

Biuletyn



KONSULTANT

**Roboty stwierdzone
protokołem konieczności
przez inżyniera**

str. 2

**Dyrektywy Unijne
a prawo krajowe**

str. 3

Czy KTOŚ to czyta?

str. 5

**Najlepiej uczymy się
na błędach**

str. 6

**FIDIC a polskie regulacje
prawne czy stosowanie
warunków kontraktowych
fidic przeszkadza
w sprawnej realizacji
kontraktów?**

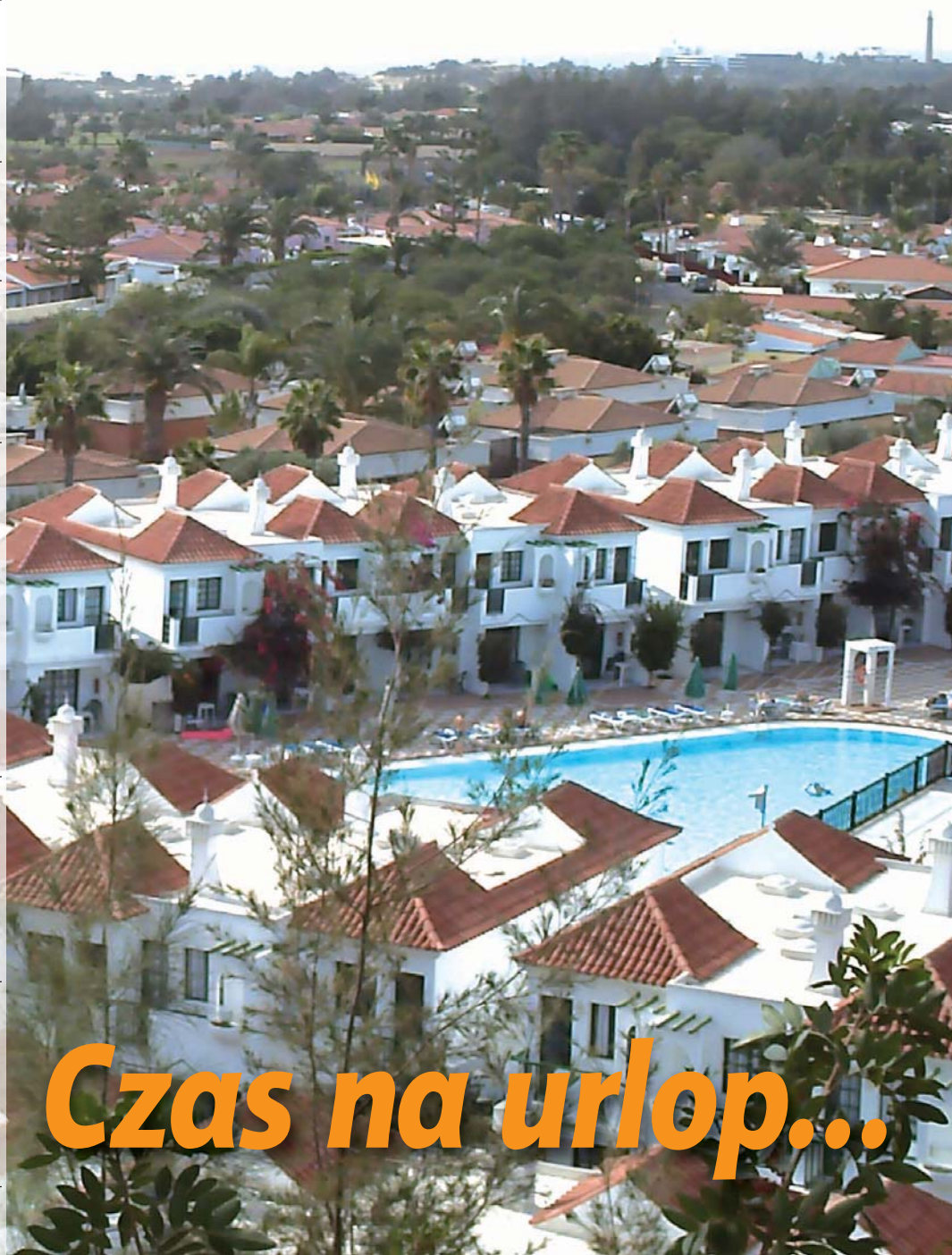
str. 9

**Po pierwsze
— zrozumieć prawo
część 2**

str. 14

**Ścieżka krytyczna
a opóźnienia
w postępie robót**

str. 16



Czas na urlop...

Roboty stwierdzone protokołem konieczności przez inżyniera

Przedmiotem nieporozumień i sporów w zamówieniach publicznych jest sam charakter prawny ustaleń zawartych w tzw. protokole konieczności (lub wewnętrznej notatce z nadrad budowy) podpisanym przez Inżyniera, strony bowiem w zróznicowany sposób traktują treść tego dokumentu.

Protokół konieczności, podpisany przez osoby nieumocowane do reprezentowania stron w obrocie prawnym, jest jedynie dokumentem dotyczącym kwestii technicznych, a więc czynnością faktyczną, której nie można przypisać charakteru dokumentu potwierdzającego zawarcie, lub zmianę umowy o roboty budowlane, a więc, że między stronami za które działają właściwe organy (art. 38 k. c.), doszło do oświadczenia woli.

Tak więc, strony powinny traktować protokół konieczności jedynie jako podstawę do sporządzenia umowy na roboty dodatkowe (zamówienie dodatkowe), lub podstawę zmian w umowie na zamówienie podstawowe.

Podobnie należy podchodzić do poleceń Inżyniera wydawanych w trybie klauzuli 13 Warunków Kontraktowych FIDIC, który to Inżynier składa oświadczenie wiedzy, ale nie jest uprawniony do składania oświadczeń woli w imieniu zamawiającego.

Jeżeli wykonawca wykonał jednak roboty, do wykonania których nie był zobowiązany, zaś zamawiający je odebrał, lub nie kwestionował potrzeby czy zasadności ich wykonania, to występuje wówczas szczególny przypadek nienależnego świadczenia, uregulowany w art. 410 § 2 k. c., polegający na tym, że czynność prawna zobowiązująca wykonawcę do świadczenia była nieważna z uwagi na niedochowanie formy zastrzeżonej *ad solemnitate* inie stała się ważna po spełnieniu świadczenia. Nieważność umowy ze względu na niezachowanie wymaganej formy, uniemożliwia uznanie tego roszczenia jako wynagrodzenia. Natomiast za-

mawiający uzyskał korzyść majątkową kosztem wykonawcy, w postaci robót budowlanych, jest zatem obowiązany do zwrócenia wykonawcy korzyści w naturze, a gdy to jest niemożliwe, do zwrotu jej wartości (równowartości tych robót). W tej sytuacji niewątpliwie jest, że uzyskana przez zamawiającego korzyść majątkowa podlega zwrotowi na podstawie art. 405 k. c. [Bezpodstawne wzbogacenie].

Ponieważ przepisy ustawy Pzp nie uchybiają przepisom Kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu, a więc roszczenie o zwrot wartości wykonanych robót budowlanych, pomimo braku umowy *ad solemnitate*, jest roszczeniem o zwrot wartości nienależnego świadczenia, co znajduje swoje podstawy w przepisach art. 405 k. c. w związku z art. 410 § 1 k. c.

Wykonawca nie powinien wykonywać robót bez ważnej umowy (lub jej zmiany) zawartej w formie pisemnej pod rygorem nieważności, pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, bo inaczej postępuje z naruszeniem prawa.

Wyjątkowo, bez umowy (w danym momencie), dopuszczalne jest wykonanie robót koniecznych dla natychmiastowego zabezpieczenia wykonywanego obiektu, lub robót, przed awarią czy katastrofą (bezpieczeństwo budowli), lub pilnego wykonania robót koniecznych dla zapewnienia bezpieczeństwa zatrudnionych pracowników (uchylenia zagrożenia dla życia lub zdrowia). Ponadto warto zwrócić uwagę na wyrok SN z 21 lutego 1991r.; II CR 538/90, Prawo Gospodarcze 1993r. nr 5, s. 20 „Wpis do dziennika budowy tylko wtedy może być podstawą wykonania robót nieobjętych umową, jeżeli są one niezbędne ze względu na bezpieczeństwo lub zabezpieczenie przed awarią.”

Zbigniew J. BOCZEK

Europejski Instytut Ekonomiki Rynków



Biuletyn Informacyjny „Konsultant” Stowarzyszenia Inżynierów, Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR)

Adres: ul. Trębacka 4, 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 Boczek (redaktor naczelny),

Członkowie: Grażyna Łuka-Doktorska, Włodzimierz Kiemożycki, Tomasz Latawiec, Krzysztof Woźnicki.

SIDiR jest członkiem:



Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils - FIDIC



European Federation of Engineering Consultancy Associations - EFCA



The Dispute Resolution Board Foundation - DRBE

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.

Projekt i druk: Vega design Jacek Milewski. www.vegadesign.pl

Dyrektywy Unijne a prawo krajowe



Zbigniew J. **BOCZEK**
Europejski Instytut Ekonomiki Rynków

Już nie tylko zamawiający, ale również wykonawcy coraz częściej sięgają do dyrektyw unijnych, które stanowią o wspólnych przepisach i muszą być stosowane oraz przestrzegane we wszystkich Państwach Członkowskich, w celu zapewnienia minimalnych gwarancji równego traktowania wykonawców.

Dyrektywy wymagają zapewnienia przejrzystości postępowania i zakazu dyskryminacji. Dlatego też, wszelkie przepisy krajowe dotyczące zamówień publicznych muszą być zgodne z postanowieniami dyrektyw unijnych. W Polsce postanowienia dyrektyw, zostały wprowadzone do prawa krajowego i stanowią całość systemu zamówień publicznych zawartych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Kryteria te nie przyznają instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru, są wyraźnie określone i zgodne z fundamentalnymi zasadami.

Bez znajomości dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady, działając wyłącznie na podstawie przepisów prawa krajowego, można naruszyć przepisy prawa wspólnotowego. Ponieważ prawo krajowe nie we wszystkich przypadkach daje jednoznaczną interpretację pojęć, trzeba sięgać do norm wspólnotowych i upewnić się czy są to roboty budowlane, lub usługi, zdefiniowane w dyrektywie 2004/18/WE. Zastosowanie dyrektyw dla przypadków wątpliwych, będzie zgodne z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w jednym z orzeczeń wskazał, że *„Na bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne przepisy dyrektywy, wobec braku w wyznaczonych terminach przepisów wykonawczych, można się powołać wobec wszelkich przepisów prawa krajowego niezgodnych z dyrektywą Zatem jednostki są uprawnione do powoływania się przed sądem krajowym, wobec danego*

Państwa Członkowskiego na przepisy dyrektywy, które wydają się z punktu widzenia ich treści bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, zawsze wtedy, gdy pełne jej stosowanie nie jest skutecznie zapewnione, to znaczy nie tylko w przypadku braku transpozycji lub nieprawidłowej transpozycji, lecz także w przypadku, gdy przepisy krajowe które prawidłowo transponują tę dyrektywę, nie są stosowane w sposób prowadzący do osiągnięcia rezultatu, któremu ona służy” (wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 08.06.2006 r. C-30/04).

Specyfikacje techniczne sporządzone przez publicznych nabywców muszą umożliwiać otwarcie procesu udzielania zamówień publicznych na konkurencję. W tym celu, musi istnieć możliwość składania ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych. A zatem, trzeba umożliwić sporządzanie specyfikacji technicznych na podstawie charakterystyki i wymagań funkcjonalnych, a w przypadku odniesienia do normy europejskiej lub – w przypadku jej braku – do normy krajowej, instytucje zamawiające muszą brać pod uwagę oferty oparte na równoważnych ustaleniach. W celu wykazania równoważności, należy umożliwić oferentom przedstawienie dowodów w dowolnej formie. Specyfikacje techniczne powinny być jasno wskazane, aby wszyscy oferenci wiedzieli, jakie wymagania określone przez instytucje zamawiające należy spełnić.

Aby zapewnić przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, należy wprowadzić – ustanowiony przez orzecznictwo – obowiązek zapewnienia niezbędnej przejrzystości, umożliwiający uzyskanie przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji na temat kryteriów i ustaleń, które będą stosowane w celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty.

„Zamówienia publiczne na roboty budowlane” oznaczają zamówienia publiczne, których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno zaprojektowanie jak i wykonanie robót budowlanych, lub obiektu budowlanego, albo realizacja za pomocą dowolnych środków obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą. „Obiekt budowlany” oznacza wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Czy **KTOŚ** to czyta?



Zbigniew J. **BOCZEK**
Europejski Instytut Ekonomiki Rynków

Opracowano na podstawie Stanowiska Ministerstwa Infrastruktury jako Instytucji Zarządzającej – (strona Internetowa MI)

- a) Mając na uwadze zasadę swobody zawierania umów wynikającą z przepisów kodeksu cywilnego (art. 353¹ K. c.), beneficjenci mogą odpowiednio wykorzystywać wzorce przy zawieraniu umów, w tym również w umowach w sprawach zamówień publicznych. Granica swobody kontraktowania są jednak przepisy prawa bezwzględnie obowiązującego, przewidujące ściśle określone regulacje, nie podlegające wyłączeniu na mocy postanowień umownych. Oznacza to, iż niezależnie od stosowania przez beneficjentów procedur FIDIC lub innych warunków kontraktowych, beneficjenci zawsze zobowiązani są stosować przepisy prawa, w tym m.in. ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa Pzp), ustawy kodeks cywilny oraz ustawy Prawo budowlane, a także odpowiednie przepisy prawa wspólnotowego. W związku z tym beneficjenci są zobowiązani do samodzielnego dostosowania zapisów kontraktowych FIDIC w ramach Warunków Szczególnych FIDIC w zgodzie z odpowiednimi przepisami prawa polskiego. Tym samym pojęcia, które w oryginale sięgają do anglosaskiego systemu prawa, powinny odpowiadać właściwym polskiemu systemowi prawa instytucjom, należycie zdefiniowanym i konsekwentnie stosowanym w treści umowy. Dopuszczalne jest również pozostawienie Warunków Kontraktowych FIDIC w brzmieniu odpowiadającym tłumaczeniu z języka angielskiego na język polski, bez dostosowywania klauzul do pojęć stosowanych w polskim prawie. W takim przypadku interpretacja postanowień zawartych w Warunkach Kontraktowych FIDIC powinna być dokonywana zgodnie z przepisami prawa polskiego.
- b) Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UZP „(...) w sytuacji, gdy w trakcie realizacji umowy o roboty budowlane zawartej w trybie ustawy Pzp powstanie konieczność realizacji robót niezbędnych wprowadzić do realizacji projektu, ale w nim nie ujętych – zachodzi konieczność udzielenia nowego zamówienia. Ustawa Pzp przewiduje możliwość udzielenia takiego zamówienia jako dodatkowego dotychczasowemu wykonawcy robót

budowlanych, jeżeli łączna wartość zamówień dodatkowych nie przekroczy 50% wartości realizowanego zamówienia, prace te są rzeczywiście niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, a ich wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, przy czym z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia przez zamawiającego niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego (art. 67 ust. 1 pkt. 5 Pzp)”.

