacji projektowej, niemożliwe jest rzetelne skalkulowanie ceny ofertowej, a w przypadku otrzymania zamówienia istnieje wysokie prawdopodobieństwo poniesienia dodatkowych kosztów niemożliwych do przewidzenia na etapie składania oferty.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp [11] zamawiający jest zobowiązany opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, posługując się dokładnymi i zrozumiałymi określeniami, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawcę [15]. W art. 31 ust. 1 Pzp [11] przewiduje się, że zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz STWiORB (model „wybuduj”), a art. 31 ust. 2 – za pomocą PFU (model „zaprojektuj i wybuduj”). Zakres zobowiązania określony w umowie musi być tożsamy z zakresem podanym w ofercie (art. 140 Pzp [11]). Powyższe przykłady zapisów umownych, świadczą o tym, że zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji zakresu zobowiązania umownego. Możliwość rozszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy na skutek ujawnionej w toku wykonywania przedmiotu umowy wady dokumentacji projektowej, obarczanie go ryzykiem wad, pomyłek niedokładności i braków dokumentacji projektowej, niemożliwym do oszacowania na etapie składania oferty stanowi naruszenie art. 140 Pzp [11, 17].

Wartość umowy

5. Przykład zapisu z wzoru umowy zawartego w SIWZ: „Wartość umowy wynosi/nie przekroczy: ...”.

Takim zapisem zawartym we wzorze umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ udostępnionej wykonawcom na etapie sporządzania ofert, zamawiający informuje oferentów, że nie zdecydował jeszcze, w jaki sposób będzie ustalone wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia, to jest, czy wartość umowy wyniesie określoną kwotę czy nie przekroczy określonej kwoty i jaką formę przyjmie wynagrodzenie (ryczałtowe, kosztorysowe). Takie zapisy stanowią naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp [11], ponieważ w niejednoznaczny sposób określają zasady i formę wynagrodzenia należnego wykonawcy za zrealizowanie przedmiotu zamówienia [15]. Niejasne sformułowanie w zakresie określenia wartości świadczenia pieniężnego powoduje, że istnieje niepewność co do rzeczywistego kształtu zobowiązania stron, a więc przedmiotu zamówienia.

Wynagrodzenie ryczałtowe

6. Przykład zapisu umownego: „(...) wynagrodzenie, jako wynagrodzenie typowo ryczałtowe, obejmujące wszelkie ryzyka, koszty i zysk Wykonawcy związane z realizacją, i ukończeniem Robót”.
7. Przykład zapisu umownego: „Wykonawca zobowiązuje się do wykonania za umówione wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie (...) pełnego zakresu robót objętych dokumentacją projektową, jak też wszelkich robót nieobjętych tą dokumentacją, których konieczność wykonania wystąpi w toku realizacji robót”.
8. Przykład zapisu z SIWZ: „W ramach realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca wykona również inne czynności niezbędne dla prawidłowej i bezpiecznej eksploatacji obiektu”.

Zgodnie z art. 651 Kc [13] wykonawca robót budowlanych jest zobowiązany do weryfikacji dokumentacji projektowej w toku wykonywania robót i niezwłocznego zawiadomienia inwestora w przypadku, gdy dostarczona przez niego dokumentacja nie kwalifikuje się do prawidłowego wykonania robót lub zajądą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić w prawidłowym wykonaniu prac. Wykonawca jest również zobowiązany powiadomić inwestora w przypadku, gdy realizacja jego wymagań spowoduje powstanie wadliwego obiektu (art. 655 Kc [13]). Wykonawca nie może jednak ponosić odpowiedzialności za ewentualne błędy projektanta (ujawnione na etapie składania oferty lub realizacji robót budowlanych) [16]. Niezgodne z prawem jest zatem obciążanie przyszłego wykonawcy ryzykiem, którego nie jest w stanie przewidzieć i wycenić na etapie składania oferty. W praktyce nie jest możliwe, aby wykonawca, przed złożeniem swojej oferty szczegółowo sprawdził teren przyszłej budowy oraz dokumentację projektową i jednoznacznie ocenił prawidłowość jej wykonania. Zrzeczenie się zatem przez wykonawcę roszczeń z tytułu wszelkich wad dokumentacji projektowej otrzymanej od inwestora/zamawiającego i zobowiązanie się do wykonania robót nieobjętych nią, rażąco wykraczają poza ryzyko mieszczące się w granicach ceny ryczałtowej. Zobowiązanie wykonawcy do wliczenia w cenę ofertową kosztu ryzyka, którego nie jest w stanie oszacować na etapie sporządzania oferty narusza art. 29 ust. 1 i 31 ust. 1 ustawy Pzp [11].

