ISSN 1898-634X

nr 17, czerwiec 2010

Biuletyn

KONSULTANT

Nowe wydawnictwo
str. 2

Nowe warunki FIDIC „złota książka" – warunki kontraktowe dla projektowania, budowy i obsługi
str. 3

Arbitraż instytucjonalny czy *ad hoc*
str. 4

Zamówienia sektorowe: czy dotyczą prywatnych przedsiębiorstw energetycznych?
str. 10

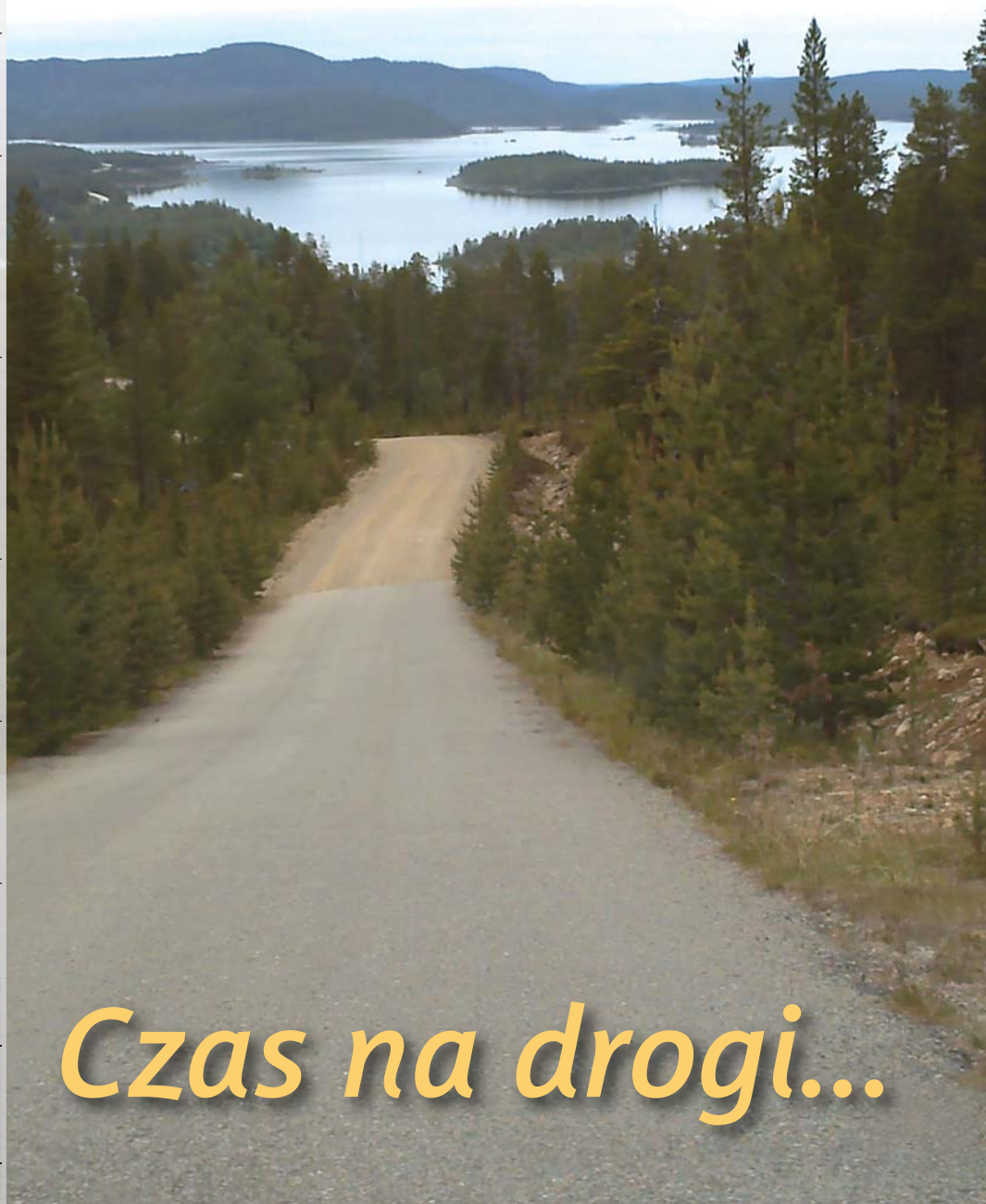
Podwykonawstwo i solidarna odpowiedzialność w realizacji robót budowlanych
str. 12

