



**Radca prawny Andrzej Sokołowski**

**Radca prawny Piotr Stenko**



**JARA DRAPAŁA & PARTNERS**

LEGAL • TAX

## **WADY OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA A REALIZACJA INWESTYCJI ORAZ CYKL ŻYCIA PRODUKTU**

1. WSTĘP
2. WADY OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA I ICH WPŁYW NA CZAS ORAZ KOSZT REALIZACJI KONTRAKTU
  - 2.1. Wprowadzenie, Metody opisu przedmiotu zamówienia, Wady dokumentacji przetargowej
  - 2.2. Rozkład odpowiedzialności za wady opisu przedmiotu zamówienia: uwagi wprowadzające
  - 2.3. Najczęstsze przykłady skutków wadliwości poszczególnych rodzajów dokumentacji projektowej
  - 2.4. Wady opisu przedmiotu zamówienia w formule „wybuduj” i ich skutki
    - 2.4.1. Skutki wad projektu
      - 2.4.1.1. Zmniejszenie lub zwiększenie zakresu robót
      - 2.4.1.2. Roszczenia odszkodowawcze
    - 2.4.2. Wady STWiORB
    - 2.4.3. Wady przedmiaru
    - 2.4.4. Żądanie podwyższenia wynagrodzenia na drodze sądowej
  - 2.5. Wady opisu przedmiotu zamówienia w formule „Zaprojektuj i wybuduj” – wady PFU
  - 2.6. Skutki wad opisu przedmiotu zamówienia niezależne od formuły kontraktu
    - 2.6.1. Odstąpienie wykonawcy
    - 2.6.2. Opóźnienie realizacji inwestycji, roszczenia terminowe, brak możliwości skutecznego obciążenia wykonawcy karą umowną
3. CYKL ŻYCIA PRODUKTU – ASPEKTY UTRZYMANIA PRODUKTU W OKRESIE JEGO EKSPLOATACJI
  - 3.1. Cykl życia produktu
  - 3.2. Podstawowe mechanizmy ochrony inwestora po odbiorze
    - 3.2.1. Rękojmia
    - 3.2.2. Gwarancja
    - 3.2.3. Roszczenia odszkodowawcze i kary umowne
4. ZAKOŃCZENIE

## 1. Wstęp

Nie trzeba chyba nikogo przekonywać, że z perspektywy realizacji umowy o udzielenie zamówienia publicznego polegającego na wykonaniu robót budowlanych<sup>1)</sup> i jej rozliczenia opis przedmiotu zamówienia ma ogromne znaczenie. Do podobnego wniosku prowadzi również obserwowana w praktyce swego rodzaju „prawidłowość”, że spory dotyczące kwestii związanych z opisem przedmiotu zamówienia stanowią gros wszelkich kwestii spornych związanych z realizacją inwestycji infrastrukturalnych.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy *Prawo zamówień publicznych*<sup>2)</sup> „*Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określić, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*”. Pomimo powyższej jednoznacznej zasady i wprowadzenia przez Ustawodawcę szeregu norm uszczegółwiających sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w praktyce często zdarza się, że opis przedmiotu zamówienia jednak nie jest jednoznaczny.

Nasz referat ma na celu nakreślenie konsekwencji, jakie niesie ze sobą nieprecyzyjny, niejasny lub obarczony innymi wadami opis przedmiotu zamówienia przede wszystkim dla realizacji inwestycji budowlanej. Ponadto odnosimy się w nim do będącej „nowością” na gruncie Pzp kwestii tzw. „cyklu życia produktu” w kontekście inwestycji polegających na wykonaniu robót budowlanych. Należy przy tym zaznaczyć, iż celem naszego referatu jest opisanie tego, w jaki sposób wadliwy opis przedmiotu zamówienia może wpływać na uprawnienia stron już zawartej umowy (tj. inwestora (zamawiającego) i wykonawcy) w zakresie dotyczącym czasu i kosztów wykonania zamówienia, nie zaś omówienie tego, jak wadliwy opis przedmiotu zamówienia rzutuje na samą procedurę udzielenia zamówienia publicznego. Kwestie związane z wadliwym opisem przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są oczywiście istotne, jednakże – zwłaszcza dla wykonawców – na ogół pod względem gospodarczym dużo większe znacznie będzie miała kwestia rozliczania kontraktu. Kwestia ta często wiąże się z długoletnimi sporami sądowymi zarówno w zakresie dotyczącym wykonania robót budowlanych (w tym robót dodatkowych i zamiennych) jak i w zakresie dotyczącym zdarzeń mających miejsce już po odbiorze przedmiotu umowy, np. w ramach wszelkiego rodzaju rękojmi, gwarancji, odszkodowań za pojawienie się szkody w przedmiocie robót budowlanych, itp.

1) Dalej: „kontrakt” lub „umowa”.

2) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r., *Prawo zamówień publicznych*, Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 z późn. zmianami (dalej: **Pzp**).

Referat niniejszy podzielony został na dwie części. W pierwszej części omówimy wpływ wad opisu przedmiotu zamówienia na sytuację stron w toku realizacji kontraktu, w drugiej zaś na ich sytuację po naturalnej cezurze czasowej w postaci odbioru robót, kiedy to ewentualne wady opisu przedmiotu zamówienia mogą ujawnić się ze szczególną siłą w aspekcie (omówionego szerzej w dalszej części referatu) cyklu życia produktu.

## **2. Wady opisu przedmiotu zamówienia i ich wpływ na czas oraz koszt realizacji kontraktu**

### **2.1. Wprowadzenie, metody opisu przedmiotu zamówienia, wady dokumentacji przetargowej**

Jak wiadomo, opis przedmiotu zamówienia dla zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych może dotyczyć dwóch rodzajów inwestycji: (a) inwestycji realizowanych w formule „wybuduj”, realizowanego najczęściej w oparciu o tzw. czerwoną książkę FIDIC<sup>3)</sup> albo (b) inwestycji realizowanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”, realizowanej najczęściej w oparciu o tzw. żółtą książkę FIDIC<sup>4)</sup>. Pomimo tego, że w praktyce występują niekiedy formy pośrednie, tj. umowy, gdzie np. większość obowiązków odpowiada umowie typu „wybuduj”, a w ograniczonym zakresie powierzona jest wykonawcy również projektowanie, to w niniejszym opracowaniu skoncentrujemy się na podstawowych wariantach umów o roboty budowlane zawieranych w trybie Pzp<sup>5)</sup>. Niestety, niezależnie od przyjętej formuły, na gruncie większości inwestycji pojawiają się spory będące skutkiem wadliwego opisu przedmiotu zamówienia.

W praktyce zamówień publicznych treść umowy jest *de facto* narzucana przez Zamawiającego, co może rodzić istotne skutki przy interpretacji treści umowy (w tym opisu przedmiotu zamówienia) przez Sąd. Na gruncie prawa cywilnego (również na gruncie przypadku umów zawieranych w trybie zamówień publicznych) przyjmuje się, że umowy takie należy interpretować zgodnie z zasadą *in dubio contra proferentem*. Oznacza to, że w wypadku niejasnego sformułowania umowy, należy przyjąć wykładnię restryktywną wobec strony redagującej umowę, a zatem wszelkie niejasności interpreto-

---

3) Tj. warunków Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego.

4) Tj. warunków Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem.

5) Abstrahując w tym miejscu od prawnej oceny tego „pośredniego” typu umów.

wać należy na korzyść drugiej strony<sup>6)</sup>. Z tej przyczyny w szczególności dla zamawiających istotne jest możliwie najbardziej jasne sformułowanie umowy, a także udzielanie precyzyjnych i wyczerpujących odpowiedzi na pytania oferentów w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odpowiedzi te mogą wskazać na sposób rozumienia – szeroko rozumianej – treści umowy i zapobiec powstaniu w przyszłości sporu związanego z odmienną interpretacją przez strony określonych postanowień umownych.

## **2.2. Rozkład odpowiedzialności za wady opisu przedmiotu zamówienia: uwagi wprowadzające**

Dla wykonawców jednym z najważniejszych czynników mających wpływ na ostateczną opłacalność inwestycji jest zakres szeroko rozumianej odpowiedzialności stron. Oczywiście kwestia zakresu odpowiedzialności stron ma również znaczenie dla inwestora, gdyż zwiększony zakres obowiązków wykonawcy będzie najczęściej skutkował – w ostatecznym rozrachunku – zwiększonymi kosztami inwestycji. Powyższa kwestia wprost wiąże się ze sposobem przygotowania inwestycji, w tym zarówno w kontekście przekazania terenu budowy, jak też właśnie wadami szeroko rozumianej dokumentacji przetargowej, czyli opisu przedmiotu zamówienia.

W praktyce już sam wybór formuły realizacji inwestycji budowlanej (z projektowaniem przez Wykonawcę lub bez) będzie odmiennie rozkładał zakres odpowiedzialności stron umowy mogąc rzutować na jej ostateczny koszt. O ile generalnie przyjąć można, że formuła „zaprojektuj i wybuduj” jest korzystniejsza dla zamawiającego zwalniając go z odpowiedzialności za projekt i jego wady, to nie oznacza to absolutnego uwolnienia Zamawiającego od odpowiedzialności za błędny opis przedmiotu zamówienia i będące tego skutkiem wady projektowe. Podobnie będzie w przypadku kontraktu realizowanego w formule „wybuduj”: pomimo tego, że to zamawiający dostarcza projekt opisujący przedmiot zamówienia, nie oznacza to absolutnego zwolnienia wykonawcy z odpowiedzialności za skutki ewentualnych wad tego projektu.

Na wstępie rozważań powstaje pytanie o to, czy obowiązek sporządzenia jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia obciążający zamawiającego ma charakter absolutny, czy też ogranicza się on do obowiązku dokonania opisu na tyle jasnego i wyczerpującego, na ile jest to możliwe w danych okolicznościach.

<sup>6)</sup> Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 r., I CSK 748/2012, Biuletyn Sądu Najwyższego 2013/11, OSNC 2014/6 poz. 67, LEX nr 1378874; wyrok SN z 17 czerwca 2009 roku, IV CSK 90/09, LEX Nr 512012; wyrok Sądu Najwyższego z 8 października 2004 r., V CK 670/03, OSNC 2005/9/162, podobnie wyrok SN z 17 czerwca 2009 r., IV CSK 90/09, LEX Nr 512012; Cz. Żuławska, w: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom I*, red. G. Bieniek, Warszawa 2009, art. 385, nb. 3; M. Bednarek w: *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 615; W. Popiołek w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2008, s. 1089, art. 385, nb. 8.

W myśl art. 647 k.c., regulującego modelowy typ umowy o roboty budowlane obowiązek dostarczenia projektu spoczywa na zamawiającym i to zamawiający odpowiada za jego wady, w tym m.in. odpowiada za wyrządzoną wykonawcy na skutek wadliwości projektu szkodę.

Zgodnie zaś z art. 651 k.c. „Jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora.”. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się przy tym, że „[w]ykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzania dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad (art. 651 k.c.)”<sup>7)</sup>. Uzasadniając powyższy pogląd Sąd Najwyższy wyjaśnił, że „Do rozważenia jednak pozostaje zakres tego obowiązku [obowiązku powiadomienia o wadliwości dostarczonej dokumentacji – przyp. wł.]. Analizując tę kwestię należy przede wszystkim zauważyć, że z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, że wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad.”. Sąd Najwyższy wskazał dalej, że wykonawca nie musi być specjalistą w dziedzinie projektowania, musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Sąd Najwyższy przyjął w konsekwencji, że przewidziany w art. 651 k.c. obowiązek zawiadomienia o wadach dokumentacji należy rozumieć w ten sposób, iż wykonawca musi niezwłocznie zawiadomić o tym, że realizacja inwestycji na podstawie projektu jest niemożliwa albo spowoduje wady w obiekcie budowlanym, przy czym obowiązek taki odnosi się wyłącznie do tego rodzaju wad, w przypadku których „stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania”<sup>8)</sup>. Powyższa interpretacja jest obecnie przyjmowana praktycznie rzecz biorąc powszechnie<sup>9)</sup>. Jedynie tytułem przykładu można tu wskazać wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, który wyjaśnił, że „w ramach sprawdzania poprawności dostarczonej dokumentacji projektowej wykonawca nie ma obowiązku dokonywania własnych szczegółowych obliczeń w celu wykrycia wady dostarczonego projektu”<sup>10)</sup>.

