

BIULETYN Konsultant



nr 24, luty 2012

Temat dnia
List Prezydenta EFCA

str. 2

List Prezesa Zarządu SIDiR

str. 3

Inwestycje budowlane
celu publicznego

str. 4

Obowiązek przestrzegania prawa
Mity i rzeczywistość

str. 9

Polecenia Inżyniera
oraz polecenia zmiany,
a prawo zamówień publicznych

str. 12

Partnerstwo publiczno-prywatne

str. 16

Zbieg procedur nadzorczych
w prawie budowlanym i ustawie
o ochronie zabytków i opiece
nad zabytkami

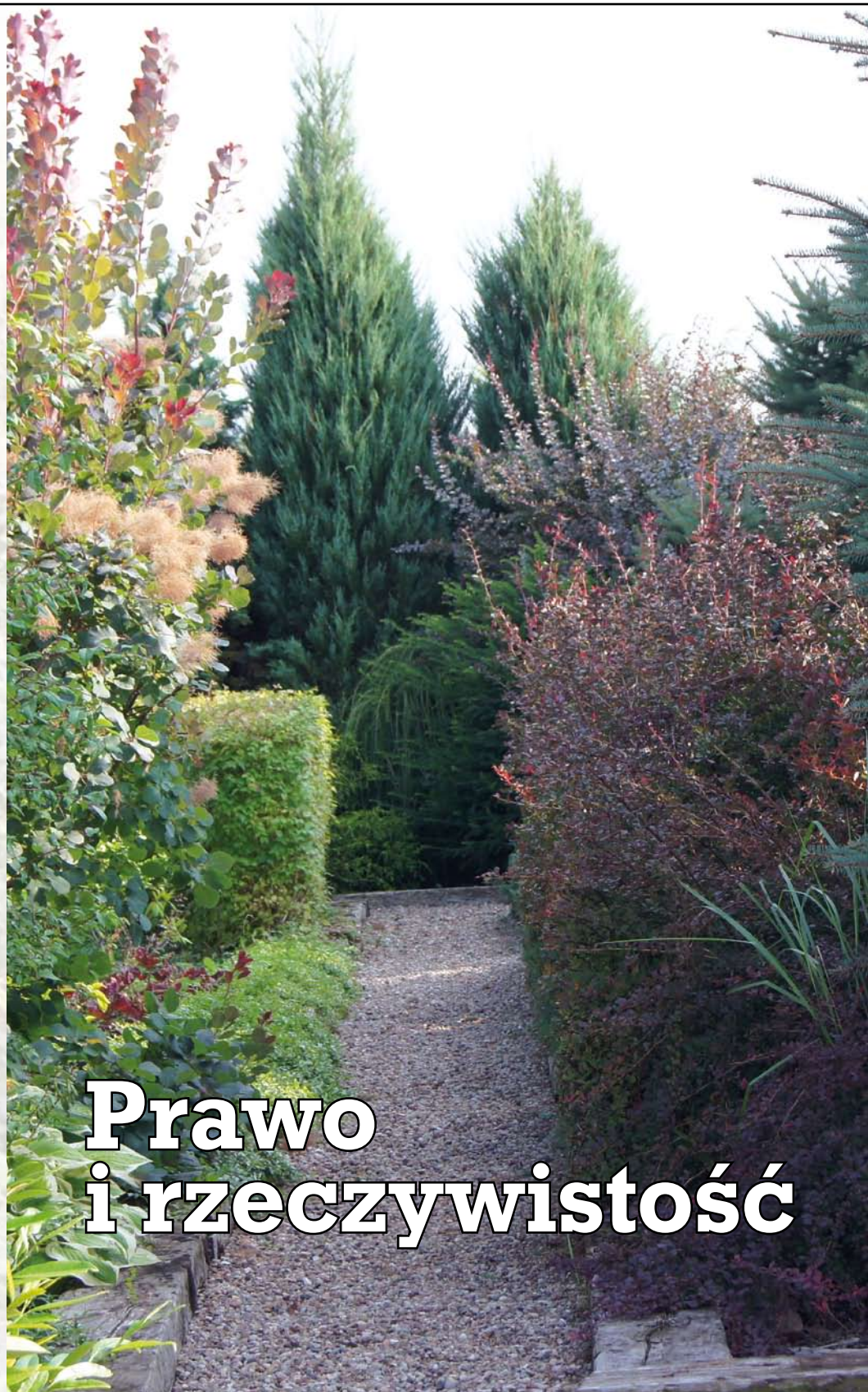
str. 20

Niezrealizowana płatność
— czy jest tu miejsce na mediację?

str. 22

Aktualności

str. 23



Prawo i rzeczywistość

List Prezydenta EFCA

Bruksela, 29 Listopad 2011

Szanowni Prezydenci,

W ciągu mijającego roku duża część wysiłków EFCA skoncentrowana była na promocji zmian w obecnych unijnych zasadach zamówień publicznych o pozytywnym skutku nie tylko dla naszej branży ale też dla władz publicznych i społeczeństwa w ogólności.

Podstawowe propozycje zmian i aktualizacji dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, które zostaną opublikowane przez Komisję Europejską w dniu 13 grudnia 2011 r., pozostają w zgodzie z sugestiami przedstawionymi przez EFCA.

Wyprzedzając tę publikację, zapraszam wszystkie stowarzyszenia krajowe do pomocy w maksymalizacji wpływu EFCA poprzez wszelkiego typu oddziaływania na Parlament Europejski, stałych przedstawicieli przy Radzie i Delegatów Krajów Członkowskich w Komisjach przygotowawczych, ministerstwa i inne czynniki lokalne.

Jeśli EFCA chce odnosić sukcesy we wprowadzaniu zmian, które wydają się konieczne dla naszej branży, to musimy uzyskać wsparcie Państwa stowarzyszenia w przebijaniu się naszego przesłania przez całą procedurę legislacyjną, która wkrótce się rozpocznie. Zmiany prawodawstwa europejskiego są bowiem dyskutowane nie tylko w Brukseli ale też w rządach i ministerstwach poszczególnych krajów. Państwa interakcja z wyższymi urzędnikami i ministrami oraz krajowymi mediami ma zatem zasadnicze znaczenie dla propagowania naszego przesłania.

Na koniec, Jean Felix, Vice- Prezydent EFCA i Przewodniczący Komisji Rynku Wewnętrznego dokonał pierwszej analizy porównawczej wstępnego tekstu zmienionej dyrektywy o zamówieniach publicznych i dokumentu dotyczącego polityki EFCA z dnia 31 marca 2011 r. Seria proponowanych zmian

pozostaje w zgodzie z sugerowanymi poprawkami EFCA: zmianę jedyne kryterium jakim jest cena na kryterium najniższego kosztu, w którym bierze się pod uwagę koszty cyklu życiowego, zobowiązanie uproszczenia informacji i ograniczenie wymogów uczestnictwa, porzucenie rozróżnienia pomiędzy usługami A i B, wprowadzenie pewnego zakresu negocjacji, ułatwienia we wdrażaniu innowacji etc. Jednakże, pewne propozycje Komisji mogą zawierać ryzyko i regres dla naszej branży (np. elektroniczne aukcje, współpraca publicznie – publicznie itd.)

EFCA rozpocznie teraz dokładną analizę propozycji Komisji Europejskiej. Komisja Rynku Wewnętrznego wypracuje odpowiednio dostosowane i skierowane do czynników przeciwnych przyjęciu zmian przesłania, wspierające przyjęcie pozytywnych propozycji i dalsze poprawki mające na celu dobro naszej branży.

Chciałbym zachęcić Państwa do wykorzystania treści przesłania EFCA, które będzie dostępne w połowie stycznia 2012 r., oraz listy Członków Parlamentu z wiodących Komisji, które zajmują się zamówieniami publicznymi.

Będę również bardzo wdzięczny za informacje zwrotne dotyczące Państwa działań, oraz inne pomysły i wszelkie wsparcie jakie możecie zaoferować.

Państwa wysiłki mają kluczowe znaczenie dla intensyfikacji prowadzonej przez EFCA wspólnej obrony tej ważnej inicjatywy legislacyjnej.

Z najlepszymi życzeniami
Jan Boschem – Prezydent EFCA
(tłum. Grażyna Łuka – Doktorska)



Biuletyn Informacyjny „Konsultant”
Stowarzyszenia Inżynierów, Doradców i Rzeczników (SIDiR)
Nakład: 2000 egz.

Adres: ul. Trębacka 4 lok. 429, 00-074 Warszawa,
tel./fax.: +48 022 826 16 72, tel./fax.: +48 022 826 56 49, e-mail: biuro@sidir.pl

Kolegium redakcyjne: Zbigniew J. Boczek (redaktor naczelny)

Członkowie: Małgorzata Rogowicz-Angierman, Grażyna Łuka-Doktorska, Włodzimierz Kiernożycki, Tomasz Latawiec

SIDiR jest członkiem:



Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils – FIDIC



European Federation of Engineering Consultancy Associations – EFCA



The Dispute Resolution Board Foundation – DRBF

Publikowane w Biuletynie „Konsultant” artykuły prezentują stanowiska, opinie i poglądy ich Autorów. Redakcja zastrzega sobie prawo do adiacji tekstów i zmiany tytułów. Przedruki i wykorzystanie opublikowanych materiałów może odbywać się za zgodą Kolegium redakcyjnego. Redakcja nie ponosi odpowiedzialności za treść zamieszczanych reklam.

Skład i druk: Poligrafia GREG, tel. 22 339 01 45, biuro@greg-drukarnia.pl, www.greg-drukarnia.pl

List Prezesa Zarządu SIDiR



Tomasz
LATAWIEC
Prezes Zarządu SIDiR

Koleżanki i Koledzy.

Za miesiąc odbędzie się Walne Zgromadzenie naszego Stowarzyszenia. 24 marca będę mógł – jako Prezes Zarządu wybrany Waszymi głosami na poprzednim Walnym – złożyć Wam sprawozdanie z kolejnego roku działalności SIDiR. Roku, w którym szczególny nacisk położyliśmy na współpracę z EFCA oraz na promowanie i wspieranie rozwoju Młodych Profesjonalistów, co jest całkowicie zbieżne z celami zaproponowanymi przez FIDIC na dorocznym GAM w Davos. Zarząd SIDiR, podobnie jak FIDIC, uważa, że przyszłość branży konsultingu inżynierskiego należeć powinna do młodych profesjonalistów – przyszłych liderów, którym chcemy przekazywać wiedzę i doświadczenie oraz być otwartym na pomysły, propozycje i sugestie. W tym miejscu muszę z uznaniem podkreślić, że Kolega Marcin Mikulewicz został włączony do Komitetu Sterującego Młodych Profesjonalistów EFCA i będzie intensywnie uczestniczył w przygotowaniu niezwykle ważnego wydarzenia – Forum Młodych Profesjonalistów, które odbędzie się w maju w Lizbonie podczas corocznego kongresu EFCA. Liczę na to, że inni nasi Członkowie YP, ale nie tylko, będą wydatnie wspierać Marcina w jego inicjatywach. Skoro już jestem przy YP, to chciałbym podkreślić, że obecnie z ogólnej liczby 348 Członków Zwyczajnych, aż 55 kwalifikuje się do grupy YP, podczas, gdy na koniec roku 2010 było ich tylko 32! YP w Zarządzie reprezentuje Koleżanka Anna Staś-Skolimowska, która aktywnie i efektywnie działała na rzecz uczestnictwa naszych YP w corocznej konferencji EFCA. Nasz wkład polegał na dofinansowanie uczestnictwa trzech Członków YP na GAM EFCA w Berlinie. Ponadto, w wyniku wymiany pomysłów i idei, podjęliśmy decyzję o zorganizowaniu stałego cyklu bezpłatnych „warsztatów” skierowanych właśnie na YP. Frekwencja na pierwszym spotkaniu pozwalała mi stwierdzić, że był to pomysł trafiony i oczekiwany.

Mówiąc o naszej aktywnej współpracy z EFCA nie mogę pominąć mało znanego faktu, który ma duże znaczenie dla naszej obecności na forum międzynarodowym. Dwaj nasi Członkowie – Koledzy Aleksander Granowski i Krzysztof Bokowy – uczestniczą w pracach kluczowych Komisji EFCA ds. Przyszłości Konsultingu Europejskiego oraz Zadaniowej ds. Zrównoważonego Rozwoju. Na zaproszenie Zarządu SIDiR w dniach 28-29.04.2011 r. w naszej siedzibie odbyło się łączone posiedzenie tych Komisji, w którym uczestniczyło szerokie grono przedstawicieli europejskich Konsultantów. I właśnie na posiedzeniu w Warszawie został uzgodniony ostateczny kształt Raportu „Przyszłość konsultingu europejskiego w Europie w latach 2012 - 2020”. Przesłanie do uczestników warszawskiego posiedzenia Komisji skierował Profesor Jerzy Buzek – Przewodniczący Parlamentu Europejskiego. Ukoronowaniem wydatnego wkładu naszych Kolegów w prace Komisji, była debata o Raporcie, zorganizowana przez SIDiR w Centrum Prasowym PAP w Warszawie w dniu 7.11.2011 r., w której

uczestniczyli Prezydent EFCA – Jan Bosschem oraz Sekretarz Generalny EFCA Jan Van der Putten. Już sama ich obecność pokazuje, że jesteśmy postrzegani jako poważna Organizacja, która ma znaczenie dla szeroko rozumianej działalności europejskiej Federacji i całego środowiska konsultingu. Tym bardziej, że patronat nad tą debatą objął Parlament Europejski, co dla wszystkich nas – Członków SIDiR – powinno być oczywistym sygnałem, jak wielką rolę odgrywamy w sprośowaniu wyzwaniom, które stoją przed nowoczesnym konsultingiem inżynierskim. Nasz udział w międzynarodowych spotkaniach, transferze wiedzy, technologii i poglądów został zauważony i doceniony. A nasze doświadczenia, stale podnoszone kwalifikacje oraz dobrze skoordynowane działania na rzecz integracji i rozwoju środowiska konsultingu inżynierskiego, znalazły uznanie u wielu profesjonalistów z europejskich odpowiedników naszego Stowarzyszenia. Dzięki bardzo dobrym kontaktom i merytorycznemu przygotowaniu uczestniczymy także aktywnie w lobbowaniu na rzecz zmiany w Dyrektywach dotyczących zamówień publicznych. To, że zmiana tych Dyrektyw jest dziś kluczowa z perspektywy rozwoju gospodarek europejskich oraz szeroko rozumianej walki z kryzysem, nie muszę chyba przekonywać nikogo. Dlatego zachęcam do zapoznania się z listem Prezydenta EFCA Jana Bosschema dotyczącym tego problemu, który możecie odnaleźć na sąsiedniej stronie.

Oczywiście nie zaniedbujemy naszych obowiązków wynikających z przynależności – na zasadach wyłączności krajowej – do Światowej Federacji Inżynierów Konsultantów FIDIC. Nasze kontakty nie ograniczają się tylko i wyłącznie do uczestnictwa w corocznym walnym zgromadzeniu FIDIC. W ubiegłym roku mieliśmy okazję kilkukrotnie gościć w naszym kraju przedstawicieli FIDIC, z którymi ustalaliśmy nie tylko zasady naszego uczestnictwa w FIDIC, ale także formę i tematykę oraz zakres naszego udziału w Regionalnej Konferencji „Kontrakty FIDIC” współorganizowanej przez FIDIC i Sąd Arbitrażowy przy KIG. Nie będę ukrywał, że współpracujemy także przy organizacji hucznych obchodów 100-lecia powstania FIDIC, które będziemy świętować w 2013 roku w Barcelonie. O szczegółach poinformujemy w najbliższym czasie, a zrobimy to tym chętniej, ponieważ – co ciekawe – polscy Inżynierowie Konsultanci swoje 100-lecie przynależności będą obchodzili tylko rok później.

