

**Opinia w przedmiocie rozkładu ryzyka i odpowiedzialności za błędy
dokumentacji przetargowej formule „wybuduj”
oraz „zaprojektuj i wybuduj”**

grupa doradcza
sienna

Warszawa, 10 stycznia 2012 r.

I. WARUNKI KORZYSTANIA Z PUBLIKACJI

Niniejsza analiza została opracowana na zlecenie ministerstwa Rozwoju Regionalnego.

Obserwacje, analizy, interpretacje i wnioski zawarte w przedmiotowej analizie nie stanowią oficjalnego stanowiska Ministerstwa. Ministerstwo nie przyjmuje odpowiedzialności za informacje zawarte w analizie ani za jakiegokolwiek konsekwencje wynikające z ich wykorzystania. Ryzyko związane z wykorzystaniem powyższych informacji ponoszą użytkownicy.

Ministerstwo Rozwoju Regionalnego upoważnia odbiorców niniejszej publikacji do użytkowania, pobierania, wyświetlania, powielania i drukowania jej treści. Jednocześnie zastrzega jednak, że w przypadku korzystania z treści niniejszego dokumentu użytkownik powinien wskazać źródło wykorzystywanych materiałów, a ponadto bezwzględnie zabronione jest wykorzystywanie niniejszego dokumentu lub jego treści do celów komercyjnych.

II. PRZEDMIOT ANALIZY

Przedmiotem niniejszej opinii jest udzielenie odpowiedzi na pytanie Zleceniodawcy dotyczące wpływu dokumentacji przetargowej na rozkład ryzyk pomiędzy uczestnikami procesu budowlanego.

III. MATERIAŁ WYJŚCIOWY DO OPRACOWANIA ANALIZY

Analiza została opracowana w oparciu o następujące akty prawne, opracowania oraz dokumenty:

1. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.);
2. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.);
3. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów

prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno – użytkowym (Dz. U. z 2004 r., Nr 130, poz. 1389);

4. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 02 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 2004, Nr 202, poz. 2072 ze zm.);
5. Ustawa z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010 r., nr 243, poz. 1623 ze zm.);
6. Małgorzata Stachowiak, Jarosław Jerzykowski, Włodzimierz Dzierżanowski „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, wyd. IV, Warszawa 2010;
7. „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod red. Tomasza Czajkowskiego, wyd. III, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007;
8. System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna pod redakcją prof. Adama Olejniczaka. Tom 6. Warszawa 2009;
9. „Zamówienia Publiczne w orzecznictwie sądów” Grupa Doradcza Sienna, Warszawa 2009;
10. „Zamówienia publiczne na roboty budowlane”, Dorota Grochalska, Zbigniew Leszczyński, Ewa Wiktorowska. Wrocław 2010.

IV. POJĘCIA

Ilekoć w niniejszej analizie jest mowa o:

1. „Prawie zamówień publicznych” lub „ustawie Pzp” – należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.);
2. „Kodeksie cywilnym” lub „kc” – należy przez to rozumieć ustawę z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.);
3. „Zleceniodawcy” lub „MRR” – należy przez to rozumieć Ministerstwo Rozwoju Regionalnego;
4. „analizie” lub „opinii” – należy przez to rozumieć niniejszą analizę;
5. „Prawie budowlanym” – należy przez to rozumieć ustawę z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010 r., nr 243, poz. 1623 ze zm.);
6. „rozporządzeniu w sprawie metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego” – należy przez to rozumieć rozporządzenie Ministra Infrastruktury

z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno – użytkowym (Dz. U. z 2004 r., Nr 130, poz. 1389);

7. „rozporządzeniu w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej” – należy przez to rozumieć rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 02 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 2004, Nr 202, poz. 2072 ze zm.);
8. „KIO” – należy przez to rozumieć Krajową Izbą Odwoławczą;
9. „SN” – należy przez to rozumieć Sąd Najwyższy.