Powyższej kwestii nie zmieniają również wprowadzane w umowach zapisy dotyczące odpowiedzialności wykonawcy za wady projektu w przypadku

7) Wyrok Sądu Najwyższego z 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, LexisNexis nr 345711 (OSNC 2000, nr 9, poz. 173).

8) Wyrok Sądu Najwyższego z 27 marca 2000 r., c, LexisNexis nr 345711 (OSNC 2000, nr 9, poz. 173).

9) Zamiast wielu zob. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r. III CKN 629/98, OSNC 2000/9/173 i z dnia 26 czerwca 2008 r. II CSK 101/08, nie publ.; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 stycznia 2016 r. I ACa 1599/15.

10) Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 marca 2015 roku, VI ACa 738/14, Legalis nr 1206632.

niezawiadomienia o nich inwestora, czy też klauzule umowne wprowadzające fikcję potwierdzenia przez wykonawcę należytej jakości dokumentacji projektowej. W praktyce postępowań sądowych postanowienia kontraktów, które rozszerzają obowiązek weryfikacji projektu w sposób sprzeczny lub mogący skutkować sprzecznością z opisaną powyżej interpretacją art. 651 k.c. co do zakresu obowiązku zgłoszenia wad dokumentacji (np. potwierdzające „bezbłądność” dokumentacji projektowej) nie są uznawane za wiążące lub – niezależnie od ich wprowadzenia – Sądy w dalszym ciągu stosują ukształtowany na gruncie art. 651 k.c. rozkład ryzyk w ramach umowy o roboty budowlane.

W tym miejscu należy się jeszcze odnieść do kwestii skutków zaniechania przez wykonawcę zawiadomienia inwestora o wadach projektu. Przyjmuje się, że zaniechanie takiego zawiadomienia może rodzić odpowiedzialność odszkodowawczą wykonawcy za powstałą w związku z tym szkodę i dodatkowo może skutkować utratą przez wykonawcę prawa żądania wynagrodzenia na podstawie art. 655 k.c. (wynagrodzenia należnego, gdy obiekt uległ zniszczeniu lub uszkodzeniu wskutek wykonania robót według wskazówek inwestora), którego przesłanką jest zawiadomienie inwestora o ryzyku jego zniszczenia lub uszkodzenia<sup>11)</sup>.

Analiza powyżej przytoczonych orzeczeń wskazuje jednak, że odnoszą się one do kontraktu typu „wybuduj”, gdzie projekt dostarczany jest przez zamawiającego. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób rozkłada się odpowiedzialność stron przy kontraktach „zaprojektuj i wybuduj”<sup>12)</sup>. W kontraktach tego typu wykonawca bazując na treści Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej: „PFU”) będzie musiał sam sporządzić projekt, przy czym najczęściej projekt ten podlegać będzie jeszcze zatwierdzeniu przez zamawiającego.

Obranie przez zamawiającego takiego trybu udzielenia zamówienia publicznego rodzi w praktyce szereg pytań, najistotniejsze spośród nich to:

- czy „zatwierdzenie” projektu opracowanego na podstawie PFU zwalnia wykonawcę z odpowiedzialności?
- czy wykonując projekt wykonawca zobowiązany jest sanować wady PFU pomimo jednoznacznego określenia opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego?

<sup>11)</sup> W doktrynie zob. P. Drapała, w: Kodeks cywilny. *Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania*, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, art. 651, nb. 6.

<sup>12)</sup> Niezależnie od istniejących wcześniej rozbieżności co do tego, czy umowa na gruncie której do obowiązków Wykonawcy należy projektowanie stanowi umowę o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. (i czy taka umowa nie stanowi w konsekwencji zbliżonej treściowo umowy o dzieło) w chwili obecnej przyjmuje się generalnie, że obowiązek projektowania nie jest przedmiotowo istotny dla określenia charakteru wiążącej strony umowy: zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2008 r., III CSK 184/08. W orzecznictwie sądów powszechnych zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 marca 2014 r., I ACa 1240/13; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 19 listopada 2015 r., I ACa 607/15, LEX nr 1938378.



Powyższe kwestie są relatywnie skomplikowane i ich ostateczne rozstrzygnięcie będzie zależę od ukształtowania konkretnej umowy, przy czym już teraz zasygnalizować należy, że wykonawcy, który sporządził projekt w sposób odpowiadający opisowi przedmiotu zamówienia zawartemu w PFU trudno jest skutecznie postawić zarzut nienależytego wykonania zobowiązania w sytuacji, gdyby ostatecznie okazało się, że określone założenie/rozwiązanie przewidziane w PFU było błędne lub w rzeczywistości nie odpowiadało oczekiwaniom zamawiającego.

W tym miejscu należy się jeszcze odnieść do kwestii zawiadomienia o wadach dostarczonego PFU, a konkretnie tego, czy również w przypadku zamówień typu „zaprojektuj i wybuduj” na wykonawcy (projektującym) spoczywa prawny obowiązek zawiadomienia inwestora o wadach PFU? Jakkolwiek kwestia ta nie jest wprost przesądzona, to naszym zdaniem odpowiedź winna być twierdząca, bowiem art. 651 k.c. w żaden sposób nie ogranicza zakresu „dostarczonej przez inwestora dokumentacji” wyłącznie do projektu. Przepis art. 651 k.c. jednoznacznie odnosi się do wad dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji (a nie tylko projektu), wobec czego brak jest przeszkód do objęcia zakresem tego pojęcia również PFU, które przecież określa w jaki sposób ma zostać wykonany projekt i roboty budowlane. Sam fakt braku projektu nie będzie więc wyłączał odpowiedzialności zamawiającego za dostarczoną dokumentację: jeżeli będzie istnieć adekwatny związek przyczynowy pomiędzy nienależytym wykonaniem takiej dokumentacji a poniesioną przez wykonawcę szkodą, to zamawiający będzie za tą szkodę odpowiedzialny.

Należy jeszcze zwrócić uwagę na jedno z nowszych orzeczeń Sądu Najwyższego, które odnosi się do kwestii odpowiedzialności za sporządzenie dokumentacji (w tym przypadku: SIWZ). Orzeczenie to zapadło wprawdzie w odniesieniu zamówienia niepolegającego na wykonaniu robót budowlanych, jednak odnosi się do przepisów ogólnych k.c. wykładanych w odniesieniu do regulacji Pzp. W naszej ocenie może być również istotne dla zamówień publicznych na roboty budowlane realizowanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”. W wyroku tym Sąd Najwyższy przyjął, że na wykonawcy (podmiocie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego) spoczywa ciężar zwrócenia się do zamawiającego o udzielenie potrzebnych informacji, o wyjaśnienie niejasnych postanowień SIWZ, zaznaczając przy tym, że „zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 k.c.”<sup>13)</sup>. Wyrok ten zapadł na tle dość specyficznej

<sup>13)</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13. Pogląd ten został następnie podtrzymany w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2015 r., II CSK 197/15.

treści SIWZ<sup>14)</sup>, co w efekcie doprowadziło do konstatacji, że w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wątpliwości po stronie wykonawcy, wykonawca jest nie tylko uprawniony w myśl art. 38 Pzp, ale wręcz ma obowiązek zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie budzących obiektywne kwestii dotyczących SIWZ.

Podsumowując więc kwestię rozkładu odpowiedzialności za wadliwość opisu przedmiotu zamówienia można postawić tezę, że zamawiający ponosi odpowiedzialność za dostarczoną przez siebie dokumentację niezależnie od tego, czy jest to dokumentacja projektowa, czy też PFU.

### 2.3. Najczęstsze przykłady skutków wadliwości poszczególnych rodzajów dokumentacji projektowej

Po omówieniu powyżej zarysu kwestii rozkładu odpowiedzialności omówić należy najbardziej typowe skutki wad opisu przedmiotu zamówienia realizowanego:

- w formule „wybuduj”, tj. opisu przedmiotu zamówienia realizowanego w oparciu o przedłożone przez zamawiającego projekt budowlany wraz z projektami wykonawczymi, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiar robót [pkt. 2.4.1-2.4.3];  
oraz
- w formule „zaprojektuj i wybuduj”, tj. opisu przedmiotu zamówienia realizowanego w oparciu o program funkcjonalno-użytkowy [pkt 2.5 poniżej];  
tj. w istocie wad dokumentacji, za pomocą której dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w poszczególnych formułach udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane<sup>15)</sup>, jak również:
- skutki wad opisu przedmiotu zamówienia, które mogą powstać niezależnie od kwestii obranej przez zamawiającego formuły udzielenia zamówienia publicznego [pkt 2.6.1-2.6.2 poniżej].

<sup>14)</sup> W stanie faktycznym sprawy strony (miejskie przedsiębiorstwo komunalne i producent śmieciarek) zawarły w trybie zamówień publicznych umowę na dostarczenie samochodu ciężarowego o zabudowie specjalistycznej typu śmieciarka z żurawiem. W SIWZ nie wskazano rodzaju pojemników na śmieci, które zamówiona śmieciarka miałyby obsługiwać. Ze względu na to, że w ocenie Sądu Najwyższego zamawiający miał prawo nie wiedzieć, że w obrocie występują różne rodzaje pojemników na śmieci, a z kolei dostawca jako profesjonalista taką wiedzę posiadać musiał, w ocenie Sądu dostawca ponosi odpowiedzialność za „niezainteresowanie się” tym, co ma wykonać.

<sup>15)</sup> Zob. przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, Dz. U. z 2013 r, poz. 1129 (dalej: „Rozporządzenie”).



## 2.4. Wady opisu przedmiotu zamówienia w formule „Wybuduj” i ich skutki

W przypadku kontraktów realizowanych w formule „wybuduj” wady opisu przedmiotu zamówienia mogą wynikać z wad (a) projektu, (b) STWiORB oraz (c) wad przedmiaru.

### 2.4.1. Skutki wad projektu

W praktyce wady projektowe należą do najczęściej spotykanych wad opisu przedmiotu zamówienia. Co oczywiste, wady dokumentacji projektowej najczęściej w sposób istotny wpływają na przebieg prac, nierzadko rzutując na generalną możliwość wykonania robót objętych zamówieniem. Najczęściej spotykanym skutkiem wad projektowych są:

- (a) obiektywna niemożliwość wykonania robót budowlanych;
- (b) wady w robotach budowlanych;
- (c) odpowiedzialność za roboty pominięte, które pierwotnie były przewidziane do wykonania, a których ostatecznie nie wykonano;
- (d) konieczność wykonania robót dodatkowych względnie konieczność wykonania robót zamiennych;
- (e) roszczenia odszkodowawcze;  
czy też wreszcie
- (f) odstąpienie od umowy przez wykonawcę z przyczyn zawinionych przez inwestora, połączone z obowiązkiem zapłaty przez inwestora na rzecz wykonawcy odszkodowania lub pozostałego do zapłaty wynagrodzenia (pomniejszonego o oszczędności wykonawcy) należnego ze względu na brak możliwości wykonania prac; w takim przypadku należy również uwzględnić konieczność udzielenia kolejnego zamówienia publicznego.