Ale nie samą zagranicą żyjemy! Przecież jesteśmy Stowarzyszeniem osób fizycznych wykonujących tu i teraz trudny zawód Inżyniera Konsultanta. Większość naszych działań nakierowana jest na naszych Członków i na ich potrzeby. Dlatego, z czego jestem niezmiernie zadowolony, mogę oświadczyć, że pomysł na powołanie na poprzednim Walnym Komisji Problemowych był „strzałem w dziesiątkę”. Państwa zaangażowanie i wkład w prace poszczególnych Komisji istotnie przyczyniają się do tego, że rozwijamy się jako Stowarzyszenie, adoptujemy do szybko zachodzących zmian na rynku, i co najważniejsze, jesteśmy coraz bardziej skonsolidowani. A w bieżące sprawy włącza się znacznie więcej osób niż tylko Ci z nas, którzy są wybrani do Zarządu.

Mógłbym długo pisać o roli Inżynierów Konsultantów, promowaniu etycznych praktyk w biznesie dla całej branży, oraz wskazywaniu powodów, dla których powinni do nas trafiać najlepsi ludzie z tej branży. Ale o tym chcielibyśmy podyskutować na najbliższym Walnym.

Dlatego w imieniu Zarządu Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczników (SIDiR) pragnę Państwa zaprosić i zachęcić do powszechnego udziału w Walnym Zgromadzeniu, które jest najwyższą władzą Stowarzyszenia.

Inwestycje budowlane celu publicznego

Inżynier „JANOSIK”



Zbigniew J. **BOCZEK**

Dyrektor Europejskiego Instytutu Ekonomiki Rynków
Wykładowca na studiach podyplomowych Politechniki Wrocławskiej, Politechniki Poznańskiej i Politechniki Gdańskiej

Sposób powoływania Inżyniera i jego działanie w imieniu zamawiającego, sprawiają, że obowiązek obiektywnego (bezstronnego) działania Inżyniera jest zwykle iluzoryczny.

Inżynier w kontrakcie nie jest stroną kontraktu. Tym samym na podstawie klauzuli 3.1 Warunków kontraktowych FIDIC, Inżynier nie ma uprawnień do wnoszenia poprawek i korygowania zawartego kontraktu. W przypadku umów w sprawie zamówienia publicznego zakaz ten doznaje wzmocnienia na podstawie art. 140 ust. 1, art. 140 ust. 3 i art. 144 ust. 1 P.z.p. Z pierwszego przepisu wynika tożsamość zakresu świadczenia z zobowiązaniem zawartym w ofercie wykonawcy, z drugiego zakaz wykraczania poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „s.i.w.z.”), a z trzeciego zakaz dokonywania istotnych zmian w postanowieniach zawartej umowy, chyba, że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu lub s.i.w.z. oraz określił warunki takiej zmiany.

Inżynier jest powołany zgodnie z klauzulą 3.1 przez zamawiającego do administrowania kontraktem i zarządzania podległym mu personelem. Takie umiejscowienie Inżyniera podlega uregulowaniom artykułu 474 k.c. – *Dłużnik (przyp. zamawiający) odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza*. Można przyjąć, że Inżynier w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego działa na rzecz zamawiającego w procesie budowlanym.

Na podstawie klauzuli 3.1 Inżynierowi nie wolno podejmować decyzji, które wymagają zgodnego współdziałania stron umowy (zamawiającego i wykonawcy), szczególnie, gdy dotyczy to decyzji wywołujących skutki finansowe dla stron umowy i/lub prowadzących do zmiany treści zawartej umowy w zamówieniach publicznych, z uwagi na art. 139 ust. 2 usta-

wy Prawo zamówień publicznych i wymaganej dla umów formy pisemnej pod rygorem nieważności. *Jednocześnie każde uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia – art. 77 § 1 k.c. Tym samym, nieuprawniona będzie każda czynność Inżyniera, która ingeruje w treść istotnych postanowień umownych, bez zgody stron umowy. Z uwagi na art. 139 ust. 1 P.z.p. zgoda zamawiającego nie może być domniemana, a wykonawca ma bezwarunkowe prawo w trybie art. 353¹ k.c. do wyrażenia zgody lub sprzeciwu wobec czynności naruszającej jego interes.*

Polecenia Inżyniera

Klauzula 3.3 jest najczęściej nadużywana przez Inżyniera, do polecenia wykonawcy wykonania robót zamiennych lub dodatkowych, bez udziału i akceptacji zamawiającego, oraz zgody wykonawcy.

Bezkrtyczne wydawanie tego rodzaju poleceń w przypadku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego prowadzi do naruszenia art. 140 ust. 1 P.z.p., ponieważ zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a to zobowiązanie z kolei musi być zgodne z jednoznacznym i wyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, **umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia, zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 140 ust. 3 P.z.p.)**. Dotyczy to zarówno ustalonego przedmiotu zamówienia przy podpisywaniu umowy zawieranej w wyniku przetargu (lub innej procedury), jak i późniejszej ewentualnej zmiany zawartej umowy (art. 144 P.z.p.). W przypadkach, kiedy są podstawy do zmiany zawartej umowy, wymagana jest forma pisemna (pisemny aneks), z uwagi na art. 77 § 1 k.c. Celem tego ograniczenia jest niedopuszczenie do obchodzenia wyników postępowania.

Przepisy obowiązującego w Polsce prawa, wywołują ograniczający skutek prawny w odniesieniu do wszystkich postanowień Warunków kontraktowych FIDIC, które dają Inżynierowi uprawnienia do wydawania poleceń, dokonywania uściśleń oraz interpretacji zawartej umowy, do czasu rozstrzygnięcia sporu przez sąd powszechny, lub w drodze arbitrażu. **Jeżeli czynności Inżyniera naruszają art. 140 lub 144 P.z.p., to polecenia Inżyniera bez względu na formę pisemną lub ustną, są nieważne**, z uwagi na art. 139 ust. 2 P.z.p. w związku z art. 58 § 1 k.c. Przepis art. 139 ust. 2 P.z.p. nakazuje zawieranie umowy w sprawie zamówienia publicznego w formie pisemnej pod rygorem nieważności; a w konsekwencji każda

jej zmiana winna być dokonana w takiej samej formie, do czego Inżynier nie posiada uprawnień. **Jednocześnie zgodnie z art. 58 § 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.**

Tym samym, **nadanie przez zamawiającego szczególnych uprawnień Inżynierowi w Warunkach kontraktowych FIDIC nad przedstawicielem wykonawcy, kierownikiem budowy i kierownikami robót, należy uznać za sprzeczne z obowiązującymi przepisami Prawa budowlanego i Kodeksu cywilnego, a szczególnie jako sprzeczne z zasadą jednoosobowej odpowiedzialności kierownika budowy za wszelkie zdarzenia na terenie budowy podczas trwania procesu budowlanego, oraz wymagań stawianych dla oświadczeń woli w umowach.**

Słynne powiedzenie Inżyniera „widziały gały co brały”

Postanowienie nakładające na wykonawcę obowiązek profesjonalnej weryfikacji poprawności wykonania przez zamawiającego dokumentacji projektowej czy programu funkcjonalno-użytkowego, oraz przejęcie odpowiedzialności za błędy popełnione przez zamawiającego, jest nie do przyjęcia na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego.

Wykonawca, składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, ma prawo domniemywać na podstawie art. 29 ust. 1 Pz.p., że opis przedmiotu zamówienia zawarty w programie funkcjonalno-użytkowym zawiera wszystkie informacje i dokumenty niezbędne do sporządzenia dokumentacji projektowej i następnie wykonania robót. Przerzucanie więc na wykonawcę ryzyka z tytułu wad ukrytych w opisie przedmiotu zamówienia i żądanie od niego profesjonalnej weryfikacji przekazanego przez zamawiającego programu funkcjonalno-użytkowego, należy uznać za sprzeczne z ustawą Pz.p. i zasadami współżycia społecznego, a także z celem i charakterem stanowiącego stosunku cywilno-prawnego w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca w każdym momencie realizacji zamówienia, a nie tylko w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, ma prawo powiadomić go o wadach i błędach w opisie przedmiotu zamówienia, lub okolicznościach ujawnionych podczas realizacji przedmiotu umowy, które uniemożliwiają zaprojektowanie robót budowlanych w sposób zgodny z programem funkcjonalno-użytkowym, albo, że zaprojektowanie robót według wymagań zamawiającego nie jest możliwe, lub spowoduje powstanie obiektu wadliwego, czy też niespełniającego wymagań zamawiającego.

Wykonawca nie jest ograniczony czasowo do zgłaszania przeszkód, lub okoliczności uniemożliwiających lub utrudniających wykonanie świadczenia w sposób zamierzony przez zamawiającego, co wynika z art. 651 k.c.

Warto jednocześnie zwrócić uwagę, że wykonawca nie ma obowiązku prawnego polegającego na eksperckiej kontroli dokumentów przetargowych, ponieważ, ani przepisy Prawa zamówień publicznych czy Kodeksu cywilnego, takiego obowiązku na wykonawcę nie nakładają. W orzeczeniu

z dnia 27 marca 2000 r. sygn. akt III CKN 629/98. Sąd Najwyższy stwierdził, „*że z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem, oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on także niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania.*”

Inżynier w procedurze „projektuj i buduj”

W przypadku zlecenia wykonawcy zaprojektowania i wykonania robót budowlanych tzw. „projektuj i buduj”, obejmującego swoim zakresem zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych opisanych na podstawie art. 31 ust. 2 Pz.p. za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, **Inżynier nie ma uprawnień do korygowania, bądź domagania się projektowania według poleceń Inżyniera**, bo taka sytuacja jest nie do przyjęcia z punktu widzenia celu zawieranego kontraktu, ponieważ za projekt odpowiada wyłącznie wykonawca (projektant). **Inżynier może jedynie w ciągu okresu przewidzianego na przegląd dostarczonej przez wykonawcę dokumentacji projektowej, dać wykonawcy powiadomienie, w jakim zakresie dokumentacja nie odpowiada wymaganiom zamawiającego zawartych w programie funkcjonalno-użytkowym** (klauzula 5.2 Warunków kontraktowych FIDIC – Żółta książka). Po przyjęciu dokumentacji projektowej do realizacji, Inżynier nie ma prawa ingerować w jej treść, z wyjątkiem żądania usunięcia wykrytych wad tej dokumentacji na etapie realizacji.

Ponadto z treści przepisu art. 30 ust. 6 Pz.p. wynika pośrednio, że to wykonawca podejmuje decyzje o sposobie zaprojektowania obiektu i jest odpowiedzialny za osiągnięcie celu – „wymagań funkcjonalnych” postawionych przez zamawiającego. **To na projektancie działającym w ramienia wykonawcy, spoczywa obowiązek i odpowiedzialność za wykonywanie dokumentacji projektowej zgodnie z przepisami i zasadami wiedzy technicznej, oraz za należytą staranność określaną zawodowym charakterem tej działalności. Autonomiczne uprawnienia projektanta wynikające z ustawy Prawo budowlane nie mogą być zmieniane, czy też podważane czynnością prawną.**

W przypadku niezgodności dokumentacji projektowej z programem funkcjonalno-użytkowym, wykonawca powinien wyjaśnić przyczynę odmiennego zaprojektowania robót. W tym zakresie zamawiający jest zobowiązany do współdziałania z wykonawcą, ponieważ współdziałanie z wykonawcą przy wykonywaniu zobowiązania jest przedmiotem prawnego obowiązku zamawiającego (art. 354 § 2 k.c.). **Brak współdziałania ze strony zamawiającego**





go, w większości przypadków może uniemożliwić, lub co najmniej bardzo utrudnić, spełnienie świadczenia przez wykonawcę w sposób zgodny z umową. Obowiązek współdziałania zamawiającego przy wykonywaniu zobowiązania wykonawcy, obejmuje działania podjęte w celu umożliwienia prawidłowej realizacji zobowiązania (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 maja 1997 r. I ACa 219/97). Jeżeli wskutek braku współdziałania zamawiającego świadczenie stało się niemożliwe do spełnienia, zobowiązanie wykonawcy wygasa (art. 475 § 1 k.c.).

W większości przypadków brak współdziałania będzie kwalifikowany, jako zwłoka zamawiającego ze skutkami określonymi w art. 486 k.c. Ponadto każdy przypadek braku współdziałania zamawiającego wyłącza możliwość uznania opóźnienia w spełnieniu świadczenia za zwłokę wykonawcy, ponieważ opóźnienie wykonawcy następuje tutaj z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Ponadto zwłoka zamawiającego, który *odmawia dokonania czynności bez której świadczenie nie może być spełnione* (art. 486 § 2 k.c.), uprawnia wykonawcę do jednostronnego odstąpienia od kontraktu (art. 491 k.c.).

„Polecenie zmiany” wydane przez Inżyniera

Należy pamiętać, że Inżynier nie jest stroną zawartej umowy o roboty budowlane. W konsekwencji Inżynier może proponować stronom umowy, wprowadzenie ewentualnych zmian w postanowieniach umownych, ale nie wolno mu wydawać poleceń zmieniających treść zawartej umowy, w szczególności rozszerzających zakres świadczenia lub zmieniających sposób wykonywania i rozliczania świadczenia.

Z art. 15 i 18 P.z.p. wynika wyłączna odpowiedzialność zamawiającego za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym za udział osób trzecich. Sprzeczne z prawem postępowanie zamawiającego może ponadto prowadzić do naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego, znoszących odpowiedzialność wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Jeśli umowa została zawarta na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych, to Inżynier korzystając z uprawnień wymienionych w klauzulach 13.1 i 13.3 może swoimi decyzjami spowodować nieuprawnione rozszerzenie zakresu świadczenia lub zmianę istotnych postanowień umownych z naruszeniem art. 140 ust. 1 i 3, oraz art. 144 ust. 1 P.z.p., z jednoczesnym pominięciem praw i obowiązków stron umowy wynikających z Kodeksu cywilnego.

Procedura wprowadzania zmian w realizowanych robotach zastosowana w klauzuli 13.1 i 13.3 nie odpowiada regułom stosowanym w procesie budowlanym realizowanym na podstawie Prawa zamówień publicznych. W zamówieniach publicznych wszelkie polecenia zmiany wydane wykonawcy przez Inżyniera czy zamawiającego, podlegają ocenie zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym Inżynier nie ma uprawnień do jednostronnej zmiany kontraktu bez zgody wykonawcy.

Reasumując należy stwierdzić, że bezpośrednie stosowanie klauzul 13.1 i 13.3 może doprowadzić do narusze-

nia przez zamawiającego dyscypliny finansów publicznych, przepisów P.z.p., Kodeksu cywilnego i Prawa budowlanego. Za działania Inżyniera odpowiedzialność ponosi zamawiający w trybie art. 474 k.c.

Inżynier i decyzje o dopuszczeniu „rozwiązań równoważnych”

Ustawa Prawo zamówień publicznych zobowiązuje zamawiającego do opisywania przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający uczciwą konkurencję. Ustawodawca stanął na stanowisku, iż zamawiający (będący zazwyczaj instytucją publiczną lub jedynie dysponentem środków publicznych) nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłyby w wskazaną zasadę, ograniczając dostęp do zamówienia innym dostawcom towarów i usług, niebiorącym bezpośredniego udziału w przetargu.

Podstawowym założeniem udzielanych zamówień publicznych, powinno być to, że zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia jedynie w celu jego udzielenia i **osiągnięcia zamierzonego celu**. Tym samym należy zawsze mieć na względzie, że zamawiający winien zrobić wszystko, aby do osiągnięcia zamierzonego celu doprowadzić, współdziałając z wykonawcą w trybie art. 354 § 2 k.c. i co szczególnie ważne nie odmawiać dokonania czynności bez której świadczenie nie może być spełnione.

