

**Stanowisko Instytucji Zarządzającej**  
**w sprawie stosowania**  
**Warunków Kontraktowych FIDIC<sup>1</sup> oraz niektórych klauzul umownych**  
**w projektach finansowanych ze środków Funduszu Spójności<sup>2</sup> oraz Programu**  
**Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko<sup>3</sup>**

W związku z pojawiającymi się wątpliwościami odnośnie stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC w projektach Funduszu Spójności oraz Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko oraz stosowania niektórych klauzul umownych w kontekście kwalifikowalności wydatków, Instytucja Zarządzająca (dalej: IZ) przekazuje następujące stanowisko wypracowane na podstawie zgłaszanych problemów i stanowisk właściwych organów administracji i partnerów gospodarczych.

**I. Obowiązek stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC w projektach finansowanych z Funduszu Spójności i Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko**

1. W projektach finansowanych z Funduszu Spójności (dalej: FS) obowiązek stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC wynikał ze specyfiki projektów inwestycyjnych i stosowaniem ich w okresie przedakcesyjnym dla projektów ISPA<sup>4</sup>. Dla projektów z sektora środowiska wymóg stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC został dodatkowo zamieszczony w umowie o dofinansowanie projektu.
2. W projektach finansowanych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (dalej: PO liŚ)<sup>5</sup> we wzorze umowy o dofinansowanie projektu nie ma klauzuli nakładającej na beneficjentów obowiązek stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC. Beneficjenci nie mają więc obowiązku stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC w projektach współfinansowanych z PO liŚ i mają swobodę regulowania stosunków prawnych łączących ich z wykonawcami, w obszarze zgodności z powszechnie obowiązującym prawem.
3. Powyższa informacja o braku obowiązku stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC w ramach PO liŚ nie powinna być odbierana przez beneficjentów jako

---

<sup>1</sup> FIDIC - Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils - Międzynarodowa Federacja Inżynierów Konsultantów.

<sup>2</sup> Perspektywa finansowa 2004-2006.

<sup>3</sup> Perspektywa finansowa 2007-2013.

<sup>4</sup> Obowiązek stosowania Ogólnych Warunków Kontraktowych FIDIC istniał dla kontraktów finansowanych z ISPA.

<sup>5</sup> Pismo IZ PO liŚ do Instytucji Pośredniczących, dalej jako IP, z dnia 20 lutego 2007r. (data na piśmie omyłkowo 2006r.), znak DPI-III-9610-86-MZi/06, l.dz. 0834.

zalecenie niestosowania tych procedur. Mając na uwadze zasadę swobody zawierania umów wynikającą z przepisów kodeksu cywilnego (art. 353<sup>1</sup> K.c.), beneficjenci mogą odpowiednio wykorzystywać wzorce przy zawieraniu umów, w tym również w umowach w sprawach zamówień publicznych.

4. Granicą swobody kontraktowania są jednak przepisy prawa bezwzględnie obowiązującego, przewidujące ściśle określone regulacje, nie podlegające wyłączeniu na mocy postanowień umownych. Oznacza to, iż niezależnie od stosowania przez beneficjentów procedur FIDIC lub innych warunków kontraktowych, beneficjenci zawsze zobowiązani są stosować przepisy prawa, w tym m.in. ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>6</sup> (dalej: ustawa Pzp), ustawy kodeks cywilny oraz ustawy Prawo budowlane, a także odpowiednie przepisy prawa wspólnotowego. W związku z tym beneficjenci są zobowiązani do samodzielnego dostosowania zapisów kontraktowych FIDIC w ramach Warunków Szczególnych FIDIC w zgodzie z odpowiednimi przepisami prawa polskiego. Tym samym pojęcia, które w oryginale sięgają do anglosaskiego systemu prawa, powinny odpowiadać właściwym polskiemu systemowi prawa instytucjom, należycie zdefiniowanym i konsekwentnie stosowanym w treści umowy. Dopuszczalne jest również pozostawienie Warunków Kontraktowych FIDIC w brzmieniu odpowiadającym tłumaczeniu z języka angielskiego na język polski, bez dostosowywania klauzul do pojęć stosowanych w polskim prawie. W takim przypadku interpretacja postanowień zawartych w Warunkach Kontraktowych FIDIC powinna być dokonywana zgodnie z przepisami prawa polskiego. Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR) zaleca wymienienie w Warunkach Szczególnych pojęć takich jak Pozwolenie na budowę, Pozwolenia na użytkowanie, inspektor nadzoru, dziennik budowy.

#### Stanowisko SIDiR:

5. Zgodnie z przekazaną do MRR opinią SIDiR<sup>7</sup> rezygnacja ze stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC może nieść ze sobą zagrożenie dla prawidłowej realizacji umów (a w konsekwencji projektów). W związku z tym, w opinii SIDIR przy podejmowaniu przez beneficjentów decyzji o stosowaniu bądź nie stosowaniu procedur FIDIC powinny być uwzględnione poniższe kwestie:

---

<sup>6</sup> Beneficjenci są zobowiązani do stosowania ustawy Pzp tylko jeżeli wymóg taki wynika z samej ustawy (zob. Wytoczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, podrozdział 5.5).