Kontrola zarządzania programami operacyjnymi
str. 14

Propozycje uregulowań w Umowach na Prace Projektowe
str. 19

Czas na ukończenie, siła wyższa, umowa o świadczenie niemożliwe
str. 19

Aktualności
str. 23



nowe wydawnictwo FIDIC

Już w sprzedaży

oczekiwana książka FIDIC

„Warunki Kontraktowe dla Projektowania, Budowy i Obsługi"

zamówienia prosimy składać
pod nr telefonów:
tel./fax: +48 22 826 16 72,
tel./fax:+48 22 826 56 49
oraz e-mail: biuro@sidir.pl

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

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

Kolegium redakcyjne: Zbigniew Boczek (redaktor naczelny),
Członkowie: Grażyna Łuka-Doktorska, Włodzimierz Kiernożycki, 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 - DRBF

Publikowane w Biuletynie „Konsultant" artykuły prezentują stanowiska, opinie i poglądy ich Autorów. Redakcja zastrzega sobie prawo do adiustacji 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

Nowe warunki FIDIC „złota książka” – warunki kontraktowe dla projektowania, budowy i obsługi

mec. Małgorzata
ROGOWICZ-ANGIERMAN
SIDiR

Mając na uwadze wzrastające zainteresowanie w Polsce projektami realizowanymi w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców oddało właśnie do użytku pierwsze wydanie w języku polskim Warunków Kontraktowych dla Projektowania, Budowy i Obsługi.

W 2008 roku FIDIC wydał po raz pierwszy w języku angielskim wzór warunków kontraktowych dla długoletnich inwestycji pod nazwą Design – Build Operate Contract (DBO), Warunki Kontraktowe dla Projektowania, Budowy i Obsługi, potocznie nazwany „Złotą Książką”, zgodnie z przyjętym nazewnictwem „Tęczowej kolekcji” FIDIC.

Warunki Kontraktowe dla Projektowania, Budowy i Obsługi (DBO) wyglądem i schematem odpowiadają dotychczasowym warunkom kontraktowym FIDIC, składają się z 20 klauzul, w znacznej mierze używają takiej samej terminologii i definicji, jakie są stosowane w innych warunkach kontraktowych. DBO składa się z Warunków Ogólnych, Warunków Szczególnych, wzorów formularzy. FIDIC wydał również Przewodnik (Guide) podający wskazówki w jaki sposób zmodyfikować treść klauzul dostosowując je np. do istotnie zmienionego okresu trwania obsługi. Przewodnik nie jest jeszcze dostępny w języku polskim.

Podstawą opracowania przez FIDIC wzoru DBO było stworzenie kompletnych warunków kontraktowych dla jednego wykonawcy obejmujących projektowanie, budowę i długotrwałą obsługę z eksploatacją. Wykonawcą jest konsorcjum lub podmiot typu joint venture, reprezentujący wszystkie branże konieczne do wykonania wszystkich prac związanych z realizacją DBO.

Warunki Kontraktowe dla Projektowania, Budowy i Obsługi są dedykowane zwłaszcza dla inwestycji realizowanych w ramach partnerstwa publiczno – prywatnego PPP. DBO może być traktowane jako pełny wzór dla projektów realizowanych w ramach PPP, bowiem odnosi się on do długoletniej procedury uwzględniającej zamówienia, budowę, obsługę i w końcu przekazanie obiektu.

