

# Istotne postanowienia umowy o zamówienia publiczne – jako zabezpieczenie sprawnego wykorzystania środków unijnych

Jerzy T. Pieróg, Aneta Wala, Agnieszka Zaborowska

W świetle licznych postanowień Rozporządzeń Rady (WE) oraz Rozporządzeń Komisji (WE) dotyczących funduszy unijnych, każde z państw członkowskich, korzystające ze środków pochodzących z Unii Europejskiej, zobowiązane jest do ustanowienia sprawnie funkcjonującego, efektywnego systemu kontroli i zarządzania tymi środkami.

Nie ulega wątpliwości, że efektywna absorpcja funduszy unijnych wymaga skoordynowanych działań ze strony bezpośredniego inwestora (zamawiającego), beneficjentów środków (wykonawców), jak i organów administracji państwowej – zarówno na etapie przygotowania inwestycji, jej realizacji, jak i ostatecznego rozliczenia.

Uchybienia formalne i opieszałość w prawidłowej realizacji konkretnego projektu ma z reguły daleko idące skutki. Jeżeli nawet nie prowadzi to do bezpośredniej utraty możliwości dalszego ubiegania się o finansowanie danej inwestycji z europejskich środków pomocowych, to każda zwłoka prowadzić może do finalnego anulowania tych zobowiązań budżetu Unii Europejskiej, które zostały wykorzystane w nieprawidłowy sposób, nie w terminie lub nie zostały wykorzystane w ramach płatności zaliczkowej.

Jest rzeczą oczywistą, że główny ciężar przygotowania i realizacji inwestycji spoczywa nie na organach administracji państwowej, lecz na zamawiających. W celu przygotowania i realizacji projektów finansowanych ze środków unijnych, organizatorzy przetargów są zobowiązani do: przygotowania niezbędnej dokumentacji technicznej, prawnej i finansowej, prowadzenia procedur przetargowych, zawierania umów z wykonawcami i bezpośredniego nadzoru nad przestrzeganiem tych umów, a także zapewnienia zgodności procedur

finansowych z przepisami regulującymi zasady wykorzystania środków z funduszy pomocowych.

Jednym z kluczowych etapów jest przygotowanie dokumentacji i procedur przetargowych, który to etap staje się często przyczyną opóźnień w realizacji projektu.

Ponadto, istotną przeszkodą, utrudniającą efektywne wykorzystanie środków unijnych, jest realizacja inwestycji. W związku z tym, na etapie przygotowania dokumentacji przetargowej zamawiający powinien dopilnować, aby jak najszerszej zabezpieczyć sprawną i efektywną realizację zamówienia (a co za tym idzie – wykorzystanie środków unijnych), tak aby projekt był zrealizowany bez naruszeń przepisów prawa, terminowo i zgodnie z oczekiwaniami organizatora przetargu.

W szczególności, odpowiednio przygotowana umowa powinna gwarantować optymalną absorpcję środków unijnych. Dlatego też w niniejszym opracowaniu omówione zostaną najważniejsze postanowienia oraz instytucje prawne, które powinny znajdować się w umowach

w sprawie zamówienia publicznego, a z których zamawiający nie korzystają lub korzystają w sposób nieumiejętny.

## Cywilno-prawne instytucje zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego

W pierwszej kolejności omówione zostaną cywilno-prawne instytucje zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Instytucje prawne określone w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm. – dalej jako KC) mają zastosowanie do umowy w sprawie zamówienia publicznego, bowiem taka umowa jest umową cywilnoprawną, regulowaną przez ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. – dalej jako ustawa PZP), która w kwestiach w niej nieuregulowanych odsyła do postanowień KC. Zgodnie z art. 139 ust 1 ustawy PZP, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z treścią przepisu art. 3531 KC, strony zawierające umowę mogą ułożyć swój stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. A zatem nie ma prawnych przeciwwskazań do ułożenia treści umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób odpowiadający zamawiającemu.

## Kary umowne

Rozważania w zakresie zastosowania instytucji cywilnych w umowach w spra-

wie zamówień publicznych, należy rozpocząć od kar umownych. Co prawda w umowach tego rodzaju pojawiają się postanowienia w tym zakresie, jednakże często są one nieprecyzyjne, a okoliczności, w których kary umowne są należne, okazują się ciężkie do wykazania. Dlatego też zamawiający powinni zwrócić szczególną uwagę na poprawność zapisów umownych w tym zakresie.