V. WYWÓD ANALIZY

Wprowadzenie – umowa o roboty budowlane a przepisy Prawa zamówień publicznych

Zlecniodawca przedstawia do rozstrzygnięcia problem ryzyk umownych w umowach o wykonanie robót budowlanych. Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Natomiast zgodnie z art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ustawa Prawo zamówień publicznych reguluje jedynie kilka zagadnień odrębnie od zasad przewidzianych w prawie dla innych umów cywilnoprawnych np. czas trwania umowy, zabezpieczenie należytego wykonania, unieważnienie. Natomiast w zakresie ukształtowania stosunku prawnego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w zakresie ryzyk umownych nie wprowadza odrębnych regulacji.

W przypadku więc, gdy przedmiotem umowy jest wykonanie robót budowlanych i dochodzi do zawarcia umowy na roboty budowlane zastosowanie znajdą przepisy regulujące nazwany typ umowy o roboty budowlane Kodeksu cywilnego.

Umowa o roboty budowlane jest umową wzajemną, w której inwestor (czyli zamawiający w nomenklaturze zamówień publicznych) odpowiada za wykonanie czynności przygotowawczych a w szczególności przekazanie projektu. Wykonawca zaś jest zobowiązany do wykonania obiektu zgodnie z przekazanym projektem.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego zawierana w trybie zaprojektuj i wybuduj będzie umową, która na wykonawcę nakłada zobowiązanie do wykonania projektu, a następnie wykonania robót budowlanych na jego podstawie – łączy więc w sobie elementy umowy o dzieło (projekt) oraz umowy o roboty budowlane (ostatecznym wynikiem działań jest oddanie obiektu budowlanego).

Program funkcjonalno-użytkowy

Zgodnie z art. 31 ust 1 ustawy Pzp, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Jeżeli zaś przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, zamawiający (stosownie do dyspozycji art. 31 ust 2 i 3 ustawy Pzp) opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Komentowany artykuł jedynie w sposób lakoniczny wzmiankuje, że program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

Prawo zamówień publicznych oraz Prawo budowlane nie określają szczegółowego zakresu dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Problematykę tę normuje rozporządzenie 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. Nr 202, poz. 2072 ze zm.). Rozporządzenie to określa wymagany zakres dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Jednocześnie w rozdziale 4 wskazuje w sposób wyczerpujący zakres i formę programu funkcjonalno-użytkowego opisującego przedmiot zamówienia publicznego na roboty budowlane w trybie „zaprojektuj i wybuduj”. Stosownie do dyspozycji § 15 ust. 1 ww. rozporządzenia program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.

Program funkcjonalno-użytkowy powinien zawierać stronę tytułową, część opisową oraz część informacyjną (§ 16), zaś treść § 17, 18 i 19 rozporządzenia w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej normuje szczegółowy zakres przedmiotowy każdej z tych części, które obligatoryjnie muszą się znaleźć w programie funkcjonalno-użytkowym. Analiza przepisów wskazuje, że w celu opracowania programu funkcjonalno-użytkowego zamawiający nie musi dysponować szczególnymi opracowaniami koncepcyjnymi odnoszącymi się do planowanej inwestycji. Do prawidłowego opracowania programu funkcjonalno-użytkowego wystarczające jest, aby zamawiający sprecyzował swoje indywidualne wymagania odnośnie funkcji i walorów użytkowych obiektu. Aby program funkcjonalno-użytkowy w pełni oddawał zapotrzebowanie zamawiającego, istotne znaczenie ma prawidłowo sporządzona część opisowa. Bez względu na zakres przedmiotu zamówienia, część opisowa programu funkcjonalno-użytkowego powinna zawierać możliwie jak najdokładniejsze opisanie potrzeb, wymogów i oczekiwań zamawiającego.