Korzyści płynące ze stosowania DBO zależą przede wszystkim od zaangażowania się wykonawcy w realizację przedsięwzięcia od fazy projektowania i budowy do obsługi i eksploatacji. Wykonawca ma możliwość wpływania na terminowość realizacji poprzez efektywne prowadzenie inwestycji budowlanych, w tym możliwość elastycznego nakładania się różnych robót tak projektowych jak i budowlanych, co pozwala zoptymalizować wykonanie warunków kontraktowych, zmniejszając ryzyko powstania opóźnień.

Nadto biorąc pod uwagę, że wykonawca przez 20 lat prowadzić będzie obsługę zaprojektowanego i wybudowanego przez siebie obiektu, jest on szczególnie zainteresowany w zapewnieniu optymalnych rozwiązań technologicznych i jakościowych pozwalających na nisko kosztową, długoletnią obsługę i eksploatację. Wkład finansowy wykonawcy, ryzyka jego obciążające przyczyniają się do ograniczenia powodów nieuzasadnionego wzrostu ceny kontraktowej.

Warunki kontraktowe DBO przeznaczone zostały przede wszystkim dla długoletniej obsługi, przyjmując, zgodnie z doświadczeniem FIDIC, okres 20 lat jako najbardziej pożądany, ale nie wykluczający możliwości dostosowania warunków do dłuższych lub krótszych terminów.

Kontrakt trwający wiele lat narażony jest na zagrożenia o różnym podłożu: politycznym, makroekonomicznym, prawnym, społecznym i środowiskowym. Dla ograniczenia skutków wystąpienia tych zagrożeń FIDIC zmodyfikował Klauzulę 17 *Podział Ryzyka*, Klauzulę 18 *Ryzyka Wyjątkowe* i Klauzulę 19 *Ubezpieczenie*. Rozpoznawanie ryzyk jest obowiązkiem każdej ze stron kontraktu. Warunki DBO rozróżniają ryzyka występujące w okresie projektowania i budowy oraz w okresie obsługi, ryzyka handlowe jak i ryzyka powstania szkód. Natomiast nie ma postanowień dotyczących siły wyższej (Force Majeure).

Pojęcie Inżyniera Kontraktu zastępuje Przedstawiciel Zamawiającego, którego obowiązki i uprawnienia są zdefiniowane podobnie, a w wielu miejscach tak samo, jak Inżyniera w Czerwonej czy Żółtej Książce.

Dla rozstrzygania sporów przewidziana jest stała Komisja Rozjemcza powołana odrębnie dla okresu projektowania i budowy, i dla okresu obsługi.

Zespół przygotowujący pierwsze wydanie DBO w języku polskim dołożył starań by zachować zgodność z oryginalnym tekstem w języku angielskim. Niektóre definicje i pojęcia zostały przetłumaczone w inny sposób niż w dotychczasowych wydaniach Czerwonej i Żółtej Książki, funkcjonujących na rynku polskim.

„Arbitraż instytucjonalny czy *ad hoc*”

(wystąpienie na konferencji *„Tsunami sporów przed nami”* zorganizowanej przez SIDiR, FIDIC i ICC Poland w dniu 21 stycznia 2010)

Piotr
NOWACZYK

„Tsunami sporów przed nami” to niezły temat na konferencję. Co robić gdy nadchodzi tsunami? Są dwie szkoły: uciekać jak najwyżej, albo wypływać na głęboką wodę. Co jest najważniejsze w obu przypadkach? Sprawny system ostrzegania! W tym miejscu pragnę pogratulować organizatorom konferencji. Za czujność, którą okazali wybierając temat oraz za sprawne przygotowanie konferencji, która ma nas przygotować na to co nas czeka.