Ponadto art. 44 ust. 3 pkt 1 b) ustawy z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych, z późn. zm., nakazuje zamawiającemu dokonywać wydatków publicznych w sposób oszczędny i celowy, z zachowaniem optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Tym samym nie jest możliwe dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób dowolny, według dowolnych wymagań parametrów technologii, materiałów, czy produktów.

Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób, albo na konkretnego producenta. W przeciwnym razie, nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji.

Dopuszczenie w SIWZ rozwiązania równoważnego nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności roboty, czy urządzenie, ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjęte przez projektanta. Takie rozumienie równoważności zaprzeczyłoby istocie przyjętej w ustawie P.z.p. regulacji i naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Każdy z wykonawców ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma możliwość dokonania analizy najbardziej dla niego korzystnej, ze względów technicznych, organizacyjnych oraz ekonomicznych, metody realizacji przedmiotu zamówienia. Nie sposób zgodzić się z często występującą interpretacją, iż wszelkie możliwe wątpliwości wykonawcy, co do zakresu i sposobu wykonania robót powinny być wyjaśniane w toku postępowania przetargowego. Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy P.z.p. – to na wykonawcy ciąży

obowiązek wykazania, że **oferowane** przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Użycie określenia „oferowane” nie wskazuje, że wykonawca ma obowiązek wskazać rozwiązania równoważne wyłącznie na etapie Oferty. Przepis art. 30 ust. 5 P.z.p. odwołuje się do postępowania „Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego”, nie wskazując kiedy wykonawca ma prawo powołać się na rozwiązania równoważne. Tak więc, ustawodawca dopuścił takie prawo wykonawcy na dowolnym etapie wykonawstwa.

Chociaż nie można w sposób obiektywny i do końca jednoznaczny zmierzyć równoważności rozwiązań alternatywnych, to nie można również wymagać by równoważny produkt miał wszystkie identyczne cechy produktu wskazanego w SIWZ. Jeśli zatem wykonawca jest w stanie tak zrealizować zamówienie, by zaspokoić wymagania zamawiającego, mimo skorzystania z innych technologii lub materiałów, to zamknięcie mu drogi do takiego zrealizowania jego oferty, byłoby sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji.

Trudno odmówić wykonawcy „równoważności zaproponowanych rozwiązań” realizacji robót, czy dostawy urządzeń, szczególnie przy pozytywnej opinii autora projektu, czy profesjonalnej osoby uznawanej za znawcę przedmiotu, przy czym parametry równoważności powinny zachowywać podstawowe wymogi dotyczące zaprojektowanej technologii, jak również warunki eksploatacyjne, czy inne wymagania określone w SIWZ. Nie oznacza to konieczności nabycia przez zamawiającego urządzeń, produktów, czy materiałów budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje przyjęcie produktów służących do tego samego celu, oraz o porównywalnych (ekwiwalentnych) właściwościach i jakości.

Należy jednak podkreślić, że to na wykonawcy – powołującym się na rozwiązania równoważne – ciążyć będzie wykazanie dowodu, iż oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane zgodne są z wymaganiami zamawiającego. Ustawa P.z.p. nie określa, za pomocą jakich dowodów wykonawca ma wykazać, że jego rozwiązania są równoważne, a więc wybór dowodów leży po stronie wykonawcy. Dowodzenie tego typu równoważności nie jest *de facto* zmianą w treści oferty, a w związku z tym nie zachodzi konieczność modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Zamawiający, który nie uznał dowodów przedstawionych przez wykonawcę lub stwierdził, że nie są one przekonujące, powinien uzasadnić swoją decyzję (art. 6 k.c.). W judykaturze utrwalony jest pogląd, że *Ciężar dowodu w postępowaniu cywilnym nie zawsze spoczywa na powodzie. Ten kto odmawia uczynienia zadość żądaniu powoda obowiązany jest udowodnić fakty wskazujące na to, że uprawnienie żądającemu nie przysługuje.*

(!) W decyzjach Inżyniera i również zamawiającego odmawiających wykonawcy prawa zastosowania rozwiązań równoważnych pojawia się najczęściej argument konieczności zachowania zgodności z SIWZ, oraz konieczność przeprowadzenia procedury zmiany opisanej art. 144 ust. 1 P.z.p. Gdyby przyjąć, że dopuszczenie na wniosek wykonawcy rozwiązania równoważnego zgodnie z art. 30 ust. 5 P.z.p. wymaga zmiany umowy zgodnie z art. 144 ust. 1,

to mielibyśmy do czynienia z sprzecznością logiczną norm. Bo z jednej strony zamawiający **jest obowiązany** dopuścić rozwiązania równoważne opisywanym zgodnie z art. 30 ust. 4 P.z.p., a drugiej strony **mógłby nie wyrazić zgody na zmianę umowy** z art. 144 ust. 1 P.z.p. Tym samym, obowiązek zamawiającego zależałby wyłącznie od jego dobrej woli (zgody), oraz dowolności dopuszczenia, lub niedopuszczenia rozwiązań równoważnych.

(!) Kluczową argumentacją Inżyniera i zamawiającego o odmowie dopuszczenia rozwiązań równoważnych jest nazywanie rozwiązań równoważnych zmianami do dokumentacji projektowej, czy ogólnie zmianami SIWZ. **Zawsze wtedy nasuwa mi się skojarzenie z przepisami ruchu drogowego i różnica między wyprzedzaniem a omijaniem – niby to samo a tak różne sytuacje, oraz różne uwarunkowania prawne i sankcje.** Jednego z argumentacji i wywodów Inżynierowi i/lub zamawiającego jestem pewien - nie zależy im na osiągnięciu zamierzonego celu, bo najważniejsze jest to, że to oni mają rację i władzę absolutną. Osiągnięcie celu publicznego jest na szarym końcu priorytetów, nawet w inwestycjach na Euro 2012. Ostatecznie sąd rozstrzygnie kto ma rację, ale jak nie podzieli argumentacji zamawiającego i Inżyniera, to koszty takiego zachowania będą olbrzymie i jak zwykle zapłaci podatnik.

Odniesienie czynności Inżyniera do Prawa budowlanego

Powołanie Inżyniera nie zwalnia zamawiającego z odpowiedzialności za należyte przeprowadzenie procesu budowlanego, zgodnie z przepisami prawa.

To zamawiający, a nie Inżynier, zobowiązany jest do wywiązania się z obowiązków wynikających z zawartej umowy, a w szczególności z obowiązków wymienionych w art. 647 k.c. jako *essentialia negotii* i zobowiązań wynikających z właściwych przepisów Prawa budowlanego, oraz Kodeksu cywilnego.

Inżynier bez względu na jego pozycję w procesie budowlanym i bezpośredni uczestnicy procesu budowlanego z ramienia zamawiającego, oraz inspektorzy nadzoru działający na podstawie posiadanych uprawnień budowlanych, nie mają prawa do interpretacji zawartej umowy, lub do samodzielnego dokonywania zmian w tej umowie, ponieważ nie są jej stronami. Nie mogą również występować w roli „super arbitrow” w sprawach, których załatwienie wymaga uzgodnień między zamawiającym a wykonawcą, a szczególnie **nie wolno im wydawać poleceń lub dokonywać ustaleń ingerujących w treść zawartej przez strony umowy.** Mogą tylko występować do stron umowy z wnioskami o dokonanie zmian jej treści, jeśli tego wymaga przebieg procesu budowlanego, albo o uzgodnienie współdziałania tam, gdzie jest to wymagane dla osiągnięcia zamierzonego celu.

Inżynier w procesie budowlanym

W świetle art. 17 ustawy Prawo budowlane, Inżynier nie jest bezpośrednim uczestnikiem procesu budowlanego. Jako działający na rzecz zamawiającego w procesie budowlanym, może wykonywać wyłącznie czynności cywilnoprawne, a nie techniczne wymagające posiadania wymaganych prawem uprawnień budowlanych. Tym samym nie jest uprawniony do wpisów do dziennika budowy, jako Inżynier.



W procesie budowlanym prowadzonym na podstawie przepisów polskiego Prawa budowlanego, Inżynier nie ma nadrzędnej pozycji nad kierownikiem budowy.

Inżynier nadzorujący umowę o roboty budowlane wykonywane na podstawie dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, za którą odpowiada zamawiający, nie może żądać wykonania robót zamiennych lub dodatkowych na podstawie zamiennej lub uzupełnionej dokumentacji projektowej, chyba, że w wyniku procedury dopuszczonej na podstawie art. 144 ust. 1 P.z.p.

Uprawnienia Inżyniera nie mogą kolidować z uprawnieniami stron procesu budowlanego wynikającymi z przepisów Prawa budowlanego, w szczególności z prawami i obowiązkami:

- kierownika budowy i kierowników robót – działających na podstawie art. 21a, 22, 23 ustawy Prawo budowlane;
- projektanta – działającego zgodnie z art. 20 i 21 ustawy Prawo budowlane;
- inspektorów nadzoru inwestorskiego – działających zgodnie z art. 25 i 26 ustawy Prawo budowlane.

Inżynier musi pamiętać, że na gruncie polskiego prawa, gospodarzem procesu budowlanego i powierzonego wykonawcy terenu budowy, jest wyłącznie kierownik budowy. Niedopuszczalne jest podważanie pozycji kierownika budowy, jako jedyne ustawowego gospodarza terenu budowy i organizatora procesu budowlanego.

Odpowiedzialność Inżyniera

Przepis art. 415 k.c. określa ogólną regułę dla odpowiedzialności Inżyniera za szkodę, do której doszło wskutek zdarzeń nazywanych czynami niedozwolonymi (odpowiedzialność deliktowa). Zachowaniem, za które Inżynierowi można przypisać odpowiedzialność deliktową na podstawie art. 415 k.c., może być działanie, jak i zaniechanie. Zaniechanie polega na niewykonywaniu określonego działania (podmiot nie musi być bierny, może wykonywać inne czynności), gdy na podmiocie ciążyła powinność i możliwość jego podjęcia (W. Czachórski (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, s. 529 i n.).

Przypisanie odpowiedzialności sprawcy deliktu, przepis art. 415 określił przez sformułowanie: „Kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia”. Tak więc, sprawca ponosi odpowiedzialność deliktową na zasadzie winy. Zawinione zachowanie może wynikać z postępowania niezgodnego z przepisami prawa (czyny zakazane przez przepisy prawne obowiązujące w Polsce), lub określonymi regułami etycznymi, lub w wyniku zawinionego zachowania rozmyślnie ukierunkowanego na wyrządzenie szkody, oraz w wyniku niedbalstwa. Czyny zakazane mogą wynikać z norm prawa cywilnego, lub jakiegokolwiek innej gałęzi prawa, jeżeli ustanawiają obowiązki o charakterze powszechnym, a nie tylko w ramach stosunku prawnego łączącego strony (np. zobowiązanie, stosunek pracy).

Za bezprawne uznaje się także zachowanie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego albo dobrymi oby-

czajami, a więc normami moralnymi powszechnie akceptowanymi w całym społeczeństwie lub grupie społecznej, nakazującymi lub zakazującymi określonego zachowania, mimo iż nie jest ono nakazane lub zakazane normą prawną (por. Z. Banaszczyk (w:) K. Pietrzykowski, *Komentarz*, t. I, 2005, nb 23; G. Bieniek (w:) G. Bieniek, *Komentarz*, t. I, 2009, s. 296-297; W. Czachórski (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, s. 534; W. Dubis (w:) E. Gniewek, *Komentarz*, 2008, art. 415, nb 12; P. Machnikowski (w:) *System prawa prywatnego*, t. 6, s. 381; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania*, 2008, nb 500).

W wielu przypadkach naruszenie zasad określonych normami wykonywania zawodu, szczególnie określonymi ustawowo, może być uznane również za czyn niedozwolony.

Wina jest bezsporna, jeżeli sprawca dopuszcza się umyślnie czynu bezprawnego, mając zamiar naruszenia obowiązujących nakazów lub zakazów, lub chce je przekroczyć, albo przewidując taką możliwość – decyduje się na ten skutek.

Ujemna ocena dotyczy także sytuacji, gdy sprawca jest nieświadomy tego, że jego zachowanie może być bezprawne, chociaż miał możliwość i powinność dokonania właściwej oceny sytuacji, gdyby działał z dostateczną starannością (niedbalstwo). Judoakatura i piśmiennictwo formułuje wzorce należytego postępowania, powszechnie aprobowane w społeczeństwie lub danej grupie społecznej, przy czym zachowania odbiegające od tych wzorców oceniane są jako niedbałe (por. art. 355)¹. Dla przypisania niedbalstwa konieczne jest ustalenie, że w konkretnych okolicznościach danego przypadku sprawca mógł zachować się z należyłą starannością.

Za niedbałe uznaje się również postępowanie, które nie było konieczne i zostało podjęte dobrowolnie, przy świadomości występujących ograniczeń.

PODSUMOWANIE

Zamawiający wykorzystujący w umowach w sprawie zamówienia publicznego Warunki Kontraktu FIDIC, winien dogłębnie przeanalizować wszystkie klauzule (w tym dotyczące Inżyniera) i zmienić (poprawić) wszelkie niezgodności z przepisami Prawa zamówień publicznych, Kodeksem cywilnym, Prawem budowlanym i innymi przepisami właściwymi dla zamówień publicznych, ponieważ zasada swobody umów zawarta w art. 353¹ k.c. pozwala ułożyć stosunek prawny według uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się ustawie. Zamawiający powinien także brać pod uwagę zasady współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.) i ustalone obyczaje, a następnie powinien opracować i wprowadzić do zawieranej umowy i Ogólnych Warunków Kontraktu postanowienia klauzul Warunków Szczególnych, które te niezgodności usuną.

Zawsze należy mieć na uwadze fakt, że Warunki kontraktowe FIDIC nie są źródłem prawa, a jedynie uniwersalnymi wzorami umów o roboty budowlane, więc na podstawie art. 58 § 1 k.c. wszelkie postanowienia umowne sprzeczne z ustawą są nieważne, a na ich miejsce wchodzi przepisy właściwej ustawy.

¹ Art. 355. § 1. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność).
§ 2. Należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Obowiązek przestrzegania prawa

Mity i rzeczywistość



Tomasz
LATAWIEC
Prezes Zarządu SIDiR

Warunki Kontraktowe FIDIC (WK) są stosowane na większości kontraktów współfinansowanych z funduszy unijnych. Między innymi dzięki temu są już dziś powszechnie znane. Gorzej jest ze zrozumieniem „filozofii” przyświecającej twórcom tych Warunków, które – dla przypomnienia powiem – są stosowane na całym praktycznie świecie. Muszą więc być na tyle uniwersalne by „pasowały” do specyficznego prawodawstwa w poszczególnych krajach. Co istotne i o czym się chyba zapomina – same Warunki prawem nie są i być nie mogą w żadnym przypadku. Ale do prawa się odnoszą i to w sposób szczególny.

Otóż w Rozdziale 1 – Postanowienia Ogólne, Klauzula 1.4 [Prawo i język], w pierwszym akapicie zawarty jest jeden z najistotniejszych warunków dotyczących realizacji kontraktów, który mówi: „Kontrakt będzie rządzony prawem kraju (lub innego obszaru prawnego) wymienionego w Załączniku do Oferty.”¹ A samo prawo zostało zdefiniowane w punkcie 1.1.6.5 – „„Prawa” oznacza całą państwową (lub lokalną) prawodawstwo, ustawy, rozporządzenia i inne akty prawne oraz przepisy i regulaminy wydane przez jakąkolwiek ustanowioną publiczną władzę.” Podobne znaczenie ma Klauzula 1.13 [Zgodność z Prawami] „Wykonując Kontrakt, Wykonawca będzie przestrzegał stosownych Praw. ...”. Powinno być zatem oczywiste dla każdego, kto ma do czynienia z realizacją umów o roboty budowlane opartych o WK, że żadne czynności, działania, ustalenia Stron i Inżyniera, nie mogą w związku z realizacją tych umów, tego prawa łamać ani go pomijać. A znaczenia nabiera to zwłaszcza w przypadku zamówień publicznych, w których Klauzule 1.4 i 1.13 oraz 13.1 i 13.3, powinny być traktowane w sposób szcze-

gólny i rozważny, ponieważ Strony nie mogą w sposób dowolny wprowadzać zmian do kontraktu. To samo dotyczy Inżyniera, który przed skorzystaniem z uprawnień przypisanych mu w Kontrakcie powinien każdorazowo przeanalizować swoje działania właśnie pod kątem zgodności tych działań z prawem.