- c) **Zmiana umowy – do umów zawartych przed dniem 24 października 2008 r.**, gdzie zastosowanie ma przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp wprowadzonej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058). Zgodnie z tym przepisem zakazane są zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. W przypadku umów zawartych na podstawie ustawy Pzp przed dniem 24 października 2008r. dokonanie ww. zmiany zgodnie z art. 144 ust. 1 może rodzić wątpliwości ze względu na fakt, iż Komisja Europejska uznała za niezgodną z prawem europejskim przesłankę możliwości wprowadzania zmian do umów, gdy zmiany te są korzystne dla zamawiającego. W tym kontekście powołanie się na tę przesłankę łączy się z prawdopodobieństwem zakwestionowania dokonanych zmian przez Komisję Europejską. W związku z powyższym, zgodnie z zaleceniami Ministra Rozwoju Regionalnego z dnia 29 lutego 2008r. przekazanych do IZ a następnie do IP pismem z dnia 13 marca 2008 r., zamawiający dokonując zmian w umowach, nie powinni powoływać się na fakt, iż zmiany są dla nich korzystne, z wyjątkiem sytuacji, gdy zmiany te nie ingerują w treść oferty lub są nieistotne. Zgodnie z interpretacją ETS przedstawioną w sprawie C-496/99 Succhi di Frutta, pkt 116, postanowienia umowy należy uznać za istotne przede wszystkim wówczas, gdy uwzględnienie takiego postanowienia w pierwotnym ogłoszeniu o zamówieniu pozwoliłoby oferentom przedstawić znacząco odmienną ofertę. Natomiast w orzeczeniu z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur ETS uznał, iż udzielenie nowego zamówienia stanowi zmianę postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w czasie jego trwania jeżeli w sposób istotny odbiega od postanowień pierwotnego zamówienia i w ten sposób może wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia (podobnie w sprawie

C-337/98). Zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną również wówczas, gdy modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia. Mając powyższe na uwadze, w świetle orzecznictwa ETS ocena istotności dokonywanych zmian w umowie w sprawie zamówienia publicznego powinna odbywać się w szczególności z uwzględnieniem ww. elementów.

- d) **Zmiana umowy – do umów zawartych od dnia 24 października 2008 r.** Zgodnie z brzmieniem art. 144 wprowadzonym zmianami do ustawy Pzp: „Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.” Oznacza to, iż tego rodzaju zmiany powinny być umieszczone we wzorze umowy w SIWZ, tak aby były one znane wszystkim potencjalnym wykonawcom już na etapie ogłoszenia postępowania lub też beneficjent powinien przewidzieć w ogłoszeniu lub SIWZ dokonanie takiej zmiany i określić jej warunki.
- e) **Zmiany w oparciu o Klauzule FIDIC (klauzula 13.1 – 13.3).** Należy mieć na uwadze, iż dokonywanie zmian w umowach, które zostały zawarte zgodnie z ustawą Pzp jest

co do zasady zakazane. Wprowadzanie zmian może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 144 ustawy Pzp. Możliwość wprowadzenia zmian do zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, jako wyjątek od ogólnej zasady wyrażonej w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, powinien być interpretowany ściśle.

Wprowadzenie zmian nie powinno odnosić się do elementów oferty, które były przedmiotem oceny. Oznacza to, że wszelkie zmiany dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia, jak również kryteriów, na których opierał się zamawiający oceniając oferty należy traktować w sposób szczególny. Ewentualne rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia powinno być traktowane jako nowe zamówienie, którego udzielenie może podlegać procedurze negocjacji bez ogłoszenia lub procedurze z wolnej ręki tylko i wyłącznie w przypadku spełnienia przesłanek wskazanych odpowiednio w art. 62 lub 67 ustawy Pzp albo art. 134 ust. 5 lub 6 ustawy Pzp. Wprowadzone zmiany lub udzielenie nowego zamówienia powinno być zgodne z warunkami i zasadami wynikających z umowy o dofinansowanie projektu. W praktyce często występuje sytuacja, w której przedmiotem umowy o dofinansowanie jest budowa jakiegoś obiektu, co stanowi jednocześnie przedmiot umowy zawartej pomiędzy zamawiającym (beneficjentem pomocy) a wykonawcą. Stąd też, dokonywanie zmian w umowie lub udzielanie nowych zamówień o charakterze inwestycyjno-budowlanym rodzi konieczność rozważenia skutków tej zmiany w świetle umowy o dofinansowanie projektu oraz innych dokumentów np. Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków.



Najlepiej uczymy się na błędach



Bogumiła
OŻARSKA-KARBOWIAK
Kancelaria Hogan&Hartson Jamka sp. k.

Ustawa Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004r. (Dz. U. z 2007r. Nr 233, poz. 1655 z późn. zm.) (Pzp) była już wielokrotnie nowelizowana i z pewnością czeka nas jeszcze wiele zmian do tej ustawy. Zarówno wykonawcy jak zamawiający muszą systematycznie śledzić działania legislacyjne parlamentu, aby móc przygotować swoje służby zajmujące się zamówieniami publicznymi do nowych przepisów. Jednak praktyka pokazuje, że nie wystarczy być na bieżąco ze zmianami w przepisach prawa, należy z jeszcze większą uwagą śledzić orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) oraz Sądów Okręgowych. Analizując doświadczenia innych wykonawców oraz zamawiających można uniknąć błędów. W tym celu przybliżymy wybrane orzeczenia KIO, które dotyczą kosztorysów ofertowych oraz wynagrodzenia za roboty budowlane.

Niezgodność kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót

Przed KIO wielokrotnie rozpatrywane są odwołania wykonawców w związku z odrzuceniem ich ofert przez zamawiających na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, czyli z powodu uznania oferty za niezgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). W takiej sprawie KIO w dniu 27 stycznia 2009r. wydała wyrok (KIO/UZP 47/09). W postępowaniu, w którym doszło do odrzucenia oferty z powodu niezgodności oferty z treścią SIWZ, zamawiający w SIWZ zawarł wymóg, aby do oferty załączyć kosztorys ofertowy wykonany przez wykonawcę we własnym zakresie, uwzględniający wszystkie pozycje przedmiarów robót załączonych do SIWZ. Jednocześnie zamawiający w SIWZ stwierdził, że prace objęte przedmiotem zamówienia muszą być wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz zasadami wiedzy technicznej. Nadto w SIWZ znalazło się stwierdzenie, że szczegółowy zakres robót określają przedmiary robót oraz dokumentacja techniczna, stanowiące część SIWZ.

Wykonawca w toku opracowania oferty ujawnił błędy w przygotowanym przez zamawiającego SIWZ polegające

na tym, że w projekcie budowlanym ilość pozycji do wykonania nie pokrywała się z ilością pozycji wskazaną w przedmiarach robót. Wykonawca stojąc na stanowisku, że jest zobowiązany wykonać zamówienie zgodnie z projektem budowlanym, w kosztorysie ofertowym wskazał i wycenił ilość pozycji do wykonania zgodnie z projektem budowlanym, a nie zgodnie z przygotowanym przez zamawiającego przedmiarem robót. W ocenie wykonawcy, gdyby wykonawca w ofercie podał ilość pozycji do wykonania zgodnie z przedmiarem robót określonym przez zamawiającego, wówczas zamawiający mógłby odrzucić ofertę z powodu jej niezgodności z projektem budowlanym.

KIO w przedmiotowej sprawie przyznała rację zamawiającemu, który odrzucił ofertę z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ. W ocenie KIO, w świetle wymogu określonego w SIWZ, dotyczącego sporządzenia kosztorysu ofertowego zgodnie z przedmiarem robót, wykonawca miał obowiązek stosować się do ilości pozycji wskazanych w przedmiarze robót. Wykonawca nie mógł w ofercie samowolnie dokonać korekty błędu zamawiającego (niezgodności przedmiaru robót z projektem budowlanym). Według KIO, istnieją na gruncie Pzp instrumenty, które umożliwiają wykonawcy wyjaśnienie z zamawiającym na etapie przygotowania oferty wszelkich niejasności lub nieprawidłowości zapisów zawartych w SIWZ. W tej sytuacji wykonawca powinien był, w trybie Art. 38 Pzp zwrócić się do zamawiającego o poprawienie błędu w przedmiarze robót (Art. 38 ust. 1 – Pzp Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany niezwłocznie udzielić wyjaśnień, chyba że prośba o wyjaśnienie treści specyfikacji wpłynęła do zamawiającego na mniej niż 6 dni przed terminem składania ofert, a w przypadku przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia – na mniej niż 4 dni przed terminem składania ofert). Według KIO wykonawca nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do żądania wyjaśnień od zamawiającego, w wyniku czego nie doprowadził do skorygowania przez zamawiającego błędu w SIWZ. W tym stanie rzeczy, wykonawca nie mógł samowolnie poprawić zapisów zawartych w przedmiarach robót i powinien był przygotować kosztorys ofertowy zgodnie z zapisami przedmiarów robót.

Warto jest pamiętać o przysługującym wykonawcy na podstawie Art. 38 Pzp uprawnieniu do zadawania zamawiającemu pytań, wnoszenia uwag, wskazywania błędów zawartych w SIWZ. W ten sposób wykonawca może nawet doprowadzić do zmiany SIWZ (Art. 38 ust. 4. Pzp – W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specy-

fikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie.) oraz w uzasadnionych przypadkach do wydłużenia terminu składania ofert (Art. 38 ust. 6. Pzp – Jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie.). Wykonawcy powinni dążyć na etapie przygotowania oferty do wyjaśnienia przez zamawiającego zapisów SIWZ. W ten sposób, unikną nieprawidłowości przy sporządzaniu ofert, a w przypadku zarzutów wobec ich oferty, umożliwi im to powołanie się na odpowiedź zamawiającego jako na wiążącą interpretację SIWZ. Przedstawione bowiem przez zamawiającego wyjaśnienia zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie „stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu; stanowią też rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego zmodyfikowania SIWZ”.

Brak wyceny pozycji w kosztorysie ofertowym a odrzucenie oferty

Do KIO trafiła sprawa, w której zamawiający dokonał odrzucenia oferty, z powodu jej braków formalnych, polegających na dołączeniu do oferty kosztorysu ofertowego w formie niezgodnej z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ (KIO /UZP 259/09). W kosztorysie ofertowym załączonym do oferty wykonawca nie wskazał żadnych wartości ani jednostkowej, ani wartości netto pozycji kosztorysowej. W kosztorysie, w miejscach przewidzianych do umieszczenia tych danych znajdowały się puste pola, nie podano więc żadnych wartości. W wyniku powyższego, w rzeczywistości wartość jednostkowa pozycji i wartość netto wyceniona została przez wykonawcę na 0,00 zł. Przyczyną pustych pozycji w arkuszu kosztorysowym, był program komputerowy użyty przez wykonawcę do sporządzenia kosztorysu, który nie pokazał wartości zerowych w pozycjach kosztorysowych i zamiast umieszczenia wartości pozostawił puste pola.

Zamawiający dokonując oceny oferty stwierdził, że wykonawca powinien był określić wartości wszystkich pozycji występujących w kosztorysie ofertowym. Brak wskazania wartości konkretnych pozycji kosztorysowych, stanowiło w ocenie zamawiającego o niezgodności treści oferty z SIWZ i uzasadniało odrzucenie oferty. Wykonawca podnosił, że zamawiający powinien był uznać brak wskazania przez wykonawcę wartości w arkuszu kosztorysowym jako omyłkę, która zgodnie z regulacją art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, powinna zostać przez zamawiającego poprawiona, jako nie wpływająca istotnie na treść oferty (Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – Zamawiający poprawia w ofercie: 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego

oferta została poprawiona). Zamawiający twierdził, że nie miał prawa potraktować takiej sytuacji jako omyłki. Naraziłby się bowiem na zarzut ingerencji w treść oferty tj. cenę, a w konsekwencji sam dokonałby wyceny pozycji, których wartości w arkuszu kosztorysowym nie zostały podane, co jest sprzeczne z prawem. Zamawiający stwierdził również, że podanie przez wykonawcę w ofercie wartości 0,00zł dla poszczególnych pozycji kosztorysu, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

KIO nie uznała argumentacji zamawiającego. Izba stwierdziła, że zamawiający powinien był odczytać puste miejsca w kosztorysie ofertowym, jako wartość 0,00 zł. Jeżeli zamawiający miał wątpliwości jak należy odczytać pozycje kosztorysowe podane w ofercie, mógł skorzystać z uprawnienia jakie przewiduje art. 87 ust. 1 Pzp i zażądać od wykonawcy złożenia wyjaśnień zapisów kosztorysu ofertowego. (Art. 87 ust. 1 Pzp – W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.) „Zamawiający może, ale nie musi korzystać z powyższego uprawnienia. Jednakże (...) zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...) jeżeli istnieją ku temu przesłanki” (ZA/UZP/ZO/0-936/03). Zdaniem komentatorów (min. Komentarz Prawo zamówień publicz-



Najlepiej uczymy się na błędach

nych, 2007, wyd. III. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski): „Jeśli zamawiający zaniecha żądania wyjaśnień i wskutek tego niewłaściwie zinterpretuje treść oferty, może narazić się na protest ze strony wykonawcy. Protest ten nie może jednak opierać się na zarzucie nieskorzystania przez zamawiającego ze swych uprawnień, ale wyłącznie na wykazaniu, że ocena oferty została dokonana z naruszeniem prawa polegającym na niewłaściwej ocenie zawartej w niej propozycji, którego można było uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do wykonawcy.”