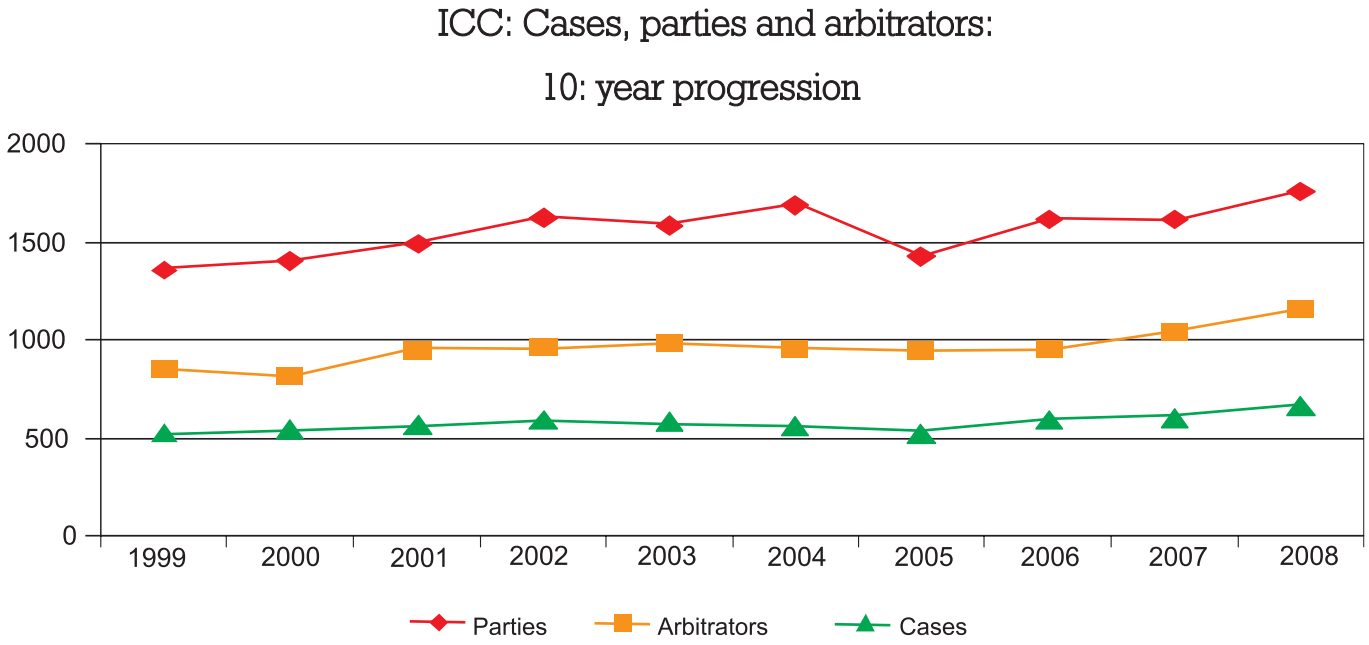
Sporów przybywa. Najwięcej sporów z każdej umowy pojawia się mniej więcej 3 lata po jej zawarciu. Robiono takie badania w ICC. Wynikało z nich, że kontrahenci lubią się i rozumieją na początku współpracy, a mniej więcej w trzecim roku współpracy dochodzi do sporu. Później tych sporów jest znacznie mniej. Współpraca nieraz trwa wiele lat bezkonfliktowo. Ostatnio świat przyspieszył. Z nowych badań wynika, że najwięcej sporów pojawia się już półtora roku po zawarciu umowy. W sprawach budowlanych jest jeszcze szybciej. Jest tak, bo obiekt musi być ukończony o czasie. Ten okres *„wykluwania się”* sporu jest znacznie krótszy. Spór może powstać już nazajutrz. Mamy komisje rozjemcze. Po nich mamy wybór: sąd powszechny, albo arbitraż. Ja mam Państwu powiedzieć jaki arbitraż wybrać.

W arbitrażu są dwie możliwości, albo idziemy do arbitrażu instytucjonalnego, albo do arbitrażu *ad hoc. Ad hoc* to arbitraż powołany dla jednej tylko konkretnej sprawy. Są dwie szkoły, który arbitraż jest lepszy, czy instytucjonalny, czy *ad hoc*. Są zalety i wady jednego i drugiego. Mój kolega Bogulsav Klein, prezes Sądu Arbitrażowego w Pradze gra na gitarze elektrycznej. Grał kiedyś w zespole, nawet dosyć znanym. Klein zwykł mawiać: *„Są dwa typy gitar – Fender i Gibson. Są utwory, które wychodzą lepiej na Fenderze, a są takie numery, które wychodzą lepiej na Gibsonie”*. Klein mawia, ze dokładnie tak samo jest z arbitrażem. Są sprawy, dla których lepszy jest arbitraż instytucjonalny, a są takie sprawy, dla których lepszy jest *ad hoc*. Zastanowimy się wspólnie jaką melodią jest arbitraż budowlany i który instrument wybrać.