Jednocześnie zauważyć należy, że przepisy przy tym nie wskazują kto jest uprawniony do wykonania programu funkcjonalno-użytkowego i nie wprowadzają obowiązku posiadania uprawnień budowlanych. Jednakże, biorąc pod uwagę rangę dokumentu wynikającą z faktu, że ma on zastąpić dokumentację projektową a także drobiazgowość ustawodawcy w zakresie jego formalnej i merytorycznej zawartości, należy wyprowadzić wniosek, że powinien zostać wykonany przez osoby, które dają rękojmię należytego wykonania programu funkcjonalno-użytkowego tj. posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie dla jego przygotowania, w tym np. uprawnienia budowlane w zakresie projektowania. W praktyce oznacza to, iż zamawiający – o ile sam nie dysponuje bezpośrednio osobami o takich kwalifikacjach – będzie zobowiązany zlecić wykonanie programu funkcjonalno-użytkowego zewnętrznemu podmiotowi, który posiada wiedzę umożliwiającą wykonanie programu funkcjonalno-użytkowego zgodnie z wymaganiami rozporządzenia.

Jak zostało już powyżej wskazane, to na zamawiającym jako inwestorze w procesie budowlanym i stronie umowy o roboty budowlane spoczywa obowiązek dostarczenia wykonawcy prawidłowo sporządzonej dokumentacji przetargowej (w modelu „wybuduj”), jeżeli zaś mamy do czynienia z zamówieniem w trybie „zaprojektuj i wybuduj”, to wówczas zamawiający jest odpowiedzialny za prawidłowość sporządzenia programu funkcjonalno-użytkowego, który następnie stanowi podstawę do dalszych prac projektowych leżących w zakresie obowiązków wykonawcy. Z przepisów ustawy Pzp jednoznacznie bowiem wynika, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert. Dlatego też, zamawiający będzie ponosił

odpowiedzialność za wadliwość zapisów programu funkcjonalno-użytkowego zawsze wtedy, gdy błędy te rzutować będą bezpośrednio na należyte wykonanie świadczenia przez wykonawcę.

Sprawdzenie przez wykonawcę specyfikacji istotnych warunków zamówienia, także w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia (czyli dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, a także programu funkcjonalno-użytkowego) i zgłaszanie wniosków o wyjaśnienie treści jest prawem, a nie obowiązkiem wykonawcy.

W przypadku umowy o roboty budowlane, zgodnie z art. 651 Kodeksu cywilnego, wykonawca robót budowlanych zobowiązany jest do weryfikacji dokumentacji projektowej w toku wykonywania robót - a jeżeli dostarczona przez inwestora (zamawiającego) dokumentacja nie nadaje się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora. Natomiast wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualne błędy projektanta, tym bardziej te, które nie są ujawnione na etapie składania oferty. Zrozumiałe jest, że zamawiający często chcą się zabezpieczyć na wypadek zaistnienia takich błędów, jednak w ocenie opiniującego działanie tego rodzaju tak dalece wkracza w zakres odpowiedzialności projektanta, że obarcza przyszłego wykonawcę robót ryzykiem, którego nie jest on w stanie przewidzieć i określić (wycenić) na etapie składania oferty. Trudno wymagać od wykonawcy, aby jeszcze przed złożeniem oferty w takim stopniu zweryfikował dokumentację projektową (i teren budowy), żeby mógł ocenić jej prawidłowość i brak ewentualnych błędów, które mogą ujawnić się dopiero w toku wykonywania robót. Na tle powyższego wywodu nie może budzić wątpliwości fakt, że w sytuacji gdy to zamawiający zapewnia oraz dostarcza wykonawcy projekt budowlany, zgodnie z dyspozycją art. 647 Kodeksu cywilnego, to wówczas on jako inwestor jest stroną odpowiedzialną względem wykonawcy za ewentualne wady tego rodzaju dokumentacji, zaś ryzyko wybudowania (oddania) obiektu budowlanego zgodnie z dostarczonym projektem obciąża wykonawcę. Oczywiście, w sytuacji gdy projektant działający na zlecenie zamawiającego ze swej winy wykonał projekt w sposób wadliwy przez co wyrządził mu szkodę, to zamawiający będzie miał w stosunku do niego roszczenie odszkodowawcze z tytułu nienależytego wykonania przedmiotu zobowiązania (projektu) przez projektanta na podstawie art. 471 i następane Kodeksu cywilnego.