Należy zatem wskazać, iż zgodnie z art. 483 1 KC, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego, odpowiedzialność dłużnika wyrażająca się w obowiązku zapłaty kary umownej, powstaje w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przez niego zobowiązania w sytuacjach określonych w umowie, niezależnie od powstania i zakresu szkody<sup>1</sup>. Istota instytucji kar umownych wyraża się w umownym określeniu skutków zdarzeń polegających na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązań określonych w umowie o charakterze niepieniężnym, przy czym skutkiem takich zdarzeń jest obowiązek zapłaty określonej w umowie sumy pieniężnej, niezależnie od tego, czy zdarzenie wywołało szkodę, jak również niezależnie od wysokości ewentualnej szkody.

Dla skutecznego domagania się zapłaty kary umownej konieczne jest więc kumulatywne spełnienie następujących przesłanek: (i) zastrzeżenie kary umownej w treści umowy; (ii) niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez dłużnika zobowiązania umownego o charakterze niepieniężnym, na wypadek czego została zastrzeżona kara umowna, (iii) ewentualnie – w zależności od zapisów danej umowy i ich interpretacji w świetle postanowień art. 483 1 KC – powstanie szkody po stronie podmiotu, na rzecz którego kara umowna została zastrzeżona.

Z powyższego wynika, iż poza formalnymi przesłankami, typu prawidłowości zastrzeżenia kary umownej, dla skutecznego domagania się zapłaty takiej kary, konieczne jest wykazanie przez wierzyciela

(zamawiającego), że dłużnik (wykonawca) nie wykonał lub nie wykonał należycie obowiązku umownego. Interpretację taką potwierdza w ugruntowanym już orzecznictwie Sąd Najwyższy.

Zastrzeżenie kary umownej powoduje modyfikację reguł odpowiedzialności w tym sensie, że wierzyciel zobowiązany jest wykazać tylko sam fakt zastrzeżenia kary umownej oraz niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika<sup>2</sup>.

Kary umowne należą się wierzycielowi tylko w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania<sup>3</sup>. Skoro kara umowna należy się w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, to za negatywnie ocenić należałoby koncepcję zakładającą, że przyczyny uzasadniające odstąpienie od umowy przez jedną stronę mogą stanowić jednocześnie podstawę dochodzenia przez drugą stronę kar umownych<sup>4</sup>.

Wyżej powołane orzecznictwo prowadzi do wniosku, że przesłankę żądania kary umownej należy się doszukiwać w treści przepisów określających, w jakich sytuacjach zachowanie dłużnika można kwalifikować jako niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, powiążające za sobą jego odpowiedzialność wobec wierzyciela. W tym więc zakresie aktualne pozostają również w odniesieniu do kary umownej zasady odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu*, na co wskazuje również systematyka KC.

Zgodnie z art. 471, KC dłużnik odpowiada jedynie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania będące następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność. Przy czym, jak wynika z art. 472 KC, jeśli z umowy lub ustawy nie wynika szerszy lub węższy zakres odpowiedzialności, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności, przy czym zakres swobody stron w kierunku rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika, z zastrzeżeniem treści art. 3531 KC, jest w zasadzie nieograniczony, zaś w kierunku zawężenia tej odpowiedzialności – ograniczony jest do winy umyślnej (art. 473 1 i 2 KC).

W tych warunkach, w celu skutecznego dochodzenia kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, konieczne jest wykazanie przez wierzyciela

(zamawiającego), że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika (wykonawcę) było następstwem okoliczności, za które z mocy ustawy lub z mocy umowy ponosi odpowiedzialność.

Jak to zostało wyżej zasygnalizowane, granicę swobodnego określenia zakresu odpowiedzialności dłużnika ogranicza tak jak w przypadku wszystkich umów, treść art. 3531 KC, z którego wynika, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Umowy sprzeczne z ustawą, zasadami współżycia społecznego lub z naturą określonego stosunku prawnego, są nieważne z mocy prawa (art. 58 1 KC).