Kwestia wpływu wad projektu na możliwość powstania wad w wykonanych robotach budowlanych jawi się jako oczywista i nie wymaga – na tym etapie – dalszego omówienia [zostanie ona szerzej omówiona przy okazji omawiania rękojmi i gwarancji]. Oczywiście wady projektowe mają zwykle istotny wpływ na możliwość realizacji umowy i na powstanie ewentualnych roszczeń wykonawcy. Ze względu na to, że przedstawienie wszystkich roszczeń wynikających z wad projektowych jest w praktyce niemożliwe, poniżej przedstawiono jedynie katalog najbardziej typowych skutków błędów w dokumentacji projektowej.

Pierwszym, najbardziej oczywistym skutkiem wynikającym z błędnego sporządzenia projektu robót budowlanych lub niejasnego i niepełnego przedstawienia poszczególnych jego kwestii może być – w przypadkach skrajnych

– obiektywny brak możliwości wykonania obiektu (albo w ogóle albo też w odniesieniu do określonych składników przyszłych robót – np. określonych obiektów inżynierskich), albo niemożliwość wykonania ich w sposób wskazany w projekcie. Wady projektowe mogą również skutkować nieujęciem w projekcie wszystkich robót koniecznych do wykonania obiektu, co może w konsekwencji skutkować albo wykonaniem robót niezgodnie ze sztuką albo też koniecznością wykonania robót dodatkowych, nieobjętych projektem.

#### **2.4.1.1. Zmniejszenie lub zwiększenie zakresu robót**

Kolejnym dość częstym rodzajem wad projektowych są wady skutkujące pominięciem w projekcie określonego zakresu robót przewidzianych w umowie. Tego rodzaju sytuacje mogą prowadzić do powstania odpowiedzialności zamawiającego względem wykonawcy. Odpowiedzialność ta może się zasadzać zarówno na odpowiedzialności odszkodowawczej za nienależyte wykonanie zobowiązania (w zakresie obowiązku zapłaty utraconego zysku z robót i rekompensaty kosztów poniesionych wskutek np. przygotowania do ich wykonania), ale też może się opierać na treści art. 639 k.c. W świetle bowiem art. 639 k.c. zamawiający jest obowiązany do zapłaty wynagrodzenia pomimo niewykonania robót przez wykonawcę, jeśli wykonawca był gotów je wykonać, „*lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących zamawiającego*”. O ile w takim przypadku zamawiający ma prawo dokonać odliczenia tego, co wykonawca zaoszczędził wskutek niewykonania robót, to w dalszym ciągu będzie odpowiedzialny za zapłatę kwoty odpowiadającej utraconemu przez wykonawcę zyskowi.

Kolejnym dosyć częstym skutkiem wadliwego wykonania projektu jest konieczność wykonania robót dodatkowych związanych z brakami lub wadami dostarczonego przez inwestora projektu. O ile w takiej sytuacji na korzyść inwestora działa niewątpliwie art. 649 k.c., stanowiący, że „*[w] razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy*”, to nie zawsze będzie możliwe uniknięcie konieczności zapłaty za dodatkowe roboty. O ile w praktyce art. 649 k.c. bywa interpretowany rozszerzająco (tj. jako odnoszący się nie tylko do prac objętych projektem, ale też szerzej, do całości kształtu prac wynikającej z dokumentacji wymaganej przez stosowne przepisy, w tym m.in. przez STWiORB etc.), to i tak nie wyklucza to skutecznego kierowania przeciwko zamawiającemu roszczeń o zapłatę za roboty wykraczające poza zakres umowy. Wynika to z tego, że w praktyce pojawiają się sytuacje, w których nawet po dokonaniu procesu wykładni umowy pozostają wątpliwości co do zakresu robót, które wykonawca winien wykonać. W przypadku ustalenia, że roboty te istotnie wykroczyły poza zakres określony Umową pojawia się zaś kwestia rozliczenia robót dodatkowych.

O ile bowiem wykonawca obowiązany jest wykonać wszystkie roboty objęte umową, a zakres robót objętych umową obejmuje nie tylko wszystkie prace wynikające bezpośrednio z projektu, ale też z pozostałej dokumentacji wchodzącej w skład umowy, możliwa i często spotykana jest sytuacja, w której roboty wykraczają poza zakres określony umową. Rodzi to oczywiste pytanie, jak rozliczyć takie roboty w przypadku zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że zgodnie z orzecznictwem nie jest dopuszczalne postanowienie umowy obciążające wykonawcę kosztami robót dodatkowych nieprzewidzianych w dokumentacji projektowej. Takie postanowienie byłoby nieważne ze względu na sprzeczność z przepisem artykułu 140 Pzp w związku z artykułem 58 § 1 k.c. jako wykraczające poza określenie przedmiotu zamówienia w SIWZ. Jak przyjął Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych *„Nie jest dopuszczalne i możliwe zawarcie z góry w SIWZ i we wzorze umowy, zastrzeżenia, iż umowa obejmuje zakres prac, który obojętnie z jakich przyczyn został pominięty na etapie projektowania lub też obejmuje bez obustronnego porozumienia zakres wszelkich prac dodatkowych czy zamiennych, wynikający z ujawnionych w trakcie budowy wad projektu oraz wynikających ze znacząco odmiennych warunków geologiczno-gruntowych, niż zakładane przy opracowaniu dokumentacji projektowej”*<sup>16)</sup>, podkreślając, że prace nieprzewidziane w dokumentacji projektowej nie stanowią przedmiotu zamówienia objętego ceną oferty.

O ile w przypadku zawarcia umowy na wykonanie robót dodatkowych sytuacja jest relatywnie klarowna, roboty podlegają bowiem rozliczeniu według stawek z takiej umowy, to skomplikowana staje się kwestia rozliczenia robót nieobjętych żadnym pisemnym porozumieniem stron, względnie rozliczenia robót wykonanych na podstawie umowy, która okazała się nieważna.

W takich przypadkach zamawiający odpowiada za zwiększony koszt robót do wartości bezpodstawnego wzbogacenia (artykuł 405 k.c.). Co ważne, jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 października 2014 roku, **konstrukcja wynagrodzenia ryczałtowego nie wyklucza żądania przez przyjmującego zamówienie wynagrodzenia za prace nieobjęte umową**<sup>17)</sup>. Przytoczyć w tym miejscu trzeba jeszcze wyrok Sądu Najwyższego z 18 lutego 2016 r., w którym **Sąd Najwyższy uznał za niedopuszczalne przerzucenie na wykonawcę ryzyka gospodarczego, które najczęściej wynika z wadliwego opisu przedmiotu robót budowlanych lub błędnych wyjaśnień udzielonych w toku postępowania o udzielenie zamówienie publicznego**. Sąd Najwyższy podniósł, że *„zgodnie z utrwalonym stanowiskiem judykatury brak podstaw do kwestionowania możliwości zastosowania wobec osoby, która skorzystała z efektów prac*

<sup>16)</sup> Wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 10 marca 2006 roku, UZP/ZO/0-660/06, Legalis nr 82054.

<sup>17)</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2014 roku, I CSK 568/13, Legalis nr 1157394.

wykonanych na podstawie nieważnej umowy lub w jej braku, przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu". Następnie Sąd Najwyższy przypomniał, że „zgodnie z art. 414 k.c. **przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu nie uchybiają przepisom o obowiązku naprawienia szkody**. W uzasadnieniu jednego z tych orzeczeń wskazano wprost, że formuła omawianej instytucji jest tak szeroka, że pozwala ją rozumieć jako ogólną zasadę, że nikt nie powinien się bogacić bezpodstawnie kosztem drugiego, a niezdolność czy niemożność dochowania zasad przewidzianych w ustawie o zamówieniach publicznych, bądź niedoskonałość ustanowionych zasad nie może prowadzić do akceptacji przesunięć majątkowych, czy też uzyskania korzyści pozbawionych uzasadnienia ekonomicznego lub moralnego.”<sup>18)</sup> Powyższą linię orzeczniczą można traktować jako linię już utrwaloną<sup>19)</sup>, tak więc o ile wykonawca wykonał roboty (co w praktyce wykazywane jest m.in. przez protokoły ich odbioru), a inwestor jest nimi wzbogacony, możliwe jest występowanie o wynagrodzenie za roboty dodatkowe.

W praktyce z perspektywy rozliczenia robót dodatkowych nieobjętych umową istotne jest, że w toku postępowania sądowego szacowanie kosztów ewentualnych robót dodatkowych jest dokonywane przez biegłych, którzy oceniają stopień (wartość) wzbogacenia inwestora według stanu na dzień wydania opinii. Co ciekawe, bardzo często dochodzi tutaj do sytuacji, gdy biegli stosując wydawnictwa Sekocenbud ustalają wartość robót dodatkowych w oparciu o stawki rynkowe, podczas gdy stawki ofertowe, w umowie podstawowej są znacznie niższe. Prowadzi to do dodatkowego zwiększenia ryzyka zamawiających.

#### 2.4.1.2. Roszczenia odszkodowawcze

Kolejnym skutkiem wiążącym się z wadami projektowymi są również ewentualne roszczenia odszkodowawcze wykonawcy. W praktyce wady projektowe prowadzą często do przedłużenia czasu realizacji inwestycji lub do konieczności reorganizacji robót. Powyższe skutki wad projektowych w praktyce często prowadzą do powstania w majątku wykonawcy szkody znacznych rozmiarów.

W świetle artykułu 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W tym przypadku nienależytym wykonaniem zobowiązania po stronie inwestora będzie sporządzenie nienależytego projektu.

Niezależnie od powyższego w pewnym zakresie wady projektu mogą również rzutować na odpowiedzialność wykonawcy. Jak już wskazano po-

<sup>18)</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2016 roku, II CSK 197/15.

<sup>19)</sup> Zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 414/2010, LexisNexis nr 2578258; z dnia 21 maja 2009 r., V CSK 439/2008, LexisNexis nr 2037280; z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/2007, LexisNexis nr 1707927, Monitor Prawniczy („**MoP**”) 2007, nr 24, s. 1339.

wyżej, na mocy przepisu artykułu 651 k.c. na wykonawcy ciąży obowiązek informowania zamawiającego o przeszkodach w wykonaniu zamówienia, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie może rodzić odpowiedzialność odszkodowawczą wykonawcy.

O ile po stronie inwestora najczęstszymi rodzajami roszczeń mającymi swe źródło w przepisach o odpowiedzialności odszkodowawczej na kontraktach budowlanych są oczywiście wszelkiego rodzaju kary umowne żądane od wykonawcy<sup>20)</sup>, głównie za nieterminowe wykonanie robót lub odstąpienie od umowy, to po stronie wykonawcy mamy do czynienia z bardziej nietypowymi roszczeniami. Wykonawca często doznaje szkody wskutek działań wywołanych przez błędne sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, które skutkuje przedłużeniem czasu realizacji inwestycji lub koniecznością reorganizacji robót. Koszty poniesione przez wykonawcę wskutek m.in. przedłużenia czasu trwania kontraktu z winy zamawiającego, reorganizacji robót (w tym ich przyspieszenia), zaangażowania dodatkowych ekip i sprzętu etc. mogą podlegać wyrównaniu przez drugą stronę umowy, o ile wykazane zostanie, że powstały one z winy zamawiającego, a pomiędzy nienależytym wykonaniem przez niego obowiązku umownego a powstaniem szkody w majątku wykonawcy istnieje adekwatny związek przyczynowy.

Przedłużenie czasu realizacji inwestycji skutkuje najczęściej koniecznością utrzymania zaplecza budowy, ekip i sprzętu oraz kosztów rekompensowanych w ramach tzw. „kosztów ogólnych”. W takiej sytuacji w zależności od kontraktu możliwy jest szereg konstelacji roszczeń przysługujących wykonawcy.