W przypadku procesu zaprojektuj i wybuduj zamawiający odpowiada za prawidłowe sporządzenie programu funkcjonalno-użytkowego, natomiast za prawidłowość dokumentacji projektowej odpowiada wykonawca, jako że sporządzenie dokumentacji

projektowej jest jednym z zadań mu powierzonych. Ryzyko nieprawidłowego wykonania robót budowlanych zw. z błędami w tej dokumentacji będzie więc obciążało wykonawcę. Natomiast zamawiający odpowiada za ewentualne błędy programu funkcjonalno – użytkowego, w szczególności za nieprawidłowe postawienie wymagań, wskazanie funkcji itd.

Na zamawiającym jako prawnie stronie umowy o roboty budowlane zobowiązanej do opracowania i dostarczenia dokumentacji projektowej (w przypadku procesu „wykonaj”) czy też programu funkcjonalno-użytkowego (w przypadku procesu „zaprojektuj i wybuduj”), spoczywa główna odpowiedzialność za prawidłowość ich sporządzenia, tym bardziej, że wykonawca de facto nie ma wpływu na ich ostateczne brzmienie (autorem dokumentacji jest zazwyczaj profesjonalny podmiot działający na zlecenie zamawiającego, za którego działania lub zaniechania odpowiedzialność ponosi zamawiający) i zgodnie z obowiązującymi poglądami doktryny i orzecznictwa nie musi on również posiadać wiedzy niezbędnej do weryfikacji tego rodzaju dokumentu na etapie przetargowym. Oznacza to, że zobligowanie wykonawcy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia do analizy poprawności udostępnionej dokumentacji projektowej albo programu funkcjonalno-użytkowego pod rygorem utraty prawa powoływania się na wady tejże dokumentacji na dalszym etapie postępowania, a w konsekwencji próba przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności za ewentualne nieprawidłowości jest działaniem prawnie niedopuszczalnym oraz w praktyce nieskutecznym. Trzeba przy tym zauważyć, że ze względu na różne wymagania prawa co do dokumentacji projektowej i programu funkcjonalno-użytkowego, inny charakter tych dokumentów i inną ich funkcję wystąpią różnice w ustalaniu co jest błędem lub nieprawidłowością.

W myśl jednolitego stanowiska doktryny i judykatury odnoszącego się do wykonania robót budowlanych (czyli procesu „wykonaj”), w normalnych okolicznościach trudno oczekiwać od wykonawcy robót budowlanych, by pomimo posiadanej wiedzy i doświadczenia zawodowego *a priori* był w stanie zauważyć wszystkie błędy jedynie na podstawie analizy dokumentacji. Jak trafnie zauważono, wykonawca umowy o roboty budowlane nie ma obowiązku dokonywania własnych szczegółowych obliczeń w celu wykrycia wady dostarczonego projektu, a w szczególności jeżeli został on wykonany przez specjalistyczne biuro projektowe (*tak Sąd Najwyższy w wyroku z 27 marca 2000 r., sygn. akt III CKN 629/98, OSNC 2000, nr 9, poz. 173; podobnie K. Zagrobelny (w:) E. Gniewek, Komentarz, 2006, s. 1065*). Obowiązek wykonawcy określony w art. 651 kc. należy rozumieć jedynie w ten sposób, iż musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub o tym, że realizacja robót zgodnie z dostarczonym projektem spowoduje powstanie obiektu

wadliwego (tak *Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 czerwca 2008 r., II CSK 101/08, LEX 637702*). Należy zatem z całą stanowczością podkreślić, że wykonawca nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania w celu wykrycia ewentualnych wad dokumentacji projektowej i technicznej (oraz analogicznie programu funkcjonalno-użytkowego), która w praktyce sporządzona jest na zlecenie zamawiającego przez fachowego uczestnika procesu budowlanego w osobie projektanta. Powyższe znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie KIO, która w wyroku z dnia 27 kwietnia 2011 r. (KIO 806/11), LEX nr 821263 wprost wskazała, że „wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualne błędy projektanta, tym bardziej za te, które nie są ujawnione na etapie składania oferty. Trudno wymagać od wykonawcy, aby jeszcze przed złożeniem oferty w takim stopniu zweryfikował dokumentację projektową (i teren budowy), żeby mógł ocenić jej prawidłowość i brak ewentualnych błędów, które mogą ujawnić się dopiero w toku wykonywania robót”. Jednocześnie podniosła, że zobowiązanie wykonawcy do wliczenia w cenę ofertową ryczałtową kosztów ryzyk, których nie jest on w stanie ocenić na etapie przygotowania oferty narusza art. 29 ust. 1 i art. 31 ust. 1 ustawy Pzp i może również naruszać art. 140 ustawy Pzp, albowiem może się okazać, że zakres zobowiązania umownego wykonawcy nie jest tożsamy z tym, który był zakładany w ofercie.

