



cutting through complexity™

Defraudacja w budownictwie

Wrzesień 2015



- **Defraudacja, malwersacja, sprzeniewierzenie** - przestępstwo polegające na nielegalnym przywłaszczeniu sobie cudzej własności lub zatrzymaniu powierzonego mienia, wykorzystanie powierzonych pieniędzy lub majątku niezgodnie z przeznaczeniem, na niewłaściwy cel, najczęściej dla osobistej korzyści.
- ***Fraud*** - *a knowing misrepresentation of the truth or concealment of a material fact to induce another to act to his or her detriment. (Black's Law Dictionary, 2004)*
[świadome przeinaczenie faktów albo ich ukrycie w celu wywołania czyjegoś działania na swoją niekorzyść]

Nadużycie (ogólnie)

- Złamanie obowiązujących przepisów prawa lub regulacji wewnętrznych przedsiębiorstwa

Nadużycie gospodarcze

- Działanie odnoszące się ogólnie do naruszenia prawa, polityk i zasad wewnętrznych przedsiębiorstwa i oczekiwań rynku dotyczących etycznej działalności gospodarczej*
- Jakiegokolwiek zamierzone działanie mające na celu osiągnięcie nielegalnej korzyści*
- Nieuprawnione działanie, w wyniku którego dochodzi do uszczerbku majątku osoby trzeciej
- Nieuczciwe uzyskanie korzyści na skutek zamierzonego działania lub zaniechania (niewykonania obowiązków)**
- Zamierzone fałszerstwo (zniekształcenie) danych wpływających na sprawozdania finansowe**

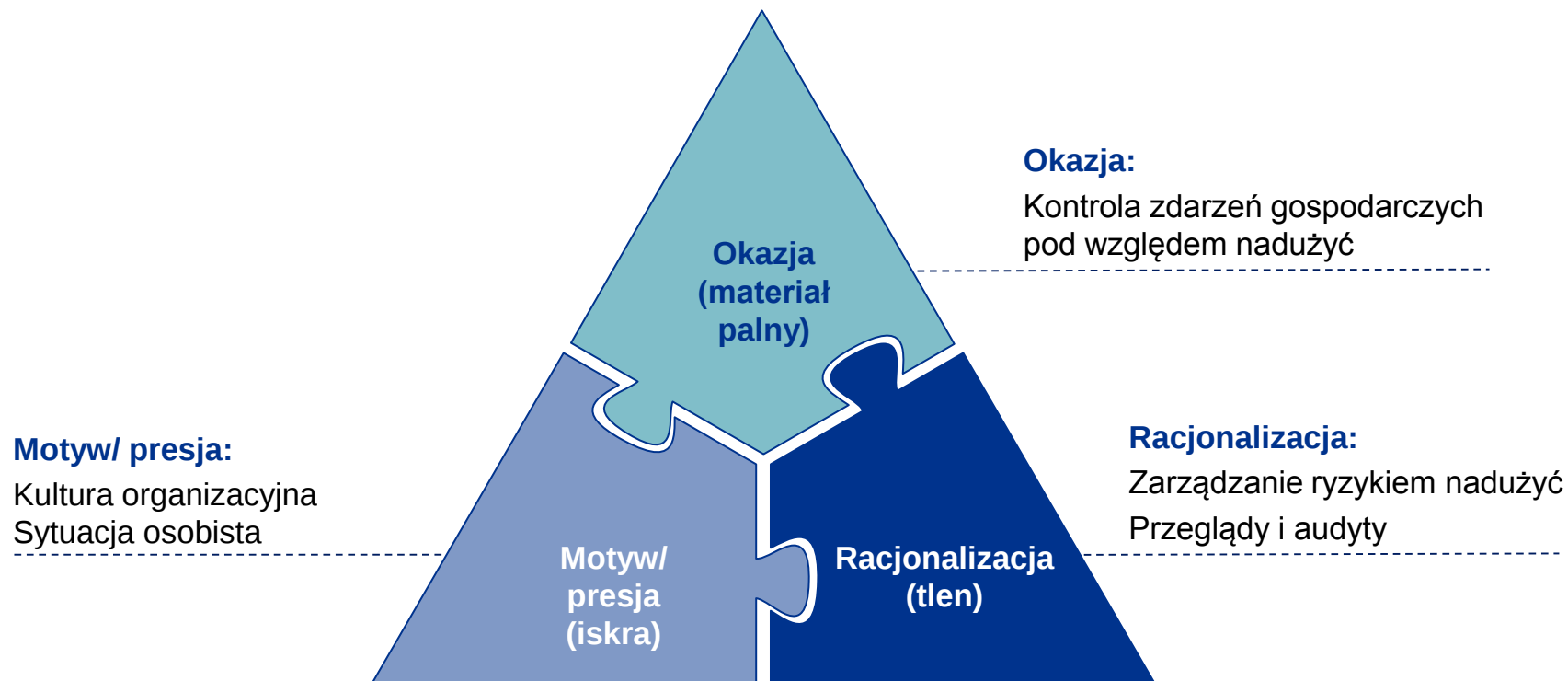
Nadużycie pracownicze

- Zamierzone wykorzystanie pełnionej funkcji lub stanowiska w celu uzyskania korzyści poprzez wykorzystanie zasobów lub majątku pracodawcy**