Nakładanie na wykonawcę, w toku realizacji prac, obowiązku wykonania robót, których zamawiający nie przewidział na etapie składania ofert oraz zrealizowania poleceń inspektora

nadzoru inwestorskiego lub Inżyniera (warunki kontraktowe FIDIC), dotyczących wykonania działań wykraczających poza zakres zamówienia, niezawartych w opisie przedmiotu zamówienia, nieprzewidzianych na etapie postępowania o udzielenie zamówienia i nie będących wynikiem wadliwie lub sprzecznie z prawem wykonanych robót, stanowi rozszerzenie zakresu zamówienia po podpisaniu umowy a jednocześnie naruszenie prawa [2]. Zgodnie z art. 140 ust. 3 Pzp [11] umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ. W praktyce często podstawą żądań zamawiającego dotyczących rozszerzenia zakresu jest powoływanie się na ryczałtowy charakter wynagrodzenia [2].

Zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp [11]: „*Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie*”, zaś treść złożonej oferty musi odpowiadać treści SIWZ (art. 82 ust. 3 Pzp [11]), która zawiera między innymi opis przedmiotu zamówienia. Wysokość wynagrodzenia wiążącego strony umowy dotyczy wyłącznie zakresu objętego umową o roboty budowlane, a dodatkowo wyłącznie w przypadku należytego opisanie przedmiotu zamówienia, to jest zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp [11] zakresu, który uwzględnia wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawcę. W konsekwencji postanowienia umowne przenoszące na wykonawcę ryzyko wykonania robót nieobjętych opisem zamówienia są sprzeczne z Pzp [11] i zasadami współżycia społecznego [2]. Możliwe jest wprowadzenie istotnej zmiany w treści zawartej umowy pod warunkiem, że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ i określił warunki takiej zmiany (art. 144 ust. 1 Pzp [11]).

Odpowiedzialność wykonawcy za obowiązki ustawowo przypisane inwestorowi

9. Przykład zapisu z PFU: „*W przypadku nałożenia przez właścicieli bądź zarządców infrastruktury technicznej obowiązku zawarcia umów, regulujących wzajemne zobowiązania z Inwestorem, należy uregulować wszelkie formalności z tym związane oraz przedstawić uzgodnione projekty umów, za pośrednictwem Inżyniera, do podpisania Zamawiającemu*”.
10. Przykład zapisu z PFU: „*Nie wykluczając innych czynności niezbędnych dla prawidłowego przygotowania terenu budowy, Wykonawca, jeśli zajdzie potrzeba bądź Inżynier wyda takie polecenie w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz obowiązującego Czasu na Ukończenie:*
 - a) *W miarę potrzeb związanych ze zmianami Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego opracuje projekt niezbędnych prac geologicznych, wykona dodatkowe odwierty w celu rozpoznania podłoża gruntowego i warunków wodnych oraz opracuje dokumentację geologiczno-inżynierską i dokumentację hydrogeologiczną.*
 - b) *Przeprowadzi rokowania, doprowadzi do zawarcia umów na czasowe korzystanie z nieruchomości niezbędnych dla wykonania przedmiotu zamówienia*

oraz umów niezbędnych pod przebudowę urządzeń infrastruktury technicznej (...). W przypadku, gdy właściciel nieruchomości nie wyrazi zgody na udostępnienie nieruchomości, Wykonawca przygotowuje odpowiednie materiały potrzebne do wniosku o wydanie przez Wojewodę stosownej decyzji administracyjnej w tej sprawie (...), złoży wniosek do Wojewody. Wykonawca przygotowuje również wszelkie niezbędne dokumenty w zakresie ustanowienia służebności dla gestorów sieci (...) i doprowadzi do ustanowienia służebności dla poszczególnych gestorów”.