W niniejszym artykule skupię się na działaniach Inżyniera – powołanego przez zamawiającego do administrowania Kontraktem i zarządzania podległym mu personelem, w tym inspektorami nadzoru. **Inżynier nie będąc stroną umowy, ma w WK przypisane szczególne uprawnienia, ale jednocześnie istotne ograniczenia. Może on interpretować Kontrakt tylko tak, jak jest napisany, bez możliwości wnoszenia do niego poprawek ani jego korygowania.** W żadnym stopniu Inżynier nie jest upoważniony do zwalniania którejkolwiek ze stron z jej obowiązków, zobowiązań i odpowiedzialności.

W przypadku zamówień publicznych działania Inżyniera należy każdorazowo analizować pod kątem ich zgodności z art. 140 ust. 1, art. 140 ust. 3 oraz 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (u.P.z.p.). Tu na marginesie dodam, że także pod kątem art. 415 kodeksu cywilnego (k.c.), który określa ogólną zasadę odpowiedzialności Inżyniera za szkodę, do której może dojść w wyniku jego działań lub – o czym się na ogół nie pamięta – zaniechań. Czyli na niewykonaniu jakiegoś działania, do którego Inżynier jest zobligowany Kontraktem. Jeżeli zatem Inżynier jest wzywany przez wykonawcę do jakiegoś działania zgodnego z umocowaniem Inżyniera, a tego działania nie podejmuje, to вина jest bezsporna.

Z praktyki kontraktowej wywodzę, że najwięcej wątpliwości budzą tzw. polecenia wydawane przez Inżyniera w trybie Klauzuli 3.3 [Polecenia Inżyniera] „Inżynier może (w każdym momencie) wydawać Wykonawcy polecenia i dodatkowe lub zmodyfikowane Rysunki, które mogą być konieczne do realizacji Robót i usuwania wszelkich wad, wszystko zgodnie z Kontraktem. ...”, – bowiem wszystkie takie polecenia muszą być zgodne z prawem, a nie tylko z Kontraktem, jak się przyjęło odczytywać tę Klauzulę. Powszechną praktyką jest to, że Inżynierowie wydając polecenia, nie analizują nie tylko samego polecenia pod kątem jego zgodności

¹ Z powodu występujących różnic w tłumaczeniach poszczególnych wydań Warunków Kontraktowych, za każdym razem, gdy je cytuję, są to” Warunki Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego”, Wydanie angielsko-polskie (tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999) wydane przez Cosmopoli Consultants



z prawem, ale także skutków wykonania takiego polecenia przez wykonawcę. Nagminne jest wydawanie poleceń dotyczących wykonania Robót według zmienionych projektów wykonawczych, a zdarzają się też sytuacje, gdy Inżynier przy poleceniu przekazuje zmieniony projekt budowlany i poleca wykonać roboty według takiego właśnie „nowego” projektu! Czy w takich przypadkach przeprowadzana jest analiza zgodności z prawem? Nie, bo gdyby taka analiza była przeprowadzona, to tego typu polecenie nie mogłoby być wydane z uwagi na to, że wprowadza zmianę do Kontraktu polegającą na konieczności wykonania robót innych, niż te będące przedmiotem zamówienia – czego czynić nie można, bo przecież świadczenie wykonawcy musi być tożsame z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (art. 140 ust. 1 u.P.z.p.). To samo można powiedzieć o poleceniach wykonania zamówień (robót) dodatkowych. Dodatkowych, czyli zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5) u.P.z.p. „nieobjętych zamówieniem podstawowym, ... niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli: a) ... , b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego;”

Jak się mają do prawa takie polecenia, w treści których wprost jest napisane na przykład: „Inżynier Kontraktu poleca Wykonawcy wykonanie robót dodatkowych polegających na wykonaniu dodatkowego materaca francuskiego na odcinku drogi ... Rozliczenie robót dodatkowych nastąpi w oparciu o ceny jednostkowe z pozycji...”. Bywają też takie: „Wykonawca w piśmie ZBM/JAR/F/CIA/974/2011 z dnia 15.06.2011 r. otrzymał polecenie wykonania robót dodatkowych zgodnie z przywołanymi w nim wyczerpującymi instrukcjami Projektanta oraz z podaniem sposobu ich rozliczenia. Wykonawca jednak do dnia dzisiejszego nie wykonał tych robót. Polecenie Inżyniera wykonania tych robót, jako koniecznych dla zrealizowania Kontraktu zostało wydane w oparciu o warunki Kontraktowe zapisane w Klauzuli 13.1. W związku z powyższym nie ma uzasadnienia dla udzielenia Wykonawcy, wnioskowanego przez niego, zamówienia uzupełniającego. Takie postępowanie – tj. udzielenie zamówienia uzupełniającego byłoby, zdaniem Inżyniera, niezgodne z zawartą Umową.” Przeczytajcie te kilka zdań jeszcze raz i **zastanówcie się jak bardzo Inżynier mija się z prawem. Ale robi to w uzgodnieniu z zamawiającym, który aprobeuje takie działania.** Na dowód tego, że nie jest to przypadek osobniony zacytuję innego Inżyniera: „Polecenie Inżyniera nr ... Dotyczy: Rowu drogowego DL-8 oraz rowu melioracyjnego RO-07. Polecenie: W związku z otrzymaniem od Projektanta aktualizacji Dokumentacji Projektowej dotyczącej rowu drogowego DL-8 oraz rowu melioracyjnego RO-07 Inżynier poleca:

- wprowadzenie korekty niwelety rowu drogowego DL-8, zmieniającą jego pochylenie oraz miejsce zakończenia rowu,
- wstawienie dodatkowego przepustu stalowego PD-2a średnicy 100 cm w km 0+025,11 drogi lokalnej,
- wykonanie ścieku trójkątnego (od km 0+012,50 do km 0+050,00), na końcu ścieku należy wykonać ściek skarpowy.

Polecenie należy wykonać zgodnie z przekazaną aktualizacją Dokumentacji Projektowej. Polecenie będzie miało wpływ na Cenę Kontraktową.”

Czy jest możliwe w zamówieniach publicznych zlecenie w ramach umowy podstawowej zamówień dodatkowych lub uzupełniających bez przeprowadzenia stosownej procedury, skoro z art. 140 ust. 3 u.P.z.p. wprost wynika zakaz wykraczania poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia? Oczywiście nie. I taką procedurą na pewno nie mogą być wydawane polecenia Inżyniera, bez lub nawet za zgodą zamawiającego. Oddzielną sprawą jest to, że często takie polecenia dotyczące nowej/zamiennej/uzupełniającej Dokumentacji Projektowej nie są poprzedzone żadną analizą Inżyniera i zamawiającego co do kwalifikacji istotności zamierzonego odstąpienia od zatwierdzonego projektu budowlanego, lub innych warunków pozwolenia na budowę, dokonanej przez projektanta (art. 36a ustawy Prawo budowlane (Pb.)). Ale o tym innym razem – ze względu na obszerność tematu.

Z absurdalną sytuacją spotkałem się ostatnio na budowanym przez jedną z firm odcinku autostrady A 2. Podpisany kontrakt dotyczy wykonania robót na odcinku A. Na sąsiednim odcinku B roboty są wykonywane przez inną firmę. Funkcję Inżyniera na tych dwóch odcinkach pełnią także różne osoby. Oczywiście korzystają z danych im uprawnień do wydawania poleceń. I tak, w przypadku firmy, która realizuje roboty na odcinku A Inżynier, który administruje kontraktem na tym odcinku, wydał polecenie by wykonała pewien zakres robót na odcinku B (sic!). Na zwróconą słownie uwagę o braku podstaw do wydania takiego polecenia, podło sakramentalne stwierdzenie: „Ja mam prawo wynikające z fidicy do wydawania poleceń, które wykonawca musi wykonać!” A gdzie prawo przez duże „P” – to prawdziwe i obowiązujące? A gdzie logika? Gdzie wreszcie elementarna wiedza i znajomość tego prawa... Ciekaw jestem pisemnej argumentacji – bo o taką wystąpił wykonawca. Ze słów łatwo się wycofać, gorzej z podpisanymi dokumentami. Jeszcze jeden ciekawy cytat z korespondencji kontraktowej dotyczącej, a jakże, robót dodatkowych nieobjętych opisem przedmiotu zamówienia i ofertą wykonawcy, których konieczność wykonania powstała po stwierdzeniu przez wykonawcę wady w Dokumentacji i niezwłocznym zawiadomieniu inwestora/zamawiającego w trybie art. 651 k.c. o tej wadzie: „... Inżynier przekazując Wykonawcy stanowisko Projektanta oczekiwał na przedstawienie przez Wykonawcę wyceny tych robót. ... W związku z tym Inżynier kierując się zapisami Subklauzuli 3.5 Warunków Kontraktowych wyraźnie poleca przedstawienie wyceny robót polegających na wykonaniu zabezpieczenia według wskazanej technologii, Inżynier poleca dokonanie określenia zakresu robót niezbędnych do wykonania w/w zabezpieczenia i zgłoszenia niezbędnych materiałów. ...” **Zwracam uwagę na powołanie się na klauzulę 3.5 [ang. Determinations], która z poleceniami, nawet najbardziej wyraźnie poleconymi, nie może mieć nic wspólnego i daje Inżynierowi jedynie prawo do dokonania obiektywnych ustaleń lub uzgodnień jakiejś sprawy zgodnie z Kontraktem, ale po przeprowadzeniu obowiązkowych konsultacji ze stronami w celu**

osiągnięcia porozumienia. I wcale ta klauzula nie została przywołana przez rzeczonoego Inżyniera przez pomyłkę. W trakcie rozmów o tym poleceniu Inżynier zdecydowanie potwierdził, że właśnie w oparciu o klauzulę 3.5 [Określenia] ma prawo wydawać polecenia. Nie to jest jednak najciekawsze w tym cytacie. Proszę się zastanowić nad koncepcją Inżyniera, według której to wykonawca ma sobie określić zakres robót, abstrahując od tego, że powinny być one przedmiotem oddzielnego zamówienia. Ale skoro już poruszyłem klauzulę 3.5 [Określenia] – warto się zastanowić nad inną nagminną praktyką kontraktową związaną z dokonywaniem ustaleń Inżyniera w zakresie stawek i cen (wynagrodzenia) – oczywiście w odniesieniu do klauzuli 12.3. Trudno mi zrozumieć takie działania, skoro **umówić wynagrodzenie mogą tylko i wyłącznie strony umowy (art. 647 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c.)**. No i jeszcze to, że działając w oparciu o klauzulę 3.5 Inżynier uważa się za uprawnionego do bycia arbitrem (na ogół zależnym od zamawiającego, niestety), zapominając o podstawowych ograniczeniach nałożonych na jego działania zawartych w klauzulach 1.4 i 3.1. I o tym, że klauzule 13.1 i 13.3 w zamówieniach publicznych, gdy nie są zmodyfikowane Warunkami Szczególnymi (w odpowiedni, a nie dowolny sposób), są pułapką, w którą łatwo wpaść. Zwłaszcza wtedy, gdy się nie chce (albo nie umie) stosować do prawa. Łatwo bowiem Inżynierom spowodować ich nieprzemyślanymi decyzjami niezgodną z prawem zamówień publicznych zmianę do umowy w sprawie zamówienia publicznego lub zmianę istotnych postanowień i warunków takiej umowy, naruszając przywoływane już przez mnie, art. 140 ust. 1 i 3, 144 ust. 1 u.P.z.p. z pominięciem praw i obowiązków nałożonych na strony kodeksem cywilnym. Tu mała dygresja do późniejszego rozwinięcia – za działania Inżyniera odpowiedzialny jest zamawiający (art. 474 k.c.).

A jeszcze trudniej mi zrozumieć, nagminnie stosowaną praktykę wykonywania robót niezawierających się w przedmiocie zamówienia, na podstawie poleceń nadzoru autorskiego lub inspektorów nadzoru inwestorskiego. Nawet, gdy polecenia nadzoru autorskiego są przekazywane wykonawcy przez Inżyniera, a polecenia inspektorów dokonane są w Dzienniku budowy. Oczywiście prawo przewiduje takie przypadki gdy to jest możliwe, ale tylko wtedy, gdy jest niezbędne do zapewnienia bezpieczeństwa (konstrukcji lub ludzi). Gdy taka konieczność zapewnienia bezpieczeństwa nie występuje, polecenia nie mogą być skuteczne, bo nie znajdują uzasadnienia w obszarze przenikania się prawa zamówień publicznych, prawa budowlanego i kodeksu cywilnego. We wszystkich nieuzasadnionych przypadkach wykonawca ma prawo do odmowy wykonania takich robót dodatkowych lub uzupełniających (w stosunku do zamówienia podstawowego) polecanych przez nadzór lub Inżyniera, jeżeli nie zostanie to potwierdzone w formie oświadczenia woli zamawiającego, ale tylko i wyłącznie z uwzględnieniem obowiązującego prawa. Sama wola nie wystarczy. Spełnione prawa muszą być jeszcze inne warunki, w tym taki prozaiczny jak wola wykonawcy, bowiem jednostronna zmiana umowy nie może być i nie jest skuteczna. Świadomie nie piszę o robotach zamiennych, nigdzie przecież nie zdefiniowanych, które to zagadnienie zostanie omówione w kolejnym wydaniu Biuletynu.

Takie jak opisano powyżej działania – polecenia i określenia Inżyniera – skutkujące ingerencją w zawarty przez strony Kontrakt bez zgodnej woli tych stron i bez dopełnienia wymagań formalnych nakładanych przez prawo są nieuprawnione. Jeżeli zaś naruszają interes wykonawcy, to ten ma prawo do wyrażenia zgody lub sprzeciwu wobec czynności skutkującej naruszeniem jego interesu. I wcale nie na drodze proponowanej przez jednego z dyrektorów Oddziału GDDKiA: ... *Każde Polecenie Inżyniera na podstawie Subklauzuli 3.3 w tym również Polecenie Dokonania Zmiany wydane przez Inżyniera Kontraktu na podstawie zapisów Subklauzuli 13, Zmiany i Korekty* powinno być bezwzględnie wykonane. W przypadku, gdy Wykonawca robót nie zgadza się z ich treścią ma on możliwość skorzystania z Subklauzuli 20.1 „Roszczenia Wykonawcy” gdzie może wykazać swoje uprawnienia z tego tytułu. Należy zauważyć, iż nie wykonanie Poleceń Inżyniera Kontraktu, które są niezbędne do realizacji Kontraktu i mają na celu usunięcie wad usprawniających proces realizacji w zakresie powyżej przywołanych zapisów Kontraktowych uprawnia Zamawiającego do skorzystania z Subklauzuli 2.5 „Roszczenia Zamawiającego”

Komentując zacytowane powyżej słowa wypada mi stwierdzić tylko tyle, że stronom przysługują przede wszystkim uprawnienia wynikające z przepisów prawa, a zwłaszcza z kodeksu cywilnego. Oraz, że obowiązek przestrzegania prawa dotyczy wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego, w tym także zamawiającego i Inżyniera, a nie tylko wykonawcę. I to prawa najszerzej jak to tylko możliwe rozumianego.