Zauważyć ponadto należy, iż KIO wielokrotnie podkreślała, że ewentualne złożenie przez wykonawcę oświadczenia na etapie postępowania przetargowego i podpisania umowy o prawidłowości i kompletności dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dokumentacji przy składaniu tego oświadczenia nakłada obowiązek merytorycznej kontroli przyjętych w projekcie założeń i obliczeń (tak KIO w wyroku z 02 listopada 2009 r., KIO/UZP 1485/09). Wobec czego należy uznać, że zamawiający nie może przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za właściwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 oraz art. 31 ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 821/08, LEX nr 448567).

Przedstawione powyżej tezy będą miały odpowiednie zastosowanie również w zakresie programu funkcjonalno – użytkowego. Na powyższą konstatację nie ma wpływu ewentualny poziom szczegółowości programu funkcjonalno-użytkowego, albowiem – jak zostało to już powyżej podniesione – zarówno zakres (w tym stopień szczegółowości), jak i formę tego dokumentu szczegółowo reguluje rozporządzenie w sprawie w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, które *expressis verbis* wskazuje z jakich elementów oraz jakie informacje musi obligatoryjnie zawierać prawidłowo sporządzony program funkcjonalno-użytkowy. Nie jest zatem tak, że zamawiający arbitralnie decyduje o objętości i stopniu szczegółowości programu

funkcjonalno-użytkowego, albowiem przede wszystkim decydują o tym przepisy prawa oraz wielkość i stopień skomplikowania planowanej inwestycji.

Prawa i obowiązki uczestników procesu budowlanego

W tym miejscu należy wskazać na prawa i obowiązki uczestników procesu budowlanego (projektanta, inwestora w osobie zamawiającego) oraz wykonawcy, co znajduje bezpośrednie przełożenie na zakres odpowiedzialności każdego z tych podmiotów.

Zgodnie z art. 17 Prawa budowlanego uczestnikami procesu są: inwestor (na gruncie ustawy Pzp –zamawiający), kierownik budowy i inwestor nadzoru inwestorskiego.

Do obowiązków inwestora, w myśl art. 18 ust. 1 Prawa budowlanego, należy zorganizowanie procesu budowy, z uwzględnieniem zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, a w szczególności zapewnienie:

- opracowania projektu budowlanego i stosownie do potrzeb innych projektów (w modelu „wybuduj”),
- kierownictwa budowy przez kierownika budowy,
- opracowania planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia,
- wykonania i odbioru robót budowlanych,
- nadzoru nad wykonywaniem robót budowlanych

Z przytoczonego przepisu prawa jednoznacznie wynika, że do obowiązków inwestora należy zorganizowanie procesu budowlanego poprzez zapewnienie, aby poszczególne czynności związane z jego realizacją wykonywały osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje zawodowe (uprawnienia budowlane). Zamawiający więc, ma dokonać wyboru projektanta będącego autorem dokumentacji projektowej (albo programu funkcjonalno-użytkowego przy obiekcie realizowanym w modelu „zaprojektuj i wybuduj”), kierownika budowy (najczęściej jest on przedstawieniem wykonawcy robót budowlanych) i inspektora nadzoru budowlanego. Z powyższego jednoznacznie wynika, że względem wykonawcy robót budowlanych odpowiedzialność za jakość dokumentacji projektowej (a w modelu „zaprojektuj i wybuduj” za jakość programu funkcjonalno-użytkowego) odpowiedzialność ponosi zamawiający jako inwestor zobligowany do prawidłowego zorganizowania procesu budowlanego. Nie mniej jednak pamiętać należy, że w każdym z przyjętych modeli głównym podmiotem odpowiedzialnym względem zamawiającego za jakość sporządzonej dokumentacji projektowej albo programu funkcjonalno-użytkowego odpowiada projektant jako autor. Okoliczność ta wynika wprost z art. 20 ust. 1 pkt 1