Natura cywilnoprawnych stosunków zobowiązaniowych wyraża się, co do zasady, w zachowaniu równości stron. Natura stosunków zobowiązaniowych o charakterze wzajemnym, gdzie dla prawidłowego świadczenia wymagane jest współdziałanie stron, ogranicza w istotny sposób zakres odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania poprzez brak możliwości przyjęcia przez jedną ze stron odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z przyczyn leżących po drugiej stronie umowy. Zatem, nawet wprowadzenie absolutnej odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania i przewidzenie w umowie dla takiej sytuacji kary umownej, powoduje, iż nie jest możliwe skuteczne dochodzenie takiej kary w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności niezależnych od dłużnika (wykonawcy) i leżących w całości po stronie wierzyciela (zamawiającego). W takiej bowiem sytuacji zastrzeżenie umowne jako nieważne nie obowiązuje i nie może stanowić podstawy skutecznych roszczeń.

Reasumując powyższe rozważania, należy podkreślić, iż dla skutecznego dochodzenia kar umownych nie jest wystarczające wykazanie przez organizatora przetargu, że istniał fakt niewykonania lub

<sup>1</sup> Przypisy na końcu artykułu

nienależytego wykonania zobowiązania, z którym to zdarzeniem umowa łączy obowiązek zapłaty kary umownej, lecz również konieczne jest wykazanie, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Podkreślenia wymaga również, iż zgodnie z art. 6 KC określającym reguły rozkładu ciężaru dowodu, udowodnienie powyższych okoliczności, od których zależy powstanie roszczenia o zapłatę kary umownej, w całości spoczywa na zamawiającym dochodzącym zapłaty.

Poza wskazanymi wypadkami, w których dłużnik może w skuteczny sposób uwolnić się od obowiązku zapłaty kary umownej, należy zauważyć, że regulacja kodeksowa przewiduje instytucję tzw. miarkowania kary umownej. Zgodnie z art. 484 2 KC, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Istnieją więc dwie niezależne przesłanki roszczenia o zmniejszenie (ale nie całkowite unicestwienie) kary umownej. Należy jednocześnie wskazać, że instytucja miarkowania kary umownej nie stanowi samodzielnej podstawy roszczeń, które mogłyby być dochodzone w odrębnym procesie, lecz przybiera procesową postać zarzutu materialnoprawnego przeciwko żądaniu powoda zasądzenia określonej kary umownej.

Przepisy nie precyzują, co oznacza wykonanie zobowiązania w znacznej części, pozostawiając w tym zakresie swobodę sądowi orzekającemu. Generalnie wskazać można, że wykonanie zobowiązania w znacznej części oznacza, iż interes wierzyciela został przez dłużnika zaspokojony w istotnym zakresie<sup>5</sup>.

Nie zostało również sprecyzowane pojęcie rażącego wygórowania kary

umownej. Istotną wskazówkę interpretacyjną może jednak stanowić orzecznictwo Sądu Najwyższego. Jak wynika z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 1980 r. w sprawie o sygn. \ akt I CR 229/80, o tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 2 KC.

Poza wskazanymi przypadkami miarkowania kary umownej, orzecznictwo wskazuje również na dodatkową podstawę zmniejszenia wysokości kary umownej, to jest przyczynienie się wierzyciela do powstania lub zwiększenia szkody. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 stycznia 1974 r. w sprawie o sygn. akt II CR 788/73, zmniejszenie kary umownej na podstawie art. 484 2 KC ma miejsce w tych wypadkach, w których niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn obciążających dłużnika. Natomiast jeżeli do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania doszło wskutek przyczynienia się wierzyciela, to dłużnik może żądać obniżenia kary umownej na podstawie art. 362 KC bez względu na to, czy i w jakiej części zobowiązanie wykonał.

W konkluzji należy dojść do przekonania, że zastrzeżenie kary umownej nie powoduje automatycznego, niezależnego od spełnienia dodatkowych okoliczności, powstania wymagalnego roszczenia o zapłatę kwoty kary w pełnej wysokości.

Dlatego też zamawiający powinien w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazać szczegółowo okoliczności, w których będą naliczane kary umowne oraz ustalić rynkową wysokość kar umownych, która będzie wprost proporcjonalna do naruszeń, których wy-

konawca dopuścił się przy realizacji zamówienia.