<sup>7</sup> Pismo SIDiR do IZ PO IIŚ z dnia 18 maja 2007, znak 0582/D/2007; Stanowisko MRR do IP w ww. sprawie zostało przekazane pismem z dnia 26 czerwca 2007, znak DPI-III-9610-86-PL/06, l.dz. 3026.

- Odstąpienie od stosowania procedur FIDIC wymaga od beneficjentów opracowania własnych warunków kontraktowych, które umożliwią właściwą realizację inwestycji współfinansowanych ze środków funduszy europejskich;
- Stosowanie Warunków Kontraktowych FIDIC (lub innych powszechnie uznanych w Europie standardowych warunków kontraktowych) pozwala na standaryzację procedur zarządzania projektem dla inwestycji współfinansowanych z funduszy europejskich. Standaryzacja zaś pozwala na ocenę prawidłowości zarządzania inwestycją i finansami przez przeszkolone kadry, podczas gdy próba opracowania nowych dla każdej umowy, innych warunków kontraktowych i procedur może doprowadzić do trudności identyfikacji zagrożeń wdrażanego projektu/umowy i braku transparentności wykorzystania środków unijnych, co w konsekwencji może doprowadzić nawet do ich zwrotu;
- Dodatkową konsekwencją wprowadzenia indywidualnych warunków kontraktowych może być nasilenie sporów budowlanych ze względu na mnogość sytuacji konfliktowych, których nowo opracowywane warunki nie przewidzą;
- Wybiórcze stosowanie klauzul FIDIC może spowodować ograniczenie praw Wykonawców i w konsekwencji doprowadzić do wzrostu kosztów realizacji inwestycji lub w ogóle braku zainteresowania Wykonawców udziałem w przetargach, w których nie będą potrafili oszacować ryzyk;
- Odstąpienie od standardowych warunków umowy (np. FIDIC) może spowodować upowszechnienie zapisów o rozstrzyganie sporów przez sądy powszechne w miejsce sądu polubownego (arbitrażu) – taka sytuacja może skutkować wydłużeniem czasu koniecznego do rozstrzygnięcia sporu i w konsekwencji uniemożliwić rozliczenie końcowej umowy w terminie określonym w Decyzji o przyznaniu dotacji, co może doprowadzić do niewykorzystania i konieczności zwrotu otrzymanych środków (w sprawie klauzul arbitrażowych zob. stanowisko Prokuratorii Generalnej pkt II).

## **II. Klauzule arbitrażowe - stanowisko Prokuratorii Generalnej**

6. Zgodnie ze stanowiskiem Prokuratorii Generalnej<sup>8</sup> w zakresie stosowania przez beneficjentów PO liŚ reprezentujących Skarb Państwa (*stationes fisci*) klauzuli arbitrażowej w umowach zawieranych z wykonawcami - zasadność i celowość

---

<sup>8</sup> Pismo z dnia 22 stycznia 2009r. znak KR-073/1/09/AOL W/707/09.

stosowania zapisu na sąd polubowny powinny podlegać każdorazowej ocenie beneficjenta nie tylko w oparciu o uwarunkowania rynkowe i wymogi instytucji międzynarodowych, ale także uwzględniać konsekwencje zamieszczenia tego typu klauzuli dla Skarbu Państwa.

7. Skarb Państwa jest z mocy prawa zwolniony od opłat w postępowaniu przed sądem państwowym<sup>9</sup>. Z tego względu sądownictwo powszechne powinno w pierwszej kolejności być brane pod uwagę jako sposób rozstrzygania sporów, których stroną jest Skarb Państwa. Jednakże arbitraż handlowy jest elastycznym instrumentem prawnym, który pod warunkiem jego umiejętnej wykorzystania może być interesującym dla Skarbu Państwa narzędziem rozwiązywania sporów. Należy pamiętać, iż Skarb Państwa jest zwolniony przed sądem państwowym od opłat, ale już nie wydatków np. wynagrodzenia i zwrot kosztów poniesionych przez biegłych oraz tłumaczy<sup>10</sup>. Wykorzystanie alternatywnych wobec sądownictwa powszechnego metod rozwiązywania sporów powinno być więc rozważone w sytuacji, gdy *statio fisci* przewiduje, iż rozstrzygnięcie konfliktów, które mogą wyniknąć z umowy, będzie wymagało posiadania wiedzy specjalistycznej, analizy wielu dokumentów i ustalania skomplikowanego stanu faktycznego, znajomości języków obcych oraz międzynarodowej praktyki kontraktowej. Sędzia państwowy w wypadkach wymagającej wiadomości specjalnych np. inżynierskich lub lingwistycznych musi zasięgnąć opinii biegłych, nawet jeżeli osobiście posiada taką wiedzę<sup>11</sup>. Tego typu ograniczenie nie dotyczy arbitrów, którzy w ramach swojego wynagrodzenia mogą również rozstrzygać kwestie techniczne czy analizować dokumenty sporządzone w języku obcym. Efektywność arbitrażu w dużej mierze zależy od właściwego sformułowania zapisu na sąd polubowny oraz wyboru odpowiednich arbitrów.
8. W przypadku podjęcia decyzji o poddaniu sporów wynikających z umowy lub z nią związanych pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, przy formułowaniu klauzuli arbitrażowej należy się kierować następującymi zasadami:
  - miejscem arbitrażu powinna być Rzeczpospolita Polska,
  - językiem, w którym będzie prowadzone postępowanie, powinien być język polski,
  - prawem właściwym dla rozstrzygnięcia sporu powinno być prawo polskie.
9. Odejście od tych zasad może spowodować eskalację ponoszonych przez Skarb Państwa kosztów postępowania arbitrażowego. Nie zaleca się upoważniania arbitrów

