

Konferencja Sądu Arbitrażowego przy SIDiR

Zbigniew J. Boczek

**„WARUNKI KONTRAKTOWE FIDIC”
KLAUZULA 13 JAKO ODMIENNY
SPOSÓB WYKONANIA ROBÓT
A NIE ZMIANA UMOWY**

13 Variations and Adjustments



13 Zmiany i korekty

Zmiany mogą być zainicjowane przez Inżyniera przed wydaniem Świadectwa Przejęcia dla Robót przez wydanie polecenia lub żądanie, skierowane do Wykonawcy, aby przedłożył ofertę na Zmianę.

Wykonawca wykona i będzie związany każdą Zmianą ...

- **Teza 1:** W polskiej wersji Warunków Kontraktowych FIDIC występuje niewłaściwe tłumaczenie angielskiej wersji **Klauzuli 13** „Variations i Adjustments”, która to Klauzula **powinna być rozumiana wyłącznie jako prawo do „odmiennego (variations) sposobu wykonania robót”**,
- **a nie do „wprowadzania poleceniem Inżyniera zmian do Kontraktu”,** ponieważ **inaczej pozostaje w sprzeczności z klauzulą 3.1** gdzie Inżynier **„nie jest uprawniony do korygowania kontraktu, czy wnoszenia poprawek”**.

➤ **Teza 2:** W zamówieniach publicznych wszelkie polecenia zmiany wydane wykonawcy przez Inżyniera czy zamawiającego, **podlegają ocenie zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych**, a tym samym osoby te nie mają uprawnień do jednostronnej zmiany kontraktu bez zgody wykonawcy.

INŻYNIER KONTRAKTU

Warunki Kontraktowe FIDIC

3. Inżynier

3.1 Obowiązki i uprawnienia

- **Inżynier nie będzie miał uprawnień do korygowania Kontraktu.**
- Inżynier może korzystać z uprawnień przypisanych mu w Kontrakcie lub jednoznacznie z niego wynikających.

3.3 Polecenia Inżyniera

- W dowolnym czasie Inżynier może wydać Wykonawcy polecenia lub dodatkowe albo zmienione Rysunki, konieczne do wykonania Robót oraz usunięcia wad, wszystko zgodnie z Kontraktem.

Kodeks cywilny

Art. 474. Dłużnik (*przyp. Zamawiający*) odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza.

**KLAUZULA 13
WARUNKÓW
KONTRAKTOWYCH FIDIC**

Kolejna teza

- **Klauzula 13 Warunków Kontraktowych FIDIC jest sprzeczna w zamówieniach publicznych z zakazem dowolnego korygowania kontraktu, a ponadto może dojść w rezultacie do naruszenia równości stron umowy, czy podważenia prawnego statusu stron procesu budowlanego wynikającego z art. 17 i następnym ustawy Prawo budowlane.**

➤ Jeśli umowa została zawarta na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych, to Inżynier korzystając z uprawnień wymienionych w klauzuli 13 może swoimi decyzjami spowodować nieuprawnione rozszerzenie zakresu świadczenia lub zmianę istotnych postanowień umownych z naruszeniem art. 140 ust. 1 i 3, oraz art. 144 ust. 1 P.z.p., z jednoczesnym pominięciem praw i obowiązków stron umowy wynikających z Kodeksu cywilnego.

**UMOWY
O ZAMÓWIENIE
PUBLICZNE**

Kodeks cywilny

Art. 353¹

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.

Kodeks cywilny

Zgodnie z art. 58. § 1

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.

Ustawa Prawo zamówień publicznych

Art. 139

1. **Do umów w sprawach zamówień publicznych**, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - **Kodeks cywilny**, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

2. **Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej**, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

Kodeks cywilny

(norma prawna z art. 139 ust. 1 P.z.p.)

Art. 77. § 1. Uzupelnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia.

Art. 76

Jeżeli strony zastrzegły w umowie, że określona czynność prawna między nimi powinna być dokonana w szczególnej formie, czynność ta dochodzi do skutku tylko przy zachowaniu zastrzeżonej formy. ...

Ustawa Prawo zamówień publicznych (*zobowiązanie Wykonawcy Robót*)

Art. 140.

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

2. (uchylony).

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

Ustawa Prawo zamówień publicznych

Art. 144. 1.

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

Trybunał Sprawiedliwości

wyrok C-454/06 z dnia 19.06.2008 r.

- ... W istocie zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania **stanowią udzielenie nowego zamówienia** w rozumieniu dyrektywy 92/50, 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.**
Zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni.
-(36) Podobnie, **zmiana pierwotnego zamówienia może zostać uznana za istotną, jeżeli w sposób znaczący poszerza zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane.**”

PODSUMOWANIE

"Modyfikację treści pierwotnej czynności prawnej należy traktować w takich samych kategoriach prawnych, jak dokonanie nowej czynności prawnej, ponieważ wiążą się z tym takie same ryzyka dla obu stron"

(tak Z. Radwański (w:) *System prawa cywilnego*, t. I, 1985, s. 641).