### Prawo opcji

Prawo opcji stanowi instytucję prawa cywilnego, która nie została uregulowana w sposób całościowy w prawie polskim, w tym w KC. W doktrynie prawa cywilnego wskazuje się, że opcja oparta jest o różne konstrukcje prawne, w tym o konstrukcję umowy ofertowej, jednostronnie zobowiązującej umowy przedwstępnej bądź umowy pod warunkiem zawieszającym<sup>6</sup>.

Instytucja prawa opcji i związanego z nią zamówienia opcjonalnego, nie została również unormowana w ustawie PZP. Tym niemniej, w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wykorzystywana jest konstrukcja opcji jako umowy warunkowej, w której jedna strona (zamawiający) zobowiązuje się oświadczyć drugiej stronie (wykonawcy) w określonych okolicznościach i w ciągu oznaczonego czasu, iż chce wykonać prawo opcji. Do czasu złożenia przez zamawiającego tegoż oświadczenia, umowa w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zamówienia opcjonalnego pozostaje warunkowo zawieszona.

Prawo opcji wykorzystywane jest w prawie zamówień publicznych w celu rozszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy bez konieczności inicjowania przez zamawiającego nowego postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Instytucja opcji ujmowana jako zamówienie opcjonalne powinna być przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a dokładniej – w opisie przedmiotu zamówienia i we wzorze lub warunkach przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. We wzorze lub warunkach umowy prawo opcji zapisywane jest w postaci szczególnej, dodatkowej klauzuli umownej.

Na gruncie ustawy PZP bezwzględnie wymagane jest określenie przez zamawiającego minimalnego poziomu zamówienia (zamówienie podstawowe, minimalne), które powinno zostać zrealizowane przez wykonawcę. Dodatkowo, dopuszczalne jest określenie – stosownie do przewidywanego przez zamawiającego zapotrzebowania – zakresu zamówienia, które zostanie zrealizowane, pod warunkiem wystąpienia w oznaczonym terminie określonych okoliczności (zamówienie opcjonalne). Zakres zamówienia opcjonalnego nie

musi być tożsamy przedmiotowo z częścią zamówienia minimalnego<sup>7</sup>. Skorzystanie przez zamawiającego z przewidzianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie ujętego w umowie w sprawie zamówienia publicznego prawa opcji, powinno być tak ukształtowane, iż stanowić ono będzie uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. W tym celu zalecane jest zawarcie stosownego zastrzeżenia w klauzuli wprowadzającej prawo opcji do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Skorzystanie z możliwości rozszerzenia zakresu zamówienia w postaci prawa opcji wymaga dokładnego określenia przez zamawiającego treści zobowiązania definitywnego stron oraz oszacowania wartości zamówienia opcjonalnego. Należy tego dokonać już na etapie przygotowania postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Stosownie bowiem do treści art. 34 ust. 5 ustawy PZP, jeśli w zamówieniu na usługi lub dostawy przewidziane jest prawo opcji, to przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia, z uwzględnieniem prawa opcji. Trzeba mieć także na uwadze, że zakres zamówienia opcjonalnego powinien być określony na tyle precyzyjnie, aby pozwalał wykonawcom na rzetelne i prawidłowe skalkulowanie ceny oferty<sup>8</sup>.

W końcu należy pamiętać, że na etapie realizacji umowy nie można będzie doprecyzowywać zobowiązań stron wynikających z zamówienia opcjonalnego z uwagi na sankcję przewidzianą w art. 140 ust. 3 ustawy PZP – umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza opis przedmiotu zamówienia zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym we wzorze czy warunkach przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Podsumowując, przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie wprowadzona do umowy w sprawie zamówienia publicznego, instytucja prawa opcji daje zamawiającemu możliwość elastycznego kształtowania zakresu zamówienia bez konieczności inicjowania nowego postępowania w sprawie zamówienia publicznego.

Skorzystanie z prawa opcji nie stanowi bowiem zawarcia nowej umowy w sprawie zamówienia publicznego ani modyfikacji umowy dotychczasowej. Konstrukcja opcji stanowi zatem narzędzie pozwalające na zwiększenie w drodze jednostronnego oświadczenia woli zamawiającego zakresu świadczeń wykonawcy wynikającego z zamówienia minimalnego, a także wprowadzenie świadczeń różnych przedmiotowo od tych przewidzianych w zamówieniu podstawowym.