---

<sup>9</sup> Art. 94 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

<sup>10</sup> Art. 2 i 5 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

<sup>11</sup> Art. 278 Kodeksu postępowania cywilnego, zob. również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 1975 r., sygn. akt I CR 331/75, LEX nr 7729.

do rozstrzygnięcia według ogólnych zasad prawa lub zasad słuszności<sup>12</sup>, gdyż mogłoby to oznaczać zgodę na pominięcie przy orzekaniu bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, w tym ustawy o finansach publicznych, czy też ustawy Pzp.

10. Decydując się na poddanie sporu pod rozstrzygnięcie stałego sądu polubownego warto wziąć pod uwagę ofertę polskich sądów arbitrażowych, które na miejscu dysponują odpowiednią infrastrukturą zapewniającą sprawny przebieg postępowania, w szczególności prowadzenia rozpraw. Jeżeli zajdzie konieczność wprowadzenia do umowy zapisu na sąd polubowny *ad hoc*, należy rozważyć odwołanie się do już funkcjonujących w obrocie zasad arbitrażowych

### **III. Klauzula waloryzacyjna ceny (klauzula 13.8)**

#### Klauzula waloryzacyjna a ustawa Pzp:

11. Poniżej przedstawiono stanowisko Prezesa UZP w przedmiotowej sprawie<sup>13</sup>.
- Ustawa Pzp, nie zawiera szczególnych regulacji odnoszących się do zamieszczania klauzul waloryzacyjnych w umowach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. W takiej sytuacji, stosownie do art. 139 ust. 1 Pzp, do oceny dopuszczalności stosowania klauzul waloryzacyjnych w umowach o zamówienie publiczne znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego;
  - Kodeks cywilny w art. 358<sup>1</sup> § 1 deklaruje zasadę nominalizmu, zgodnie z którą, wykonanie zobowiązania pieniężnego następuje przez zapłatę sumy nominalnej, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Odstępstwo od powyższej zasady przewiduje art. 358<sup>1</sup> § 2 Kodeksu cywilnego, który dopuszcza możliwość posługiwania się tzw. "umownymi klauzulami waloryzacyjnymi" oraz 358<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego, który przewiduje waloryzację sądową;
  - W myśl art. 358<sup>1</sup> § 2 Kodeksu cywilnego strony mogą zastrzec w umowie, że wartość świadczenia pieniężnego określona zostanie według innego niż pieniądź miernika wartości. Zgodnie z zacytowanym przepisem, strony zawierając umowę, licząc się z istniejącym albo przewidywanym wzrostem cen, mogą zastrzec, że wartość świadczenia pieniężnego określona zostaje w relacji do innego niż pieniądź (polski) miernika wartości. Umowne klauzule waloryzacyjne mogą być oparte na różnego rodzaju miernikach wartości takich jak: złoto, waluty obce, określone grupy dóbr konsumpcyjnych, określone grupy materiałów (tzw. klauzule

<sup>12</sup> Art. 1194 §1 Kodeksu postępowania cywilnego.