Prawa budowlanego, zgodnie z którym, do podstawowych obowiązków projektanta należy opracowanie projektu budowlanego w sposób zgodny z ustaleniami określonymi w decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o której mowa w art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz w ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. nr 199, poz. 1227) lub w pozwoleniu, o którym mowa w art. 23 i 23a ustawy z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej (Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1502 ze zm.), wymaganiami ustawy, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej. Ponadto, projektant ma obowiązek zapewnić sprawdzenie projektu architektoniczno-budowlanego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno – budowlanymi, przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności lub rzeczoznawcę budowlanego, na dowód czego zarówno projektant, jak i sprawdzający mają obowiązek dołączyć do projektu budowlanego oświadczenie o sporządzeniu tego dokumentu zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej (art. 20 ust. 2 i ust. 4 Prawa budowlanego).

Odpowiedzialność projektanta za wady dokumentacji projektowej albo programu funkcjonalno-użytkowego wynika również z przepisów kodeksu cywilnego regulujących rękojmię za wady, o ile przepisy te nie zostaną wyłączone w umowie projektanta z zamawiającym na wykonanie tego rodzaju dokumentacji. Na podstawie art. 556 §1 kodeksu cywilnego projektant ponosi odpowiedzialność za wady dokumentacji projektowej (programu funkcjonalno-użytkowego) z tytułu przysługującej inwestorowi (zamawiającemu) z mocy prawa rękojmi. Zgodnie z art. 568 § 1 kodeksu cywilnego uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne wygasają po upływie roku, a gdy chodzi o wady budynku – po upływie 3 lat, licząc od dnia kiedy rzecz została wydana kupującemu. Wobec powyższego, w odniesieniu do dokumentacji projektowej czy programu funkcjonalno-użytkowego okres rękojmi wynosi jedynie rok, licząc od daty jej odebrania przez zamawiającego, chyba że strony ustaliły w umowie termin dłuższy. Pamiętać również należy, że projektant może również udzielić zamawiającemu gwarancji jakości na wykonaną dokumentację. Wówczas, będzie on zobligowany w okresie gwarancji do usuwania wad dokumentacji projektowej (art. 577 § 1 kodeksu cywilnego). Ponadto, w sytuacji gdy projektant działający na zlecenie zamawiającego ze swej winy wykonał projekt bądź program funkcjonalno-użytkowy w sposób wadliwy przez co wyrządził mu szkodę, to zamawiający będzie miał w stosunku do niego roszczenie odszkodowawcze z tytułu nienależytego wykonania przedmiotu zobowiązania (projektu) przez projektanta na podstawie art. 471 i następane kodeksu cywilnego.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że powyżej opisany zakres odpowiedzialności projektanta wobec zamawiającego przy realizacji inwestycji w modelu „wybuduj” będzie miał również zastosowanie do odpowiedzialności względem wykonawcy realizującego zamówienie w modelu „zaprojektuj i wybuduj”, gdzie projektant nie działa już po stronie zamawiającego, lecz wykonuje dokumentację projektową na zlecenie wykonawcy.