O ile część tego rodzaju kosztów z reguły może podlegać rozliczeniu w ramach zwiększonych płatności za koszty ogólne (przy założeniu, że istnieją ku temu podstawy kontraktowe), to istotny problem pojawia się w sytuacji, w której na podstawie umowy (nawet w ramach postępowania sądowego) nie jest możliwe uzyskanie zapłaty za taki dodatkowy koszt. W takiej sytuacji, zarówno przy kontraktach obmiarowym, jak i kosztorysowym zamawiający może jednak ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą w granicach kosztów rzeczywiście poniesionych przez wykonawcę w związku z realizacją zadań objętych – na gruncie umowy – pozycją kosztów ogólnych kosztorysu (np. koszty utrzymania gwarancji bankowych/ubezpieczeniowych, koszty zaplecza budowy)<sup>21)</sup>. Zakres tych kosztów nie jest możliwy do oszacowania

**20)** Z tym zastrzeżeniem, że o ile kara umowna stanowi surogat szkody, to w myśl uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03 „Zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody.

**21)** Nie da się oczywiście wykluczyć kierowania roszczenia o wyrównanie szkody w postaci utraconych korzyści, przy czym ze względu na charakter źródła szkody w postaci przedłużonego ponoszenia kosztów ogólnych (właściwie: zorganizowania w odpowiedni sposób m.in. zaplecza budowy etc.) wątpliwe jest, czy mogą w takiej sytuacji roszczenia odszkodowawcze w zakresie utraconych korzyści.

*ex ante* i może znacząco odbiegać od wartości tej samej pozycji kosztowej określonej na podstawie oferty lub rozbić cenowych.

Co do kwestii przedłużonego utrzymywania ekip, sprzętu itp., to o ile ponoszone przez wykonawcę koszty są skutkiem nienależytego przygotowania projektu, to z reguły nie ma przeszkód, by wykonawca dochodził ich rekompensaty na drodze sądowej jako należnego odszkodowania. Co prawda w praktyce tego rodzaju powództwa czasem bywają oddalane, jednak wynika to najczęściej z relatywnie słabo udokumentowanego faktu poniesienia ww. kosztów. Generalnie jednak jest to okoliczność, która może doprowadzić do znacznego zwiększenia kosztów realizacji robót budowlanych najpierw dla wykonawcy, a w ostatecznym rozrachunku dla zamawiającego.

Sygnalizując w tym miejscu kwestię kosztów związanych z koniecznością reorganizacji robót budowlanych na skutek przedłużenia czasu trwania kontraktu należy wskazać, że w branży infrastrukturalnej dochodzone są najczęściej koszty związane z przyspieszeniem realizacji robót i zwiększonym z tego powodu kosztem ich realizacji celem ukończenia robót w kontaktowym terminie, względnie z koniecznością ponoszenia kosztów zmian technologii lub kosztów przestoju.

W końcu wreszcie zaistnienie wady projektowej może skutkować odstąpieniem od umowy przez wykonawcę z przyczyn zawinionych przez inwestora [por. pkt 2.6.1].

#### 2.4.2. Wady STWiORB

W świetle przepisu § 12 Rozporządzenia kolejnym dokumentem, który (współ) opisuje przedmiot zamówienia są specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (dalej: „**STWiORB**”) stanowiące opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, niezbędnych do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót, których minimalny zakres został określony w § 14 Rozporządzenia. Podstawowym celem STWiORB jest więc określenie wymagań co do szeroko rozumianego sposobu i technologii wykonania robót budowlanych co ma zapewnić osiągnięcie wymaganego standardu i jakości<sup>22)</sup>.

Obecnie specyfikacje techniczne są obowiązkowym dokumentem jaki powinien posiadać zamawiający udzielający zamówienia publicznego na roboty budowlane. Jednak w praktyce mimo ustawowego obowiązku posiadania specyfikacji technicznej, funkcjonującego w Pzp od 1997 roku, zamawiający

22) Zob. M. Jaworska, *Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego*, w: *Zamówienia publiczne. Akty wykonawcze. Komentarz*, red. J. Pieróg, Warszawa 2015, Legalis, Komentarz do § 14.



często nie zachowują formalnej poprawności STWiORB, a częstokroć specyfikacje techniczne sporządzane są w sposób rodzący znaczne problemy na terenie budowy, w szczególności ze względu na ich wewnętrzną sprzeczność, czy brak precyzji.

Skutkiem wadliwego sporządzenia specyfikacji technicznych jest niemożność wykonania prac zgodnie z STWiORB. Często spotykanym następstwem braku poprawności STWiORB jest także konieczność wykonania robót zamienianych w związku ze zmianą technologii robót czy też nieodzownością zmiany materiałów, które to okoliczności w pewnych sytuacjach mogą prowadzić do zwiększenia kosztów realizacji robót. Wady STWiORB w zakresie wadliwego opisu technologii wykonywania robót budowlanych bardzo często prowadzą do zwiększenia kosztu tych robót. W zależności od okoliczności danej sprawy najczęściej wykonawca będzie uprawniony do rozliczenia poniesionych na skutek tego strat albo w ramach wynagrodzenia, z bezpodstawnego wzbogacenia albo w ramach roszczenia odszkodowawczego.

Aspektem który pozostaje w immanentnym związku ze STWiORB jest kwestia relacji specyfikacji technicznych do przedmiaru robót i szerzej rozliczania wykonanych robót. W świetle obowiązujących przepisów, specyfikacje techniczne winny mieć bezpośredni związek z przedmiarem robót opisującym przedmiot zamówienia i stanowiącym podstawę sporządzenia kosztorysu ofertowego (rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r.). Niestety, w praktyce spotyka się przedmiary bez wskazania „*właściwych specyfikacji technicznych*”<sup>23)</sup>. Specyfikacje techniczne częstokroć określają zasady rozliczania robót w sposób sprzeczny z przedmiarem (i ofertą wykonawcy), co może mieć miejsce zwłaszcza w przypadku określania w STWiORB zasad rozliczania określonych rodzajów robót (np. określenia, że dane roboty w określonym zakresie będą rozliczane łącznie z inną pozycją przedmiaru). O ile najczęściej tego rodzaju spory są rozstrzygane na korzyść zamawiających, to taki brak precyzji i tak prowadzi do nieporozumień i często zbędnej eskalacji konfliktów na terenie budowy.

### 2.4.3. Wady przedmiaru

Powyżej zasygnalizowany został problem wad opisu przedmiotu zamówienia w kontekście wad STWiORB w odniesieniu do przedmiaru. Jednak – co oczywiste – również sam przedmiar może posiadać wady, które będą wywierać znaczący wpływ na sytuację stron podczas realizacji inwestycji. Z naszej praktyki wynika, że w toku realizacji inwestycji nader często dochodzi do sporów związanych z przeszacowaniem lub niedoszacowaniem określonych ilości robót koniecznych do wykonania. Generalnie wskazać należy, że o ile przed-

<sup>23)</sup> R. Niemczyk, *Wady kosztorysów inwestorskich i przedmiarów robót budowlanych*, Buduj z Głową („BzG”) 3/2005.

miar ma zawsze charakter pomocniczy w stosunku do projektu budowlanego, to niedoszacowanie przedmiaru może mieć dla zamawiającego dolegliwe skutki (niezależnie od ewentualnych roszczeń o podwyższenie ceny kontraktowej). W przypadku kontraktów obmiarowych zwiększenie zakresu wykonanych robót skutkuje koniecznością ich rozliczenia po dokonaniu ich odbioru. Co dość oczywiste, zwiększenie zakresu robót koniecznych do wykonania wskutek niedoszacowania przedmiaru może wiązać się z koniecznością reorganizacji robót, opóźnień w procesie budowy etc. W pewnych okolicznościach nie da się wykluczyć, że wykonawca będzie uprawniony do żądania zwrotu tego rodzaju kosztów tytułem naprawienia poniesionej szkody.

Również przeszacowanie przedmiarów może się wiązać z daleko idącymi skutkami dla zamawiającego. W chwili obecnej wiemy o co najmniej kilku postępowaniach, których przedmiotem jest rozliczenie „straty” wynikłej z przeszacowania przedmiaru przez zamawiającego. Podstawą wysuwanych roszczeń są przy tym zarówno (a) roszczenia o naprawienie szkody w postaci utraconych korzyści, jak (b) roszczenia o zapłatę wynagrodzenia na podstawie art. 639 k.c., tj. wynagrodzenia za roboty, które wykonawca był gotów wykonać, a nie wykonał z przyczyn obciążających zamawiającego. Ta ostatnia podstawa może być szczególnie groźna w przypadku np. robót ziemnych (wymiana gruntów), gdy zamawiający przekazał projekt oraz informacje, co do uwarunkowań geologicznych, względnie innych robót, których ilość nie jest łatwo weryfikowalna na etapie przetargowym. W przypadku, gdy przedmiar<sup>24)</sup> nie jest oczywiście sprzeczny z treścią pozostałych dokumentów wchodzących w skład dokumentacji przetargowej dokument ten może być traktowany jako określający zakres robót powierzonych wykonawcy. Abstrahując w tym miejscu od kwestii ewentualnych roszczeń odszkodowawczych, to ostatnie mogłoby wiązać się z koniecznością wypłaty wynagrodzenia pomniejszonego o to, co wykonawca zaoszczędził na pominiętych robotach.

#### **2.4.4. Żądanie podwyższenia wynagrodzenia na drodze sądowej**

W zależności od rodzaju umownie określonego wynagrodzenia (wynagrodzenie ryczałtowe lub obmiarowe) może powstać sytuacja, w której wykonawca będzie rościł sobie prawo do sądowej waloryzacji wynagrodzenia z umowy. Taka sytuacja może mieć miejsce jeżeli w toku prowadzenia robót budowlanych zaistnieje konieczność wykonania prac dodatkowych nieprzewidzianych w zestawieniu planowanych prac.

Z przyczyn opisanych poniżej, możliwość podwyższenia wynagrodzenia jest w praktyce – uzależniona od formuły, w której kontrakt jest realizowany, a dokładniej od tego, czy w umowie przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe, czy kosztorysowe.

<sup>24)</sup> Mający przecież charakter pomocniczy.

W przypadku posłużenia się przez strony wynagrodzeniem kosztorysowym teoretycznie możliwe jest skorzystanie przez wykonawcę z uprawnienia do żądania podwyższenia wynagrodzenia. Jak słusznie wskazuje się w doktrynie w „podwyższenie [wynagrodzenia – przyp wł.] powinno następować o kwotę, o jaką wzrosłaby wartość całego kosztorysu, gdyby konieczne do wykonania prace dodatkowe były w nim od początku skalkulowane.”<sup>25)</sup>

Sytuacja wygląda odmiennie w przypadku gdy mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym. W tym wariancie wykonawcy nie przysługuje roszczenie o podwyższenie wynagrodzenia. Ustalona w umowie wysokość wynagrodzenia ryczałtowego jest ostateczna niezależnie od ponoszonych przez Wykonawcę kosztów realizacji zamówienia<sup>26)</sup>. Na tę kwestię zwrócił również uwagę Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 14 stycznia 2016 roku wyjaśniając, że: „Do istoty wynagrodzenia ryczałtowego należy, iż ryzyko konsekwencji nieprzewidzenia z góry dokładnego zakresu prac lub ich kosztów obciąża wykonawcę. Przyjęcie, że wszystkie prace zostały wykonane w ramach umowy powoduje, że wykonawca nie może skutecznie żądać podwyższenia wynagrodzenia, nawet jeżeli powierzchnia elewacji remontowanego budynku ostatecznie okazała się większa, niż to wynikało z dokumentacji technicznej”<sup>27)</sup>. Podobne stanowisko wyraziła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 lutego 2014 roku podkreślając niezmienną wysokość wynagrodzenia ryczałtowego nawet w przypadku, gdy na czas zawarcia umowy nie było możliwe przewidzenie kosztu prac: „Wynagrodzenie ryczałtowe ustalane jest w określonej kwocie – nie ulegającej zmianie w trakcie wykonywania dzieła – w odniesieniu do konkretnego dzieła i zakresu prac wymaganych do wykonania dzieła określonych dokumentacją projektową na roboty budowlane. Jest ono niezmienne, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac”<sup>28)</sup>.