<sup>13</sup> Pismo z dn. 23.05.2007 r. sygn. UZP/DP/O-RJE/47563/10515/07, pismo z dn. 23 stycznia 2009r. sygn. UZP/DP/O-JDU/1047/1386/09.

indeksowe). Omawiany przepis nie wprowadza żadnego ograniczenia, co do rodzaju umów, w których klauzule waloryzacyjne mogą być zastrzegane. Przedmiotowe klauzule mogą więc być stosowane także w umowach, zawieranych po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, regulowanego ustawą Pzp;

- Wskazać należy, iż dopuszczalność zastosowania klauzuli waloryzacyjnej w umowie w sprawie zamówienia publicznego uzależniona jest od przewidzenia jej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 15 Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera m.in. istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Klauzula waloryzacyjna jest istotnym dla zamawiającego i wykonawcy postanowieniem umowy w sprawie zamówienia, a więc konieczność jej przewidzenia w SIWZ nie może budzić wątpliwości;
- Podkreślić także należy, że klauzule waloryzacyjne muszą zawierać ściśle określony, obiektywny miernik wartości, który będzie podstawą zmiany ceny (wynagrodzenia wykonawcy). Nie jest natomiast zgodne z ustawą Pzp wprowadzenie do umowy o zamówienie publiczne zapisu „otwartego”, dopuszczającego zmianę ceny na zasadach określonych jednostronnie przez wykonawcę lub zamawiającego;
- W sytuacji zamieszczenia w umowie w sprawie zamówienia publicznego już w chwili zawarcia umowy klauzuli waloryzacyjnej, wynagrodzenie wykonawcy ustala się na podstawie tej klauzuli. Nie zachodzi wtedy konieczność zmiany umowy, dzięki określeniu w oparciu o klauzulę waloryzacyjną wynagrodzenia wykonawcy. Klauzula waloryzacyjna działa automatycznie, a jej zastosowanie stanowi wyraz realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Strony umowy nie mają powodów, dla których miałyby uzgadniać na nowo wysokość wynagrodzenia wykonawcy, gdyż jego wartość wynika z zawartej między nimi umowy. Ostateczne wynagrodzenie wykonawcy stanowi całkowitą kwotę obliczoną w wyniku zastosowania klauzuli waloryzacyjnej, która była przewidywana w umowie od momentu jej zawarcia
- W świetle powyższego, za błędny należy uznać pogląd, iż ustalenie wynagrodzenia wykonawcy w wyniku zastosowaniem klauzuli waloryzacyjnej

stanowi – przewidzianą w art. 146 ust. 2 pkt 3 Pzp - zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego dokonaną z naruszeniem art. 144 ust. 1 Pzp;

- W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych klauzule waloryzacyjne mogą być zatem stosowane także w umowach w sprawach zamówień publicznych, o ile są konstruowane w oparciu o rzetelne, wiarygodne i wymierne wskaźniki ekonomiczne (np. wskaźniki GUS). Możliwość wprowadzenia takiej klauzuli do przyszłej umowy powinna być przewidziana przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

## 12. Podsumowując stanowisko Prezesa UZP:

- Klauzule waloryzacyjne mogą być stosowane w umowach w sprawach zamówień publicznych, pod warunkiem, że:
  - zostały skonstruowane w oparciu o rzetelne, wiarygodne i wymierne wskaźniki ekonomiczne (np. wskaźniki GUS);
  - zostały przewidziane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- Nie jest natomiast zgodne z przepisami prawa zamówień publicznych wprowadzenie do umowy zapisu „otwartego”, dopuszczającego zmianę ceny na zasadach określonych jednostronnie przez wykonawcę lub zamawiającego.
- Klauzula waloryzacyjna działa automatycznie, a jej zastosowanie stanowi wyraz realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej przewidzianej w SIWZ i uwzględnionej w umowie w sprawie zamówienia publicznego, nie stanowi zatem zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego

### Klauzule waloryzacyjne ceny a finanse publiczne:

13. Zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Finansów<sup>14</sup> „kwota kontraktu musi uwzględniać realną wycenę materiałów i robocizny, a także odpowiednią marżę wykonawcy, z drugiej jednak strony środki publiczne muszą być wydatkowane racjonalnie”. Mając to na uwadze klauzula waloryzacyjna ceny w umowach zawieranych przez podmioty publiczne powinna uwzględniać ewentualne ograniczenia wynikające z przepisów prawa, w tym przepisów dotyczących zaciągania zobowiązań przez daną jednostkę. W przypadku wątpliwości beneficjenta,

---

<sup>14</sup> Pismo MF do MRR z dnia 29 października 2007r. znak IP-3/032/JS/PMGA-2578/07.

co do prawidłowości skonstruowania klauzuli waloryzacyjnej ceny, należy przekazać do IZ PO liŚ, za pośrednictwem właściwej IP/IW, wzór umowy planowany do stosowania (zawierający klauzulę waloryzacyjną) w celu przeprowadzenia analizy i uzyskania opinii, co do zgodności z wymogami Ministerstwa Finansów.