Źródło:

* KPMG

** ACFE Report to the Nations 201



KK Art. 286. § 1. Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadza inną osobę do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem za pomocą wprowadzenia jej w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania,

podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

KK Art. 296. § 1. Kto, będąc obowiązany na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, wyrządza jej znaczną szkodę majątkową,

podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§ 1a. Jeżeli sprawca, o którym mowa w § 1, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, spowoduje bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej,

podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Jeżeli sprawca przestępstwa określonego w § 1 lub 1a działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej,

podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 3. Jeżeli sprawca przestępstwa określonego w § 1 lub 2 wyrządza szkodę majątkową w wielkich rozmiarach,

podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

- **Wpływanie na przetarg za wynagrodzeniem** – doprowadzenie do niekorzystnego rozporządzenia majątkiem poprzez:
 - Niezasadne ograniczenie lub rozszerzenie kręgu podmiotów, które mogą wziąć udział w zamówieniu; klient otrzymuje gorszy produkt albo produkt porównywalnej jakości na mniej korzystnych warunkach
 - Niezasadny opis przedmiotu zamówienia w sposób, który faworyzuje jednego z wykonawców (np. dopuszczenie tylko jednej technologii wykonania obiektu)
 - Takie ograniczenie informacji na etapie przetargu, które faworyzuje tylko jednego oferenta (np. tylko jeden oferent wie o tym, że klient przedłuży termin wykonania, w związku z czym nie będzie naliczana kara)
- **Niezasadne płatności na rzecz wykonawcy**
 - Potwierdzanie robót niewykonanych
 - Odbiór robót wadliwych
- **Kartel**
 - Wykonawcy, którzy decydują się wspólnie i w porozumieniu działać w przetargu, przez co eliminują konkurencję (ustalenie cen, ustalenie nieskładania ofert, tworzenie sztucznych konsorcjów lub grup wykonawców)

- Wszystkie te miejsca w umowach między stronami, gdzie dochodzi do **konieczności oceny faktów**:
 - Negocjacje
 - Określenia, przyrzeczenia, zapewnienia
 - Zatwierdzenia, potwierdzenia
 - Wszystkie te miejsca, gdzie **motywacje** faktyczne uczestników procesu budowlanego są rozbieżne z motywacjami projektowanymi
 - Motywacja inżyniera nadzoru i inwestora
 - Motywacja wykonawcy, nadzoru inwestorskiego, nadzoru autorskiego
 - Motywacja projektanta, dostawcy i wykonawcy
- (...)

- Umowa wykonawcza o stałej cenie, bez jakiegokolwiek mechanizmu zmiany ceny czy czasu wykonania
- Sytuacja: zamawiający dochodzi do wniosku, że jednak należy się dodatkowe wynagrodzenie:
 - 1) jaka procedura?
 - 2) jak liczymy dodatkowe wynagrodzenie?
- Dwie sytuacje wymagające uwagi:
 - 1) doprowadzanie faktów do zgodności z procedurą
 - 2) ustalenie wynagrodzenia na szkodę strony którą się reprezentuje

Rozwiązanie:

Umowa budowlana powinna mieć mechanizm modyfikacji ceny, czasu i zakresu po to żeby nie wchodzić w sytuację negocjacyjną

Przeciętna umowa „typu FIDIC” w Polsce:

- Zmianę sporządza się (niewłaściwie) często poprzez równoległe stosowanie 4 procedur:
 - Polecenie nadzoru wpisane do dziennika budowy
 - Protokół konieczności
 - Polecenie inżyniera (kl. 3.3) / polecenie zmiany (kl. 13)
 - Aneks do umowy

„Wszystkie polecenia zmiany dla swej ważności wymagają podpisania aneksu do umowy” (!)
- Sytuacja wymagające uwagi
 - Polecenie zmiany wystawione, nie wystawiony aneks; roboty polecane wykonane; brak zapłaty mimo przyrzeczenia
 - Zmiany i zmniejszenia zakresu – czy odzwierciedlono w cenie?
 - Często polecenie inspektora nadzoru w dzienniku nie jest odzwierciedlone poleceniem inżyniera/poleceniem zmiany; inspektor nadzoru może żądać rzeczy wychodzących poza kontrakt
 - Odwrotnie: wpis inspektora nadzoru może próbować uwalniać wykonawcę od zobowiązań kontraktowych

Rozwiązanie:

Jedna procedura zmiany; inspektorzy podlegli merytorycznie Inżynierowi albo każdy wpis do dziennika rozpatrywany pod kątem wpływu na cenę i czas kontraktu