Na tle powyższych spraw można stwierdzić, że prawidłowe korzystanie przez zamawiającego z uprawnień przewidzianych przepisami Pzp może przyczynić się do szybkich rozstrzygnięć postępowań przetargowych i realizacji przedmiotu zamówienia, bez konieczności uciekania się do środków ochrony prawnej.

Cena ryczałtowa zawierająca błędy

KIO bardzo często rozstrzyga nieprawidłowości postępowania przetargowego związane z ceną podaną w ofercie. Jak pokazuje praktyka szczególnie na gruncie sposobu ustalania ceny lub obliczenia ceny zamawiający i wykonawcy mają trudności z zastosowaniem przepisów Pzp. W przypadku kompleksowych zamówień o roboty budowlane, możemy mieć do czynienia z różnymi stawkami podatku VAT. W sprawie poddanej pod rozstrzygnięcie KIO (KIO/UZP 193/09), wykonawca zastosował jednolitą stawkę podatku VAT w odniesieniu do wszystkich robót, gdy tymczasem przedmiot niektórych robót nakazywał zastosowanie innej stawki podatku VAT. W SIWZ zawarto zapis, że błędy w obliczeniu ceny będą powodem odrzucenia oferty. Zamawiający uznał, że ofertę wykonawcy z ceną zawierającą jednolitą stawkę podatku VAT dla wszystkich robót, zamiast

zróżnicowanej stawki dla poszczególnych robót, należy odrzucić z powodu błędu w obliczeniu ceny, na podstawie Art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp (Art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 6) zawiera błędy w obliczeniu ceny.) Wykonawca stał na stanowisku, że zamawiający nie powinien badać sposobu kalkulacji ceny ryczałtowej podanej w ofercie i powinien pomimo błędnie zastosowanej stawki podatku VAT przyjąć cenę podaną w ofercie za wiążącą.

KIO zwróciła uwagę na następujące elementy tegoż postępowania. W SIWZ określono, że podstawą wyceny prac był projekt budowlany, a przedmiar robót należało traktować jako dokument pomocniczy. Cena podana w ofercie miała być stała oraz obowiązywać przez cały okres realizacji zamówienia. Nadto wzór umowy o realizację robót stwierdzał, że obowiązującą formą wynagrodzenia było wynagrodzenie ryczałtowe, które wyraża się kwotą brutto, w tym podatek VAT.

Izba stwierdziła, że przy cenie ryczałtowej nie ma znaczenia sposób jej obliczenia, bowiem cena ryczałtowa nie może ulec podwyższeniu zgodnie z regulacją Art. 632 § 1 kodeksu cywilnego (art. 632 §1 KC – Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.) W przypadku zastosowania przez wykonawcę błędnej stawki VAT, konsekwencje w tym zakresie będzie więc ponosił wykonawca a nie zamawiający. Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wykonawcy wynagrodzenia ryczałtowego w wysokości brutto, zgodnie z ofertą. Wykonawca w takim przypadku nie będzie mógł żądać od zamawiającego podwyższenia wynagrodzenia z uwagi na zwiększoną stawkę podatku VAT.

Kolejne potyczki zamawiających i wykonawców w następnych numerach.

FIDIC a polskie regulacje prawne

czy stosowanie warunków kontraktowych FIDIC przeszkadza w sprawnej realizacji kontraktów?



Tomasz
LATAWIEC
Członek Zarządu SIDiR

FIDIC a polskie regulacje prawne.

Od dłuższego czasu w „środowisku infrastrukturalnym” trwa dyskusja na temat tego, czy warunki kontraktowe FIDIC („WK”) są dobry czy złe. Czy pasują do naszych polskich uwarunkowań prawnych, czy też nie. Czy warto je stosować jako wzór umowy o roboty budowlane, czy może jednak do tego się nie nadają. Oczywiście powszechność stosowania warunków kontraktowych FIDIC i dowolność ich modyfikowania warunkami szczególnymi, niezależnie od koloru książki – żółta czy czerwona, spowodowała, że dzisiaj trudno jest mówić o jednym wzorze. Jak wynika z analiz kilkunastu SIWZ, dotyczących różnorodnych postępowań przetargowych na roboty budowlane, nie ma wśród nich takiego samego projektu umowy. Trudno jest zatem mówić o wzorcu FIDIC. To prawie tak, jak gdyby w każdym większym mieście mieli swój własny wzorzec metra – ale przecież ten jest tylko jeden i można go obejrzeć w Sevres.

Z warunkami kontraktowymi FIDIC jest trochę inaczej, bowiem składają się one niejako z dwóch części: warunków ogólnych i warunków szczególnych. I o ile te pierwsze faktycznie są wzorcem, to te drugie wymyślane przez poszczególnych zamawiających modyfikują warunki ogólne w sposób, którego twórcy „WK” nie byli w stanie przewidzieć.

I to jest pierwszy problem ze stosowaniem warunków kontraktowych FIDIC. W założeniu miał to być uniwersalny wzór kontraktu, charakteryzujący się spójnością zapisów, kompletnością regulacji i bezwzględnym nakazem dostosowania do praw krajowych oraz, co ważne, by opisywał mechanizm rozwiązywania i rozstrzygania sporów – bo takie w trakcie realizacji kontraktów na ogół się pojawiają. Należy podkreślić, że standardowe „WK” równomiernie obciążają zamawiających i wykonawców obowiązkami i prawami oraz dbają o to, by żadna ze stron nie była zbyt uprzywilejowa-

wana a także, by ryzyka były rozłożone równomiernie na strony. „WK” wprowadzają do kontraktu osobę Inżyniera, który w założeniu ma administrować kontraktem. Gwoli wyjaśnienia – Inżynierem może być osoba fizyczna lub prawna i niezależnie od tego ma w „WK” przypisane dokładnie te same uprawnienia. Ale Inżynier nie jest stroną kontraktu, mimo że posiada wobec stron kontraktu samodzielną pozycję wynikającą z umowy łączącej go z zamawiającym!

Drugi problem wynika z różnego definiowania poszczególnych pojęć używanych w „WK” i naszych krajowych regulacji prawnych. Często powstają konflikty na tle różnego interpretowania zapisów kontraktowych, których można by uniknąć, gdyby zamawiający w warunkach szczególnych próbowali doprecyzować „fidicowskie” nazewnictwo i krajowe uregulowania prawne. Do tego właśnie służą warunki szczególne, które nie powinny być wykorzystywane do wykreślania klauzul dających jakieś prawo wykonawcy i do przerzucania wszelkich odpowiedzialności na wykonawcę, czy wzmacniania własnej pozycji. Warunki szczególne służą tylko do jasnego precyzowania i definiowania pojęć wprowadzanych do kontraktu i uwzględniania szczególnego charakteru robót. A przede wszystkim do dostosowywania „WK” do prawa krajowego właśnie! Nie da się poprawnie realizować kontrakty, gdy nie można utożsamić jakiegos zjawiska zachodzącego w trakcie wykonywania robót, opisanego w „WK” inaczej niż w powszechnie stosowanym nazewnictwie lub praktyce budowlanej, czy wręcz w ustawach, np. w prawie budowlanym. Dlatego też konieczne jest dostosowanie poszczególnych klauzul do prawa krajowego. Za swoistą wadę „WK” można natomiast uznać specyficzne nazewnictwo i problemy ze zrozumieniem funkcjonowania Inżyniera.

SIDiR zamierza ograniczyć dowolność modyfikowania „WK”, a w kolejnych wydaniach wprowadza nazewnictwo zbliżone do powszechnie stosowanego w naszym kraju.

Kolejny problem wynika z ciągłej zmiany szeroko rozumianego polskiego prawa krajowego i nienadążaniem zamawiających za tymi zmianami. Przykładem może być ostatnia nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych, która w sposób diametralny zmienia między innymi uwarunkowania dotyczące wprowadzania zmian do umów o zamówienie publiczne (art. 144 ustawy pzp). Dysponuję kilkunastoma specyfikacjami przetargowymi dotyczącymi postępowań ogłoszonych po 24 października 2008 r., w których zamawiający nie zauważyli tej istotnej zmiany.

FIDIC a polskie regulacje prawne

czy stosowanie warunków kontraktowych FIDIC przeszkadza w sprawnej realizacji kontraktów?

Co należy bezwzględnie zmienić w warunkach kontraktowych FIDIC by były zgodne z polskim prawem.

Generalnie można zauważyć, że po wprowadzeniu pewnych zmian w warunkach ogólnych, „WK” mogą być dobrym wzorem służącym zamawiającym do przygotowania projektu umowy o roboty budowlane zawierane w trybie zamówień publicznych. Zasada swobody kształtowania warunków umowy, zawarta w art. 353¹ kc pozwala na dowolne formułowanie treści zawieranych umów i zasad współpracy pomiędzy stronami. Ale tylko do momentu, w którym zapisy umowne pozostają w zgodności z obowiązującymi w Polsce przepisami o charakterze obowiązkowym. Tylko nieliczne zapisy w klauzulach „WK” pozostają w sprzeczności z obowiązującym prawem. Na przykład, zastrzeganie terminów na zgłaszanie roszczeń pod rygorem utraty tego prawa. Skoro już przytoczyłem kwestie roszczeń, to warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden istotny aspekt pomijany w praktyce realizacyjnej – roszczenia dotyczą skutków, a nie przyczyn powstawania tych roszczeń! Ważne jest zatem np. nie to przez ile dni nie mogliśmy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego realizować robót, tylko jak ta niemożność wpłynęła na przedłużenie robót z tego powodu. I wcale tydzień opóźnienia nie musi skutkować tygodniowym przedłużeniem czasu na ukończenie. W takim przypadku, roszczenie zależy od szczegółowej analizy zaistniałego przypadku, przy czym czas często będzie powiązany z dodatkowymi kosztami jakie poniesie z tego tytułu wykonawca robót. Innym przykładem mogą być klauzule dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zgodnie z art. 150 ust. 2 pzp jasno wynika, że zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie, albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Ponadto takie zabezpieczenie musi zostać wniesione przed podpisaniem umowy z jednym odstępstwem, gdy roboty budowlane wykonywane są przez dłuższy czas niż jeden rok. Ale nigdy zabezpieczenie nie może być wyższe niż 10% ceny lub maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania. Również zwrot kwot zatrzymanych w formie zawartej w warunkach ogólnych stoi w sprzeczności z ustawą pzp. Zamawiający muszą o tym pamiętać w trakcie przygotowywania specyfikacji. Kolejną klauzulą stojącą w sprzeczności z prawem krajowym jest klauzula 11 – odpowiedzialność za wady, zwłaszcza z artykułami kodeksu cywilnego opisującymi

okres rękojmi. No i wreszcie zatrzymam się dłużej przy klauzuli 13 – zmiany i korekty. Na tle błędnego zrozumienia istoty art. 144 ustawy pzp i niezgodności zapisów klauzuli 13 z tą ustawą w kwestii zmian treści umowy o zamówienie publiczne, powstaje wiele konfliktów pomiędzy zamawiającymi i wykonawcami oraz co ważne także z Inżynierami. Bo w tej klauzuli właśnie Inżynier pełni szczególną rolę. Jako zarządzający kontraktem nie ma on jednak uprawnień do korygowania kontraktu. A zatem wszelkie polecenia Inżyniera wydawane w trybie klauzuli 13, dotyczące zmiany robót, rezygnacji z ich jakiejś części, zmiany rodzaju wykonywanych robót czy też wydawanie poleceń wykonywania tzw. robót zamiennych (ppz nie zna takiego pojęcia) nie mogą stanowić zmiany w rozumieniu art. 144 pzp. Jak widać Inżynier praktycznie nie ma jak skorzystać z tej klauzuli, bo nawet gdy zgodnie z ustawą pzp zamawiający przewidział na etapie postępowania przetargowego przypadki, w których dopuszcza zmianę umowy o zamówienie publiczne, to wówczas roboty dodatkowe mogą być wykonane na podstawie udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Udzielenie takiego zamówienia wymaga zgodnej woli stron i zawarcia nowej umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Ale nigdy stroną nie jest w tym przypadku Inżynier!

Oczywiście w „WK” występuje jeszcze kilka klauzul, które powinny zostać dostosowane do prawa krajowego po to by kontrakty były realizowane sprawniej, a przede wszystkim w zgodzie z tym prawem. Niemniej podstawowym problemem zawsze będzie zrozumienie istoty stosunków łączących strony kontraktu i jasne określenie celu. Celem powinno być ukończenie robót w założonym budżecie i w określonym czasie. Nawet, gdy przedmiotem postępowania przetargowego jest zaprojektowanie i wykonanie robót (żółty FIDIC) to i tak celem jest ukończenie robót, a nie ich zaprojektowanie. Problemy pojawiają się wówczas, gdy jedna ze stron kontraktu nie rozumie co jest tym celem.

Co jeszcze przeszkadza w sprawnej realizacji kontraktów.