#### **IV. Możliwość uznania za kwalifikowane wydatków na roboty budowlane poniesionych w ramach tzw. kwot warunkowych (klauzula 1.1.4.10 i 13.5)**

14. Jedną z podstawowych zasad uznania wydatków za kwalifikowane jest ich poniesienie zgodnie z prawem. W związku z powyższym, wydatki w ramach kwot warunkowych będą mogły zostać uznane za kwalifikowane jeżeli zostaną poniesione zgodnie z ustawą Pzp (z zastrzeżeniem przestrzegania również pozostałych zasad dotyczących kwalifikowania wydatków).
15. Zgodnie z opinią Prezesa UZP w przedmiotowej sprawie<sup>15</sup> „(...) należy zwrócić uwagę na zagadnienie związane z ustaleniem przez zamawiającego wynagrodzenia kosztorysowego za wykonane roboty budowlane. Konsekwencją wyboru przez zamawiającego formy wynagrodzenia obmiarowego jest wypłata wynagrodzenia za wszystkie wykonane roboty w oparciu o faktycznie wykonane prace, a zatem zamawiający może być zobowiązany do wypłacenia wykonawcy kwoty wyższej lub niższej w stosunku do określonej w ofercie. Różnica w wypłacie wynagrodzenia w stosunku do ceny ofertowej wynika w takiej sytuacji zazwyczaj z różnicy w ilości faktycznie wykonanych robót niezbędnych do realizacji projektu budowlanego w stosunku do ilości robót uwzględnionych w przedmiarze. Należy pamiętać, że poprzez zawarcie umowy o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania obiektu przewidzianego w umowie wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej (art. 647 K.C. w związku z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Wykonawca ten jest zatem zobowiązany w ramach złożonej oferty do wykonania pełnego zakresu robót, zgodnie z projektem budowlanym, nawet wówczas, gdy ilość robót przewidziana przedmiarem przyjmowanym jako podstawa opracowania oferty cenowej nie obejmuje pełnego zakresu prac niezbędnego do realizacji projektu. Tym samym, zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu wykonania robót niezbędnych do realizacji projektu budowlanego nie stanowi zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż nie ulega zmianie przedmiot zamówienia określony dokumentacją projektową”.

---

<sup>15</sup> Pismo Prezesa UZP do MRR z dnia 5 marca 2008r., znak UZP/DP/O-BBR/20560/5693/08.



16. W związku z powyższym, z zastrzeżeniem postanowień zawartych w umowie, przeznaczenie kwoty warunkowej na sfinansowanie wyższego wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu wykonania robót niezbędnych do realizacji projektu budowlanego nie jest sprzeczne z ustawą Pzp i może zostać uznane za kwalifikowane.
17. Natomiast, zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UZP „(...)w sytuacji, gdy w trakcie realizacji umowy o roboty budowlane zawartej w trybie ustawy Pzp powstanie konieczność realizacji robót niezbędnych wprawdzie do realizacji projektu, ale w nim nie ujętych - zachodzi konieczność udzielenia nowego zamówienia. Ustawa Pzp przewiduje możliwość udzielenia takiego zamówienia jako dodatkowego dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych, jeżeli łączna wartość zamówień dodatkowych nie przekroczy 50% wartości realizowanego zamówienia, prace te są rzeczywiście niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, a ich wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, przy czym z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia przez zamawiającego niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego (art. 67 ust. 1 pkt. 5 Pzp),”.
18. W związku z powyższym, z zastrzeżeniem postanowień zawartych w umowie, przeznaczenie kwoty warunkowej na sfinansowanie robót niezbędnych wprawdzie do realizacji projektu, ale w nim nie ujętych może zostać uznane za kwalifikowane, o ile zostało prawidłowo udzielone zamówienie dodatkowe.

**V. Możliwość wypłaty wykonawcy kwoty zatrzymanej, w zamian za przedstawienie przez wykonawcę odpowiedniej gwarancji bankowej (klauzula 1.1.4.11 i 14.9)**

19. W przypadku umów realizowanych zgodnie z Warunkami Kontraktowymi FIDIC klauzule FIDIC stanowią integralną część umowy zawartej przez zamawiającego z wykonawcą. Jeżeli Warunki Szczególne FIDIC nie stanowią inaczej, stosuje się również klauzulę 14.9 dotyczącą kwot zatrzymanych.

Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UZP<sup>16</sup> klauzula kwot zatrzymanych ma na celu zabezpieczenie należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 147 – 151 ustawy Pzp. W związku z powyższym konstrukcja

<sup>16</sup> Pismo z dn. 23 stycznia 2009r. sygn. UZP/DP/O-JDU/1047/1386/09.