11. Przykład zapisu z PFU: „*Calkowita odpowiedzialność za wykonanie projektu, uzgodnienie projektu z wszystkimi jednostkami (...), uzyskanie prawa do dysponowania niezbędnymi w tym celu nieruchomościami (...) spoczywa na Wykonawcy robót (...)*”.
12. Przykład zapisu z PFU: „*Wykonawca jest zobowiązany do uzyskania w imieniu i na rzecz Inwestora Pozwolenia na Użytkowanie oraz spełnienia wszelkich warunków dotyczących uzyskania niezawierającej żadnych obowiązków i warunków, bezterminowej, ostatecznej i niezaskarżalnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie wraz z uzyskaniem koniecznych w tym celu dokumentów oraz przeprowadzeniem odbiorów.*”
13. Przykład zapisu z PFU: „*Wykonawca jest zobowiązany uzyskać prawo do dysponowania terenami, do których Inwestor nie posiada takiego prawa (...), a także uzyskać wszelkie Inne Pozwolenia, wymagane dla prowadzenia Robót.*”

Powyższe zapisy zawarte w PFU stanowią wyraźne przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za obowiązki, które ustawowo są przypisane inwestorowi, a dotyczą np. występowania do właściwych organów o zmianę pozwolenia na budowę w związku z koniecznością dokonania istotnych zmian w projekcie, uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu, uzyskania zgody właścicieli gruntów, na których ma być realizowana inwestycja (np. służebność przesyłu) [2]. W niektórych przypadkach zamawiający/inwestor utożsamia zakończenie robót z terminem wydania i uzyskania przez wykonawcę pozwolenia na użytkowanie obiektu. Takie działanie należy uznać za naruszające art. 647 Kc [13] w związku z art. 56 oraz art. 57 ustawy Pb [12]. Wystąpienie o wydanie pozwolenia na użytkowanie obiektu, stanowiące obowiązek inwestora, jest możliwe dopiero po zakończeniu i odebraniu wykonanych robót budowlanych [2]. Działanie to nie może mieć wpływu na termin rozliczenia za wykonane roboty budowlane, ze względu na fakt, że wykonawca nie ma wpływu na czas, w którym inwestor zgłosi obiekt do użytkowania [2].

WNIOSKI

Najważniejszym dokumentem w toku realizacji inwestycji budowlanej jest umowa. Z praktyki wynika, że prawidłowo sporządzona umowa o roboty budowlane w znacznym stopniu ogranicza zakres potencjalnych nieporozumień i sporów (również sądowych) pomiędzy stronami, a w ten sposób redukuje ryzyko zakłóceń w procesie inwestycyjnym.

Zasadniczym celem optymalnego, to jest sprawiedliwego i równomiernego, rozłożenia ryzyka stron umowy jest zminimalizowanie całkowitych jego skutków. Wielu zamawiających/inwestorów jest przekonanych, że odmawianie wykonawcy wszelkich uprawnień, poprzez odpowiednio skonstruowaną treść umowy, skutecznie przenosi konsekwencje odpowiedzialności za wystąpienie danego ryzyka na wykonawcę [4]. Nie wszystkie rodzaje ryzyka można jednak efektywnie przetransferować na kontrahenta. W praktyce obserwuje się liczne działania firm wykonawczych, stanowiące reakcję na rażąco nieproporcjonalne rozłożenie konsekwencji ryzyka poprzez zapisy treści umowy o roboty budowlane. Doświadczeni i świadomi szerokiego zakresu możliwych skutków wystąpienia ryzyka wykonawcy robót budowlanych nie przystępują do niektórych postępowań przetargowych lub dokonują realnej wyceny ryzyka, znacząco zwiększając koszt realizowanej inwestycji.