Uważny obserwator, nawet nie związany z naszym rynkiem zauważa, że realizacja kontraktów współfinansowanych z funduszy strukturalnych i funduszu spójności nie przebiega tak szybko i sprawnie jak byśmy sobie tego życzyli. Praktycznie na każdym etapie występują jakieś problemy. Poczynając od przygotowania projektu, poprzez procedurę

wyboru wykonawcy, a na samej realizacji robót kończąc. Do tego jeszcze dochodzą raporty końcowe, które powinny być przedłożone w ciągu sześciu miesięcy od ostatniej płatności dokonanej przez instytucję płatniczą. Mogę się tylko domyślać, że z nimi też będą kłopoty. Należy zatem zadać pytania: po pierwsze – dlaczego tak się dzieje? Po drugie – czy da się w sposób świadomy zminimalizować te problemy? Po trzecie – czy relacje „zamawiający”-„wykonawca” mogą stać się bardziej partnerskie i odpowiedzialne? Pytania tak postawione sugerują kierunki poszukiwań przyczyn powstawania problemów, a także wskazują, że przyczyny te są wielopłaszczyznowe i wzajemnie przenikające się. Zawsze bowiem w procesie realizacji projektu występuje „beneficjent – zamawiający”, wykonawca, inżynier, jednostka monitorująco-kontrolna, instytucja zarządzająca, etc. Oczywiście nie wolno zapominać o tym, w jakim obszarze prawnym są realizowane inwestycje celu publicznego, szczególnie współfinansowane ze środków Unii Europejskiej.

Zacznijmy zatem od uwarunkowań prawnych, w których należy się odnaleźć. Słowo „odnaleźć” jest tutaj użyte nieprzypadkowo – częste zmiany prawne, o których pisałem powyżej, a które następowały w ostatnich latach, oraz niespójność poszczególnych aktów prawnych i konieczność dostosowania polskiego prawa do dyrektyw unijnych powoduje, że musimy poruszać się w obszarze trudnym do zrozumienia nawet dla fachowców i środowiska korzystającego z dofinansowania unijnego. Należy zatem zwrócić uwagę na fakt, iż każda ze stron procesu inwestycyjnego napotyka na przeszkody prawne – zarówno beneficjenci (*dla przypomnienia – zgodnie z Ustawą z dnia 20 kwietnia 2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju (Dz. U. Nr 116, poz. 1206) to osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, korzystająca z publicznych środków wspólnotowych i publicznych środków krajowych na podstawie umowy o dofinansowanie projektu albo decyzji, podjętej odpowiednio przez właściwego ministra, jeśli pełni funkcję instytucji zarządzającej albo instytucji pośredniczącej, albo przez wojewodę, jeśli pełni funkcję instytucji pośredniczącej*), jak i wykonawcy. Gwoli uwagi: już tu pojawia się niespójność pomiędzy tą ustawą a ustawą prawo zamówień publicznych, która nie zna i nie definiuje pojęcia „beneficjent”. Problemy te biorą się ze skomplikowanych procedur aplikacyjnych, trudności z przeniesieniem praw unijnych do polskich norm, oraz braku doświadczenia w zakresie wykorzystywania funduszy pomocowych, niezależnie od tego czy przepisy te są racjonalne, czy nie. Jako główny problem postawiłbym w tym miejscu kwestię „wspólnego języka”. Nie da się bowiem rozpatrywać jakichkolwiek kwestii bez zdefiniowania podstawowych pojęć i zwrotów używanych w realizacji inwestycji celu publicznego. Kłania się tutaj podkreślane przez mnie powyżej, definiowanie w warunkach szczególnych wszystkiego co budzić może różne interpretacje. Nawiązać w tym miejscu muszę do często przytaczanej w moich artykułach grze w brydża – tak samo jak przy grze w brydża, należy się najpierw umówić jakim „językiem” się porozumiewamy z partnerem, tak samo w zamówieniach publicznych najpierw musimy się umówić co oznaczają poszczególne określenia używane przez strony, a dopiero potem podejmować współpracę. I oczywiście zgodnie z zasadą – „od ogółu do szczegółu”. W brydżu – od ilości punktów, przez skład, do wartości.

Nigdy odwrotnie. Czy zatem nie powinniśmy szerzej korzystać ze „słowników” i wytycznych zamieszczanych na oficjalnych stronach Ministerstwa Rozwoju Regionalnego i innych portali dotyczących funduszy unijnych? Odpowiedź może być tylko twierdząca. Ale nie wolno zapominać, że takie działania nie wystarczą by ustrzec się problemów związanych z interpretacją. Powinniśmy – jako środowisko – próbować wpływać na ustawodawcę by tworzył spójne ustawy i rozporządzenia wykonawcze. Oraz by były one przygotowywane „na czas”, bez zbędnych opóźnień i koniunkturalizmu. Niech negatywnym przykładem na zbyt późne wydanie aktu normatywnego wydanego na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w art. 55a ustawy – Prawo budowlane, będzie osławione Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 6 listopada 2008 r. *„w sprawie metodologii obliczania charakterystyki energetycznej budynku i lokalu mieszkalnego lub części budynku stanowiącej samodzielną całość techniczno-użytkową oraz sposobu sporządzania i wzorów świadectw ich charakterystyki energetycznej”* (Dz. U. Z 2008 r. Nr 201, poz. 1240), które weszło w życie z dniem 1 stycznia 2009 r. Proszę zwrócić uwagę na daty – rozporządzenie z 6 listopada 2008 r., ogłoszono 13 listopada 2008 r. a wchodzi w życie 1 stycznia 2009. Nie zostawiono zbyt wiele czasu na zapoznanie się z tym aktem prawnym i przygotowanie do jego stosowania. Innym przykładem mogą być *„Wytyczne w zakresie postępowania w sprawie oceny oddziaływania na środowisko dla przedsięwzięć współfinansowanych z krajowych lub regionalnych programów operacyjnych”*, opracowane przez Ministra Rozwoju Regionalnego, ingerujące w obowiązującą ustawę – Prawo budowlane. Wytyczne przewidują, że inwestor (beneficjent) jest zobowiązany do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę w przypadkach przedsięwzięć realizowanych zgodnie z wymaganiami ustawy Prawo budowlane na podstawie zgłoszenia, a wymagających przeprowadzenia postępowania w sprawie oceny oddziaływania na środowisko, lub mogących znacząco oddziaływać na obszar Natura 2000. W tym przypadku „Wytyczne” uwzględniają zasadę pierwszeństwa prawa wspólnotowego w trakcie realizacji projektów współfinansowanych z krajowych lub regionalnych programów operacyjnych.

Powróć jeszcze na chwilę „do ogółu”. Podstawową ustawą normującą działalność obejmującą sprawy projektowania, budowy, utrzymania i rozbiórki obiektów budowlanych, oraz określającą zasady działania organów administracji publicznej w tych dziedzinach, jest przytaczana powyżej kilkakrotnie ustawa – Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. Określa ona między innymi co jest obiektem budowlanym, kto jest uczestnikiem procesu budowlanego i jakie ma prawa i obowiązki. I tutaj pierwsza niespodzianka – uczestnikami procesu budowlanego są: inwestor, inspektor nadzoru budowlanego, projektant, kierownik budowy lub kierownik robót. Ani słowa o wykonawcy! I co równie ważne, ta ustawa nie rozgranicza z jakich środków finansowane będą roboty budowlane. Według tej ustawy wszyscy inwestorzy są równi – zarówno prywatni dysponujący środkami nie podlegającymi przepisom o finansach publicznych jak i budżetowi dysponujący środkami publicznymi. Zupełnie inaczej należy patrzeć na roboty budowlane z punktu widzenia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, która określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrole udzielania zamówień pu-

FIDIC a polskie regulacje prawne

czy stosowanie warunków kontraktowych FIDIC przeszkadza w sprawnej realizacji kontraktów?

blicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych ustawą. A do tego wszystkiego należy pamiętać, że wzajemne stosunki cywilno-prawne stron umowy o roboty budowlane reguluje ustawa – Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. z późniejszymi zmianami niezależnie od tego jakimi środkami dysponuje zamawiający/inwestor i kto nim jest w rozumieniu ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych z późniejszymi zmianami. Oczywiście wymieniałem tylko trzy główne akty prawne, ale innych ustaw, dyrektyw, zarządzeń i zaleceń wpływających na proces realizacji inwestycji jest znacznie więcej. Jak łatwo się domyślić, zapisy tych regulacji nie są spójne ze sobą i w różny sposób opisują te same zagadnienia. O definiowaniu nie wspominając. Co należałoby zatem poprawić? Myślę, że najistotniejsze jest obecnie „uporządkowanie” kluczowych ustaw takich jak ustawa Prawo budowlane, Prawo zamówień publicznych, ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, ustawa o ochronie środowiska, itp. Uporządkowanie to powinno doprowadzić do jednolitego podejścia różnych instytucji państwowych do kwestii związanych z realizacją projektów – zwłaszcza infrastrukturalnych. Powinno to w końcu ustabilizować obszar prawny, w którym przyszło nam się poruszać i zlikwidować wszelkie bariery utrudniające absorpcję funduszy unijnych. Nie wolno również zapominać o partnerstwie publiczno-prywatnym i o tym, że z powodów niejasności prawnych ta droga służąca realizacji zadania publicznego przez podmiot publiczny i partnera prywatnego nie znalazła szerokiego zastosowania w praktyce. A szkoda, bowiem coraz częściej beneficjenci będą napotykać na trudności z pozyskiwaniem środków finansowych na zapewnienie i pokrycie wkładu własnego.

Tyle niejasności prawnych, ale niezajomość prawa nie zwalnia z obowiązku stosowania go. Dlatego należy podkreślić, że jednostki, które ubiegają się o środki unijne powinny starać się zatrudniać wykształconą kadrę i stale dbać o jej rozwój. Dzisiaj istnieje wiele możliwości doszkalania i korzystania z różnorodnej pomocy udzielanej zarówno przez instytucje państwowe jak i prywatne. Nieocenioną pomoc można uzyskać dzięki Internetowi. Warto podjąć studia podyplomowe na Politechnice Poznańskiej, czy Politechnice Wrocławskiej, gdzie wykładowcami są praktycy profesjonalnie zajmujący się zamówieniami publicznymi. A mimo takich możliwości daje się zauważyć niedociągnięcia w doborze i dalszym szkoleniu specjalistów odpowiedzialnych za planowanie i wykorzystywanie środków europejskich, wdraża-

nie poszczególnych programów i przeprowadzanie konsultacji społecznych. Niedobór doświadczonej, szeroko rozumianej administracji i kadry wdrażającej fundusze unijne, jest poważnym czynnikiem wpływającym na zahamowanie sprawnej realizacji projektów. Ale akurat ten problem można w sposób skuteczny wyeliminować – beneficjenci powinni zadbać o to by wzmocnić zespoły wdrażające programy, stworzyć im warunki do systematycznego rozwoju i wymiany doświadczeń, umożliwić udział w specjalistycznych szkoleniach, seminariach i konferencjach. Godne uwagi są inicjatywy EDS, PSBFP, SIDiR jako jednostek pozarządowych, a także MRR. Należy jednak zwracać uwagę na to, by osoby odpowiedzialne za przygotowywanie projektów, ich wdrażanie i rozliczanie posiadały wiedzę z różnych dziedzin. By nie były to osoby wyspecjalizowane w wąskiej dziedzinie, na przykład w Prawie zamówień publicznych lub warunkach kontraktowych FIDIC. Dlatego, że wszystkie te dziedziny wzajemnie się przenikają i uzupełniają, oraz stanowią poszczególne ogniwa długiego łańcucha, na początku którego znajduje się pomysł na projekt indywidualny, a na końcu, sprawne i skuteczne zrealizowanie projektu, jego wdrożenie i rozliczenie.

Gdy już uda się pozyskać środki na realizację projektu należy pomyśleć o wyborze wykonawcy. Te kwestie reguluje ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Wykonawcą może być osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W celu sprawnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający powinien bezwzględnie przestrzegać i stosować przepisy ustawy. Należy pamiętać, że wykonawcy stawiają sobie za cel wygranie postępowania i będą wykorzystywać wszelkie możliwe i dostępne prawnie kroki by tego dokonać – niezależnie od czasu w jakim to się dokona. **Najczęściej pojawiającym się błędem wpływającym na przedłużanie się procedury wyboru wykonawcy jest niezrozumienie art. 7 i 29 cytowanej ustawy, które nakazują zamawiającemu przygotować i przeprowadzić postępowanie o zamówienie publiczne w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ**