## 2.5. Wady opisu przedmiotu zamówienia w formule „Zaprojektuj i wybuduj” – wady PFU

Przechodząc w tym miejscu do zamówień publicznych na roboty budowlane realizowanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” należy odnieść się do wad PFU. Ze względu na to, że PFU winno zawierać opis przedmiotu zamówienia oraz opis wymagań zamawiającego, dochodzi na tym tle do szeregu konfliktów pomiędzy stronami umowy.

25) Zob. P. Drapała, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania*, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, art. 630, nb. 5.

26) Zob. też A. R. Jacewicz, Kontrola kosztów realizacji zamówienia na roboty budowlane, BzG 1/2005.

27) Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 stycznia 2016 roku, I ACa 1418/15, Legalis nr 1435326. Zob. też : wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 16 marca 2010 roku, I ACa 67/10, OSAB 2010 nr 1, str. 15, Legalis nr 226271.

28) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2014 r. KIO 139/14, Legalis nr 797764.

Wyróżnić można dwa rodzaje wad PFU. Pierwszy z nich jest *de facto* zbieżny z wadami opisu przedmiotu zamówienia występującymi w przypadku fazy wykonawczej w ramach projektów typu „wybuduj” i jest zbliżony – w szczególności – do wad STWiORB. Drugi rodzaj wad PFU ma zaś wpływ na możliwość należytego wykonania przez wykonawcę prac projektowych.

Jak już wskazywaliśmy zmiana formuły realizacji zamówienia z „wybuduj” na „zaprojektuj i wybuduj” skutkuje szeregiem pytań o to, która ze stron jest odpowiedzialna za wady projektu. W sytuacji, gdy projekt ten jest szczegółowo regulowany w PFU a następnie zatwierdzany przez zamawiającego nie jest bowiem oczywiste, że to wykonawca musi ponosić odpowiedzialność za wady projektowe. W literaturze przedmiotu podczas omawiania ww. problemu trafnie zauważono, że system organizacji budownictwa polegający na oddzieleniu projektowania od wykonawstwa inwestycyjnego, powoduje trudności w rozwiązaniu problemu odpowiedzialności za szkodę poniesioną przez zamawiającego wskutek wadliwej dokumentacji projektowej, wyrażającą się w wadach zrealizowanego obiektu budowlanego. Pomimo jednak tych trudności przyjmuje się, że „[n]awet w przypadku zlecenia wykonawcy sporządzenia dokumentacji projektowej i wykonania na jej podstawie robót budowlanych, zamawiający odpowiada za wady w robotach budowlanych wywołane wadami programu funkcjonalno-użytkowego”<sup>29)</sup>.

W naszej praktyce najczęstszą wadą PFU jest brak odpowiedniej precyzji w jego sformułowaniu. Skutkiem tego jest często subiektywnie lub obiektywnie istniejące zjawisko „wymuszania” wprowadzania zmian projektowych lub wykonywania robót, które – w świetle założeń wykonawcy – nigdy PFU nie były objęte. Tego typu sytuacje wiążą się najczęściej ze skutkami dla – przede wszystkim – wykonawcy: zwiększeniem poziomu kosztów realizacji inwestycji, zwiększeniem zakresu robót oraz negatywnym wpływem na możliwość terminowego wykonania robót. Dodatkowo, wadliwe określenie sposobu wykonania robót w PFU częstokroć uzasadnia powstanie znacznych roszczeń odszkodowawczych wykonawcy względem inwestora.

W praktyce istotną kwestią okazują się założenia PFU, względnie założenia, w oparciu o które PFU zostało sporządzone. Można tu wskazać następujący **przykład**: W PFU zawarto stwierdzenie, że jeden z wykonywanych w ramach realizowanej inwestycji wiaduktów kolejowych ma być realizowany w taki sposób, by w trakcie budowy zapewniona była ciągłość ruchu pociągów co najmniej na jednym torze. Wykonawca w oparciu o to założenie w złożonej ofercie skalkulował koszt zaprojektowania i wykonania tego wiaduktu przyjmując, że wiadukt ten będzie realizowany połówkowo, tj. najpierw ruch pociągów odbywać się będzie po jednym ze „starych” torów i w tym czasie

<sup>29)</sup> Por. P. Karkoszka, Wady w robotach budowlanych zamawianych zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, cz. I. Publikacje Elektroniczne ABC.

„stary” wiadukt pod drugim torem zostanie rozebrany, po czym w jego miejsce wykonany zostanie nowy wiadukt w technologii żelbetowej, następnie zaś po przełożeniu ruchu pociągów na tor znajdujący się na nowo wybudowanym wiadukcie, wykonana zostanie (również w technologii żelbetowej) druga „połówka” wiaduktu. W toku realizacji inwestycji okazało się jednak, że wiadukt musi być wykonany w sposób zapewniający ciągłość ruchu pociągów na obydwu torach, zaś możliwa przerwa w ruchu pociągów wynosić może co najwyżej 60 godzin. Ta radykalna zmiana warunków dostępu do terenu budowy wiaduktu skutkowała tym, że w miejsce pierwotnie zakładanego wiaduktu żelbetowego realizowanego metodą „połówkową” konieczne stało się wykonanie tego wiaduktu w konstrukcji stalowej obok miejsca docelowego, po czym w ciągu ww. 60 godzin nastąpić musiało całkowite rozebranie istniejącego wiaduktu, nasunięcie nowo wykonanego wiaduktu na miejsce docelowe, zamocowanie go na uprzednio wykonanych fundamentach, ułożenie torów i wykonanie wszystkich pozostałych prac niezbędnych do tego, by niezwłocznie ww. 60 godzinnej przerwy wznowić ruch pociągów. W wyniku opisanej powyżej istotnej zmiany metody i technologii wykonania przedmiotowego wiaduktu wykonawca poniósł dodatkowy koszt rzędu kilkudziesięciu milionów złotych, który następnie został zasądzony na jego rzecz od inwestora na podstawie bezpodstawnego wzbogacenia.

Kolejnym częstym problemem występującym nie tylko w przypadku formuły „wybuduj” jest rozpoznanie geologiczne terenu. Zgodnie z Rozporządzeniem PFU musi zawierać informację o warunkach gruntowych na terenie wykonywania inwestycji. Wskutek weryfikacji ww. danych dostarczonych przez zamawiającego na spornej inwestycji okazało się, że konieczne jest przeprojektowanie robót, a wykonawca, w wyniku zmian warunków gruntowych musiał ponieść znaczny koszt. Koszt ten może podlegać rekompensacie w ramach reżimu odszkodowawczego.

## **2.6. Skutki wad opisu przedmiotu zamówienia niezależne od formuły kontraktu**

### **2.6.1. Odstąpienie wykonawcy**

W pewnych sytuacjach, w braku współdziałania zamawiającego z wykonawcą w wykonaniu zobowiązania wykonawca będzie mógł, po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu na realizację obowiązku współdziałania, odstąpić od umowy<sup>30)</sup>. W świetle orzecznictwa i doktryny przepis artykułu 145 Pzp nie stoi na przeszkodzie odstąpieniu od umowy przez wykonawcę. Jak wskazał Sąd Najwyższy „*Skuteczności dokonanego*

<sup>30)</sup> Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 14 listopada 2014 roku, I ACa 492/14, Legalis nr 1163524.



na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego odstąpienia od umowy o roboty budowlane, zawartej w trybie zamówienia publicznego, nie można więc oceniać – jak uczyniła to strona skarżąca w kasacji – przez pryzmat unormowania przyjętego w art. 76 u.z.p. [ustawy o zamówieniach publicznych – przyp. wł.]<sup>31)</sup>. **Odstąpienie od umowy badać należy w płaszczyźnie przesłanek wskazanych w przepisach k.c.**, z wyjątkiem przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego, o jakim mowa w art. 77 u.z.p. (wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy)<sup>32)</sup>.

W pewnych stanach faktycznych wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia od zawartej umowy o ile inwestor nie współpracuje z nim w wykonywaniu zobowiązania, a istotną składową takiego zawinionego niewykonania zobowiązania przez inwestora może być np. niedostarczenie projektów, które uniemożliwia prowadzenie robót. Jakkolwiek w przepisach dotyczących umowy o roboty budowlane nie znajduje się żaden przepis, który przyznaje wykonawcy uprawnienie do odstąpienia, przyjmuje się, że zastosowanie mogą znaleźć (a) analogicznie stosowany art. 640 k.c.<sup>33)</sup>, albo (b) art. 491 k.c. Pierwszy z tych przepisów dotyczy sytuacji, w której „[j]eżeli do wykonania dzieła potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, a tego współdziałania brak, przyjmujący zamówienie może wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni termin”, a po upływie wyznaczonego terminu od umowy odstąpić. Przez współdziałanie na gruncie ww. przepisów rozumie się m.in. zarówno robocze ustalenia stron, ale też dostarczanie określonych uzgodnień lub zezwoleń, czy też np. dostarczenie projektów<sup>34)</sup>. Drugi z ww. przepisów jest przepisem szerszym, gdyż przewiduje możliwość odstąpienia od umowy ze względu na naruszenie jakiegokolwiek zobowiązania z tzw. umowy wzajemnej pod warunkiem wyznaczenia drugiej stronie odpowiedniego terminu i zagrożenia odstąpieniem od umowy po jego bezskutecznym upływie. O ile istnieje

31) Wyrok ten zapadł jeszcze na gruncie Ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, Dz. U. z 2002 roku, poz. 72, nr 664 („u.z.p.”).

32) Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2003 roku, III CKN 1320/00, OSNC 2004 nr 7-8, poz. 112, str. 50, Przegląd Sądowy 2005, nr 1, str. 180, MoP 2004 nr 4, str. 183, Biul. SN 2003 nr 11, Legalis nr 59860.

33) Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 14 listopada 2014 roku, I ACa 492/14, Legalis nr 1163524. W doktrynie zob. J. Strzępka w: *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System prawa prywatnego. Tom 7*, Warszawa 2011, s. 539-540, nb. 81; P. Drapała w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania*, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, art. 656, nb. 3; B. Lackoroński w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2016, art. 656, pkt VI; W. Dubis, *Charakter prawny obowiązku inwestora właściwego przygotowania inwestycji w umowie o roboty budowlane*, w: *Prace z prawa cywilnego dla uczczenia pamięci Profesora Jana Kosika*, red. P. Machnikowski, Prawo CCCVIII, Wrocław 2009, s. 71-72.

34) G. Koziół w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, wyd. II, Warszawa 2014, art. 640, nb. 1.



ją poglądy wykluczające możliwość zastosowania art. 640 k.c.<sup>35)</sup> do umowy o roboty budowlane to biorąc pod uwagę to, że w takim przypadku musiałby znaleźć zastosowanie art. 491 k.c. powyższy spór miałby charakter czysto akademicki.