Na pewno nie tak, jak to ujął jeden z Inżynierów, który na wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia – dokonania określenia - sprzecznych wymagań zawartych w STWiORB i Dokumentacji Projektowej co do klasy betonu z jakiego mają być wykonane pale odpisał tak: „W odpowiedzi na pismo Wykonawcy nr ... z dnia w sprawie określenia klasy betonu do wykonania pali na odcinku „B” budowanej obwodnicy miasta Jarosławia, po konsultacji z Kierownikiem Projektu podtrzymuję swoje stanowisko zawarte w ... Ewentualne niezgodności między Specyfikacją, Projektem a Przedmiarem Robót **należało wyjaśnić na etapie składania pytań do przetargu.**” (podkreślenie autora artykułu). Niech usprawiedliwieniem dla tego akurat Inżyniera będzie fakt, iż administruje kontraktem, który realizowany jest przez ten sam Oddział GDDKiA, w którym swą odpowiedzialną funkcję pełni dyrektor, którego miałem przyjemność zacytować powyżej.



Polecenia Inżyniera oraz polecenia zmiany, a prawo zamówień publicznych



Marcin **BAŁDYGA**
Konsultant SIDiR

Wobecnej chwili w Polsce, wiele umów o roboty budowlane opartych jest na Warunkach Kontraktowych FIDIC przygotowanych przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów, do której należy polskie Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR). Stanowią one bardzo popularny wzorzec umowny, który udoskonalany przez wiele dziesięć lat jest odpowiedni dla większości typowych sytuacji występujących w procesie budowlanym. Wzorzec ten wykorzystywany jest również jako standardowe procedury (wzorzec umowy) realizacji projektów dotyczących zamówień publicznych i współfinansowanych z funduszy europejskich.

Warunki Kontraktowe FIDIC (dalej zwane WK FIDIC) są uniwersalnym, używanym w wielu krajach na całym świecie narzędziem wspomagającym realizację budów z uwagi na zalecenia międzynarodowych instytucji dysponujących środkami finansowymi w rodzaju Banku Światowego, Europejskiego Banku Odbudowy, czy Komisji Europejskiej. Narzędzie to powstało już w latach pięćdziesiątych ubiegłego wieku i było wiele razy aktualizowane, dzięki czemu dość dobrze może służyć przy realizacji różnego rodzaju inwestycji budowlanych, zarówno obiektów kubaturowych jak i liniowych. Jednakże sama organizacja FIDIC, jako wydawca WK FIDIC, zaleca, aby inwestor dołączył także szczególne warunki kontraktowe FIDIC stanowiące modyfikację i uzupełnienie wzorca umownego, dostosowując go do lokalnych uwarunkowań prawnych kraju, w którym inwestycja będzie reali-

zowana. Odpowiednie przygotowanie tej modyfikacji pociąga za sobą bardzo znaczące skutki dla etapu wykonywania robót budowlanych. W dużej mierze decyduje o tym, czy możliwe będzie wykonanie zakontraktowanych robót w przewidzianym umową czasie oraz zgodnie z założonym finansowaniem – zarówno jeśli chodzi o jego wysokość jak i realizację planu płatności.

W polskich warunkach prawnych, art. 353¹ Kodeksu cywilnego z dnia 23 kwietnia 1964 r. przyznaje stronom umowy swobodę w ułożeniu treści umowy, byleby jego treść nie sprzeciwiała się m. in. ustawie, a art. 384 k.c. zezwala stosować gotowe wzorce umowne. Jednakże stosunek prawny pomiędzy stronami doznaje ograniczeń, jeśli zamawiającym jest podmiot zobowiązany do stosowania Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych, a co za tym idzie poprzez art. 139 P.z.p. – regulacji kodeksu cywilnego, a także regulacji prawa wspólnotowego. Należy więc stwierdzić, że **zamawiający nie ma dużego pola manewru i powinien w Warunkach Kontraktowych stanowiących część umowy zamieścić zapisy zgodne z polskim prawem**, a w odniesieniu do kwestii nie uregulowanych przez prawo może wprowadzać swoje własne zapisy. Niemniej, nie powinny one godzić w podstawowe zasady np.: wymienione przez art. 5 k.c. zasady współżycia społecznego. Pożądane jest, aby została zachowana możliwie duża równowaga stron stosunku prawnego.

I właśnie w oparciu o ten wzorzec realizowane są liczne inwestycje infrastrukturalne – w tym w większości obecny krajowy program budowy dróg na lata 2008-2012 realizowany przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad. W inwestycjach tych opartych o WK FIDIC, zarządzaniem, czyli administrowaniem kontraktem zajmuje się Inżynier, który jest podmiotem trzecim w relacjach zamawiający – wykonawca. Inżynierem zwykle jest osoba prawna, zwana przez GDDKiA Konsultantem, która wyznacza osobę fizyczną do pełnienia funkcji Inżyniera na kontrakcie, którego w swojej umowie z Zamawiającym nazywa Inżynierem Kontraktu. Dla uproszczenia w dalszej części artykułu będę posługiwał się

określeniem Inżynier. Inżynier za pomocą asystentów i pozostałego personelu Konsultanta nadzoruje realizację kontraktu, uczestniczy w próbach i odbiorach wykonanych robót budowlanych, dokonuje poświadczeń płatności oraz zajmuje się kwestią roszczeń, zarówno tych złożonych przez wykonawcę jak i sformułowanych przez/lub w imieniu Zamawiającego. Czasem korzystać też może z innych uprawnień, ale są to wyjątkowe sytuacje, a większość z nich obwarowana jest, szczególnie w przypadku GDDKiA, wymogiem uzyskania potwierdzenia dla swojej ważności decyzji Inżyniera przez Zamawiającego. **Zgodnie z dotychczasową praktyką Inżynier winien być bezstronny, oceniając sytuację i podejmując działania słuszne z punktu widzenia sprawności realizacji robót budowlanych, terminowości realizacji przedmiotu umowy oraz zgodnie z przepisami prawa i założonym finansowaniem.**

Przedmiotem niniejszego artykułu jest kwestia wydawania przez Inżynierów na podstawie Subklauzuli 3.3 tzw. Poleceń Inżyniera, oraz na podstawie Subklauzuli 13.3 Poleceń Zmian. O ile te pierwsze nie zawsze wywołują skutki finansowe, a zdaniem autora winny się ograniczać do wydawania instrukcji w przypadku zaistnienia wątpliwości wykonawcy co do sposobu wykonania robót, to polecenia Zmiany mają skutek znacznie szerszy, bowiem w pierwszej kolejności stanowią swoisty „protokół koniecznych zmian” wynikających z niedopracowanej dokumentacji projektowej, a więc oparte są na konieczności wykonania np. robót dodatkowych lub uzupełniających, które to zmiany powinny wprowadzić w życie strony umowy o zamówienie publiczne, a więc zamawiający a wykonawca.

Zgodnie z utrwaloną złą praktyką, Inżynier często wydaje Polecenie Zmiany dotyczące bardzo szerokiej materii, poczynając od żądania zmiany kolejności wykonania robót w stosunku do założonego przez wykonawcę harmonogramu, przez stwierdzenie konieczności wykonania w innym niż wskazanym w kontrakcie miejscu robót ujętych w kontrakcie, zlecenie robót dodatkowych, nowych nie występujących w zamówieniu podstawowym, aż po wydanie polecenia rezygnacji z wykonania niektórych robót.

Każdy z tych przypadków należy rozpatrzyć z osobna. O ile wydawanie przez Inżyniera dodatkowych rysunków i polecenia Zmiany, mogą być niemal nieograniczone w przypadku wydatkowania pieniędzy prywatnych, zwykle przy realizacji inwestycji komercyjnych, to jednak **w przypadku zamówień publicznych, które rządzą się odmiennymi przepisami, a ustawa prawo zamówień publicznych ma pierwszeństwo przed kodeksem cywilnym, dowolność w tym zakresie nie może mieć miejsca.** Zatem zasada swobody umów wynikająca z art. 353¹ k.c. doznaje ograniczeń.

Wniosek jaki nasuwa się z lektury powyższych przepisów jednoznacznie wskazuje, że stronom wolno się umówić tak dalece jak nie naruszają tym samym bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Wspomniana ustawa prawo zamówień publicznych silnie limituje bowiem możliwości stron w zakresie swobody ułożenia stosunku prawnego w ramach udzielenia zamówienia publicznego i późniejszych jego zmian.

Ustawodawca przewidział, że ma to miejsce zawsze, gdy wydatkowane są finansowe środki publiczne, a nawet wtedy gdy finansowanie inwestycji odbywa się przy częściowym udziale środków prywatnych.

Opierając się na przykładzie największego zamawiającego jakim jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad można zauważyć, że działa ona pod coraz większą presją. Chodzi przede wszystkim o te odcinki dróg, po których ma odbywać się tzw: przejeżdżność na czas trwania Europejskiego Turnieju Piłki Nożnej UEFA EURO 2012 w Polsce i na Ukrainie. Mając ten fakt na uwadze, **Zamawiający decydował się ogłaszać przetargi publiczne na budowę dróg w „ekspresowym” tempie, moim zdaniem mając świadomość, że dokumentacja projektowa (w przypadku systemu „buduj”) często nie jest najlepszej jakości,** co będzie wiązało się z problemami na etapie realizacji robót budowlanych. Można również odnieść wrażenie, że założył, iż przy pomocy Konsultantów – używając różnych sposobów wywierania nacisków – zdoła przerzucić ryzyka projektowe na wykonawców robót budowlanych. Należy jednak podkreślić, że w treści samej umowy zamawiającej ma ograniczone możliwości przenoszenia skutków błędów projektowych na wykonawcę w systemie „buduj”, o czym świadczy chociażby teza Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 grudnia 2009 r. KIO/UZP 1579/09: *Nieuprawnione byłoby obarczanie wykonawcy negatywnymi konsekwencjami czynności dokonanych przez Zamawiającego wbrew przepisom P.z.p.*

W przypadku zidentyfikowania i zgłoszenia przez wykonawcę robót budowlanych błędów lub braków projektowych, Inżynier występuje do autora dokumentacji projektowej z wnioskiem o sporządzenie uzupełnienia dokumentacji lub przygotowanie rozwiązań zamiennych. Po otrzymaniu nowej, zmienionej lub uzupełnionej dokumentacji projektowej, Inżynier poleca Wykonawcy przyjąć do realizacji inne niż wynikające z opisu przedmiotu zamówienia rozwiązania projektowe, a zatem takie, które nie były przedmiotem oferty. Należy mieć na uwadze, iż takie polecenia są nieważne z mocy prawa w świetle art. 140 P.z.p, który w ustępie 1 stanowi, że *zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a w ustępie 3, iż umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.* Podkreśla to także Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2010-03-02 KIO/UZP 184/10:

1. *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. Taki rozszerzony zakres zamówienia i postanowienia umowy byłyby nieważne z mocy art. 140 ust. 3 ustawy Prawo za-*



mówień publicznych w związku z art. 58 § 1 k.c., jako wykraczające poza określenie przedmiotu zamówienia w SIWZ.

2. *Prace nieprzewidziane w dokumentacji projektowej nie stanowią przedmiotu zamówienia, objętego ceną oferty.*

Mimo to, Inżynierowie (Kontraktu) z uporem godnym lepszej sprawy nagminnie wydają Polecenia Zmiany w trybie Subklauzuli 3.3 do których załączają nowe lub zmienione części projektu wykonawczego, a często także i projektu budowlanego, czym naruszają opis przedmiotu zamówienia określony przepisami art. 31 ust. 1 P.z.p. Trzeba także mieć na uwadze treść art. 29 ust. 1: *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

Polecając wykonawcy zrealizowanie robót według nowych projektów, Inżynierowie dopisują zastrzeżenia, że polecenie to nie będzie miało wpływu na termin umowy wykonania zadania podstawowego jak i nie będzie skutkowało żadnym dodatkowym kosztem. Zwykle niestety okazuje się to nieprawdą, gdyż polecenie wykonania dodatkowych, czy zamiennych robót, lub polecenie zaniechania wykonywania części robót stanowiących ofertę wykonawcy, najczęściej skutkuje dodatkowym kosztem do poniesienia przez wykonawcę lub pomniejszy jego zysk (utrata założonych korzyści), oraz wpłynie ujemnie na koszty ogólne budowy, które wykonawcy najczęściej rozkładają proporcjonalnie na wszystkie elementy robót. Ponadto zdarza się, że Inżynierowie nie wydają w takich sytuacjach niezbędnych Polecen Zmiany w trybie Subklauzuli 13.3, czym naruszają procedurę kontraktową FIDIC, mają bowiem świadomość, że znajdują się tam zapisy wprost upoważniające wykonawcę do występowania z żądaniem zapłaty dodatkowego kosztu i przyznania dodatkowego Czasu na Ukończenie. Zdarza się, że działania te są zgodne z kontraktem oraz obowiązującym prawem i rzeczywiście ograniczają się do prostych uzupełnień, sprostowań i wyjaśnień wątpliwości w stosunku do dokumentacji projektowej. Najczęściej jednak stanowią tak istotne zmiany, że dokonywana przez projektanta w trybie art. 36a ustawy Prawo budowlanego kwalifikacja dokonanej zmiany jako nieistotnego odstępstwa od zatwierdzonego projektu, a tym samym od pozwolenia na budowę lub zintegrowanej decyzji o zgodzie na realizację inwestycji drogowej (w skrócie Zrid) – nie może zostać uznana za prawidłową.

Przepis art. 36a ustawy Prawa budowlanego zastrzega prawo ostatecznej weryfikacji dokonanej przez projektanta kwalifikacji, dla organu który wydał decyzję o pozwoleniu na budowę lub decyzję Zrid. Organ który wydał jedną z powyższych decyzji jest zobowiązany przeprowadzić dla wniosku o wydanie decyzji o zmianie decyzji o pozwoleniu na budowę lub decyzji Zrid, postępowanie analogiczne do tego, którym zakończyło się wydanie pierwotnej decyzji. Dobrze ujął to Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w swoim Wyroku z dnia 6 czerwca 2008 r. II OSK 461/07: 1. *Ponieważ wydanie decyzji (zmieniającej) na podstawie art. 36a ust. 1 Prawa budowlanego, podlega tym samym rygorom co wydanie pozwolenia*

na budowę (art. 32-35) organ wydający ją musi zbadać, czy będzie ona zgodna z miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego i wydaną wcześniej decyzją o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, czy wnioskowany zakres zmian w decyzji o zmianie pozwolenia na budowę, nie przekracza tego co było przedmiotem ustaleń decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu i czy nie należy wystąpić w związku z tym o wydanie nowej decyzji w tym zakresie.

Oznacza to, że organ, który wydał pierwotną decyzję o pozwoleniu na budowę lub decyzję Zrid powinien zbadać, czy kwalifikacja dokonana przez projektanta o zmianach nieistotnych jest prawidłowa, oraz czy wymaga uzyskania nowych lub zmiany uzgodnień – pozwoleń takich jak np.: uzgodnienie dokonane przez Zakład Uzgadniania Dokumentacji przy Staroście, w skrócie zwane uzgodnieniem ZUD. Oczywiście nie o każdej dokonanej przez projektanta kwalifikacji organ posiada wiedzę na etapie realizacji robót, ale kierownik budowy, który chce rozwiać swoje wątpliwości odnośnie dokonanej kwalifikacji przez projektanta może zwrócić się do organu o weryfikację stanowiska projektanta, zanim wykona przedmiotowe roboty i zanim sporządzi dokumentację powykonawczą, na podstawie której organ może stwierdzić, że doszło do nieuprawnionej kwalifikacji zmiany zatwierdzonego projektu.