- takiej klauzuli w umowie o zamówienie publiczne zawartej w wyniku postępowania prowadzonego na podstawie przepisów ustawy Pzp nie może być sprzeczna z regulującymi tą kwestię przepisami tej ustawy.
20. W takiej sytuacji kwoty zatrzymane można by uznać za jedną z form zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego określonych w art. 148 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. formę pieniężną. Dokonanie przez wykonawcę zmiany tej formy zabezpieczenia na jedną lub kilka innych form, w tym na formę gwarancji bankowej, powinno odbywać się na warunkach określonych w art. 149 ust. 1 ustawy Pzp. Dokonując takiej zmiany należy jednocześnie pamiętać o tym, że musi ona być dokonywana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszenia jego wysokości. Zgodnie z ustawą Pzp, zmiana jednej formy zabezpieczenia na inną lub inne, na podstawie art. 149 ustawy – nie stanowi zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 144 ust. 1 ustawy.
21. Podkreślenia wymaga, iż dokonanie oceny jaki charakter dana klauzula FIDIC przyjęła w umowie, oraz czy i jakie przepisy ustawy Pzp mają w konkretnym przypadku zastosowanie, jest możliwe dopiero po dokonaniu wnikliwej analizy postanowień całej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W wyniku dokonanej analizy może się bowiem okazać, iż rolą kwot zatrzymanych określonych w konkretnej umowie nie jest zabezpieczenie należytego wykonania umowy, lecz stanowią one wprowadzone przez strony umowy zgodnie z zasadą swobody umów - **dodatkowe zabezpieczenie umowne.** W takiej sytuacji w celu dokonania opisanego w piśmie zmiany zasadne będzie rozważenie możliwości zastosowania art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.
22. Wszelkie zmiany wprowadzane do umów muszą być dokonywane, w zależności od umowy, zgodnie z PRAG<sup>17</sup> (dla umów, dla których postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszono przed 1 maja 2004r.) albo zgodnie z ustawą Pzp.

Umowy o zamówienie publiczne zawarte w wyniku postępowania prowadzonego na podstawie przepisów ustawy Pzp przed dniem 24 października 2008 r.

23. Do umów zawartych przed dniem 24 października 2008 r. zastosowanie ma przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp wprowadzonej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie

---

<sup>17</sup> „Praktyczny przewodnik procedur zawierania umów finansowanych z ogólnego budżetu Wspólnot Europejskich w kontekście działań zewnętrznych”, Maj 2003, wcześniej zwany „Praktyczny przewodnik procedur zawierania umów w ramach programów Phare, ISPA oraz Sapard”.

ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058). Zgodnie z tym przepisem zakazane są zmiany 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. W przypadku umów zawartych na podstawie ustawy Pzp przed dniem 24 października 2008r. dokonanie ww. zmiany zgodnie z art. 144 ust. 1 może rodzić wątpliwości ze względu na fakt, iż Komisja Europejska uznała za niezgodną z prawem europejskim przesłankę możliwości wprowadzania zmian do umów, gdy zmiany te są korzystne dla zamawiającego. W tym kontekście powołanie się na tę przesłankę łączy się z prawdopodobieństwem zakwestionowania dokonanych zmian przez Komisję Europejską. W związku z powyższym, zgodnie z zaleceniami Ministra Rozwoju Regionalnego z dnia 29 lutego 2008r. przekazanymi do IZ a następnie do IP pismem z dnia 13 marca 2008r<sup>18</sup>, zamawiający dokonując zmian w umowach, nie powinni powoływać się na fakt, iż zmiany są dla nich korzystne, z wyjątkiem sytuacji, gdy zmiany te nie ingerują w treść oferty lub są nieistotne. Zgodnie z interpretacją ETS przedstawioną w sprawie C-496/99 *Succhi di Frutta*, pkt 116, postanowienia umowy należy uznać za istotne przede wszystkim wówczas, gdy uwzględnienie takiego postanowienia w pierwotnym ogłoszeniu o zamówieniu pozwoliłoby oferentom przedstawić znacząco odmienną ofertę. Natomiast w orzeczeniu z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur* ETS uznał, iż udzielenie nowego zamówienia stanowi zmianę postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w czasie jego trwania jeżeli w sposób istotny odbiega od postanowień pierwotnego zamówienia i w ten sposób może wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia (podobnie w sprawie C-337/98). 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. Zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną również wówczas, gdy modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia. Mając powyższe na uwadze, w świetle orzecznictwa ETS ocena istotności dokonywanych zmian w umowie w sprawie zamówienia publicznego powinna odbywać się w

---

<sup>18</sup> Pismo z dnia 13 marca 2008r., znak DPI-III-8613-18-NW/07, l.dz. 1144 przekazujące *Zalecenia dla beneficjentów funduszy UE dotyczące interpretacji ustawy Prawo zamówień publicznych*.

szczególności z uwzględnieniem ww. elementów. Tym samym należy przyjąć, iż ww. zmianę należałoby uznać za istotną, jeżeli zmiana klauzuli kwot zatrzymanych na możliwość zastosowania gwarancji bankowej jeszcze na etapie formułowania ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia umożliwiłaby np. dopuszczenie większej liczby oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłaby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.