Z największych stałych instytucji arbitrażowych za najważniejsze uważam: Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy Międzynarodowej Izby Handlowej (ICC) w Paryżu, London Court of International Arbitration (LCIA) w Londynie, Instytut Arbitrażowy przy Sztokholmskiej Izbie Handlowej (SCC), Międzynarodowe Centrum Arbitrażu w Wiedniu (VIAC) i Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej (SA KIG), który miał i jeszcze ciągle ma szansę stania się najważniejszym sądem w całym regionie Europy środkowej. Najczęściej spotykanymi instytucjami jest paryskie ICC i Sąd Arbitrażowy przy KIG. Dzieje się tak od czasu kiedy przyjął się model, że już na etapie rozstrzygania zamówień publicznych klauzula arbitrażowa wpisana w kontrakcie jest alternatywna. Jeżeli przetarg wygra strona polska, to obowiązuje zapis na SA KIG, a jeżeli wygra strona zagraniczna to obowiązuje zapis na ICC w Paryżu. Długo pracowaliśmy nad tym, aby uruchomić taki podwójny strumień spraw do tych właśnie dwu instytucji. Chyba teraz mamy powody do zadowolenia.

ICC jest instytucją arbitrażową najbardziej znaną i cieszącą się reputacją z kilku powodów. Jednym z nich jest wysoka jakość orzeczeń arbitrażowych. Arbitrzy są bardzo starannie dobierani, a każdy wyrok przez nich zaproponowany jest sprawdzany przez cały sąd przy ICC, zanim arbitrzy go podpiszą. Etap powoływania arbitrów jest istotny, Państwo możecie wskazać arbitra jakiego chcecie, strona przeciwna również, ale to ICC go zatwierdza, po zapoznaniu się z jego życiorysem, dorobkiem, wypełnionym oświadczeniem o bezstronności, które to oświadczenie czasami wymaga dosyć długich i kwalifikowanych wyjaśnień. Tak jak wspomniałem, wyrok trzech chociażby najlepszych arbitrów, tak czy inaczej trafi na obrady sądu, który czasami w pełnym składzie na sesji plenarnej, a czasami w trzyosobowym komitecie, zadecyduje o tym, czy dany wyrok zatwierdzić czy nie. A jeżeli zatwierdzić, to na jakich warunkach i z jakimi poprawkami. Bywa, że wyrok przygotowany przez arbitrów jest arbitrom zwracany i mniej więcej 10% wyroków wymaga przeredagowania. Bywa, że w gronie członków tego sądu wskazujemy arbitrom braki czy usterki, które muszą uzupełnić. Czasami dochodzi do sytuacji nietypowych. Dzięki temu, że jest nas 122 członków z 90 państw, każdy zna się na prawie danego kraju bądź regionu i dlatego ta kolektywna narada bardzo wiele wnosi.

Pamiętam sprawę gdzie miejscem arbitrażu była Arabia Saudyjska. Arbitrzy rozpoznali sprawę w języku angielskim, zgodnie z zapisem i wolą stron. Przygotowali wyrok po angielsku. Wyrok został pozytywnie oceniony przez sekretariat, przez sędziego referenta i przez nas wszystkich. A tu nagle kolega z Kuwejtu ostrzega: *Tego wyroku nikt nie wykona*