### **2.6.2. Opóźnienie realizacji inwestycji, roszczenia terminowe, brak możliwości skutecznego obciążenia wykonawcy karą umowną**

Niezależnie od powyższego skutkami wad opisu przedmiotu zamówienia są często daleko idące opóźnienia w realizacji kontraktu. Opóźnienia takie częstokroć prowadzić mogą do ryzyka utraty dofinansowania przez zamawiającego. Z kolei ze strony wykonawcy opóźnienie skutkujące brakiem możliwości prowadzenia lub kontynuowania prac wiąże się z koniecznością ciągłego utrzymywania zaplecza sprzętowego oraz pokrywania kosztów zatrudnienia pracowników, którzy na skutek wadliwego opisu przedmiotu inwestycji nie mogą wykonywać pracy. W konsekwencji, wobec powstałej po stronie wykonawcy szkody, wykonawcy będzie przysługiwać roszczenie odszkodowawcze.

Ze względu na to, że większość kontraktów infrastrukturalnych realizowanych jest w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC nie można tutaj pominąć jeszcze jednego roszczenia, specyficznego dla tego rodzaju kontraktów, a mogącego się wiązać z wadami opisu przedmiotu zamówienia. Na gruncie kontraktów realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC poszczególne klauzule przyznają wykonawcy uprawnienie do żądania przedłużenia czasu na ukończenie<sup>36)</sup>. W przypadku wad opisu zamówienia i skutkujących tym opóźnień w wykonaniu robót budowlanych wykonawca będzie uprawniony do żądania przedłużenia czasu na ukończenie. W takiej sytuacji z reguły wykonawcy przysługiwać będzie dodatkowe roszczenie o zwrot kosztów przedłużonej realizacji kontraktu. Ponadto wobec wydłużenia terminu realizacji umowy zamawiający nie będzie mógł obciążyć wykonawcy karami umownymi za nie dotrzymanie przewidzianego w umowie terminu zakończenia robót.

Nawet jednak na gruncie umów, które nie są oparte o wzorce FIDIC wadliwy opis przedmiotu zamówienia może rzutować na sytuację zamawiającego w kontekście opóźnień. Jeżeli bowiem wykonawca wykaże, że nie mógł wykonać zamówienia z przyczyn za które nie odpowiada (tj. właśnie np. z przy-

<sup>35)</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 10 lipca 2013 r., I ACa 472/13; T. Sokołowski w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, wyd. II, Warszawa 2014, art. 656, nb. 34

<sup>36)</sup> Pomimo tego, że sporne jest, czy takie roszczenie jest roszczeniem w rozumieniu materialnoprawnym, możliwym do dochodzenia sądowo – zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 r., I CSK 748/12; w doktrynie P. Drapała, *Wzorce umowy FIDIC a przepisy kodeksu cywilnego*, Państwo i Prawo, 2014 r., nr 11, s. 53 i n.

czyn wadliwości opisu przedmiotu zamówienia), wówczas – w zależności od okoliczności danej sprawy – roszczenie o zapłatę kary umownej albo w ogóle nie będzie zamawiającemu przysługiwało albo też może ono zostać istotnie zmiarkowane.

### **3. Cykl życia produktu – aspekty utrzymania produktu w okresie jego eksploatacji**

Jak już wskazaliśmy celem niniejszego referatu jest również ukazanie skutków wadliwego opisu przedmiotu zamówienia w kontekście cyklu życia produktu. Ze względu na to, że skutki te z reguły dopiero po odbiorze i przejściu robót przez inwestora wpływają na jego sytuację mogą często w istotny sposób kształtować koszty utrzymywania obiektu, jego napraw etc., w niniejszej części skoncentrujemy się na analizie sytuacji stron po odbiorze.

#### **3.1. Cykl życia produktu**

Wzrost znaczenia pojęcia cyklu życia produktu bezpośrednio wiąże się z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 roku (dalej: „Dyrektywa”) w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Dyrektywa, dążąc do uwzględnienia przy ocenie oferty aspektów jakościowych, środowiskowych i społecznych, wskazuje na konieczność uwzględniania przy ocenianiu najbardziej korzystnej ekonomicznie oferty efektywności kosztowej wykonanego produktu.

Prawodawca unijny zdefiniował cykl życia produktu jako *„wszystkie kolejne lub powiązane ze sobą etapy, w tym działania badawczo-rozwojowe, które należy wykonać, produkcję, obrót i jego warunki, transport, użytkowanie i utrzymanie, w całym okresie istnienia produktu lub obiektu budowlanego lub świadczenia usługi, od nabycia surowca lub wytworzenia zasobów po wywóz, usunięcie i zakończenie obsługi lub użytkowania”*.<sup>37)</sup> Ustawodawca polski implementując ww. dyrektywę do krajowego porządku prawnego wskazał, że przez cykl życia produktu rozumieć należy *„wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia produktu. W szczególności w zakres cyklu życia produktu wchodzi: badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, testowanie, produkcja, transport, używanie, naprawa, modernizacja, zmiana, utrzymanie przez okres istnienia, logistyka, szkolenie, zużycie, wyburzenie, wycofanie i usuwanie”*.<sup>38)</sup>

Efektywność kosztowa obliczana jest z kolei w oparciu o tzw. rachunek kosztów cyklu życia, który jest określany jako koszty ponoszone w czasie

<sup>37)</sup> Art. 20 pkt 20) Dyrektywy.

<sup>38)</sup> Art. 2 pkt 1a Pzp

cyklu życia produktu, usługi lub robót budowlanych poniesione przez zamawiającego związane m.in. z użytkowaniem i utrzymaniem przedmiotu zamówienia (art. 91 pkt 3c) Ustawy oraz art. 68 Dyrektywy).

W kontekście robót budowlanych, w tym w szczególności zamówień dotyczących projektów infrastrukturalnych, w ramach tak określonego cyklu życia produktu i jego efektywności kosztowej najważniejszymi elementami spośród wskazanych powyżej będą (a) naprawa, (b) modernizacja, (c) utrzymanie przez okres istnienia przedmiotu zamówienia oraz związane z nimi koszty. W tym miejscu oczywiście należy zaznaczyć, że wady opisu przedmiotu zamówienia z reguły skutkują odmiennymi od oczekiwanych przez zamawiającego właściwościami użytkowymi obiektu budowlanego w poszczególnych etapach cyklu życia produktu i mogą skutkować zwiększonymi kosztami jego eksploatacji, napraw etc., jak również – co zostanie opisane poniżej – mogą mieć istotny wpływ na sytuację stron umowy w zakresie wynikających z umowy obowiązków, które aktualizują się po odbiorze robót budowlanych.

### **3.2. Podstawowe mechanizmy ochrony inwestora po odbiorze**

Z chwilą odbioru robót zamówienie uznaje się za wykonane, z zastrzeżeniem obowiązku wykonawcy do naprawienia ewentualnych wad, które nie umożliwiły odmowy dokonania odbioru. W celu realizacji obowiązków wykonawcy do usuwania wad wykonanych przez niego robót, ustawa przyznaje inwestorowi dwa podstawowe instrumenty prawne: (a) roszczenia odszkodowawcze oraz (b) rękojmię. W drodze umownej strony zastrzegają często dodatkowo (c) gwarancję. Ponadto, strony umownie przewidują najczęściej obszerny katalog instrumentów mających przymusić wykonawcę do terminowego i prawidłowego wykonania napraw. Spośród tego rodzaju instrumentów wymienić należy przede wszystkim (a) zabezpieczenie należytego wykonania umowy w postaci kaucji gwarancyjnej, kwot zatrzymania, względnie gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych, czy też (c) kary umowne za opóźnienie w realizacji napraw lub innych obowiązków z rękojmi.

#### **3.2.1. Rękojmia**

Rękojmia jest podstawowym, ustawowym mechanizmem ochrony wykonawcy po odbiorze robót budowlanych i służy zarówno w odniesieniu do wad fizycznych, jak i wad prawnych. Wprowadzenie regulacji dotyczących rękojmi do kodeksu cywilnego miało na celu zwiększenie ochrony przysługującej nabywcy w stosunku do modelu tradycyjnego, tj. odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (odpowiedzialności odszkodowawczej). W przeciwieństwie do odpowiedzialności odszkodo-

wawczej realizacja roszczeń z rękojmi nie jest bowiem uzależniona od winy podmiotu obowiązane (sprzedawcy, wykonawcy etc.).

Ustawa nie zawiera norm szczególnych w zakresie odpowiedzialności z tytułu rękojmi w przypadku robót budowlanych, stanowiąc w art. 656 k.c., iż do rękojmi za wady przy umowie o roboty budowlane stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. W drodze kolejnego odesłania zawartego w artykule 638 k.c., stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące rękojmi za wady przy sprzedaży, z tym zastrzeżeniem, że „[o]dpowiedzialność przyjmującego zamówienie jest wyłączona, jeżeli wada dzieła powstała z przyczyny tkwiącej w materiale dostarczonym przez zamawiającego.”

Opisana powyżej regulacja stanowi istotną zmianę w stosunku do obowiązującej do 25 grudnia 2014 r. regulacji art. 637 k.c. uchylonego przez ustawę o prawach konsumenta<sup>39)</sup>. Przepis ten stanowił, że „[j]eżeli dzieło ma wady, zamawiający może żądać ich usunięcia, wyznaczając w tym celu przyjmującemu zamówienie odpowiedni termin z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu nie przyjmie naprawy.” Przyjmujący mógł odmówić naprawy, gdyby wymagała nadmiernych kosztów. W przypadku zaś gdy „wady usunąć się nie dadzą albo gdy z okoliczności wynika, że przyjmujący zamówienie nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim, zamawiający może od umowy odstąpić, jeżeli wady są istotne; jeżeli wady nie są istotne, zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. To samo dotyczy wypadku, gdy przyjmujący zamówienie nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego.”<sup>40)</sup>. W zakresie nieuregulowanym odrębnie w art. 637 k.c. do rękojmi stosowało się przepisy o rękojmi przy umowie sprzedaży, z tym zastrzeżeniem, że inwestorowi nie przysługuje roszczenie o wymianę rzeczy wadliwej na wolną od wad, gdyż jak wskazuje się w piśmiennictwie, byłoby to sprzeczne zarówno z naturą umowy o dzieło jak i umowy o roboty budowlane<sup>41)</sup>.

Odniesienie do poprzedniego brzmienia ww. przepisów wynika z tego, że w chwili obecnej nadal realizowane są (lub rozliczane) umowy, w przypadku których rękojmia jest uregulowana przez wcześniej obowiązujące przepisy prawa. Obowiązkiwanie dwóch reżimów odpowiedzialności z tytułu rękojmi przy robotach budowlanych wynika z tzw. przepisów przejściowych ustawy o prawach konsumenta. Zgodnie z art. 51 wspomnianej ustawy „[d]o umów zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.”. Ze względu na to, że dotychczasowe przepisy były raczej mniej korzystne dla inwestorów (m.in. ze względu

<sup>39)</sup> Ustawa z dnia 30 maja 2014 roku o prawach konsumenta, Dz. U. z 2014 r. poz. 827.

<sup>40)</sup> Art. 637 k.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia 25 grudnia 2014 roku.

<sup>41)</sup> W. Białończyk, Rękojmia za wady w umowie o roboty budowlane – cz. II, MOP 2015, Nr 7, s. 337).

na krótsze terminy rękojmi i terminy wygaśnięcia poszczególnych uprawnień z niej wynikających), **w szczególności po stronie inwestorów wskazane jest pamiętanie w przypadku umów zawieranych przed 25 grudnia 2014 r. o zasygnalizowanych powyżej odmiennościach.** W dotychczasowym stanie prawnym krótsze były terminy rękojmi i wynosiły one rok, a w przypadku budynków 3 lata<sup>42)</sup> licząc od dnia odbioru (przy czym mogło być sporne, czy np. w rozumieniu przepisów o rękojmi droga mogła być kwalifikowana jako budynek), podczas gdy obecnie jest to 5 lat dla nieruchomości<sup>43)</sup>.