24. Zgodnie z art. 144 ust. 1 wprowadzanie zmian do umowy jest również możliwe, gdy konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Niemniej jednak, ww. zmiana ma przede wszystkim na celu umożliwienie beneficjentowi poniesienia wydatku w okresie kwalifikowania wydatków. W związku z powyższym należy uznać, iż nie są to okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć, gdyż data końcowa kwalifikowania wydatków projektów była beneficjentom znana w chwili zawarcia umowy o zamówienie publiczne.
25. W przypadku zmiany klauzuli kwot zatrzymanych (o ile z zawartej umowy wynika iż nie stanowi ona zabezpieczenia należytego wykonania umowy) na gwarancję bankową należy stwierdzić, iż żadna z przesłanek wymienionych w art. 144 ust. 1 ustawy nie zostanie spełniona. Po pierwsze, dokonywanej zmiany nie można uznać za korzystną dla zamawiającego, a co najwyżej za neutralną. Konieczne zatem byłoby wykazanie, iż konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Natomiast nie budzi wątpliwości, że takie zmiany zamawiający może przewidzieć jeszcze przed wszczęciem postępowania (tego rodzaju postanowienie powinno być zostać umieszczone we wzorze umowy w SIWZ). Mając powyższe na uwadze w omawianym przypadku brak jest przesłanek uzasadniających dokonanie zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy.

Umowy o zamówienie publiczne zawarte w wyniku postępowania prowadzonego na podstawie przepisów ustawy Pzp od dnia 24 października 2008 r.

26. Zgodnie z brzmieniem art. 144 wprowadzonym ustawą wskazaną w przypisie 14.:

*„Zakazuje się 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.”*

27. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż o ile z zawartej umowy wynika, iż klauzula kwot zatrzymanych nie stanowi zabezpieczenia należytego wykonania umowy, beneficjent ma możliwość dokonania jej zmiany na gwarancję bankową, jednak powinien to uczynić zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Oznacza to, iż tego rodzaju postanowienie powinno było zostać umieszczone we wzorze umowy w SIWZ, tak aby było ono znane wszystkim potencjalnym wykonawcom już na etapie ogłoszenia postępowania lub też beneficjent powinien przewidzieć w ogłoszeniu lub SIWZ dokonanie takiej zmiany i określić jej warunki.

#### **VI. Świadcstwo Przejęcia – data odbioru inwestycji od wykonawcy w kontekście *Wytycznych do przygotowania Raportu Końcowego projektu Funduszu Spójności***

28. Datą odbioru inwestycji od wykonawcy, o której mowa w punkcie 5.1 lit. C 1 *Wytycznych do przygotowania Raportu Końcowego projektu Funduszu Spójności*<sup>19</sup>, dla projektów realizowanych według Warunków Kontraktowych FIDIC, jest data wystawienia wykonawcy Świadcstwa Przejęcia<sup>20</sup>.

29. Dla wykonawcy protokół odbioru robót stanowi potwierdzenie wykonania robót oraz podstawę do żądania wynagrodzenia, natomiast dla inwestora protokół ten stanowi podstawę do kontroli wykonywanych przez wykonawcę postanowień umowy w zakresie ilości zamówionych i wykonanych robót, terminowości ich realizacji oraz stwierdza ewentualne wady i usterki. Protokół odbioru nie oznacza potwierdzenia braku wad fizycznych.

30. W opinii IZ Świadcstwo Przejęcia może być uznane za odpowiednik protokołu odbioru, przy założeniu, że takie znaczenie zostało mu nadane w umowie. Natomiast wydanie Świadcstwa Wykonania<sup>21</sup> oznacza, że wykonawca wywiązał się ze wszystkich zobowiązań wynikających z umowy, w tym związanych z usunięciem wad stwierdzonych w tzw. Okresie Zgłaszania Wad stanowiącym faktycznie okres gwarancji.

31. Podobne stanowisko prezentowane jest w orzecznictwie, gdzie Świadcstwo Przejęcia uznawane jest za potwierdzenie odbioru inwestycji (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2006 r. w sprawie o sygn. II CSK 35/06, publ. LEX nr 182966 oraz wyrok

---

<sup>19</sup> Dostępne na stronie <http://www.funduszspojnosci.gov.pl/Dokumenty/Wytyczne>

<sup>20</sup> Klauzula 1.1.3.5 i klauzula 10 FIDIC

<sup>21</sup> Klauzula 1.1.3.8 i klauzula 11.9 FIDIC

sądu apelacyjnego w Poznaniu z dnia 29 grudnia 2005 r. w sprawie o sygn. I ACa 556/05, publ. OSA 2007/8/23, LEX 186127), o ile tak zostało wskazane w umowie.