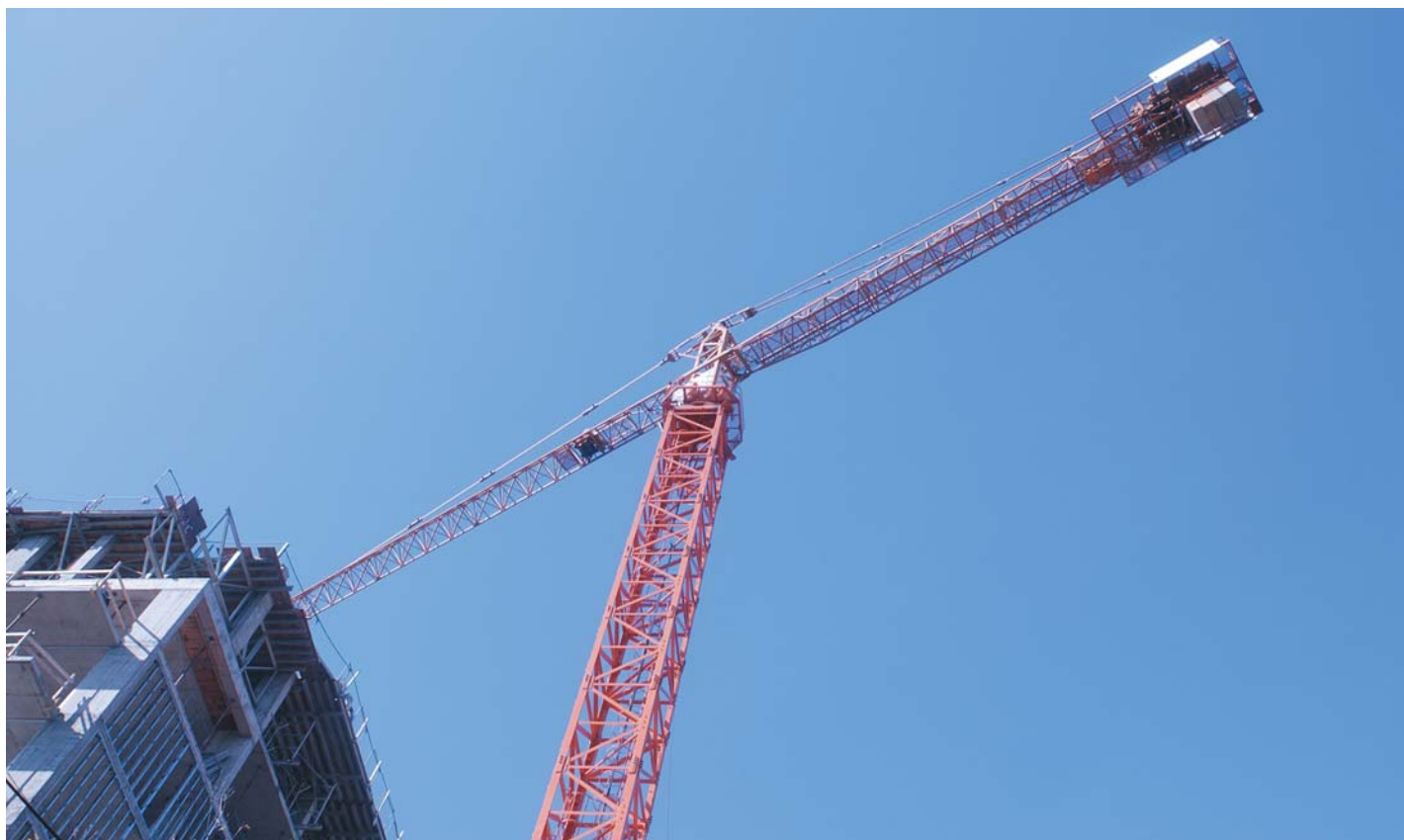
na sporządzenia oferty. I w tym właśnie miejscu należy zwrócić uwagę na to jak ma być opisany przedmiot zamówienia, aby proces wyboru oferenta był sprawny. Dokumentacja projektowa musi składać się z projektu budowlanego, projektów wykonawczych, przedmiaru robót. Definicja projektu budowlanego znajduje się w ustawie – Prawo budowlane i przywołanym tam Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w „*sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego*”. Projekt wykonawczy zdefiniowany jest w przywołanej ustawie Prawo zamówień publicznych, Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. „*w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego*”. Ale zakres dokumentacji projektowej ustala zamawiający. Nie może tylko zapominać, że projekt budowlany nie jest tożsamy z projektem wykonawczym, który powinien go uzupełniać i uszczegóławiać. Podobnie projekt budowlany to nie to samo co dokumentacja projektowa, w skład której musi on wejść. Dokumentacja projektowa powinna odpowiadać na pytania: „co należy wykonać?” – precyzuje to część rysunkowa i opisowa dokumentacji, „ile trzeba tego wykonać?” – precyzuje to przedmiar robót, oraz „jak to trzeba wykonać i z czego?” – precyzują to specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. Wszelkie elementy dokumentacji projektowej muszą być spójne, pozbawione możliwości dowolnego odczytywania i nie budzące wątpliwości u wykonawców. Zakres i stopień szczegółowości musi być dostosowany do specyfiki i charakteru obiektu budowlanego, oraz stopnia skomplikowania robót budowlanych będących przedmiotem postępowania przetargowego. Dokumentacja projektowa służy do zamawiania robót budowlanych i ma stanowić podstawę do sporządzenia koszt-

torysu inwestorskiego, opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane w procedurze ich zamawiania i wyboru wykonawcy, dokonania wyceny przedłożonego przedmiaru robót i określenia całkowitej ceny za wykonanie tych robót oraz włączenia do dokumentów przetargowych jako załącznika do umowy, opisującego przedmiot umowy. Zgodnie z wymaganiami ustawy Prawo zamówień publicznych, projekt umowy załączony do SIWZ musi być spójny z innymi dokumentami składającymi się na specyfikację. Należy zatem tak precyzować i określać wymagania, aby nie narazić się na ewentualne protesty wydłużające procedurę wyboru wykonawcy. Tak więc świadome wywiązywanie się zamawiających z wymagań ustawy Prawo zamówień publicznych, pozwala skrócić proces wyboru wykonawcy. A świadome działanie może być tylko wtedy, gdy nadsza się za zmianami w przepisach prawa i wypełnia obowiązki nałożone na zamawiających przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i przepisami wykonawczymi.

Końcowym etapem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest podpisanie z wybranym wykonawcą umowy. I w tym miejscu wracamy do warunków kontraktowych, czyli do początku tego artykułu. Tak naprawdę najwięcej problemów ze sprawną realizacją projektów występuje na tym etapie, ale o tym w następnym artykule.

Słownik pojęć:

- EDS – Europejski Doradca Samorządowy,
- PFBFP – Polska Fundacja Beneficjentów Funduszy Pomocowych,
- SIDiR – Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców
- MRR – Ministerstwo Rozwoju Regionalnego



Po pierwsze – zrozumieć prawo część 2



Tomasz
LATAWIEC
Inżynier Konsultant

Dlaczego w „Biuletynie” pojawia się kolejny artykuł pod tym samym tytułem? Jak to na ogół w takich przypadkach bywa, jest to reakcja na opinie Czytelników wyrażane bardziej lub mniej oficjalnie po zapoznaniu się z jego treścią. Część z nich potraktowała poprzedni artykuł jako swoiste „szkło kontaktowe” naszego środowiska. A część jako bardzo poważny zbiór uwag na temat tego jak nie powinno się przygotowywać i prowadzić postępowań przetargowych. Stało się zatem jasne, że może to być dłuższy cykl mający na celu uwypuklenie wielorakich aspektów prawnych i proceduralnych mających wpływ na sprawne i bezproblemowe prowadzenie postępowań przetargowych (nie tylko publicznych) oraz samego procesu inwestycyjnego. Pozostaje mi tylko wierzyć, że wkrótce zabraknie mi konkretnych przypadków branych „z życia” (czytaj z konkretnych SIWZ), na podstawie których będę chciał prezentować szarą rzeczywistość naszego środowiska. Środowiska, w którym głównymi postaciami są zamawiający, wykonawcy i inżynierowie. No i oczywiście KONSULTANCI, o których krąży w tym środowisku wiele doskonałych dowcipów, obrazujących niekonwencjonalne, swoiste metody pracy, odbiegające od polskich uregulowań prawnych i doświadczeń europejskich konsultantów!

Przechodząc zatem do konkretów skupię się na ciekawym postępowaniu prowadzonym w Poznaniu a dotyczącym modernizacji stacji uzdatniania wody. Postępowanie to prowadzone było w oparciu o ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Pzp) po nowelizacji z 24 października 2008 r. Przedmiotem postępowania była modernizacja istniejącej Stacji Uzdatniania Wody w celu osiągnięcia wydajności 150 000 m³/d, polegająca na rozbiórce istniejących zbędnych obiektów kubaturowych i sieci uzbrojenia terenu, budowie nowych i modernizacji istniejących obiektów i budowli w zakresie robót budowlanych i technologicznych, przebudowie sieci technologicznych, wodociągowej, kanalizacji sanitarnej i deszczowej, sieci ciepłej, kabli zasilających, oświetleniowych, sterowniczych i teletechnicznych, budowie dróg wewnętrznych, placów, parkingów, ogrodzenia terenu, zieleni, rozruchu Stacji Uzdatniania Wody, wyposażeniu i przekazaniu do eksploatacji. A także

przygotowanie terenu pod budowę, roboty budowlane w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej, roboty instalacyjne w budynkach oraz roboty wykończeniowe w zakresie obiektów budowlanych. A wszystko to ma być wykonane na podstawie projektu dostarczonego przez zamawiającego – czyli po naszymu „Czerwona Książka FIDIC”. Wydawać by się mogło, że wzór kontraktu (może łatwiej zrozumieć będzie „projekt umowy”) stanowiący część SIWZ przygotowany w oparciu o standardowe o Czerwona Książkę tj. „Warunki Kontraktowe dla Budowy dla robót inżynierjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego” będzie podstawą partnerskiej współpracy pomiędzy zamawiającym i wykonawcą. Ale tak z wielu powodów nie będzie, niezależnie od tego kto będzie ten kontrakt wykonywał oraz kto będzie na tym kontrakcie Inżynierem. Dlatego, że przytoczone powyżej Warunki Kontraktowe (WK) zostały tak bardzo zmienione Warunkami Szczególnymi narzuconymi przez zamawiającego, że trudno w tym przypadku mówić o wzorcu FIDIC. Wszelkobecna w zaproponowanych przez zamawiającego WK chęć przerzucenia na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z realizacją kontraktu oraz wykreślanie korzystnych dla niego zapisów poszła tak daleko, że aż za daleko. Niezrozumiałe jest po co zamawiający kaleczy z gruntu równowagę i sprawiedliwie zabezpieczający interesy stron wzorzec? Czy poprawa pozycji zamawiającego na tym etapie postępowania jest warta długotrwałych sporów i procesów w trakcie jego realizacji – bo tak pewnie się ta realizacja zakończy? To bardzo krótkowzroczne postrzeganie rzeczywistości!

Ale przejdę do kilku szczegółów, żeby nie być gołosłownym...

Kuriozalnym wydaje się przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za projekt, którego nie był on autorem – a tak wynika z odpowiedzi udzielonej na pytanie 3/XI. Zamawiający stwierdził, że pomimo, iż wykonawca nie jest autorem projektu to ponosi odpowiedzialność za efekt ekologiczny modernizacji. To znaczy, że ma przyjąć na siebie odpowiedzialność za zaprojektowaną przez zamawiającego technologię wtedy, gdy po rozruchu parametry wody nie zostaną uzyskane, mimo tego, że wykona on roboty zgodnie z dostarczonym przez zamawiającego projektem budowlanym i wykonawczym, specyfikacjami i innymi wymaganiami przedstawionymi w SIWZ.

Kolejnym absurdem jest takie zmodyfikowanie klauzuli 5 „Wyznaczeni Podwykonawcy”, że w zasadzie inżynier może polecić wykonawcy zatrudnienie na „jego” budowie dowolnego podwykonawcy na mocy klauzuli 13, a on – wykonawca, nie ma prawa odmówić wykonania tego polecenia. Mało z tym – nie ma wpływu na wynagrodzenie takiego podwykonawcy, bo zgodnie z zapisem subklauzuli 5.3 ma mu zapła-

cić kwoty poświadczone przez inżyniera jako należne zgodnie z podzleceniem! Jak to się ma do ducha ustawy Pzp – ni-jak. Dla uwypuklenia tego absurdu podam jeszcze, że wykonawca jest zobligowany na mocy tych WK do przyjęcia na siebie odpowiedzialności za poczynania budowlane podwykonawcy mimo, iż nie ma wpływu na jego wybór. Czy nie nasuwa się w tym miejscu pytanie o korupcyjny aspekt takiego zapisu. Ot, wydać polecenie wykonawcy, aby zatrudnił na budowie jakąś zaprzyjaźnioną firmę i poświadczyć jej należne, wygórowane wynagrodzenie jako zgodne z podzleceniem...

Następnym ciekawym pomysłem jest modyfikacja klauzuli 8 „Rozpoczęcie, opóźnienia i zawieszenie” w taki sposób, że wykonawcy nie przysługuje prawo do przedłużenia „Czasu na ukończenie” nawet wówczas, gdy ilość robót w sposób znaczący się zwiększy w wyniku błędów zamawiającego polegających na ich niedoszacowaniu. W niesprzyjających okolicznościach można obciążyć wykonawcę karami za nieterminowe wykonanie robót, których nie mógł on przewidzieć i zaplanować w trakcie przygotowywania oferty przetargowej (bo nie znał ich rzeczywistej ilości), a które musi wykonać. Na podstawie innych poprawek naniesionych przez zamawiającego w tej klauzuli wykonawcy nie przysługuje wypowiedzenie kontraktu na mocy klauzuli 16.2 nawet wówczas, gdy zawieszenie robót (klauzula 8.8) polecane przez inżyniera na podstawie jego subiektywnych decyzji trwa dłużej niż 84 dni.

Idźmy dalej – klauzula 10 „Przejęcie przez zamawiającego”. FIDIC jasno i wyraźnie mówi, że Inżynier może wystawić „Świadectwo Przejęcia” nawet wtedy, gdy roboty są wykonane z drobnymi wadami nieistotnymi, których dokończenie czy też usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie „Robót” zgodnie z przeznaczeniem. A co w opisywanym przypadku? Znowu zamawiający chciał poprawić ideał, i wymyślił, że „Roboty” nie mogą mieć żadnych niedoróbek – nawet drobnych, wad i usterek nie mających wpływu na użytkowanie tych „Robót”. Ale takie zmodyfikowanie WK daje zamawiającemu wyjątkowo skuteczny oręż w walce z nieposłusznym wykonawcą – trudno bowiem sobie wyobrazić realizację bardzo skomplikowanego kontraktu (przypominam, że przedmiotem jest modernizacja, a więc działanie wykonawcy na istniejącym, starym, eksploatowanym obiekcie) bez jakiegokolwiek wady lub usterki! Tak więc,

w imię ochrony własnych interesów zamawiający posunął się do daleko idących zmian w WK, nijak się mających do zasad współzycia społecznego, poszanowania prawa i ducha wzorców FIDIC, a szczególnie sprzecznie z zapisami Kodeksu cywilnego do którego w tych sprawach odsyła ustawa Prawo zamówień publicznych.

Ale to nie koniec pułapek nałożonych na wykonawcę na tym kontrakcie. Zamawiający pogrzebał także przy klauzuli 17 „Ryzyko i odpowiedzialność”. Po co? Po to by całość ryzyk związanych z realizacją tego kontraktu przerzucić na wykonawcę. A także by obciążyć go w razie ewentualnej „wpadki zamawiającego” kwotami przewyższającymi „Zatwierdzoną Kwotę Kontraktową”. Jak bardzo przewyższającymi? Nie wiadomo, raczej bardziej niż mniej, bo nigdzie nie podano jak będzie liczona odpowiedzialność wykonawcy za np. nieplanowany przestój w dostawach wody do odbiorców, podanie do sieci wody o nieodpowiednich parametrach, czy w skrajnym przypadku za zatrucie tą wodą połowy miasta. O utraconych korzyściach zamawiającego nie ma co nawet wspominać... Oczywiście przytoczyłem tu tylko najbardziej jaskrawe przypadki nadużywania pozycji zamawiającego w omawianym postępowaniu. Innych, pomniejszej wagi jest tam co najmniej kilkanaście.