Jak się powszechnie przyjmuje przesłanką odpowiedzialności wykonawcy z tytułu rękojmi za wady jest wystąpienie wady obiektu robót budowlanych, czyli przykładowo niezgodności zakończonego danego etapu prac z umową<sup>44)</sup>. Drugą przesłanką warunkującą możliwość realizacji uprawnień z rękojmi jest istnienie wad w chwili przejścia niebezpieczeństwa na inwestora lub ich wyniknięcie z przyczyny tkwiącej w obiekcie także w chwili przejścia niebezpieczeństwa na inwestora. Przez chwilę przejścia niebezpieczeństwa należy przy tym rozumieć moment dokonania odbioru<sup>45)</sup>, kiedy to aktualizuje się odpowiedzialność z tytułu rękojmi<sup>46)</sup>. W tym miejscu należy się odnieść do kwestii relacji pomiędzy odbiorami częściowymi a początkiem biegu rękojmi. W nauce przyjmuje się, że raczej nie należy wiązać początku biegu terminów z rękojmi z odbiorami częściowymi<sup>47)</sup>, które z reguły pełnią funkcje czysto rozliczeniowe. W celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości

42) Przy czym jest sporne, czy pojęcie „budynku” w rozumieniu ww. przepisu odnosiło się do każdego przypadku robót budowlanych na podstawie którego powstawał „obiekt budowlany” w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. *Prawo budowlane*, Dz. U. z 2016 r., poz. 290, czy też wyłącznie „budynek” w rozumieniu art. 3 ust. 2 ww. ustawy. Pierwsze stanowisko przyjął m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r., I CK 247/05 odnosząc pojęcie „budynku” na gruncie art. 568 k.c. również do stadionu sportowego. Przeciwny pogląd reprezentują m.in. Zob. Z. Gawlik, *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, wyd. II, Warszawa 2014, LEX/El, art. 568, nb. 11; podobnie K. Jędrej, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, art. 568, nb. 2; A. Karnicka-Kawczyńska, J. Kawczyński, *Umowa o roboty budowlane*, Prawo Spółek 1999, nr 7-8, s. 56.

43) *Nota bene* w kontekście zamówień publicznych ciekawa jest kwestia zmian w zakresie konieczności terminowego zawiadomienia drugiej strony o wadzie celem zapobieżenia utracie roszczeń. O ile w poprzednim stanie prawnym uprawniony z rękojmi musiał zawiadamiać wykonawcę o wadach, to aktualnym stanie prawnym obowiązek taki istnieje wyłącznie pomiędzy przedsiębiorcami, podczas gdy największy zamawiający – Skarb Państwa – GDDKiA – przedsiębiorcą – co najmniej formalnie – nie jest.

44) Zamiast wielu zob. np. W. Białończyk, *Rękojmia za wady w umowie o roboty budowlane – cz. I*, Monitor Prawniczy, 2015 r., Nr 6, str. 291.

45) Zamiast wielu zob. np. W. Białończyk, *Rękojmia za wady w umowie o roboty budowlane – cz. I*, Monitor Prawniczy, 2015 r., Nr 6, str. 291.

46) Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2014 roku, III CSK 234/13, OSNC 2015/D/52, Legalis nr 1079904.

47) P. Drapała, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania*, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, art. 65

zasadne jest jednak wprowadzenie do zawieranej umowy postanowienia, które wyraźnie potwierdza, że odbiór częściowy nie stanowi potwierdzenia prawidłowości wykonanych prac.

Typowymi rodzajami wad, które mogą wystąpić w przypadku robót budowlanych są<sup>48)</sup>:

- (a) brak właściwości, które obiekt tego rodzaju powinien mieć ze względu na cel oznaczony w umowie albo wynikający z okoliczności lub z przeznaczenia (np. niespełnianie przez drogę wymogów określonych dla dróg konkretnej klasy);
- (b) brak właściwości, które obiekt miał mieć zgodnie z zapewnieniami wykonawcy;
- (c) nieprzydatność do celu, o którym inwestor poinformował wykonawcę przy zawarciu umowy o roboty budowlane (w braku zastrzeżeń wykonawcy co do takiego przeznaczenia);
- (d) wydanie obiektu w stanie niezupełnym;
- (e) nieprawidłowy montaż lub uruchomienie przedmiotu zamówienia.

W praktyce, w kontekście zamówień publicznych na roboty budowlane najistotniejsze znaczenie będą miały wady wskazane w pkt (a), (d) i (e). W systemie zaprojektuj i wybuduj szczególnego znaczenia mogą nabierać wady prawne związane z dostarczonym projektem. Wadę prawną na potrzeby umowy sprzedaży zdefiniowano w ten sposób, że występuje ona gdy „rzecz sprzedana stanowi własność osoby trzeciej albo jeżeli jest obciążona prawem osoby trzeciej, a także jeżeli ograniczenie w korzystaniu lub rozporządzaniu rzeczą wynika z decyzji lub orzeczenia właściwego organu; w razie sprzedaży prawa sprzedawca jest odpowiedzialny także za istnienie prawa (wada prawna)”. W kontekście robót budowlanych szczególnie istotne są dwa pierwsze rodzaje wad. Jedynie tytułem przykładu z naszej praktyki można wskazać sytuacje, w których do dostarczonego projektu lub jego części prawa autorskie przysługują osobie trzeciej, albo gdy określone rozwiązanie technologiczne jest chronione prawem własności przemysłowej (np. jako wzór przemysłowy, patent, itp.), a projektujący nie uzyskał stosownej licencji lub nie nabył tych praw.

Kwestia rękojmi ma szczególne znaczenie w kontekście robót budowlanych ze względu na to, że jak się generalnie przyjmuje inwestor nie może odmówić odbioru ze względu na istnienie wad (nieistotnych)<sup>49)</sup>, a nie jest możliwe (z uwagi na sprzeczność z naturą zobowiązania do wykonania obiektu<sup>50)</sup>)

<sup>48)</sup> Por. szczegółowe uwagi B. Lackorońskiego, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2016, Komentarz do art. 656, nb. 20.

<sup>49)</sup> Por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2009 r., II CSK 61/09.

<sup>50)</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07.



umowne przydanie inwestorowi uprawnienia do uzależnienia odbioru robót budowlanych od braku jakichkolwiek wad i wstrzymania się w takim wypadku z wypłatą wynagrodzenia<sup>51)</sup>.

Ze względu na to, że odpowiedzialność w ramach rękojmi jest niezależna od winy wykonawcy, **kwestią istotną jest ustalenie katalogu wad, które nie są objęte zakresem rękojmi**. W odpowiednio stosowanym przepisie art. 638 k.c. mowa jest jedynie o wyłączeniu odpowiedzialności wykonawcy w ramach rękojmi w przypadku, gdy wada obiektu powstała z przyczyny tkwiącej w materiale dostarczonym przez inwestora. Biorąc pod uwagę to, że obecnie na zdecydowanej większości inwestycji budowlanych to wykonawca odpowiada za dostarczenie materiałów, przepis ten interpretowany literalnie miałby w praktyce bardzo ograniczone zastosowanie.

**Kwestia zakresu odpowiedzialności wykonawcy z rękojmi jest szczególnie istotna w przypadku wad będących rezultatem wadliwego opisu przedmiotu zamówienia.** Przepis art. 638 § 1 k.c. mówi wyłącznie o materiałach dostarczonych przez zamawiającego, ale w żaden sposób nie odnosi się do problematyki wad wynikłych z opisu przedmiotu zamówienia (projektu, PFU, STWiORB). Problem ten został zauważony w nauce, gdzie wskazuje się, że „*odpowiednie stosowanie art. 638 § 1 zd. 2 KC do umowy o roboty budowlane skutkuje wyłączeniem odpowiedzialności wykonawcy nie tylko w przypadku, gdy wady wykonanego obiektu wynikają z przyczyn tkwiących w materiałach dostarczonych przez inwestora, lecz również w przypadku, gdy wynikają one ze wskazówek udzielonych przez inwestora lub dostarczonych przez niego maszyn lub urządzeń.*”<sup>52)</sup>. O ile jednak możliwe jest zakwalifikowanie jako „wskazówek” w powyższym rozumieniu np. wydawanych w ramach realizacji kontraktów opartych o FIDIC poleceń Inżyniera Kontraktu, czy też treści STWiORB, to już nie byłyby nim objęte skutki wad projektu. Pomimo to przyjmuje się, że **wykonawca nie odpowiada w ramach rękojmi jeśli wykaze, że wady powstały wskutek okoliczności, za które odpowiada inwestor**<sup>53)</sup>. Oznacza to, że **wadliwy opis przedmiotu zamówienia może wyłączyć odpowiedzialność wykonawcy w ramach rękojmi za wady będące skutkiem wadliwego opisu przedmiotu zamówienia.** Podobnie w ramach rękojmi wykonawca nie będzie odpowiadał za np. naturalne zużycie (nawet przyspieszone) o ile tylko wykaze, że wynikało to

<sup>51)</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2014 r., III CSK 234/13.

<sup>52)</sup> B. Lackoroński, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2016, Komentarz do art. 656, nb. 28.

<sup>53)</sup> Zob. D. Okolski, *Umowa o roboty budowlane. Komentarz do przepisów KC, w: Prawo budowlane i nieruchomości. Komentarz*, red. D. Okolski, Warszawa 2015, art. 656, nb. 10; podobnie B. Lackoroński w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2016, Komentarz do art. 656, nb. 23.

z przyczyn zależnych od inwestora. Najczęstszym przykładem tej ostatniej sytuacji będzie wykonanie robót w technologii wskazanej przez zamawiającego, która nie zapewnia należytej trwałości wykonanych robót. Nie przesądzając w tym miejscu o rozkładzie odpowiedzialności w konkretnych przypadkach jako najbardziej oczywisty przykład tego rodzaju wad można wskazać występujące kilka lat temu wady dróg w postaci ich spękań. Jeżeli powstały one na skutek zastosowania wskazanych przez inwestora nieprawidłowych receptur na wytworzenie mieszanek bitumicznych, a nie w wyniku wadliwości ich wykonania, wykonawca co do zasady nie będzie odpowiadał za tego rodzaju wady.

Przechodząc z kolei do realizacji uprawnień Zamawiającego związanych z rękojmią należy jeszcze wskazać na jedną istotną kwestię. Z reguły nieterminowe wykonanie obowiązków w ramach rękojmi jest obarczone obowiązkiem zapłaty kary umownej. Kara umowna ma charakter akcesoryjny, tzn. dzieli losy zobowiązania, którego wykonanie zabezpiecza. Oznacza to, że wygaśnięcie uprawnień z rękojmi (w zależności od treści umowy i – niekiedy – sformułowania klauzuli dotyczącej kary umownej) może prowadzić do niemożliwości żądania zapłaty kary umownej<sup>54)</sup>.

### 3.2.2. Gwarancja

Kolejnym środkiem ochrony przysługującym zamawiającemu może być gwarancja. Ze względu na to, że udzielenie gwarancji jest ze swej istoty fakultatywne, konieczne jest wprowadzenie stosownej regulacji w umowie. Istnieją pewne kontrowersje<sup>55)</sup> co do możliwości stosowania przepisów o rękojmi przy sprzedaży do umowy o roboty budowlane. Jak jednak wyjaśnił Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 10 lipca 2008 roku, przepisy o gwarancji przy sprzedaży stosuje się do gwarancji udzielonej zamawiającemu w drodze analogii<sup>56)</sup>. W zależności od umownego ukształtowania gwarancji generalnie gwarant będzie obowiązany do usunięcia wady fizycznej rzeczy lub do dostarczenia rzeczy wolnej od wad, o ile wady te ujawnią się w ciągu terminu określonego w oświadczeniu gwarancyjnym (umowie). Zgodnie z przepisem art. 577 k.c. „[j]eżeli w gwarancji inaczej nie zastrzeżono, odpowiedzialność z tytułu gwarancji obejmuje

54) Zob. J. Jastrzębski, *Kara umowna*, Warszawa 2006, rozdział V, pkt 2, ppkt 2.1.