Wysoka efektywność realizowanych przedsięwzięć budowlanych i racjonalne wydatkowanie środków (często publicznych) są możliwe wyłącznie w przypadku stosowania takich treści umów, w których jest przewidziane równomierne rozłożenie ryzyka, przypisanie go tej stronie, która ma na nie większy wpływ, potrafi nimi lepiej zarządzać i dla której koszt jego poniesienia jest niższy. Ważna jest współpraca stron umowy oraz konsekwentne przestrzeganie zdefiniowanych w niej postanowień przez wszystkie zaangażowane podmioty w celu osiągnięcia zasadniczego efektu – zrealizowania budowlanego przedsięwzięcia inwestycyjnego. Rzetelne wypełnianie swoich obowiązków przez zamawiającego/inwestora, projektanta, wykonawcę robót, dostawców i usługodawców, ich wzajemna współpraca, świadomość odpowiedzialności prawnej (w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania swoich obowiązków) i potencjalnych skutków ekonomicznych stanowi zasadniczy warunek podniesienia jakości podejmowanych działań i sporządzanych dokumentów na etapie przygotowania przedsięwzięcia, zawarcia umowy o roboty budowlane i umów towarzyszących, a także realizacji inwestycji budowlanej. Podstawowym narzędziem zarządzania ryzykiem związanym z realizacją przedsięwzięcia budowlanego jest umowa zawierająca klauzule uwzględniające zasadę równości stron, ekwiwalentności świadczenia rzeczowego wykonawcy robót budowlanych oraz realne terminy rozpoczęcia i zakończenia robót.

1. Apollo M.: Sources of investment risk in urban regeneration projects. *Czasopismo Techniczne. Wydawnictwo Politechniki Krakowskiej*, 2015.
2. Boczek Z.: Komentarz do realizacji inwestycji budowlanych (robót budowlanych) w inwestycjach komercyjnych i zamówieniach publicznych w tym z wykorzystaniem Warunków Kontraktowych FIDIC. *Euroinstytut Europejski Instytut Ekonomiki Rynków*, 2015.
3. Grzyl B.: Nieprawidłowości w umowach na roboty budowlane w obszarze zamówień publicznych. *Inżynieria i budownictwo* 70(5), 269–272, 2014.
4. Grzyl B.: Ryzyko wykonawcy robót budowlanych w zamówieniach publicznych. *Inżynieria i Budownictwo*, 70(11), 644-646, 2014.
5. Grzyl B., Apollo M.: Zarządzanie ryzykiem jako element wspomaganie działań logistycznych w przedsiębiorstwie budowlanym. *Logistyka*, (6), 2011.
6. <http://www.npf.rpo.lubelskie.pl>
7. Lapiere L.: Odpowiedzialność za źle przygotowaną inwestycję. *Licz i buduj*, 8/2011.
8. Merkwa W.: Granice swobody umów w zamówieniach publicznych. *Zamówienia publiczne. Doradca*, 197/wrzesień 2013.
9. Pietrasik J.: Spory sądowe w branży budowlanej. *Builder*, (5), 2015.
10. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. *Dz. U. z 2004 roku nr 202, poz. 2072 i z 2005 roku nr 75, poz. 664.*
11. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych. *Dz. U. z 2004 roku nr 19, poz. 177 wraz z późniejszymi zmianami.*
12. Ustawa z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane. *Dz. U. z 1994 roku nr 89, poz. 414 wraz z późniejszymi zmianami.*
13. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny. *Dz. U. z 1964 roku nr 16, poz. 93 wraz z późniejszymi zmianami.*
14. Wyrok z dnia 27 kwietnia 2011 roku Krajowej Izby Odwoławczej. *Sygn. akt: KIO 806/11.*
15. Wyrok z dnia 19 lipca 2010 roku Krajowej Izby Odwoławczej. *Sygn. akt: KIO 1388/10.*
16. Wyrok z dnia 28 kwietnia 2006 roku Sądu Okręgowego w Poznaniu, *II Ca 455/06.*
17. Wyrok z dnia 27 marca 2000 roku Sądu Najwyższego, *III CKN 629/98.*