Czy powinniśmy pozostawiać takie przypadki bez reakcji i bez próby interweniowania? Myślę, że nie. Tylko ciągłym przypominaniem o tym, jak prawo w naszym kraju działa i jak je powinno się rozumieć można dotrzeć do świadomości ludzi tworzących takie jak przytoczone powyżej buble. Po raz kolejny powtórzę – postępowania przetargowe, zwłaszcza te współfinansowane ze środków Unii Europejskiej, są „przekombinowane” przez zamawiających w kwestiach umów w sprawach zamówień publicznych – Dział IV, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Pzp). A zwłaszcza w nieuprawnionym ingerowaniu w Warunki Kontraktowe FIDIC wtedy, gdy stanowią one część SIWZ.

Wprowadzanie zmian do Warunków Ogólnych powodujących całkowite wypaczenie ich idei i ducha jest bezzasadne. A już całkiem bezprawne są działania zamawiających polegających na wprowadzaniu do nich zmian powodujących ich niezgodność z prawem naszego kraju. Po pierwsze zrozumieć prawo – drodzy Państwo!

Ścieżka krytyczna a opóźnienia w postępie robót



Ian Lawrence **MEERS**
Członek SIDiR

Właściciel firmy M&I Doradztwo Inwestycyjne Sp. z o.o., która specjalizuje się w problematyce sporów w branży budowlanej. Doradca wielu liczących się firm budowlanych, Brandenburgii czy wreszcie rządu Polskiego w kwestii budowy autostrad.

Sektor budowlany w Europie znajduje się obecnie w kryzysie, a w Polsce trudności przeżywa budownictwo mieszkaniowe i biurowe. Ceny w sektorze są zatem poddane presji i w najbliższych latach należy oczekiwać powstawania sporów i konfliktów spowodowanych opóźnieniami i przerwaniem robót. Niniejszy artykuł jest pierwszym z trzech, które zajmą się problemem czasu w budownictwie z punktu widzenia unikania i rozwiązywania sporów. Treść pierwszego z artykułów dotyczyć będzie ścieżki krytycznej i opóźnień w postępie robót oraz międzynarodowej praktyki w zakresie rozwiązywania sporów wynikających z zarządzania czasem. Drugi poświęcony będzie różnym metodom sądowym stosowanym w rozwiązywania sporów, a trzeci przyjrzy się bieżącym zagadnieniom związanym z oceną finansową sporów wynikłych z przerwania robót i opóźnień.

Bieżąca praktyka

Zajmijmy się typowym harmonogramem budowy, tym jak się go przygotowuje i jak go opracować zgodnie z najlepszą praktyką. Dzisiaj często stosowanym rozwiązaniem jest, że wykonawca opracowuje bardzo uogólnioną wersję harmonogramu rzeczowo-finansowego (jeśli jest to wymagane) na etapie przetargu, a następnie, zazwyczaj po podpisaniu umowy, przedstawia harmonogram wstępny (zwykle w Microsoft Project), który po „przepychankach” z Inżynierem zostaje zaakceptowany jako harmonogram obowiązujący w kontrakcie. W kolejnych miesiącach trwania umowy wykonawca opracowuje aktualizacje harmonogramu, które co prawda zachowują termin zakończenia robót, ale piętrzą zadania wymagane przez zamawiającego lub przedstawia harmonogramy pokazujące faktyczną długość trwania robót (wykraczającą poza datę ukończenia) z uwzględnieniem opóźnień i konsekwencjami takich opóźnień. Takie harmonogramy są na ogół odrzucane zarówno przez Inżyniera jak i zamawiającego. Wykonawca poddawany jest różnym naciskom, a następnie zaczyna opracowywać coś w rodzaju mieszanki „oficjalnych harmonogramów” i „harmonogramów roboczych”, wykorzystując szereg dokumentów dotyczących ryzyka odszkodowania umownego i jednocześnie usiłując zostawić otwarte drzwi dla korzystania z prawa do przedłu-

żenia czasu na ukończenie robót. Ogólnie mówiąc, zamawiający niechętnie godzi się na przedłużenie terminu wykonania robót, poza najbardziej oczywistymi przypadkami, i to zazwyczaj wtedy, gdy Inżynier nie jest pozbawiony zapisami umowy z zamawiającym prawa do zajęcia się tą sprawą. Zatem w ramach obecnie obowiązujących struktur kontraktowych najlepiej jest, gdy Wykonawca przygotuje dokumentację z uwzględnieniem sytuacji, gdy mechanizm rozwiązywania sporów w kontrakcie będzie pierwszym poziomem decyzyjnym w kwestiach związanych z czasem. Od Inżyniera zależy, czy będzie starał się przekonać zamawiającego do możliwości korzystania z uprawnień, jakie zostały mu udzielone w zakresie podejmowania decyzji w kontrakcie w momencie podpisania umowy, czy też pozwoli, by inne osoby decydowały o jakiejś sprawie po upływie miesięcy lub nawet lat w ramach komisji rozwiązywania sporów. A może sprawę rozstrzygać będą biegli sądowi po decyzji sądu o konieczności dopuszczenia ekspertyzy technicznej pozwalającej na zajęcie się roszczeniem. Zakładając, że opóźnień i przerwania robót nie można uniknąć, sensowne jest uwzględnienie takich zdarzeń w kontrakcie i zajmowanie się nimi rutynowo w danym miesiącu, w którym wystąpią, a nie wiele lat po zdarzeniu przy pomocy prawników.

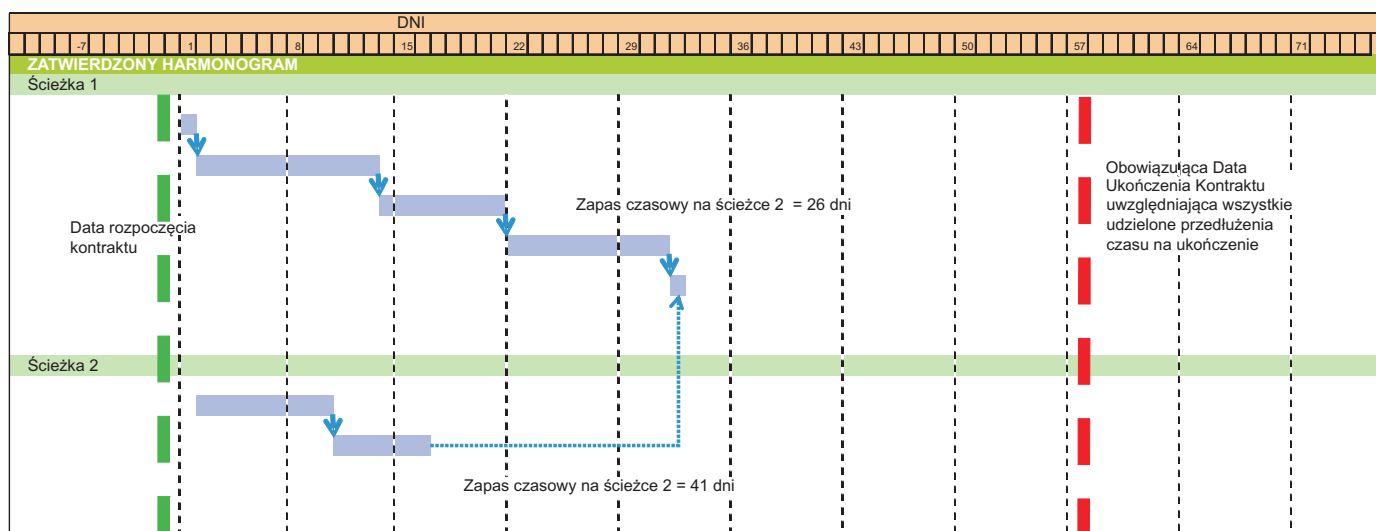
Rodzaje opóźnień

Ważne jest rozróżnienie między *usprawiedliwionym opóźnieniem*, w przypadku którego wykonawca jest uprawniony do zwolnienia od zapłacenia odszkodowania i potencjalnego prawa do świadczeń finansowych wynikających z postanowień umowy oraz *nieusprawiedliwionym opóźnieniem* spowodowanym przez wykonawcę. Na podstawie powyższego należy stwierdzić, że mamy do czynienia z *opóźnieniem uprawniającym do odszkodowania* tj. gdy wykonawca uprawniony jest do odszkodowania finansowego oraz *opóźnieniem nie podlegającym odszkodowaniu*, kiedy wykonawca nie jest uprawniony do odszkodowania. Powszechną praktyką stało się, że zamawiający z sektora publicznego modyfikują Warunki Szczególne FIDIC (zarówno z Czerwonej jak i Żółtej Książki) w taki sposób, że na podstawie tych warunków Inżynier musi przyjąć, że kontrakt nie dopuszcza *usprawiedliwionych opóźnień*, lecz często w celu podjęcia decyzji co do określenia zakresu sporu będzie musiał ustalić, czy opóźnienie jest *usprawiedliwione* czy też *nieusprawiedliwione*, ponieważ ma to bezpośredni związek z możliwościami wystąpienia sporu prawnego, jaki może wynikać z powstania opóźnienia, rozstrzyganego na podstawie polskiego Prawa Cywilnego.

Opóźnienia można również podzielić na krytyczne i równoległe. Aby ten podział zrozumieć należy rozważyć ścieżkę krytyczną jako najdłuższą ścieżkę w harmonogramie biegnącą do daty ukończenia lub jako ścieżkę, na której suma za-

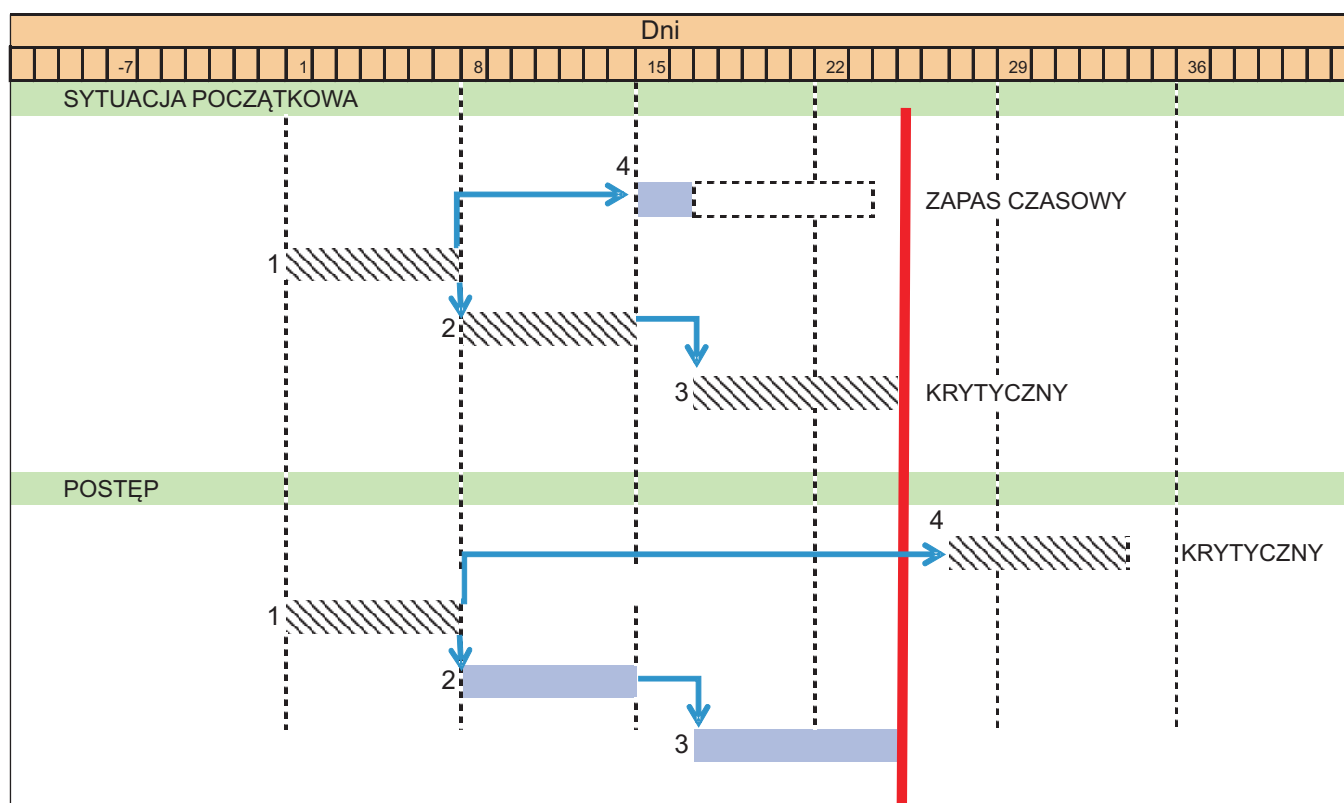
pasów czasowych będzie najmniejsza. Z mojego doświadczenia wynika, że jeśli harmonogram jest regularnie aktualizowany, to odpowiednia jest metoda najdłuższej ścieżki, ale w niektórych scenariuszach postępu robót może powstać różnica między metodą najdłuższej ścieżki a metodą minimalnych zapasów czasowych przy określaniu ścieżki krytycznej. Dlatego ważne jest zachowanie spójności w stosowaniu metod. Zadania występujące na ścieżce krytycznej są krytycz-

ne, a te które się na niej nie znajdują są niekrytyczne. Opóźnienie w wykonaniu elementu robót w harmonogramie znajdującego się na ścieżce krytycznej jest opóźnieniem krytycznym, które będzie miało wpływ na datę ukończenia. W pokazanym poniżej przypadku wykonanie robót znajdujących się na Ścieżce 2 może ulec opóźnieniu zanim te elementy harmonogramu staną się krytyczne tj. wpłyną na datę rozpoczęcia wspólnego zadania.