55) Zob. pogląd K. Zagrobelnego w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016, Legalis, Komentarz do art. 656, nb. 1.

56) Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2008 roku, III CZP 62/08, OSNC 2009 nr 7-8, poz. 106, str. 91, Biul. SN 2008 nr 7, MoP 2008 nr 16, str. 842, Legalis nr 101299. Zob. też: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1986 roku, I CR 16/86, OSNCP 1987 nr 8, poz. 119, Legalis 25285. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 14 lutego 2013 roku, V ACa 735/12, Legalis nr 775737. To samo podejście reprezentuje E. Gniewek, który dopuszcza stosowanie kodeksowego uregulowania o gwarancji do umów o roboty budowlane w drodze analogii zob. J. Jezioro, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Wyd. 7, Warszawa 2016, art. 577, nb. 7.

**tylko wady powstałe z przyczyn tkwiących w sprzedanej rzeczy."** Przepis ten stosowany analogicznie będzie miał zastosowanie ograniczone do wad istniejących w chwili odbioru. Jednocześnie ze sformułowania „z przyczyn tkwiących” można wyprowadzać wniosek, że podobnie jak w przypadku rękojmi wykonawca nie odpowiada za wady, jeżeli wynikają one np. z wadliwości opisu przedmiotu zamówienia. Przykładowo, wykonawca dachu nie będzie odpowiadał za wady niebędące skutkiem jego świadczenia. Jeżeli więc na przykład zostanie wykazane, że występujące wady wykonanego zgodnie z przedłożonym przez inwestora projektem dachu są skutkiem ujawnionych później błędów występujących w tym projekcie, to brak będzie podstaw do przypisania wykonawcy odpowiedzialności za usunięcie ww. wady.

W tym kontekście należy przytoczyć wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 18 marca 2014 r. W wyroku tym Sąd wskazał, że „[o]dpowiedzialność z tytułu gwarancji jest wyłączona tylko wtedy, gdy zostanie wykazane, że wady robót wynikają z przypadku, winy osoby trzeciej, niewłaściwego użytkownika rzeczy, braku odpowiedniej konserwacji, nieprawidłowego korzystania lub obsługi”<sup>57)</sup>. W związku z tym w kontekście obiektów budowlanych szczególnego znaczenia nabiera konieczność należytej konserwacji obiektu, gdyż wszelkie zaniechania w tym zakresie mogą ujemnie wpływać na katalog uprawnień inwestora.

### 3.2.3. Roszczenia odszkodowawcze i kary umowne

Zarówno realizacja roszczeń z rękojmi, jak i gwarancji jest ograniczona dość krótkimi terminami, które biegną od daty odbioru. Jakich roszczeń może jednak dochodzić zamawiający w przypadku, gdy wady albo ich skutki zostaną wykryte dopiero po upływie okresów rękojmi lub gwarancji? W takiej sytuacji zamawiający dysponuje roszczeniami odszkodowawczymi i może się domagać przywrócenia stanu poprzedniego (np. przez wykonanie napraw), albo żądać naprawienia szkody w pieniądzu. Jak wskazał bowiem Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 maja 2013 roku: „[i]nwestor niezależnie od realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady obiektu budowlanego może na zasadach ogólnych (art. 471 i nast. KC) dochodzić od wykonawcy odszkodowania z powodu nienależytego wykonania zobowiązania (zob. art. 568 w związku z art. 638 i art. 656 § 1 KC, a z orzecznictwa – w szczególności uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 1970 r., III CZP 102/69)”<sup>58)</sup>. Jednocześnie, ze względu na to, że kara umowna stanowi tzw. „surogat

<sup>57)</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 18 marca 2014 roku, I A Ca 774/13, LEX nr 1469374.

<sup>58)</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2013 roku, II CSK 602/12, OSNC - Zb. dodatkowy 2014 nr B, poz. 27, str. 52, Legalis nr 726197. Zob. też: Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 27 lutego 2014 roku, I ACa 843/13, LEX nr 1459055.

odszkodowania” poniższe uwagi będą miały odpowiednie zastosowanie do kar umownych.

Na gruncie umowy o roboty budowlane roszczenia odszkodowawcze pomiędzy przedsiębiorcami przedawniają się z terminem lat trzech. Przez długie lata było sporne od kiedy jednak liczyć ów trzyletni termin. Orzecznictwo w tym zakresie istotnie ewoluowało na etapie ostatnich lat.

Początkowo, m.in. w wyroku z dnia 12 lutego 1991 r. Sąd Najwyższy, stwierdził, że „*termin przedawnienia roszczeń odszkodowawczych powstałych w wyniku nienależytego wykonania umowy o roboty budowlane obiektu odebranego przez inwestora rozpoczyna **bieg od dnia odbioru, a nie stwierdzenia przez inwestora istnienia wady rodzącej obowiązek odszkodowawczy wykonawcy.***” Powyższy pogląd uzasadniony był tym, że „*nienależyte wykonanie robót budowlanych, mając swe materialne odbicie w gorszej jakości budynku, jest zjawiskiem obiektywnym i sprawdzalnym. Wobec powyższego, od chwili powstania szkody inwestor ma możliwości zgłoszenia i dochodzenia roszczeń o jej naprawienie. Od tego momentu jego roszczenia są wymagalne. Podkreślony wyżej kierunek interpretacji przepisów o przedawnieniu nie pozwala na uzależnienie wymagalności, a więc i terminu biegu przedawnienia, od świadomości wierzyciela.*”<sup>59)</sup> Jak dalej wyjaśnił Sąd Najwyższy niedopuszczalne byłoby uzależnienie początku biegu terminu przedawnienia od stwierdzenia wady przez zamawiającego bez ograniczenia w czasie, gdyż mogłoby dojść do sytuacji, w której strony pozostawałyby przez dziesiątki lat w niepewności co do swej sytuacji prawnej.

Z kolei w wyroku z dnia 30 czerwca 2011 r. Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że prawna możliwość żądania spełnienia świadczenia od dłużnika, powstaje po stronie wierzyciela z chwilą, kiedy ma on obiektywną możliwość uzyskania wiedzy o naruszeniu postanowień umowy, do których odnosi się kara umowna.<sup>60)</sup>

Powyższe rozbieżności powodowały istotne rozbieżności w orzecznictwie sądów co do początku biegu terminu przedawnienia roszczeń odszkodowawczych. Rozbieżności te zostały – jak się wydaje ostatecznie – zażegnane wskutek przyjęcia przez Sąd Najwyższy uchwały z 22 listopada 2013 r., III CZP 72/13. W uchwale tej Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że „*termin przedawnienia roszczenia o zapłatę odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471 k.c.) **rozpoczyna bieg od dnia wystąpienia szkody pozostającej w związku przycy-***

<sup>59)</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 1991, III CRN 500/90. To samo stanowisko przyjął Sąd Najwyższy w wyroku z 24 kwietnia 2003 r., I CKN 316/01.

<sup>60)</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2011 r., sygn. akt III CSK 282/10.

**nowym z tym zdarzeniem**<sup>61)</sup>. W stanie faktycznym sprawy podlegającej rozpoznaniu przez Sąd Najwyższy powód dochodził roszczeń odszkodowawczych związanych z wadami dachu, które ujawniły się co najmniej sześć lat przed wniesieniem pozwu, a zarazem kilkanaście lat po terminie wykonania umowy.

Powyższe oznacza, że – w aktualnym stanie orzecznictwa – nawet wady robót budowlanych, które ujawnią się szereg lat po odbiorze mogą podlegać naprawieniu w ramach reżimu odszkodowawczego (pod warunkiem wykazania, że wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązanie, ponosi za to winę, a w majątku inwestora powstała szkoda). Pamiętać jednak trzeba, że przesłanką istnienia odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika, ale i zakreślającą jej granice, jest istnienie wymaganego przez art. 361 § 1 k.c. związku przyczynowego pomiędzy zidentyfikowaną przez wierzyciela szkodą a przypisywaną dłużnikowi postacią naruszenia zobowiązania. Kwestia ta ma przy procesach odszkodowawczych istotne znaczenie, gdyż zwłaszcza w przypadku robót budowlanych może się okazać, że określona wada była rezultatem wad w opisie przedmiotu zamówienia.

O ile powyżej opisany został przykład roszczeń odszkodowawczych przysługujących również inwestorowi to nie da się wykluczyć, że i po odbiorze wykonawca może ponieść szkodę wynikającą z wadliwego opisu przedmiotu zamówienia. Przykładem takiej sytuacji może być wykonanie robót w okresie rękojmi polegających na usunięciu wady w sytuacji, gdy wada ta wynika np. z wad projektu. Z szeregu różnych przyczyn (np. zagrożenie skorzystania z gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej należącego wykonania, potrącenie wartości napraw z kaucji gwarancyjnych, czy też wreszcie ze względu na ryzyko naliczenia kar umownych) wykonawcy realizują takie roboty. W przypadku gdyby jednak okazało się, że istnieje adekwatny związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy wadami projektowymi a powstaniem wad naprawianych w ramach rękojmi wydaje się, że wykonawca będzie uprawniony do skierowania przeciwko zamawiającemu roszczeń odszkodowawczych obejmujących m.in. zwrot kosztu wykonanych napraw, jak i inne następstwa konieczności wykonania takich robót. Niezależnie od powyższego nie jest wykluczone w takiej sytuacji również skorzystanie z roszczeń z bezpodstawnego wzbogacenia w odniesieniu do żądania zwrotu wartości wykonanych robót naprawczych.

<sup>61)</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z 22 listopada 2013 r., III CZP 72/13.

#### 4. Zakończenie

Niezależnie od tego, czy roboty realizowane są w systemie „wybuduj”, czy też „zaprojektuj i wybuduj” i tego, czy opis przedmiotu zamówienia zostaje dokonany w projekcie, STWiORB i przedmiarze, czy też w PFU, a w konsekwencji od tego, jaki jest rozkład obowiązków kontraktowych i wiążącej się z ich ewentualnym niewykonaniem odpowiedzialności stron, w każdym przypadku wadliwość opisu przedmiotu zamówienia będzie rodzić istotne skutki dla zamawiającego. Skutki te przejawiać się będą zarówno w aspekcie czasu wykonania inwestycji, jak i jej kosztów, stąd też właściwe przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla sukcesu realizowanej inwestycji i jej ekonomicznej opłacalności.

---

**Andrzej SOKOŁOWSKI – radca prawny, partner.**  
**Posiada kilkunastoletnie doświadczenie w występowaniu jako pełnomocnik stron w postępowaniach sądowych i arbitrażowych, w tym dotyczących złożonych inwestycji infrastrukturalnych, wielokrotnie występował przed sądami arbitrażowymi (ICC, KIG, Lewiatan) oraz powszechnymi, doradza inwestorom prywatnym, wykonawcom i podwykonawcom w sprawach związanych z realizacją inwestycji budowlanych i infrastrukturalnych. Ukończył Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku.**

**Piotr STENKO – radca prawny, associate.**  
**Posiada wieloletnie doświadczenie w sporach wynikających z inwestycji infrastrukturalnych. Jego doświadczenie obejmuje reprezentację i doradztwo na rzecz wykonawców w sporach z inwestorami w zakresie m.in. zapłaty wynagrodzenia za nierozliczone roboty budowlane i tzw. kosztów ogólnych, roszczeń odszkodowawczych związanych z nienależytym wykonaniem kontraktu przez inwestora, kar umownych. Ukończył Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.**