**Nadzór nad wykonywaniem zamówienia**

### Nadzór nad wykonywaniem zamówienia

W projektach finansowanych ze środków unijnych istotną rolę jest nadzorowanie terminowej realizacji zamówienia od etapu studialnego, aż po końcowy odbiór robót i ostateczne rozliczenie inwestycji. Jednakże w umowach o zamówieniach rzadko można spotkać postanowienia dotyczące nadzoru wykonywanego przez zamawiającego. Postanowienia umowne ograniczają się głównie do wskazania osób, które będą pełniły nadzór lub po prostu są osobami do kontaktu.

Być może taki stan rzeczy wynika z faktu, iż ustawa PZP nie odnosi się do etapu realizacji zamówienia. Zatem w ustawie PZP brak przepisów dotyczących kontroli realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wydawałoby się jednak zasadne, aby przepisy prawa nakładały na zamawiającego taki obowiązek, np. w taki sposób, jak reguluje to ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.). Zgodnie z art. 8 wskazanej ustawy „Podmiot publiczny ma prawo do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego. Zasady i szczegółowy tryb przeprowadzania kontroli określa umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym”. Zatem, na partnerze publicznym ciąży ustawowy obowiązek określenia w umowie, w jaki sposób będzie kontrolował realizację umowy.

Niemniej jednak zamawiający też powinni kontrolować przebieg realizacji

umowy. Nie ma prawnych przeszkód, aby postanowienia umowne wskazywały na konieczność raportowania o postępach prac, sporządzanie protokołów zdawczo-odbiorczych (nie tylko przy odbiorze przedmiotu zamówienia), możliwość w każdym czasie skontrolowania postępu i jakości prac (czy to w siedzibie wykonawcy czy zamawiającego).

Poważnym mankamentem, opóźniającym postępy inwestycji, jest decentralizacja zarządzania projektami w toku oraz – idąca za tym – decentralizacja odpowiedzialności. Dlatego też, wobec ograniczonej liczby nadzorowanych projektów, zamawiający powinni wprowadzić metody zarządzania, kontroli i audytu projektów. Zadaniem osób, którym powierzony jest nadzór nad realizacją zamówień, jest zorganizowanie skutecznego „systemu wczesnego ostrzegania” o zagrożeniach np. co do terminowej realizacji projektu.

Reasumując, w celu sprawnego i efektywnego wydatkowania środków unijnych, zamawiający muszą dokonywać szczegółowego, bieżącego, a przede wszystkim rygorystycznego nadzoru postępu robót i monitoringu wykonania zawartych umów.

Nie będzie to jednak możliwe, jeżeli w umowach w sprawach zamówień publicznych zamawiający nie będą przyznawać sobie takich uprawnień.

W tym miejscu warto również podkreślić znaczenie wykonywania nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi (w tym projektami budowlanymi).

Nadzór autorski, uregulowany w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. *Prawo budowlane* (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm. – dalej jako ustawa PB), polega na dozorowaniu budowy przez projektanta, mającego na celu kontrolę zgodności realizacji z projektem oraz udzielanie wykonawcy instrukcji i wyjaśnień w zakresie problematyki zawartej w projekcie. Nadzór autorski obejmuje również dokonywanie ewentualnych zmian w projekcie w zakresie niesprzecznym z pozwoleniem na budowę.

Zgodnie z postanowieniami art. 20 ust. 1 ustawy PB, sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu – w zakresie: (i) stwierdzenia w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem, (ii) uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego – należy do podstawowych obowiązków projektanta.

W świetle postanowień art. 95 pkt 5 ustawy PB, osoby wykonujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, które uchylają się od podjęcia nadzoru autorskiego lub wykonują niedbale obowiązki wynikające z pełnienia tego nadzoru, podlegają odpowiedzialności zawodowej w budownictwie.