Niezwykle ważne jest uświadomienie sobie wpływu postępu robót na ścieżkę krytyczną. W danym harmonogramie istnieje tylko jedna ścieżka krytyczna, a pozostałe ścieżki są równoległe. Jednakże możliwa jest duża liczba zadań krytycznych, jeśli są one powiązane z sekwencją zdarzeń pro-

wadzących do daty końcowej. W przykładzie poniżej pokazano, że elementy 1-3 są ścieżką krytyczną w stosunku do postępu robót, ale zakładając, że zadania te zakończone będą w czasie trwania umowy, ścieżką krytyczną stają się ścieżki 1-4, tj. następuje zmiana ścieżki krytycznej.



Ścieżka krytyczna a opóźnienia w postępie robót

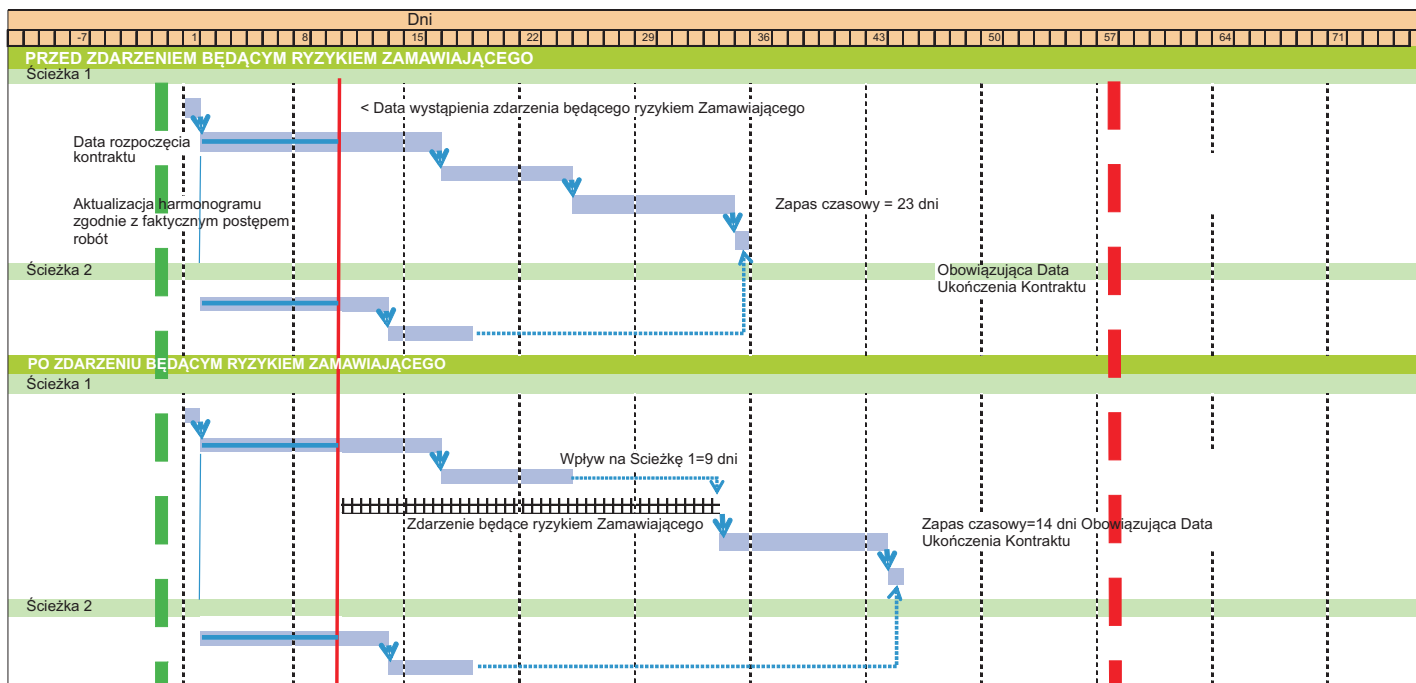
Na rynku dostępne są różne programy oceniające ścieżki lub zadania pod kątem ich krytyczności lub zbliżenia do krytyczności oraz określające ryzyko danej ścieżki pod względem odchylenia od ścieżki krytycznej. Funkcje te są szczególnie przydatne przy opracowaniu studiów analizy scenariuszy i oceny ryzyka. Dotyczy to zwłaszcza dużych przedsięwzięć inwestycyjnych w fazie koncepcyjnej lub złożonych projektów typu „zaprojektuj i wybuduj” obciążonych ryzykiem projektowym i związanym z uzyskaniem pozwoleń. W przypadku przedsięwzięć czysto budowlanych takich, jak prowadzone według Warunków Kontraktowych FIDIC (Czerwona Książka) takie ryzyko może być oszacowane przy wykorzystaniu programów CCS Site Plan, Primavera lub PowerProject poprzez przefiltrowanie długości zapasów czasowych, przy założeniu, że wszystkie elementy harmonogramu będą miały zapas czasowy krótszy niż np. 10 dni, co pozwoli na sprawdzenie, które czynności zbliżają się do krytycznych.

Podsumowanie: Ważne jest uaktualnienie harmonogramu z pokazaniem w tym samym dokumencie zarówno bazowego harmonogramu jak i bieżącego postępu robót. Nie jest dobrym pomysłem opracowanie nowego harmonogramu, a już złym rozwiązaniem jest opracowanie nowego harmonogramu o nowej strukturze. Jeśli potrzeba nowych szczegółów, lepiej dodać nowe poziomy w formacie oryginalnego dokumentu.

Zdarzenia związane z opóźnieniem postępu robót

Obecnie istnieją różne rodzaje opóźnień w wykonywaniu robót. Oczywiście, przy ich analizie ważne jest określenie w ramach kontraktu opóźnień zgodnie z rodzajami wymienionymi powyżej. Jako pierwszym zajmiemy się:

Zdarzeniem związanym z niekrytycznym ryzykiem zamawiającego, w którym harmonogram biegnie ścieżką 1, gdzie wystąpił poślizg w wykonaniu robót.

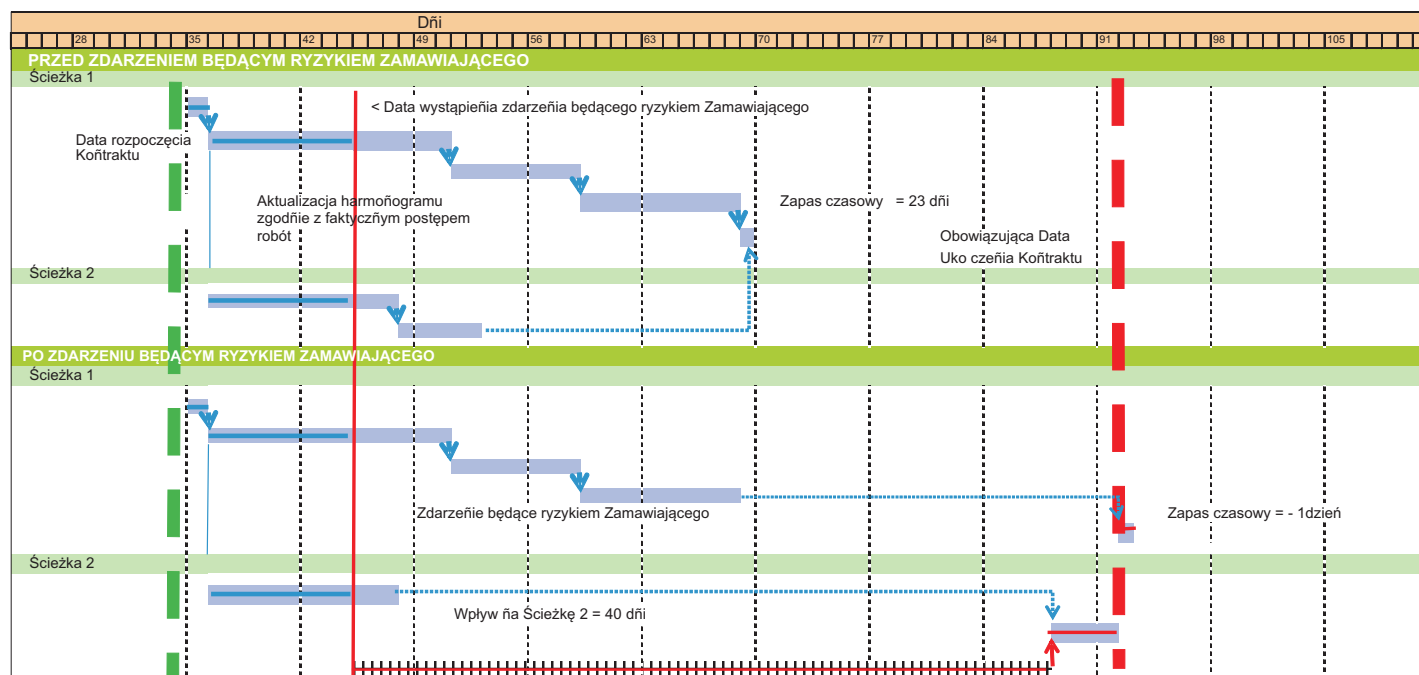


W tym przypadku, gdy Przedłużenie Czasu na Ukończenie wynosi 0, odszkodowanie za opóźnienie w postępie robót wynosi 9 dni plus wszelkie koszty poniesione w związku ze zdarzeniem powodującym ryzyko zamawiającego. Jeśli ten przykład może wydawać się oczywisty i nie wymagający objaśnień, to

dzieje się tak tylko dlatego, że ścieżka krytyczna jest znana i zidentyfikowana. Jest to kluczowe do rozpoznania i uzgodnienia ścieżki krytycznej w początkowej fazie przedsięwzięcia.

Rozważmy teraz:

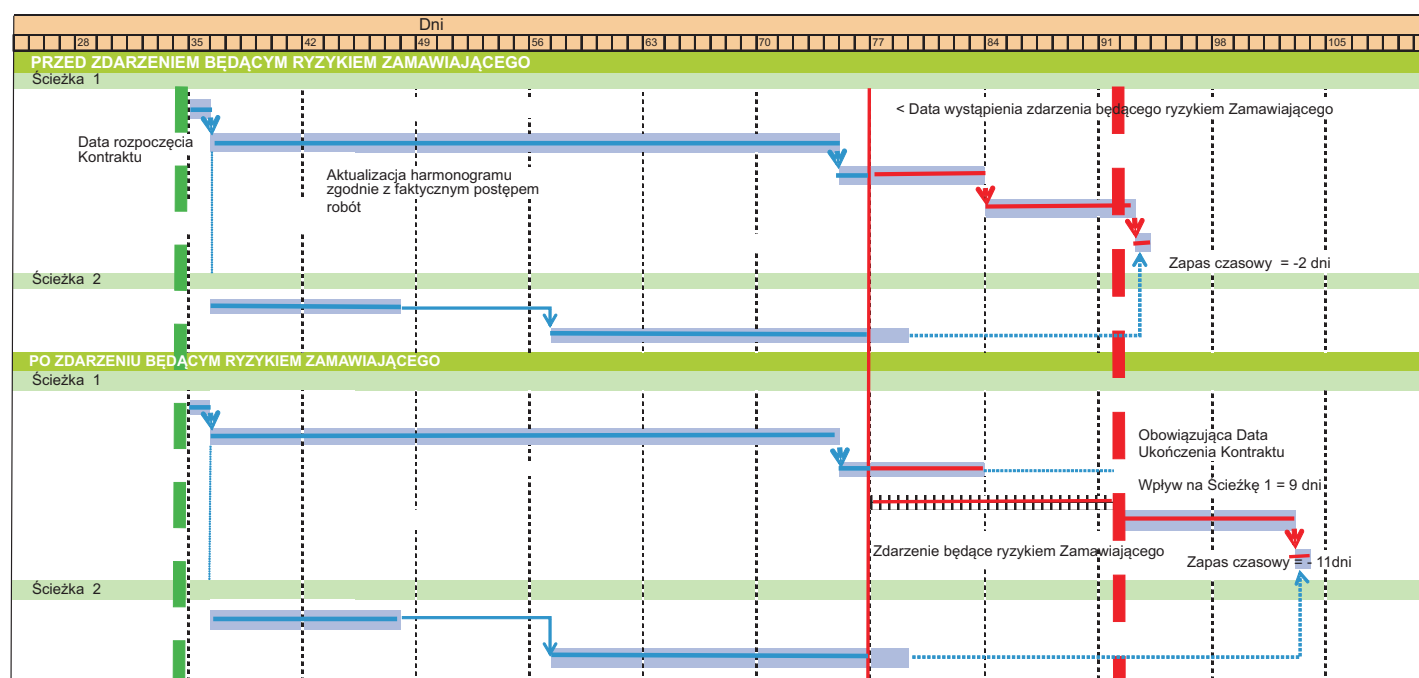
Krytyczne opóźnienie dla zamawiającego na ścieżce 2, przy poślizgu w harmonogramie:



Powyższy schemat pokazuje Przedłużenie Czasu na Ukończenie o 1 dzień przy odszkodowaniu za opóźnienie w postępie robót o 24 dni oraz dodatkowych kosztach poniesionych w związku z wystąpieniem zdarzenia powodującego ryzyko zamawiającego. Nie jest to ostateczny wynik, jeśli w kontrakcie znajdują się klauzule regulujące posiadanie zapasów czasowych. Generalnie w praktyce międzynarodowej uważa się, że zapasy czasowe podzielone są między strony umowy i wykorzystywane na zasadzie „kto pierwszy ten lepszy”. Sprawa ta oczywiście może (i ogólnie powinna) być re-

gulowana postanowieniami umowy. Wśród zamawiających panuje tendencja do uwzględniania zapasów czasowych (tj. kupujemy je wraz z umową na usługi), podczas gdy Wykonawcy chcą je nie wykazywać (wydłużając czas wykonywania poszczególnych elementów harmonogramu lub dodając fikcyjne zadania) powodując, że potknięcia zamawiającego stają się krytyczne lub, rzadziej, podając skrócone czasy trwania przedsięwzięcia niż przewidziane w harmonogramie bazowym umowy.