To może prowadzić do odpowiedzialności m. in. kierownika budowy, który zwykle jest pracownikiem wykonawcy. Zgodnie z tezą Wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 28 stycznia 2010 r. sygnatura: II OSK 191/09 ***Prowadzenie robót budowlanych, które zmieniają zamierzony sposób użytkowania obiektu budowlanego lub jego części stanowi w świetle art. 36a ust. 5 pkt. 6 P.b. istotne odstępstwo. Stwierdzenie tego rodzaju odstępstwa wymaga porównania funkcji, formy i konstrukcji obiektu budowlanego, rozwiązań technicznych i przede wszystkim zamierzonego sposobu użytkowania zawartych w projekcie budowlanym z rzeczywistym stanem wykonanych robót budowlanych. Nie można przyjmować, że zagadnienie to stanowić będzie przedmiot zainteresowania organu nadzoru budowlanego dopiero na etapie zawiadomienia o zakończeniu budowy lub pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego. Stwierdzenie bowiem odstępstwa w tym zakresie już na etapie wykonywania robót budowlanych stanowi podstawę do ich wstrzymania (art. 50 ust. 1 pkt. 4 P.b.), a w przypadku wydania decyzji, o której mowa w art. 51 ust. 1 pkt. 3 – do uchylenia decyzji o pozwoleniu na budowę (art. 36a ust. 2 P.b.).***

Zmiana sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części w trakcie użytkowania stanowi inny rodzaj samowoli budowlanej. Należy jeszcze raz podkreślić, że w systemie „buduj” ryzyka projektowe leżą po stronie zamawiającego i jeśli wskutek ujawnionych błędów i braków dokumentacji projektowej dochodzi do przekazania wykonawcy projektów wykraczających poza opis przedmiotu zamówienia to zamawiający winien udzielić wykonawcy zamówień dodatkowych w trybie art. 67 ust. 5 P.z.p.: w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych

zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
- b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Potwierdziła to Krajowa Izba Gospodarcza w Wyroku z dnia 2 marca 2010 r. KIO/UZP 184/10, która w pkt. 2 Wyroku zapisała: *Nie jest dopuszczalne i możliwe zawarcie z góry w specyfikacji 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. ... Ponadto w punkcie 8: Nie można pozbawić zamawiającego prawa do zmian i uzupełnienia przekazanej wykonawcy dokumentacji projektowej. W przeciwnym bowiem wypadku nie można byłoby skorygować błędów takiej dokumentacji przez jej zmianę, uzupełnianie czy stosowania rozwiązań projektowych zamiennych. Inną kwestią jest natomiast rozliczenie robót zamiennych, czy robót dodatkowych.*

Kolejnymi nagminnie występującymi i zasługującymi na negatywną ocenę przykładami Poleceń Inżyniera, lub poleceń Zmian, są próby przerzucania przez Inżynierów na wykonawców robót ich własnych obowiązków wynikających z zawartych umów z zamawiającym. Dla przykładu można przytoczyć próby narzucenia wykonawcy obowiązku sporządzania raportów dziennych i tygodniowych, podczas gdy umowa wykonawcy z zamawiającym przewiduje jedynie raporty miesięczne. Kolejnym przykładem mogą być pewne kategorie badań leżące po stronie Inżyniera np.: masy asfaltowej, które z uwagi na koszt i konieczność zaangażowania personelu i sprzętu Konsultanta bywają przedmiotem poleceń dla wykonawcy. Innym jeszcze rodzajem zobowiązań Inżynierów, które bywają przedmiotem poleceń są plany finansowe, do sporządzania których również jest zobowiązany Konsultant. Część wykonawców nie chcąc wchodzić w konflikt z Inżynierem zgadza się na przejmowanie ww. obowiązków Konsultanta na siebie i to bez dodatkowego wynagrodzenia. Mają przy tym świadomość, że w przypadku odmowy Inżynier może np.: uzależniać dokonanie odbioru wykonanych robót poprzez polecenie branżowym inspektorom nadzoru inwestorskiego utrudnianie dokonania odbiorów, kwestionowanie zadeklarowanej ilości i jakości świadczonych robót i materiałów. Innym rodzajem represji stosowanej przez Inżynierów w takich sytuacjach są próby usunięcia niektórych osób z personelu Wykonawcy licząc na to, że uda się zastraszyć pozostałych jak i następcę usuniętego pracownika. Niektórzy Wykonawcy, którzy mają odpowiednie zaplecze personalne do prowadzenia polemiki z Inżynierem, nie godzą się jednak łatwo na takie próby i wchodziją w spór. Nie mogą jednak liczyć na pomoc zamawiającego, który nie jest zainteresowany tymi problemami.

Pomimo konieczności posiadania przez Inżyniera dokładnej znajomości powyższych zagadnień i zrozumienia na czym polega istotne odstępianie od projektu zatwierdzonego decyzją o pozwoleniu na budowę lub decyzji Zrid – Inżynier (Kontraktu) lub jego asystenci najczęściej udają, że są to zmiany nieistotne – co nie należy do rzadkości. Ponadto sposób prezentowania argumentacji wskazujących dlaczego wykonawca powinien bezkrytycznie przyjąć do wykonania zmienione części dokumentacji, wykraczającej poza opis przedmiotu zamówienia pozostawia wiele do życzenia.

Jak wyżej zostało to opisane, Inżynier i jego personel lekceważą sobie zasady etyki zawodowej. Wprawdzie nie został jeszcze stworzony kompletny kodeks etyki zawodowej Inżyniera (Kontraktu) i/lub konsultanta, to SIDiR wypracował własny Kodeks Etyki Niezależnego Inżyniera Konsultanta, Członka SIDiR, a ponadto w drodze analogii wykorzystać można Kodeks zasad etyki zawodowej członków Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa, który w punkcie 2 ppkt. 1 stanowi: *W swej działalności inżynier kieruje się dobrem publicznym oraz zasadami uczciwości zawodowej i osobistej.*

Z powyższego wynika, iż Inżynier, który jednocześnie zwykle bywa także zgłaszany przez zamawiającego jako inspektor nadzoru inwestorskiego, powinien zachowywać się w sposób bezstronny, uczciwy w rozumieniu zawodowym i osobistym oraz zapewnić, aby budowa realizowana była zgodnie z przepisami. Oznacza to także, że nie może nakłaniać wykonawcy do popełnienia samowoli budowlanej. Inżynier winien zawsze upewnić się, że roboty, które zamierza na skutek wywieranej na niego presji przez zamawiającego zlecić wykonawcy, mają oparcie w projekcie budowlanym i pozwoleniu na budowę, ale i opisie przedmiotu zamówienia. **Natomiast jeśli uzna, że dokonane zmiany projektu budowlanego oraz kwalifikacja odstępiania określona przez autora dokumentacji projektowej nie może być w świetle art. 36a P.b. uznana za nieistotną, to jego obowiązkiem zawodowym i etycznym jest zwrócić na to uwagę zamawiającego i nakłonić go do wszczęcia procedury zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę lub zmiany decyzji Zrid, oraz udzielenia nowego zamówienia publicznego w postaci np.: zamówienia dodatkowego lub dokonania zmiany umowy w formie np.: aneksu.**



Partnerstwo publiczno-prywatne



Małgorzata
ROGOWICZ-ANGIERMAN
Rozjemca SIDiR, Prezes Sądu
Arbitrażowego przy SIDiR

Od wejścia w życie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz ustawy o koncesji upłynęły już trzy lata, rynek PPP rozwija się systematycznie i wydaje się, że w nadchodzących latach będzie często stosowaną metodą realizacji zadań publicznych. Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców włączyło się w działalność Centrum PPP od początku jego istnienia przewidując również kierunki rozwoju konsultingu, bowiem realizacja inwestycji w ramach PPP wymaga szczególnie starannego przygotowania, specjalistycznej wiedzy i umiejętności zastosowania nowych procedur wyboru partnera prywatnego.

Zamierzam przybliżyć zagadnienia partnerstwa publiczno-prywatnego w cyklu kolejnych artykułów, w których omówię obowiązującą ustawę o partnerstwie publiczno-prywatnym i ustawę o koncesji oraz wynikające z niej zasady postępowania, inne możliwe formy współpracy pomiędzy podmiotami publicznymi i inwestorami prywatnymi, ale również zagadnienia PPP w świetle uregulowań Unii Europejskiej.

Wspieranie inwestycji publiczno-prywatnych krokiem w kierunku naprawy gospodarki i długoterminowej zmiany strukturalnej; zwiększanie znaczenia partnerstw publiczno-prywatnych – taki tytuł ma Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów z dnia 19 listopada 2009 roku (KOM (2009) 615).

Od początku XXI wieku Unia Europejska i państwa członkowskie dostrzegły potrzebę rozwijania współpracy między organami publicznymi a sektorem prywatnym w zakresie przedsięwzięć inwestycyjnych o charakterze publicznym. Korzyści płynące z PPP według Komisji Europejskiej to:

- terminowa realizacja inwestycji w granicach wyznaczonego budżetu,
- wysoka jakość w stosunku do ceny,
- dystrybucja kosztów finansowania inwestycji na cały okres jej użytkowania,
- podział ryzyk pomiędzy partnerami publicznymi i prywatnymi,
- zrównoważony rozwój i innowacyjne rozwiązania.

Przeprowadzone w październiku 2009 roku przez brytyjski Krajowy Urząd Kontroli (National Audit Office) badanie na temat poziomu projektów w ramach inicjatywy prywatnego finansowania, potwierdziło, że zasadniczo projekty PPP wypadają lepiej niż projekty realizowane w wyniku zwykłych procedur zamówień publicznych zarówno pod względem przestrzegania budżetu (65 % projektów PFI) jak i do trzymywania terminów (69 %). Ponadto 91 % ukończonych projektów otrzymało od najważniejszych użytkowników bardzo dobrą lub dobrą ocenę pod względem jakości budowlanej i projektowania.

Zgodnie z Komunikatem Komisji, dzięki koncesjom na roboty budowlane i usługi typu BOT oraz utworzeniu specjalnych narzędzi europejskie przedsiębiorstwa wykonujące prace publiczne mogą na niektórych rynkach zawierać umowy np. na budowę lotnisk i zarządzanie nimi, budowę autostrad, zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków. *PPP mogą ponadto stworzyć efekt dźwigni w stosunku do finansowania prywatnego i połączyć środki prywatne ze środkami publicznymi. Jest to szczególnie cenne w obecnej sytuacji ekonomicznej, gdy w odpowiedzi na kryzys państwa członkowskie starają się przyspieszyć inwestycje, a jednocześnie są świadome konieczności utrzymania dyscypliny budżetowej.*

Dla uniknięcia zwiększania długu publicznego, Eurostat w Informacji nr 18/2004 *Treatment of public-private partnerships and ESA95 manual on government deficit and debt* (Podejście do partnerstw publiczno-prywatnych oraz instrukcja ESA95 dotycząca deficytu i długu publicznego) przedstawił zasady dotyczące ujmowania rachunków PPP do celów statystycznych w bilansie budżetu państwa. Zasady te oparte są na rozłożeniu głównych elementów ryzyka projektu między stronę rządową i operatora PPP. Do długu publicznego zalicza się tylko te umowy PPP, które mają wpływ na poziom długu publicznego, co potwierdził Minister Finansów, pismem z 10 marca 2011 roku.

Komisja, jako pozytywny przykład inwestycji zrealizowanej w formule PPP, przedstawiła most im. Charilaosa Trikouписа, nad Cieśniną Riońską, najdłuższy na świecie most wantowy, łączący Peloponez z Grecją kontynentalną. W 1996 r. francusko-greckie konsorcjum Gefyra S.A. dostało od władz Grecji 42-letnią koncesję na zaprojektowanie, budowę, eksploatację i konserwację mostu im. Charilaosa Trikouписа. UE znacznie wsparła projekt finansowo dotacją z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego oraz kredytem z EBI.

Nadto, Komisja wskazuje na możliwość łączenia funduszy strukturalnych z projektami PPP, a fundusze strukturalne na lata 2007-2013 dają państwom członkowskim możliwość realizacji programów operacyjnych z wykorzysta-

niem PPP przy współpracy z EBI, bankami, funduszami inwestycyjnymi i ogólnie rozumianym sektorem prywatnym. Obecnie inwestycje w ramach PPP z wykorzystaniem funduszy strukturalnych można realizować:

- 1) w ramach inicjatywy JASPERS, którego celem jest służenie pomocą na którymkolwiek etapie cyklu PPP lub projektu w obszarze infrastruktury;
- 2) w ramach inicjatywy JESSICA na rzecz trwałych inwestycji PPP w obszarach miejskich lub projektów w obszarach miejskich stanowiących część zintegrowanego planu rozwoju obszarów miejskich;
- 3) w ramach inicjatywy JEREMIE mającej na celu wspieranie tworzenia nowych przedsiębiorstw i poprawy dostępu przedsiębiorstw do finansowania.

Komisja w swoim Komunikacie zwraca uwagę na trudności związane z umowami o PPP, które należy ocenić uwzględniając:

- potrzeby zaangażowania znacznych zasobów na etapie przygotowań i składania ofert;
- szczególne umiejętności w obszarze sektora publicznego obejmujące przygotowywanie i zawieranie kontraktów oraz zarządzanie nimi;
- w przypadku finansowania wspólnotowego państwa członkowskie potrzeby analizy krótko i długoterminowych korzyści związanych z potencjalnie większą efektywnością wynikającą z udziału sektora prywatnego;
- długoterminowe zaangażowanie rządów i woli politycznej do wspólnego inwestowania w duże projekty wraz z sektorem prywatnym;
- zapewnienie efektywności ekonomicznej inwestycji PPP tak, aby mogły przynieść partnerom prywatnym zysk proporcjonalny do ponoszonego przez nich ryzyka;
- procedury wyboru partnera prywatnego wymagają odpowiednich przepisów prawnych i finansowych.

Podsumowując Komisja uznaje rozwój PPP *za niezwykle ważny, w miarę jak kryzys finansowy i gospodarczy ogranicza możliwości sektora publicznego w zakresie gromadzenia odpowiednich środków finansowych i alokowania zasobów do ważnych obszarów polityki i na poszczególne projekty.*

Do chwili obecnej organy Unii Europejskiej nie uregulowały w formie dyrektyw lub rozporządzeń kwestii PPP, odnosząc się jednak do tych zagadnień w opisanym powyżej Komunikacie z dnia 19 listopada 2009 roku (KOM (2009) 615, oraz w następujących dokumentach:

- 1) Zielona Księga w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji Komisji Wspólnot Europejskich z dnia 30 kwietnia 2004 r. COM(2004)327.
- 2) Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji z dnia 26 października 2006 roku. (2006/2043(INI)). Rezolucja wyraża stanowisko Parlamentu Europejskiego w kwestii możliwości wyboru i zatrudniania prywatnych partnerów przy udzielaniu publicznych zamówień budowlanych lub usługowych w formie PPP jako zamówienie publiczne lub jako koncesję.

- 3) Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP), z dnia 5 lutego 2008 r., C(2007)6661.
- 4) Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji z dnia 15 listopada 2005 KOM(2005) 569. Komunikat prezentuje opcje dotyczące polityki w celu zapewnienia PPP skutecznej konkurencji, unikając niepotrzebnego ograniczania elastyczności niezbędnej do opracowania nowatorskich i często złożonych projektów.
- 5) Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego, styczeń 2003 r., opracowane przez Komisję Europejską, Dyrektoriat Generalny ds. Polityki Regionalnej.

Partnerstwo publiczno-prywatne a inne formuły współpracy

Podstawowym instrumentem prawnym służącym do nawiązywania współpracy z partnerami prywatnymi w Polsce jest ustawa z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100 z późn. zmianami) oraz ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesjach na roboty budowlane i usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 z późn. zm.). Podmiotami publicznymi, które będą podejmowały współpracę z partnerami prywatnymi są między innymi jednostki samorządu terytorialnego. Współpraca ta może zostać nawiązana również w oparciu o Ustawę z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r., Nr 9, poz. 43 z późn. zm.) oraz Ustawę z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 1997 r., Nr 115, poz. 741 z późn. zm.).

Gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego, w szczególności, w formach zakładu budżetowego, spółek prawa handlowego (w tym spółki akcyjnej, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz zgodnie z Ustawą o PPP w formie spółki komandytowej i komandytowo-akcyjnej) oraz na podstawie umowy, z uwzględnieniem jednak przepisów Ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych lub odpowiednio, ustawy o partnerstwie publiczne – prywatnym, ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawy prawo zamówień publicznych i przepisów ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie.