Oczywiście przy realizacji inwestycji w modelu „zaprojektuj i wybuduj” – jak zostało to już wyżej wskazane program funkcjonalno - użytkowy nie może być utożsamiany z projektem budowlanym, a stanowi jedynie wstęp do jego opracowania przez wykonawcę (tak KIO w wyroku z dnia 01 czerwca 2011 r., KIO 1071/11, LEX nr 847098). Celem programu funkcjonalno - użytkowego jest bowiem przedstawienie projektantowi (będącego w omawianym modelu przedstawicielem wykonawcy) założeń w zakresie wymiarów, wydajności, materiałów konstrukcyjnych, zabezpieczenia, trwałości obiektu, itp. Dopiero przygotowanie projektu budowlanego przez wykonawcę pozwoli w sposób ostateczny i wiążący dookreślić wszystkie parametry techniczne planowanego obiektu i zweryfikować poprawność założeń przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym. Odmiennie bowiem, niż w przypadku robót budowlanych prowadzonych na podstawie projektu budowlanego, w zamówieniu realizowanym w modelu „zaprojektuj i wybuduj” to na wykonawcy ciąży całkowita odpowiedzialność względem zamawiającego za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowania obiektu spełniającego wymogi zamawiającego opisane w niewadliwym programie funkcjonalno-użytkowym.

Przechodząc natomiast do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy, a jeśli tak, to jaki dodatkowy wpływ na przypisanie ryzyka budowy ma odpowiedzialność za uzyskanie pozwolenia na budowę po stronie zamawiającego albo wykonawcy, wskazać nade wszystko należy, że okoliczność ta zależy od rodzaju modelu w jakim zamówienie jest realizowane. W przypadku realizacji zamówienia w modelu „zaprojektuj i wybuduj”, co do zasady, zarówno wykonanie projektu budowlanego na podstawie dostarczonego przez zamawiającego programu funkcjonalno-użytkowego, uzyskanie pozwolenia na budowę, jako i budowa obiektu. Skoro więc powyższe czynności wschodzą w zakres zobowiązania umownego wykonawcy, to również wykonawca ponosi całkowitą odpowiedzialność za ich należyte wykonanie, w tym za uzyskanie pozwolenia na budowę w określonym umową o zamówienia publiczne terminie. Inaczej sytuacja wygląda w modelu „wybuduj”, gdzie to zamawiający dostarcza wykonawcy dokumentację projektową z projektem budowlanym oraz pozwoleniem na budowę, na podstawie której ten ostatni ponosi jedynie odpowiedzialność za wybudowanie obiektu odpowiadającego wymogom określonym w zatwierdzonym decyzją projekcie budowlanym. Wówczas to zamawiający ponosi względem wykonawcy odpowiedzialność za prawidłowość projektu budowlanego, a

wszelkie zmiany istotne, których kwalifikacji dokonuje projektant działający na zlecenie zamawiającego oraz obowiązek uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę obciąża zamawiającego jako inwestora w procesie budowlanym. Oczywiście w sytuacji, gdy mamy do czynienia z przeciwnym modelem inwestycyjnym tj. „zaprojektuj i wybuduj”, to na wóczas po stronie wykonawcy spoczywać będzie odpowiedzialność za ewentualne wprowadzenie istotnych zmian do projektu budowlanego oraz uzyskanie zamiennych decyzji o pozwoleniu na budowę.

Mając na uwadze całość wywodów prawnych niniejszej analizy, stwierdzić należy, że nie ma prawnej możliwości, by dokonać *lege artis* całkowitego przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności za wady czy to dokumentacji projektowej w modelu „wybuduj”, czy też programu funkcjonalno-użytkowego w modelu „zaprojektuj i wybuduj”. Zaprezentowana powyżej analiza obowiązujących przepisów prawa, orzecznictwa SN i KIO oraz poglądów doktryny jednoznacznie wskazuje, że zamawiający nie może przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za właściwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 oraz art. 31 ustawy Pzp, gdyż wykonawca umowy o roboty budowlane nie ma obowiązku dokonywania własnych szczegółowych obliczeń w celu wykrycia wady dostarczonej dokumentacji projektowej albo programu funkcjonalno-użytkowego, w szczególności jeżeli zostały one wykonane na zlecenie zamawiającego przez profesjonalnego uczestnika procesu budowlanego w osobie projektanta.

ZASTRZEŻENIE

Wykonawca analizy zastrzega, iż inne niewskazane przez Zleceniodawcę fakty i okoliczności mogą prowadzić do powstania odmiennych skutków prawnych, niż określone w wywodzie analizy albo powodować zdarzenia prawne odmiennie kwalifikujące fakty.