Opóźnienie zamawiającego na ścieżce 1, przy krytycznym opóźnieniu wykonawcy na ścieżce 1



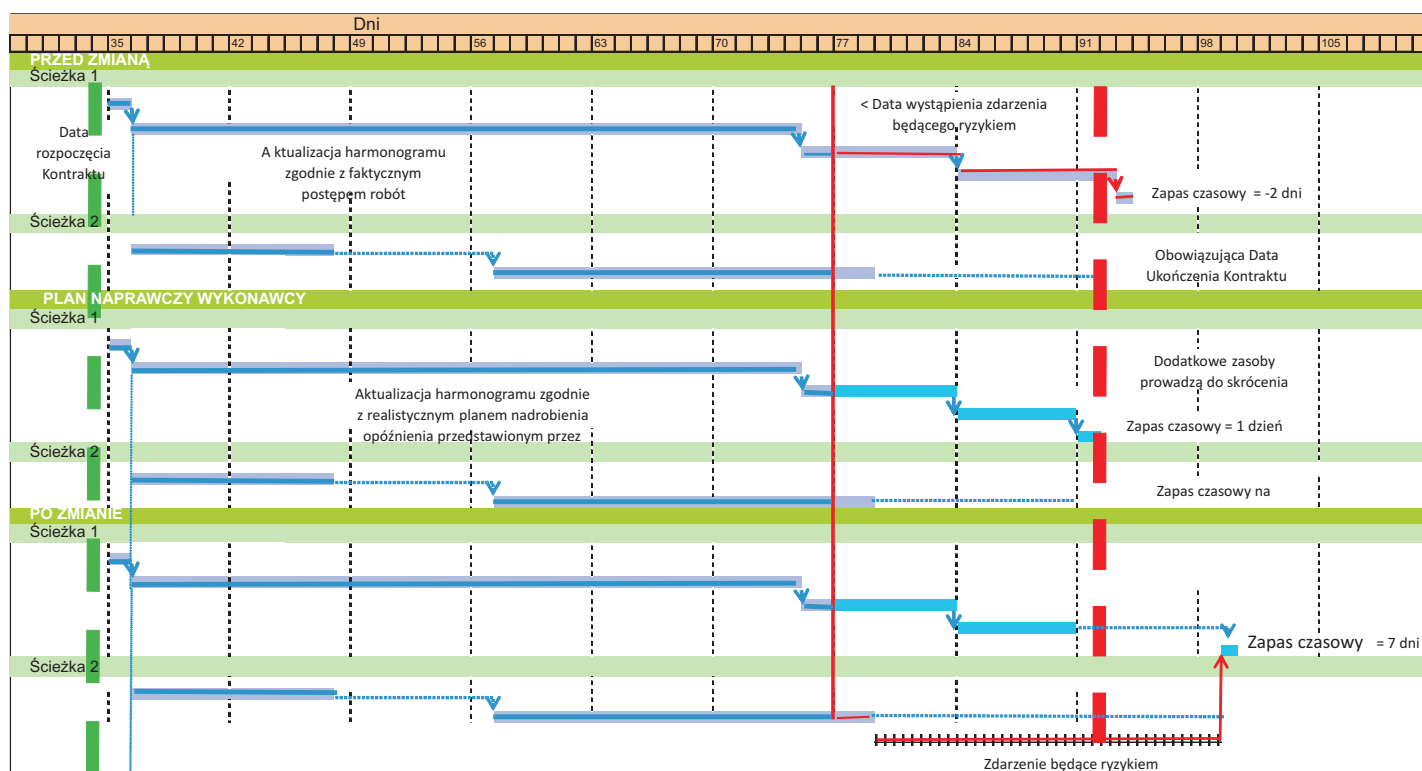
Ścieżka krytyczna

a opóźnienia w postępie robót

Na powyższym rysunku Wykonawca ma 2 dni opóźnienia na ścieżce krytycznej i otrzyma 9 dni Przedłużenia Czasu na Ukończenie oraz koszty przedłużenia wykonywania robót

o 9 dni plus koszty bezpośrednie wynikające ze zdarzenia będącego ryzykiem zamawiającego.

Zdarzenie wynikające z ryzyka zamawiającego przy wykonawcy mającym krytyczne opóźnienie:



W tym przykładzie sugerowane Przedłużenie Czasu na Ukończenie wynosi 7 dni plus odszkodowanie za przedłużenie wykonywania robót o 8 dni (7+1) oraz koszty bezpośrednie wynikające ze zdarzenia będącego ryzykiem zamawiającego.

Wykonawca zaproponował plan naprawczy nadrobienia opóźnień tj. przyspieszenie robót, za co otrzyma odszkodowanie. Generalnie, wykonawcy chcący chronić swoje prawa wynikające z umowy powinni pokazać swoje pełne uprawnienia umowne w dniu aktualizacji harmonogramu uwzględniając w nich zdarzenia wynikające ze znanych ryzyk, w tym zarówno zdarzenia wynikające z ryzyka wykonawcy jak i zamawiającego, a następnie traktować te zdarzenia jako przewidziane w ramach umowy.

Jeżeli wywierany jest nacisk na opracowanie harmonogramu dopasowującego pierwotne terminy ukończenia robót (bez korekt), to można go wówczas przedstawić jako opcję

harmonogramu naprawczego, ale pełne prawo do Przedłużenia Czasu na Ukończenie należy w większości przypadków zilustrować w aktualizacjach harmonogramu w celu przedstawienia faktycznego postępu robót i wpływu przyspieszenia postępu robót na harmonogram. Przykłady pochodzą z Protokołu 2002 Stowarzyszenia Prawa Budowlanego (SCL), który został opracowany jako podręcznik najlepszych praktyk, ale nie odnosi się to do sytuacji prawnej w żadnym konkretnym kraju.

Podsumowanie: Nie wszystkie opóźnienia prowadzą do zmiany Daty Ukończenia, a analizę tego zagadnienia należy wykonać dokładnie i starannie biorąc pod uwagę postęp robót. Jeśli Inżynier zagłębi się w ten temat szczegółowo, to wkroczy w złożony obszar związany z ryzykiem. Jest to obszar, w którym Inżynier w rozumieniu FIDIC posiada większą wiedzę i doświadczenie niż zamawiający. Są to ryzyka wynikające z rzeczywistych sytuacji spotykanych na budo-

wie, z którymi należy się zmierzyć, a nie zagadnienia, które można usunąć z umowy w ramach przygotowania Warunków Szczególnych FIDIC, gdyż temat i problem i tak pozostanie i trzeba się będzie z nim zmierzyć w rzeczywistości.

Ustalanie przyczyny

Względnie proste może wydawać się podanie kategorii opóźnień, jeśli wskazano jego przyczynę, ale może istnieć cały szereg czynników powodujących dane opóźnienie, więc ustalenie jego przyczyny może stać się bardzo złożonym zagadnieniem. Główne koncepcje są tu następujące:

(a) Podział odpowiedzialności

Uczciwym postawieniem sprawy wydaje się podział odpowiedzialności między stronami w oparciu o to, do jakiego stopnia są oni winni zaistniałej sytuacji.

(b) Test 'gdyby nie';

Wykonawcy często powołują się na test „gdyby nie” w różnych formach: „Gdyby to się nie zdarzyło nie byłoby tego opóźnienia;”. Nawet jeśli wydaje się to logiczne, nie jest popularne w takiej uproszczonej formie. Takie podejście uzyskało jednak pewną popularność w polskich sporach i jest bardziej akceptowane przez sędziów w Polsce niż w arbitrażu w Wielkiej Brytanii czy innych krajach.

(c) Metoda ustalenia głównej przyczyny;

Obecnie najbardziej popularna w wielu krajach jest metoda ustalenia głównej przyczyny. Ta koncepcja jest próbą

uproszczenia potencjalnie złożonych zagadnień, przy sięgnięciu aż do ich pierwotnych przyczyn i wykorzystanie ich jako główne elementy sprawcze. Inną odmianą tego tematu jest metoda przyjęta w brytyjskiej sprawie sądowej Malmaison Hotel kontra Henry Boot zwanej w skrócie „Malmaison”. Spór dotyczył opóźnień w postępie robót przy budowie hotelu w Manchesterze. Sędzia Dyson wydał wyrok stanowiący, że jeśli występują dwa równoległe opóźnienia, z których jedno jest krytyczne, a drugie niekrytyczne, to wykonawca ma prawo do zapłaty z tytułu opóźnienia. Tak więc jeśli np. wystąpiła powódź oraz ulewne deszcze i taka sytuacja uprawniała do przedłużenia Czasu na Ukończenie, to należało takie przedłużenie Wykonawcy przyznać. Inżynier nie powinien odmówić takiego przedłużenia na podstawie np. twierdzenia, że wykonawcy i tak brakowało pracowników i w żadnym przypadku nie wykonałby przewidzianych robót.

Podsumowanie: Takie rozstrzygnięcia sądów angielskich nie są wiążące dla polskich sądów, ale rzeczywiście skłaniają do myślenia arbitrów wydających decyzje w sprawach międzynarodowego arbitrażu. W centrum sporu wynikającego z opóźnień w postępie robót staje sprawa samego zdarzenia, jego związku ze ścieżką krytyczną i jego wpływu na harmonogram. Coraz trudniejsze staje się przedstawienie i znalezienie akceptacji dla globalnego roszczenia z tytułu opóźnień lub roszczenia z tytułu całkowitej szkody wynikłej z opóźnień czasowych, ponieważ oczekuje się ustalenia przyczyn powstawania poszczególnych opóźnień.



POLITECHNIKA POZNAŃSKA

STUDIA PODYPLOMOWE

Program studiów

„Realizacja inwestycji celu publicznego, oraz procedury FIDIC i Banku Światowego”

II semestry

1. Zasady realizacji inwestycji na roboty budowlane, finansowanych ze źródeł międzynarodowych.
2. Międzynarodowe procedury obowiązujące w inwestycjach budowlanych.
3. Procedury przetargowe w polskim prawie zamówień publicznych.
4. Dokumenty i warunki kontraktowe według procedur FIDIC.
5. Zarządzanie kontraktami inwestycyjnymi na roboty budowlane - według prawa polskiego oraz międzynarodowych standardów.
6. Warunki realizacji kontraktu według FIDIC.
7. Zasady wyceny przedmiaru robót w dokumentacji przetargowej (SIWZ).
8. Harmonogram realizacji przedsięwzięć.
10. Międzynarodowe procedury realizacji inwestycji a polskie prawo.
11. Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane.
12. Realizacja inwestycji w oparciu o ustawę Prawo Zamówień Publicznych.
13. Rozstrzyganie sporów według prawa polskiego i Warunków Kontraktowych FIDIC (Mediacja, Spory, Rozjemstwo, Arbitraż).
14. Zarządzanie projektami.
15. Zarządzanie projektami (Project Management) - prezentacja zastosowań praktycznych na roboty budowlane.
16. Ubezpieczenia, gwarancje itp. w realizacji inwestycji.
17. Prezentacja międzynarodowych doświadczeń – dobre praktyki, kierunki zmian.
18. Rola inżyniera konsultanta w przedsięwzięciu.

- Podstawowe dokumenty dotyczące kwalifikowania wydatków w zamówieniach publicznych.
- Główne zasady kwalifikowania wydatków w zamówieniach publicznych.
- Kategorie wydatków kwalifikujące się do współfinansowania z Funduszu Spójności.
- Kwalifikacja szczególnych typów wydatków z kategorii „Budowa i montaż”.
- Opłaty administracyjne.
- Kwalifikowanie kosztów/wydatków na poszczególnych etapach realizacji projektu.
- Wydatki niekwalifikowane.
- Najczęściej występujące nieprawidłowości przy kwalifikowaniu wydatków, oraz zapewnienie właściwej kontroli projektu zamówień publicznych.
- Seminarium dyplomowe.

Politechnika Poznańska Instytut Konstrukcji Budowlanych
informacji o studiach udziela: Paweł Szymański tel. 0.665-844-018

**Stowarzyszenia
Inżynierów,
Doradców
i Rzeczoznawców
(SIDiR)**

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



Stały Sąd Polubowny, zwany w dalszej części Regulaminu „Sądem” lub „Sądem Polubownym” działa w Warszawie przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców, zwanym dalej SIDiR, jako samodzielna jednostka organizacyjna w zakresie orzecznictwa na podstawie uchwały Zarządu SIDiR z dnia 9 kwietnia 2005 roku. Sąd ten został powołany dla rozstrzygania właściwych dla niego sporów powstałych w związku z realizacją umów zawartych według wzorów FIDIC, jak również umów zawartych w wyniku przetargów przeprowadzonych zgodnie z obowiązującym polskim prawem w zakresie zamówień publicznych.



Szanowni Państwo,

Stowarzyszenie **SIDiR** wyłączny reprezentant FIDIC w Polsce ma zaszczyt zaprosić Państwa do wzięcia udziału w **jesiennym** cyklu szkoleń otwartych poświęconych problematyce FIDIC:

HARMONOGRAM SZKOLEŃ

】 14–15.10.2009 r.: „Warunki Kontraktowe FIDIC”

】 18–19.11.2009 r.: „Zarządzanie Projektami Budowlanymi
w realizacji Inwestycji Celu Publicznego”

】 9–10.12.2009 r.: „Zarządzanie Budową według Warunków
Kontraktowych FIDIC”

Szkolenia odbędą się w godzinach 10.00–16.00 i drugiego dnia 9.00–15.00 w Domu Technika NOT przy ulicy Czackiego 3/5 w Warszawie. Koszt szkolenia: 1000 złotych od osoby.

Koszt szkoleń obejmuje:

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

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). Problematyka FIDIC nabiera też szczególnego znaczenia w świetle przyjętej 16 listopada 2006 Dyrektywy o usługach.

Szkolenia skierowane są
do wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego!

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

Nr ewidencyjny w rejestrze instytucji
szkoleniowych: 2.14.00002/2009

**Możemy także
specjalnie przygotować
(według wybranej
problematyki FIDIC)
i przeprowadzić szkolenie
w Państwa firmie!**

Zarząd SIDiR



**Stowarzyszenia
Inżynierów,
Doradców
i Rzeczników
(SIDiR)**

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

**Zgłoszenia prosimy dokonywać na karcie uczestnictwa.
Wzór karty znajdą Państwo na naszej stronie internetowej: www.sidir.pl**