Zgodnie z ustawą o gospodarce komunalnej, jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć lub przystępować do spółek poza sferą użyteczności publicznej jedynie w określonych przypadkach, np. gdy zbycie składnika mienia komunalnego mogącego stanowić wkład pieniężny gminy do spółki albo też rozporządzenie nim w inny sposób spowoduje dla gminy poważną stratę majątkową lub spółka zajmować się będzie czynnościami bankowymi, ubezpieczeniowymi oraz działalnością doradczą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego. Zgodnie z art. 10 ust. 3 ustawy



o gospodarce komunalnej, gmina może być udziałowcem w spółce również wówczas, gdy jej istnienie jest ważne dla rozwoju gminy.

Omawiana Ustawa nie reguluje jednak zasad współpracy pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a podmiotem prywatnym. Przedmiot działalności spółki tworzonej z partnerem prywatnym na podstawie tej ustawy musi być ograniczony do przypadków określonych powyżej, co w praktyce ogranicza stosowanie tej instytucji prawnej do realizacji przedsięwzięć PPP.

Kolejnym aktem, który umożliwia współpracę publiczno prywatną jest ustawa o gospodarce nieruchomościami (ugn), która zezwala jednak na współpracę podmiotów publicznych z partnerami prywatnymi w bardzo ograniczonym zakresie. Zasadą jest, że nieruchomości należące do jednostek samorządu terytorialnego mogą zostać sprzedane lub oddane w użytkowanie wieczyste, dzierżawione czy też wynajęte określonym podmiotom na podstawie przetargu, poza wyjątkami wskazanymi w art. 37 ust. 2 ugn.

Inną formą współpracy na podstawie ustawy o gospodarce nieruchomościami jest zawarcie pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a podmiotem prywatnym – zarządcą, umowy o zarządzanie, przy czym ta forma współpracy jest możliwa w przypadku gospodarowania nieruchomościami należącymi do jednostki samorządu terytorialnego. Zarządcą jest osoba fizyczna posiadająca licencję zawodową nadaną w trybie ustawy o gospodarce nieruchomościami i spełniająca określone wymogi. Zgodnie z art. 185 ugn., zarządzanie nieruchomością polega na podejmowaniu decyzji i dokonywaniu czynności mających na celu w szczególności zapewnienie właściwej gospodarki ekonomiczno-finansowej nieruchomości oraz zapewnienie bezpieczeństwa użytkowania i właściwej eksploatacji nieruchomości, bieżące administrowanie nieruchomością, jak również utrzymanie nieruchomości w stanie niepogorszonym zgodnie z jej przeznaczeniem oraz do uzasadnionego inwestowania w tę nieruchomość.

Podejmowane na podstawie ustawy o gospodarce nieruchomościami działania mają sformalizowaną postać i dotyczą współpracy w ramach wybranych umów, określających charakter dysponowania nieruchomościami, toteż wydaje się, że będą miały zastosowanie tylko w szczególnych przypadkach.

Partnerstwo publiczno-prywatne

Partnerstwo publiczno-prywatne (dalej PPP) to forma współpracy podmiotów z sektora publicznego z podmiotami prywatnymi przy wspólnej realizacji przedsięwzięcia o charakterze publicznym, oparta na podziale zadań i ryzyk. Istotą współpracy w ramach PPP jest maksymalne ograniczenie udziału środków publicznych w realizacji określonej inwestycji i przejęcie przez partnera prywatnego całości lub w znacznej części obowiązku finansowania. Przez umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości lub w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w tym przez wniesienie wkładu własnego.

Wkładem własnym podmiotu publicznego do PPP może być nieruchomość, na której planowana jest realizacja przedsięwzięcia lub sfinansowanie dopłat do usług świadczonych przez partnera prywatnego. W przypadku wniesienia przez podmiot publiczny wkładu własnego w postaci nieruchomości stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami (t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651 z późn. zmianami). Po zakończeniu współpracy majątek wniesiony do PPP wraz z powstałą infrastrukturą przekazywany jest podmiotowi publicznemu.

Strony PPP

Stronami PPP są podmioty publiczne i partnerzy prywatni.

Podmiotem publicznym jest jednostka sektora finansów publicznych (w rozumieniu przepisów o finansach publicznych) lub osoba prawna od niej zależna, albo związki tych podmiotów.

Podmiotami publicznymi w PPP mogą być między innymi:

- 1) jednostka sektora finansów publicznych:
 - a) organ władzy publicznej, w tym organ administracji rządowej, organ kontroli państwowej i ochrony prawa, wojewodowie, itp.;
 - b) gmina, powiat, w tym: miasto na prawach powiatu, województwo samorządowe oraz związki gmin i powiatów;
 - c) jednostka budżetowa, zakład budżetowy,
 - d) państwowy i samorządowy fundusz celowy.

Partnerem prywatnym w PPP jest przedsiębiorca krajowy lub zagraniczny. Przedsiębiorcą, w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 z późn. zmianami), jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej.

Przedsiębiorcą zagranicznym jest osoba fizyczna nieposiadająca obywatelstwa polskiego prowadząca działalność gospodarczą za granicą, osoba prawna z siedzibą za granicą oraz jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną posiadająca zdolność prawną, z siedzibą za granicą.

Zawarcie umowy o PPP może nastąpić wyłącznie pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym. W trakcie trwania umowy o PPP może dojść do zmiany statusu podmiotów będących stronami umowy o PPP, zwłaszcza może dotyczyć to podmiotu publicznego, który może stać się partnerem prywatnym (np. w wyniku zmniejszenia poniżej 50% finansowania), nie wpłynie to jednak na ważność umowy o PPP i nie ma potrzeby jej wypowiedzenia przez którąkolwiek ze stron.

Przedsięwzięcie w ramach PPP

Przedsięwzięciem związanym ze składnikiem majątkowym wykorzystanym do realizacji PPP może być:

- budowa lub remont obiektu budowlanego,
- świadczenie usług,

- wykonanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność,
- inne świadczenie połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub z nim związany.

Świadczenie usług należy interpretować szeroko, mogą być to usługi z zakresu użyteczności publicznej np. dostarczanie mediów połączone z zarządzaniem infrastrukturą, usługi o charakterze komercyjnym jak świadczenie usług transportu publicznego. Realizacja każdej ze wskazanych form przedsięwzięcia musi mieć etap utrzymania lub zarządzania składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia lub jest z nim związany.

Istotnym elementem umowy PPP jest podział zadań oraz ryzyk pomiędzy stronami umowy, aczkolwiek w ustawie o PPP nie zdefiniowano ryzyk i ustalania sposobu ich podziału, to podmiot publiczny nie został zwolniony z określenia ich.

Koncesja na usługi

Koncesjonariusz na podstawie umowy koncesji zawieranej z koncesjodawcą zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem, które stanowi wyłączne prawo do korzystania z usługi albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy (art. 1 ust. 2 pkt 2 ustawy o koncesjach na roboty budowlane i usługi Dz. U. Nr 19, poz. 101).

Przedmiotem koncesji usługowej są usługi w rozumieniu art. 2 pkt 10 Prawa zamówień publicznych (pzp) przez które należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są to usługi wymienione w załączniku II do Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE 2004 L 134/114 ze zm.).

Wynagrodzeniem koncesjonariusza jest wyłącznie prawo do pobierania pożytków rzeczy i prawa, w tym do pobierania opłat przez koncesjonariusza od osób trzecich korzystających z przedmiotu koncesji w okresie przysługującego mu uprawnienia.

Dodatkowym wynagrodzeniem koncesjonariusza może być płatność pochodząca wyłącznie od koncesjodawcy z tytułu np. zmniejszenia straty w związku z korzystaniem z infrastruktury przez osoby zwolnione z opłat.

Koncesje na usługi służą zapewnieniu eksploatacji i konserwacji, a nie budowy, istniejących już urządzeń infrastrukturalnych przez koncesjonariuszy.

Koncesjodawcą, zgodnie z art. 3 u.konc. są:

- 1) organy władzy publicznej, w tym, organy administracji rządowej,
- 2) jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki,
- 3) państwowe jednostki budżetowe,
- 4) inne niż wymienione w punktach 1-3 podmioty, które ustanowione zostały w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, posiadają osobowość prawną (...).

Ustawa o koncesji różni się od Ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym tym, że przedmiotem koncesji jest zlecenie wykonywania usług, dostaw oraz robót budowlanych, a przedmiotem PPP jest przedsięwzięcie jako całość działań.

Świadczenie usług w ramach PPP musi być połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym podczas gdy przedmiotem koncesji może być „samoistne” świadczenie usług.

Nadto odmiennie uregulowana jest kwestia wynagrodzenia, którym w koncesji jest w pierwszej kolejności prawo do pobierania pożytków a nie zapłata określonej sumy pieniężnej.

Ustawa o koncesji przewiduje jedynie możliwość udostępnienia partnerowi prywatnemu, na czas wykonywania przedmiotu koncesji, pewnych składników majątkowych niezbędnych do wykonania przedmiotu koncesji, toteż podmiot publiczny nie wnosi wkładu. Ustawa o koncesji nie zezwala również na tworzenie spółek celowych pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym.

Podjęcie współpracy w ramach PPP wymaga:

- 1) analizy potrzeb – dokonanej przez podmiot publiczny,
- 2) analizy finansowej – dokonanej przez podmiot publiczny i partnera prywatnego,
- 3) zawarcia umowy PPP.

Cdn.



Zbieg procedur nadzorczych w prawie budowlanym i ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami



Andrzej
WYBRANOWSKI

Radca prawny specjalizujący się w procesie budowlanym, członek SIDIR, współpracuje z Siwek Law Office

W praktyce zdarza się, że roboty budowlane są prowadzone przy obiekcie budowlanym wpisanym do rejestru zabytków („**Roboty**”).

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt. 1 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami („**u.o.z.**”)¹ oraz art. 39 prawa budowlanego², wszelkie tego typu Roboty wymagają pozwolenia konserwatora zabytków na prowadzenie robót, a także pozwolenia na budowę. Co więcej, zgodnie z powołanym już art. 36 ust. 1 pkt. 1 u.o.z. oraz art. 36a ust. 5 *in fine* prawa budowlanego³, wszelkie odstępstwa od Robót wymagają pozwolenia konserwatora zabytków oraz pozwolenia zmieniającego pozwolenie na budowę.

Zdarza się, że wykonawcy Robót realizują je bez uzyskania przez inwestora wszystkich wymienionych wyżej pozwoleń. W szczególności, w trakcie realizacji Robót wykonawcy, bez uzyskania odpowiednich decyzji, dokonują odstępstw od projektu budowlanego zatwierdzonego decyzją budowlaną, traktując odstępstwa jako nieistot-

ne, tj. jako nie wymagające uzyskania pozwolenia zmieniającego pozwolenie na budowę. Tymczasem z zacytowanych wyżej przepisów wynika, że nie istnieją nieistotne odstępstwa od Robót.

Wykonywanie lub wykonanie Robót bez pozwolenia konserwatora zabytków uprawnia konserwatora do zastosowania odpowiednich procedur określonych w rozdziale IV u.o.z. Z kolei wykonywanie lub wykonanie Robót bez pozwolenia na budowę, uprawnia powiatowego inspektora nadzoru budowlanego (a w niektórych sprawach – wojewódzkiego inspektora nadzoru budowlanego) do zastosowania odpowiednich procedur przewidzianych w rozdziale V prawa budowlanego. W sytuacji zatem, gdy są/były prowadzone Roboty, potencjalnie mogą znaleźć zastosowanie procedury nadzorcze przewidziane zarówno w u.o.z. jak i w prawie budowlanym.

Powstaje zatem pytanie, czy procedury nadzorcze przewidziane w u.o.z. są niezależne od procedur nadzorczych przewidzianych w prawie budowlanym, czy też zastosowanie procedury z jednej ustawy wyłącza zastosowanie procedury z drugiej ustawy, albo czy z przepisów obydwu ustaw da się wyinterpretować, że procedury nadzorcze tylko z jednej ustawy mają zastosowanie.

Zgodnie z jednym z poglądów wyrażonych w doktrynie:

*„Ustawodawca przyznał natomiast u.o.z. w sposób wyraźny – zob. jej art. 2 *in fine* – status regulacji o charakterze ogólnym, względem której to właśnie przepisy prawa budowlanego stanowią swego rodzaju *lex specialis* (w świetle powołanego przepisu, u.o.z. nie narusza bowiem w szczególności przepisów pr. bud.).*

¹ „Pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków wymaga prowadzenie prac konserwatorskich, restauratorskich lub robót budowlanych przy zabytku wpisanym do rejestru.”

² „Prowadzenie robót budowlanych przy obiekcie budowlanym wpisanym do rejestru zabytków lub na obszarze wpisanym do rejestru zabytków wymaga, przed wydaniem decyzji o pozwoleniu na budowę, uzyskania pozwolenia na prowadzenie tych robót, wydanego przez właściwego wojewódzkiego konserwatora zabytków.”

³ „Nieistotne odstępstwo od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę nie wymaga uzyskania decyzji o zmianie pozwolenia na budowę i jest dopuszczalne, o ile (...) nie wymaga uzyskania (...) pozwoleń (...), wymaganych przepisami szczególnymi”.

(...) O ile zatem na gruncie u.o.d. [tj. wcześniej obowiązującej ustawy dotyczącej ochrony zabytków – przypis autora] konserwator zabytków dysponował prawem władczej ingerencji w substancję obiektu wzniesionego na podstawie funkcjonującej w obrocie prawnym, ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, o tyle wątpliwe jest, by tego rodzaju kompetencja przysługiwała mu na gruncie komentowanej ustawy. *Wydaje się bowiem, że wyrażoną intencją ustawodawcy było, co expressis verbis stanowi powołany już art. 2 u.o.z. i na co wyraźnie wskazuje przeprowadzona powyżej wykładnia historyczna, by instrument, o którym mowa w art. 45 ust. 1 pkt 2 u.o.z., nie mógł być wykorzystywany z naruszeniem normy zawartej w art. 28 ust. 1 pr. bud. Innymi słowy, interpretacja obowiązujących przepisów każe poddać w wątpliwość dopuszczalność wydania nakazu rozbiórki w odniesieniu do części legalnie wzniesionego obiektu i to z całkowitym pominięciem nadzwyczajnych trybów weryfikacji ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę (tj. m.in. przy braku stwierdzenia nieważności tej decyzji dokonanego przez uprawniony organ administracji architektoniczno-budowlanej).*⁴

Powyższe stanowisko nie uwzględnia jednak art. 2 ust. 2 pkt. 3 prawa budowlanego, który stanowi, że przepisy prawa budowlanego nie wyłączają zastosowania u.o.z. Z tych względów przekonujący jest jednak pogląd przeciwny do poglądu przedstawiciela doktryny, wyrażony przez NSA w wyroku z dnia 16 czerwca 2011, sygn. akt II OSK 1599/10:

„(...) należy wyjaśnić relację pomiędzy Prawem budowlanym a ustawą o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, albowiem stanowisko skarżącej Spółki wynika z przyjętego założenia, że Prawo budowlane jest ustawą szczególną w stosunku do ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, co oznacza, że unormowania dotyczące określonej sprawy zawarte w Prawie budowlanym wyłączają stosowanie przepisów ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Stanowisko to skarżąca Spółka wyprowadza wprost z art. 2 ust. 1 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, który stanowi, że ustawa ta nie narusza przepisów innych ustaw, w tym Prawa budowlanego. Ze stanowiskiem tym nie można się zgodzić, ponieważ skarżąca pomija to, że również art. 2 ust. 2 pkt 3 Prawa budowlanego stanowi, że przepisy Prawa budowlanego nie naruszają przepisów odrębnych, w tym przepisów o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Oznacza to, że między Prawem budowlanym a ustawą o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami zachodzi relacja współstosowania ustaw, w tym znaczeniu, że do obiektów budowlanych (robót budowlanych) objętych ustawą o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami stosuje się zarówno przepisy tej ustawy, jak i przepisy Prawa budowlanego.”