## **VII. Zmiany (klauzula 13.1 – 13.3)**

32. Należy mieć na uwadze, iż dokonywanie zmian w umowach, które zostały zawarte zgodnie z ustawą Pzp jest co do zasady zakazane. Wprowadzanie zmian może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 144 ustawy Pzp (zob. pkt 23).
33. Możliwość wprowadzenia zmian do zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, jako wyjątek od ogólnej zasady wyrażonej w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, powinien być interpretowany ściśle.
34. Wprowadzenie zmian nie powinno odnosić się do elementów oferty, które były przedmiotem oceny. Oznacza to, że wszelkie zmiany dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia, jak również kryteriów, na których opierał się zamawiający oceniając oferty należy traktować w sposób szczególny.
35. Ewentualne rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia powinno być traktowane jako nowe zamówienie, którego udzielenie może podlegać procedurze negocjacji bez ogłoszenia lub procedurze z wolnej ręki tylko i wyłącznie w przypadku spełnienia przesłanek wskazanych odpowiednio w art. 62 lub 67 ustawy Pzp albo art. 134 ust. 5 lub 6 ustawy Pzp.
36. Wprowadzone zmiany lub udzielenie nowego zamówienia powinno być zgodne z warunkami i zasadami wynikających z umowy o dofinansowanie projektu.. W praktyce często występuje sytuacja, w której przedmiotem umowy o dofinansowanie jest budowa jakiegoś obiektu, co stanowi jednocześnie przedmiot umowy zawartej pomiędzy zamawiającym (beneficjentem pomocy) a wykonawcą. Stąd też, dokonywanie zmian w umowie lub udzielanie nowych zamówień o charakterze inwestycyjno-budowlanym rodzi konieczność rozważenia skutków tej zmiany w świetle umowy o dofinansowanie projektu oraz innych dokumentów np. Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach PO IiŚ.

## **VIII. Inne kwestie, związane ze stosowaniem Warunków Kontraktowych FIDIC**

### **37. Kary umowne**

Zgodnie z klauzulą 8.7 Warunków Kontraktowych FIDIC możliwe jest naliczenie kar umownych za zwłokę za każdy dzień, który upłynie między odpowiednim Czasem na Ukończenie i dniem ustalonym w Świadectwie Przejęcia. Nie można natomiast na podstawie warunków ogólnych żądać zapłaty kary umownej za opóźnienia w terminie

realizacji danego Odcinka robót. Ponadto należy wskazać, że z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku opóźnienia w usuwaniu wad.

#### 38. Okres zgłaszania wad

W polskim prawie funkcjonuje pojęcie rękojmi i gwarancji jakości. Zgodnie z Art. 568. § 1 k.c. uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne wygasają po upływie roku, a gdy chodzi o wady budynku - po upływie lat trzech, licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana, zaś termin udzielenia gwarancji jest określany w dokumencie gwarancyjnym. Natomiast Warunki Kontraktowe FIDIC operują pojęciem „Okres Zgłaszania Wad”, przez które należy rozumieć okres zgłaszania wad w Robotach lub Odcinku, liczony od daty, z jaką Roboty lub Odcinek zostały ukończone, jak poświadczono zgodnie z klauzulą 10.1 (Przejęcie Robót lub Odcinków).

#### 39. Czas na ukończenie

Warunki Kontraktowe FIDIC posługują się pojęciem „czas na ukończenie” rozumianym jako czas liczony od daty rozpoczęcia przeznaczonym na ukończenie robót ustalonym w załączniku do Oferty wraz ze wszelkimi przedłużeniami na mocy klauzuli 8.4, nie zaś obowiązującym w polskim prawie budowlanym, mniej elastycznym pojęciem „termin wykonania robót”. W sytuacji, kiedy inwestor przewiduje możliwość przedłużenia terminu realizacji robót ustanawia w SWIZ katalog przesłanek, który może być tożsamy z katalogiem określonym w FIDIC.

#### 40. Inżynier (zwany Inżynierem Kontraktu)

W polskim prawie budowlanym nie występuje pojęcie „Inżynier Kontraktu”. Obowiązki jego może pełnić sam Inwestor lub Inwestor Zastępczy. Katalog czynności Inwestora lub Inwestora zastępczego może być tożsamy z zastrzeżonym w FIDIC katalogiem dla Inżyniera Kontraktu.

#### 41. Klauzule arbitrażowe

Alternatywą dla klauzul arbitrażowych może być instytucja mediacji w art. 183<sup>1</sup> - 183<sup>15</sup> k.p.c. Na podstawie tych przepisów istnieje możliwość zawarcia ugody pomiędzy stronami stosunku cywilnoprawnego na zasadzie mediacji (w art. 183<sup>1</sup> - 183<sup>15</sup> k.p.c.). Powszechnie przyjmuje się, że klauzule mediacyjne mogą być przedmiotem danego stosunku prawnego zanim powstanie spór jak również w postaci oddzielnej umowy. Określenie przedmiotu mediacji w umowie powinno być zbliżone do przedmiotu zapisu w postaci klauzuli arbitrażowej, a więc należy wskazać przedmiot sporu lub stosunek prawny, z którego wynika lub może wyniknąć spór.