- Sytuacje wymagające uwagi:
 - Inżynier płacony proporcjonalnie do zaawansowania wykonawcy: motywacja do jak najłatwiejszych odbiorów
 - Inżynier płacony ryczałtem niezależnie od czasu na budowie: motywacja do oszczędności pracy własnego zespołu
 - Inżynier posiadający uprawnienia do zatwierdzeń bez określenia podstaw tych zatwierdzeń: motywacja do wymyślania warunków w trakcie umowy
 - Inżynier „sumiennym doradcą zamawiającego” i równocześnie „dokonujący rzetelnych określeń” przy czym „zwiększenie ceny kontraktowej wymaga pisemnej zgody zamawiającego”: motywacja do przerzucania obowiązku określeń na zamawiającego i do wprowadzania w błąd wykonawcy

Rozwiązanie:

Dobre wybieranie usługi Inżyniera i przerzucenie na niego faktycznej odpowiedzialności za powodzenie kontraktu

Sytuacja wymagająca uwagi:

- Możliwość ręcznego sterowania doбором podwykonawców przez Inżyniera / Zamawiającego
- Możliwość dokonywania ocen pracy podwykonawcy samodzielnie przez personel inwestora

Rozwiązanie:

- Pozostawienie większej swobody w zakresie umów podwykonawczych
- Określenie jasnych warunków zgody na podwykonawcę

- Sytuacja wymagająca uwagi
 - Czy zapisy SST dopuszczają faktycznie uczciwą konkurencję?
 - Czy zapisy Szczegółowych Specyfikacji Technicznych są dostosowane do projektowanego obiektu?
 - Czy zapisy SST nie stoją w sprzeczności z dokumentami kontraktu wyższego rzędu?
 - Czy SST jest wystarczająco, ale nie nadmiernie szczegółowa?
 - Czy wielkości przedmiaru i zapisy SST zostały zweryfikowane?
 - Jak umowa na projektowanie określa obowiązki projektanta do współpracy z wykonawcą robót i nadzorem?
 - Czy SST uzależnia możliwość realizacji od zgody projektanta?

,wykonawca zaprojektuje roboty i uzyska każdorazowo pisemną zgodę projektanta [zamawiającego, inżyniera]'

6. Zapisy uzależniające zobowiązanie wykonawcy od przyszłych działań stron

- Wg ustalonej linii orzeczniczej KIO – niedopuszczalne
- Problem: wprowadzenie motywacji wykonawcy do uchylania się od poprawnego wykonania, lub motywacji zamawiającego na etapie przygotowania postępowania do wykorzystywania naiwności wykonawcy
- W wielu kontraktach na usługi i roboty powszechnie występujące są niezgodne z prawem klauzule jak:
 - ,Wykonawca wykona wszystkie inne działania jakie się okażą niezbędne do prawidłowej realizacji Robót w ramach zaakceptowanej kwoty kontraktowej’**
 - ,Wykonawca uwzględnił w cenie wszystkie kolizje, roboty towarzyszące, konieczność przeprojektowania sieci miejskich zarówno w granicach jak i poza granicami opracowania’**
 - ,W przypadku, gdyby w toku prac projektowych okazało się, że dokumentacja dostarczona w zał nr 1 do OPZ jest niekompletna lub nieaktualna, wykonawca własnym staraniem i na swój koszt uzupełni dokumentację lub ją zaktualizuje’**
- Ryzyko, że ,swój’ wykonawca może liczyć na ulgowe traktowanie, lub że zamówienie jest fatalnie przygotowane

Co robić aby zapobiegać defraudacji?

- Klauzule adaptacyjne
- Sprawiedliwie rozłożone ciężary i ryzyka w umowie
- Automatyzm umowy; jak najmniej sytuacji negocjacyjnych po jej podpisaniu
- Inżynier - Arbiter na budowie; rozjemstwo
- Dobre przygotowanie zamówienia przez zamawiającego; zapobieganie konfliktowi a nie walka po ujawnieniu
- Odpowiedni do rodzaju umowy zakres dostępnej dokumentacji
- Odpowiednie rola i zadania inwestora, wykonawcy, projektanta, nadzoru

Dyskusja



cutting through complexity™



Agnieszka Gawrońska- Malec

Director, RC Forensic

agawronska-malec@kpmg.pl

KPMG Advisory Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością sp.k.

ul. Inflancka 4A
00-189 Warszawa

Tel	+48 (22) 528 1286
Mob.	+48 664 718 836
Fax	+48 (22) 528 1109



Michał Skorupski

Director, Advisory Management Consulting

mskorupski@kpmg.pl

KPMG Advisory Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością sp.k.

ul. Inflancka 4A
00-189 Warszawa

Tel	+48 (22) 528 1963
Mob.	+48 506 223 050
Fax	+48 (22) 528 1109