Należy zatem dojść do wniosku, że obydwie procedury nadzorcze współwystępują w procesie budowlanym koło siebie, co należy rozumieć dwojako. Po pierwsze, zastosowanie jednej procedury nie wyłącza zastosowania drugiej procedury, jeżeli mamy do czynienia z ich zbiegiem (np. Roboty prowadzone są lub zostały wykonane bez pozwolenia konserwatora zabytków oraz pozwolenia na budowę⁵). Po drugie, wydaje się także że, w przeciwieństwie do wniosków jakie mogą płynąć z wyżej zaprezentowanego stanowiska przedstawiciela doktryny, orzeczenie przez konserwatora zabytków nakazu doprowadzenia zabytku (obiektu budowlanego) do stanu poprzedniego, polegającego na rozbiórce wzniesionej części budynku na podstawie ważnego pozwolenia na budowę, nie wymaga uprzedniego unieważnienia tego pozwolenia na budowę.

Współistnienie procedur nadzorczych nie oznacza, że są one od siebie niezależne. Po pierwsze, jeżeli zachodzą przesłanki do zastosowania procedur nadzorczych zawartych zarówno w u.o.z. jak i w prawie budowlanym (tj. w szczególności Roboty są lub były zrealizowane bez pozwolenia konserwatora i pozwolenia na budowę), to procedury nadzorcze z obydwu tych ustaw należy stosować⁶. Po drugie, w takiej sytuacji, konieczne będzie współdziałanie organów prowadzących procedury nadzorcze, w celu wydania przez nie decyzji, które nie będą się wykluczały. WSA w Poznaniu, w jednym ze swoich wyroków (wyrok WSA w Poznaniu z dnia 7 kwietnia 2010, sygn. akt II SA/Po 833/09), wyjaśnił jak zapatrzuje się na konieczność współdziałania w przypadku zrealizowania Robót bez pozwolenia konserwatora oraz pozwolenia na budowę:

„Zdaniem Sądu, w razie ustalenia przez organ nadzoru budowlanego, iż w obiekcie wpisanym do rejestru zabytków wykonano samowolnie roboty budowlane (jak w tej sprawie), należy powiadomić o tym fakcie wojewódzkiego konserwatora zabytków, który z urzędu powinien wszcząć postępowanie z art. 45 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Dopiero stanowisko konserwatora wyrażone w formie decyzji w takim postępowaniu umożliwi organowi nadzoru budowlanego pełną ocenę czy dane roboty budowlane zostały wykonane w sposób zgodny z prawem (m.in. przepisami techniczno-budowlanymi), w tym także z poszanowaniem przepisów o ochronie obiektów wpisanych do rejestru zabytków, których prawo budowlane nie powinno naruszać (...).”

SIDiR

⁴ Maksymilian Cherka (red.), Patrycja Antoniak, Komentarz do art. 45 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, komentarz w wersji elektronicznej, dostępny w programie LEX.

⁵ Zob. w tym zakresie wyrok WSA z 20 października 2011, sygn. akt VII SA/Wa 1068/11: „W ocenie Sądu Wojewódzkiego, to, że zakończono nieprawomocnym wyrokiem sprawę rozstrzyganą w trybie art. 45 ust. 1 pkt. 2 u.o.z., ani nie przesądza jej zakończenia, ani nie zwalnia organów nadzoru z wykonania przez nie obowiązku nałożonego przez art. 50 i 51 prawa budowlanego.”

⁶ ibidem

Niezrealizowana płatność – czy jest tu miejsce na mediację?



Zofia
GRUSZECKA
Inżynier budownictwa,
coach, mediator

Wczasach kryzysu sytuacja niezapłaconej należności przez kontrahenta może przydarzyć się każdemu i bywa przyczyną wielu sporów kończących się w Sądzie. Przyjrzyjmy się tego typu sporowi.

Po jednej stronie mamy Firmę (Pierwsza Strona), która wykonała roboty na rzecz Drugiej Strony i oczekuje należnej zapłaty. Jej stanowisko jest jasne i jednoznaczne – wykonaliśmy usługę i należy nam się zapłata. Przyglądając się głębiej temu tematowi dostrzeżemy prawdopodobnie potrzebę utrzymania płynności finansowej Firmy aby w konsekwencji Firma mogła w sposób stabilny i trwały funkcjonować na rynku.

Przyjrzyjmy się teraz Drugiej Stronie sporu – tej która nie zrealizowała płatności. Zakładam, że nie wszyscy są oszustami (tymi nie będę się zajmować) i że brak płatności wynika z trudności, które są w tym momencie jej udziałem. Możemy oczywiście powiedzieć, że jeśli ktoś ma trudności to nie powinien „pakować” się w inwestycje. Co jednak w przypadku, gdy podejmując decyzję o inwestycji jej sytuacja była zgoła inna niż obecnie. Przy długotrwałych inwestycjach budowlanych i niestabilnym rynku, nie jest to wcale takie rzadkie. Poza tym patrzeć na ten spór z poziomu odpowiedzialności za to, co się stało i tak w żaden sposób nie przybliży nas do rozwiązania. Zakładam, że Druga Strona chce się wywiązać ze zobowiązań, a trudności, w których się znalazła jej to uniemożliwiają. Myślę, że każdy z nas ma takie przykłady we własnej pamięci. I pewnie wielu z nas wie, jak trudno jest wtedy stanąć twarzą w twarz i przyznać się do porażki.

Wiele osób zaczyna w tej sytuacji unikać kontaktu z Pierwszą Stroną. Te czysto ludzkie zachowania potrafią objawiać się w różny sposób jak: chowanie się, zasłanianie się (np. niedociągnięciami leżącymi po stronie Pierwszej Strony) aż do arogancji i agresji (wszak najlepszą obroną jest atak). Pierwsza Strona zaczyna czuć się urażona i nie pozostaje dłużna, konflikt zaczyna eskalować. I tak Strony docierają do miejsca, gdzie nie są już w stanie poradzić sobie same ze sporem, z uwagi na barierę emocjonalną.

Co można zrobić w takiej sytuacji?

1. Można oddać sprawę do Sądu. Jesteśmy zazwyczaj pewni, że Sąd przyzna nam rację. Pytanie, czy mamy wystarczające dowody. Sąd wyda wyrok na bazie przepisów prawnych i zgromadzonych dowodów. Poza tym, co z tego, że Sąd przyzna nam rację, skoro Druga Strona nadal nie ma środków do zrealizowania płatności. Poza satysfakcją, niewiele to zmienia, procedura trwa długo a realizacja wyroku pozostaje niepewna. Równocześnie Druga Strona czuje się pokonana i niezrozumiana i będzie dążyła wszelkimi sposobami do obrony własnych interesów.
2. Czasami odwołujemy się do metod pozaprawnych. Jest to ryzykowne z prawnego punktu widzenia i może wywołać chęć odwetu tymi samymi środkami.
3. Czasami sami przystępujemy do negocjacji, choć z powodu narosłych emocji często staje się niemożliwe znalezienie porozumienia.
4. **Mediacje, to negocjacje z udziałem neutralnej osoby trzeciej – mediatora.** Mediacja stanowi bufor dla narosłych emocji i pomaga Stronom powrócić do merytorycznej strony konfliktu. Zadając pytania i moderując dialog Stron, mediacja umożliwia im dostrzeżenie tego, co jest dla nich w tym sporze naprawdę istotne i jakie rozwiązanie jest możliwe do przyjęcia przez obie Strony.

Jakie są możliwe rozwiązania? Może to być np.:

- zapłata w postaci usług, które strona zobowiązana do płatności wykona na rzecz wystawcy faktury, tworząc wymianę barterową,
- zapłata w postaci towarów, które płatnik posiada na stanie, a które są przydatne także drugiej stronie,
- zapłata częściowo w towarach lub usługach i częściowo w formie pieniężnej,
- płatność w ratach, wg harmonogramu zaakceptowanego przez obie strony,
- każda inna forma rozliczenia, która jest akceptowana przez obie Strony.

I jak pokazuje praktyka mediacji, dostrzeżenie swoich wzajemnych potrzeb przekłada się często na zacieśnienie współpracy i wzrost wzajemnego zaufania.

Tak więc nawet tak jednoznaczny spór, jak niezrealizowana płatność może być mediowany z dobrym skutkiem dla obu Stron, pomagając im szybko znaleźć rozwiązanie, które ich zadowoli.

Zapewne nie mamy wątpliwości, że jesteśmy uczciwi. Czy jesteśmy gotowi dostrzec uczciwego Człowieka w Drugiej Stronie?

Aktualności SIDiR



Grażyna
ŁUKA-DOKTORSKA
Dyrektor Biura SIDiR

W dniu **10 stycznia 2012 r.** odbyło się pierwsze w nowym roku zebranie Zarządu SIDiR. Podsumowano zorganizowaną w listopadzie ubiegłego roku debatę pt. „Przyszłość Konsultingu Inżynierskiego w Europie”. Przewodniczący Komisji Współpracy Zagranicznej SIDiR Pan Aleksander Granowski bardzo pozytywnie ocenił przebieg i rezultaty spotkania – miało ono także znaczący wpływ na pozycję SIDiR w EFCA.

Kolejnym ważnym punktem zebrania stał się wniosek Prezesa Seniora Stowarzyszenia Pana Mieczysława Grabca o przygotowaniu obchodów 100 rocznicy powstania SIDiR (dawniej „KIDiR”) oraz 100-lecia członkostwa Stowarzyszenia w FIDIC. Postanowiono o konieczności znalezienia właściwej formy dla uczczenia jubileuszu (ewentualnym powiązaniu go z obchodami 100-lecia FIDIC w roku 2013), które może przyczynić się do podkreślenia wagi działalności SIDiR.

Wszystkie osoby, które chciałyby zaangażować się w organizację obchodów rocznicowych będą bardzo mile widziane!

Podczas zebrania przyjęto do Stowarzyszenia cztery nowe osoby – wszystkie do Koła Młodych Profesjonalistów, które liczy obecnie ponad 50 Członków i stanowi istotną „siłę” w Stowarzyszeniu. Pan Marcin Mikulewicz – jeden z jego przedstawicieli podjął pracę w Komisji EFCA do spraw YP.

W dniach **24-25 lutego 2012 roku** odbędą się w Nieporęcie k. Warszawy warsztaty SIDiR połączone ze spotkaniem integracyjnym. Tematem przewodnim spotkania jest problematyka zamówień publicznych w świetle prawa unijnego i polskiego. Odbędą się trzy sesje tematyczne w postaci referatu wprowadzającego i dyskusje otwarte dla wszystkich uczestników oraz jedna przeznaczona dla Młodych Profesjonalistów. Wykłady przeprowadzą Pan Zbigniew J. Boczek – Wiceprezes SIDiR, Pani Małgorzata Rogowicz-Angierman – Prezes Sądu Arbitrażowego SIDiR oraz Pan Włodzimierz Kiernożycki – Członek Zarządu SIDiR.

Zainteresowanie spotkaniem okazało się duże i przewidywana jest nadzwyczajna frekwencja! Celem organizacji wydarzeń o podobnym charakterze jest nie tylko wymiana doświadczeń i poglądów ale też, a może nawet

przede wszystkim, nawiązanie bliższych kontaktów pomiędzy uczestnikami, które mogą w przyszłości dać rezultaty we wspólnie podjętych projektach.

EFCA podjęła przygotowania do uczczenia 20-lecia powstania Federacji. Jednym z głównych wydarzeń związanych z rocznicą będzie uroczystość, podczas której zaprezentowane zostaną najciekawsze projekty 20-lecia zrealizowane przez członków organizacji. Wyróżnione projekty zostaną również zamieszczone na stronie internetowej ERFCA. Można już nadsyłać swoje propozycje.

FIDIC szykuje się do obchodów 100-lecia Federacji. Uroczystości będą powiązane z Konferencją FIDIC, która odbędzie się w Barcelonie w roku 2013. Jednym z elementów uroczystości będzie wyłonienie w specjalnie przeprowadzonym konkursie „Projektu 100-lecia”, który będzie musiał spełniać następujące wymagania:

- Zyskać uznanie międzynarodowe.
- Prezentować doskonałą jakość techniczną.
- Mieć charakter innowacyjny.
- Mieć charakter przedsięwzięcia trwałego i zrównoważonego.
- Projekty mogą być zgłaszane wyłącznie przez członków FIDIC.

Propozycje będą przyjmowane do 21 września 2012 roku.



Szkolenia SIDiR

SIDiR rozszerzył zakres tematyki prowadzonych przez siebie szkoleń. Oprócz szkoleń poświęconych ściśle problematyce FIDIC, czy to w wymiarze podstawowym, czy też dla osób o zaawansowanej już znajomości kontraktów FIDIC, problematyki zamówień publicznych w kontekście wzorów kontraktowych FIDIC, wprowadzone zostały zagadnienia rozwiązywania sporów i roszczeń, a wreszcie tematyka realizacji inwestycji na bazie umów w formule partnerstwa publiczno – prywatnego.

Szkolenia te, organizowane zarówno na zamówienie firm jak też w postaci szkoleń „otwartych” cieszą się wciąż niezmiennym powodzeniem.



Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców

ul. Trębacka 4, lok. 429, 00-074 Warszawa
tel./fax +48 22 826 16 72, tel./fax +48 22 826 56 49
e-mail: biuro@sidir.pl www.sidir.pl

Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR) reprezentant FIDIC w Polsce ma zaszczyt zaprosić Państwa do wzięcia udziału w cyklu szkoleń poświęconych problematyce FIDIC.

Szkolenia skierowane są do wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego!

Szkolenia odbywają się w godzinach 10-16 pierwszego i 9-15 drugiego dnia w budynku KIG przy ul. Trębackiej 4 w Warszawie.

Koszt szkolenia: 1000 PLN + 23% VAT od osoby obejmuje:

- Materiały dydaktyczne
- Rejestrowane w SIDiR zaświadczenie o odbyciu szkolenia
- Ciepłe posiłki
- Przerwy kawowe

Nasi wykładowcy są międzynarodowymi ekspertami i konsultantami FIDIC mają także bogatą praktykę trenerską i pedagogiczną.

Celem szkoleń jest pogłębione wprowadzenie w tematykę zasad FIDIC powszechnie stosowanych w umowach międzynarodowych (kontraktach finansowanych ze środków unijnych czy Bank Światowy) oraz coraz częściej krajowych (w szczególności w obszarze zamówień publicznych).

Nr ewidencyjny w rejestrze instytucji szkoleniowych: 2.14.00002/2009

Karta zgłoszenia uczestnictwa w szkoleniu otwartym SIDiR

„Zarządzanie budową na podstawie Warunków Kontraktowych FIDIC”:

☐ 15-16 lutego 2012 r.

„Inżynier kontraktu według warunków FIDIC i prawa polskiego”:

☐ 23-24 lutego 2012 r.

„Przygotowanie zamówienia publicznego na roboty budowlane z wykorzystaniem Warunków Kontraktowych FIDIC”:

☐ 14-15 marca 2012 r.

„Roszczenia i rozstrzyganie sporów w kontraktach budowlanych według warunków ogólnych FIDIC”:

☐ 18-19 kwietnia 2012 r.

Dane

uczestnika	Nazwisko i imię	_____
	Firma	_____
do faktury	Adres	_____
	Telefon	_____
	Fax	_____
	e-mail	_____
	Stanowisko	_____
Nazwa firmy	_____	
	Adres	_____
	NIP	_____

PŁATNOŚĆ:

Płatności należy dokonać 5 dni przed rozpoczęciem szkolenia.
Nr konta: 26 1910 1048 2252 0362 5222 0001