Naruszenie przytoczonych przepisów może prowadzić do popełnienia czynów zabronionych i pociągających za sobą odpowiedzialność karną i zawodową, przy czym ta ostatnia może doprowadzić w rezultacie do całkowitej utraty prawa wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

Projektant jest zobowiązany do osobistego wykonywania nadzoru autorskiego. Nakładając na niego obowiązek pełnienia nadzoru autorskiego ustawodawca zapewnił projektantowi szereg uprawnień koniecznych do jego wykonania. Zgodnie z postanowieniami art. 21 ustawy PB projektant, w trakcie realizacji budowy, ma prawo (i) wstępu na teren budowy i dokonywania zapisów w dzienniku budowy dotyczących jej realizacji, jak również (ii) żądania wpisem do dziennika budowy wstrzymania robót budowlanych, w razie stwierdzenia możliwości powstania zagrożenia albo wykonywania ich niezgodnie z projektem.

Prawo wstępu projektanta na teren budowy, na którym realizowana jest budowa według projektu przez niego sporządzonego, jest gwarancją pozwalającą na wykonywanie nadzoru autorskiego. Prawo to jest całkowicie niezależne od sprawowania nadzoru, gdyż projektant może z niego skorzystać nawet wtedy, gdy nie został wezwany do pełnienia nadzoru autorskiego.

Uprawnienie to zapewnia projektantowi możliwość ochrony jego praw autorskich do projektu, przez stałą kontrolę

zgodności z projektem wykonywanych robót budowlanych.

Reasumując stwierdzić należy, że o ustanowieniu nadzoru autorskiego decyduje inwestor (zamawiający) lub właściwy organ decyzji o pozwoleniu na budowę. Autor projektu nie może się od pełnienia nadzoru uchylić, pod groźbą kary z tytułu odpowiedzialności zawodowej.

Pełnienie nadzoru autorskiego ma charakter dodatkowy w stosunku do dzieła, jakim jest dokumentacja projektowa i odbywa się w ramach umowy o świadczenie usług, do której stosują się przepisy umowy zlecenia. Projektantowi należy się z tego tytułu – co do zasady – dodatkowe wynagrodzenie.

W konkluzji należy stwierdzić, iż: po pierwsze – sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu w zakresie stwierdzenia w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem, jak również uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, należy do podstawowych obowiązków projektanta; po drugie – o ustanowieniu nadzoru autorskiego decyduje inwestor lub właściwy organ w decyzji o pozwoleniu na budowę. Dlatego też w umowie w sprawie zamówienia publicznego należy określić kwestie nadzoru autorskiego.

## Przypisy

<sup>1</sup> Tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2006r. w sprawie II CSK 151/05, LEX nr 194544, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2005r. w sprawie IV CK 746/04, LEX nr 284693, wyrok Sądu Najwyższego z 9 lutego 2005r. w sprawie II CK 420/04, LEX nr 301769.

<sup>2</sup> Tak: wyrok Sądu Najwyższego z 9 lutego 2005r. w sprawie II CK 420/04, LEX nr 30176

<sup>3</sup> Tak: wyrok Sądu Najwyższego z 30 czerwca 2005r. w sprawie IV CK 746/04, LEX nr 284693

<sup>4</sup> Tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2006r. w sprawie II CSK 151/05, LEX nr 194544

<sup>5</sup> Tak: W. Popiołek w: „Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz” pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2002, str. 1151 nb. 5

<sup>6</sup> M. J. Golecki, Charakter prawny opcji w polskim prawie cywilnym, (...) s. 9-13, wyd. Palestra 7-8/2006

<sup>7</sup> Informator Urzędu Zamówień Publicznych, Kwiecień 2011 r., Opinie Prawne „Prawo opcji” w ustawie Prawo zamówień publicznych, s. 19.

<sup>8</sup> Por. wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1447/10, wyrok KIO z dnia 16 listopada 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2376/10.

Dokończenie w następnym numerze  
*Wiadomości Projektanta Budownictwa*

**Jerzy T. Pieróg**  
– radca prawny

**Aneta Wala**  
– doktor nauk prawnych  
(Universität Wien),  
prawnik w Kancelarii Prawnej  
Jerzy T. Pieróg

**Agnieszka Zaborowska**  
– doktorant  
(Uniwersytet Warszawski,  
Wydział Prawa i Administracji),  
prawnik  
w Kancelarii Jerzy T. Pieróg