	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Parties	1354	1398	1492	1622	1584	1682	1422	1613	1611	1758
Arbitrators	849	812	948	964	988	952	948	949	1039	1156
Cases	529	541	566	593	580	561	521	593	599	663

w Arabii Saudyjskiej. Dlaczego? Bo jest po angielsku. Okazuje się, że w Arabii Saudyjskiej mogą być wykonane wyroki arbitrażowe tylko i wyłącznie sporządzone po arabsku. Okazało się więc, że nie ma co tego wyroku zatwierdzać, trzeba go odesłać arbitrom. Arbitrzy oburzyli się, bo tylko jeden z nich znał język arabski i to chyba w wersji tunezyjskiej, czy też marokańskiej. Pozostali o języku arabskim nie mieli zielonego pojęcia. Stwierdzili że nie podpiszą się pod wyrokiem, którego nie rozumieją. Powstał wielki dylemat i wielka odpowiedzialność zespołu tłumaczy, którzy w końcu musieli ten wyrok przetłumaczyć na język arabski i bardzo starannie sprawdzić, zanim pozostali arbitrzy zechcieli go podpisać.

Kolegialność decydowania i kolegialność podejmowania odpowiedzialności za jakość wyroku i jego późniejszą wykonalność sprawia, że postępowanie przed ICC jest być może drogie, natomiast daje produkt końcowy bez zarzutu.

Załączona tabela ilustruje rozwój arbitrażu ICC w ostatnich latach, zarówno pod względem ilości spraw, liczby arbitrów, jak i pod względem ilości stron postępowania. Stron jest teraz więcej, bo rzadko już mamy do czynienia z arbitrażem *„jeden na jednego"*. Częściej jest tak, że po stronie powodowej istnieje kilka podmiotów i po stronie pozwanej istnieje kilka podmiotów. Mamy wówczas tzw. *Multi-party arbitration*. Arbitrów też jest coraz więcej, przeszło tysiąc osób co roku, w tym coraz więcej Polaków. W gronie Komitetu Narodowego ICC Poland, którego sekretarzem generalnym jest Paweł Pniewski, z wielką emocją i zainteresowaniem śledzimy aspekt polski tejże statystyki.

Ku naszemu dużemu zadowoleniu zauważamy, że co roku coraz więcej spraw polskich trafia do ICC, coraz więcej polskich arbitrów, coraz częściej Polska, a w szczególności Warszawa jest wybierana jako miejsce arbitrażu i coraz częściej prawo polskie, o dziwo, jest prawem rządzącym arbitrażem, w tym również międzynarodowym. Jesteśmy, według moich obliczeń, zawsze gdzieś na 14, 15 miejscu na przeszło 100 państw uczestniczących w działaniach ICC. Język polski przez rok 2007 był 4-tym językiem ICC, po angielskim, francuskim i hiszpańskim. Wykorzystaliśmy ten moment, aby na koszt ICC wydrukować przetłumaczony przez nas regulamin ICC w oficjalnej wersji, w oficjalnym wydawnictwie paryskim. Były z tym problemy. Była sekretarz generalny ICC stwierdziła w rozmowach ze mną, że nie może tłumaczyć i drukować regulaminów ICC na każdy język narodowy. Użyłem argumentu, że język polski nie jest wcale językiem narodowym. Język polski, jak Państwo dobrze wiedzą, jest językiem międzynarodowym. Po polsku mówi się na Litwie, na Białorusi, na Ukrainie, w Rosji, w Kazachstanie, na Słowacji, w Czechach, w Londynie, w Dublinie, w Watykanie, w Chicago, więc trzeba ten regulamin wydrukować po polsku. No i proszę, mamy teraz regulamin, dostępny w ICC Poland, którym możecie Państwo spokojnie posługiwać się po polsku.

Year	Construction/engineering
2005	14,4%
2006	14,0%
2007	14,3%
2008	15,0%

Ile spraw ICC ma charakter budowlany? ICC używa łącznego określenia *construction –engineering*. Obie kategorie

„Arbitraż instytucjonalny czy *ad hoc*”

(wystąpienie na konferencji *„Tsunami sporów przed nami”* zorganizowanej przez SIDiR, FIDIC i ICC Poland w dniu 21 stycznia 2010)

traktuje się łącznie. Statystyka za ostatnie lata jest dość stabilna, z lekką tendencją wzrostową. Mniej więcej 14 – 15% spraw ICC to sprawy budowlane. Sprawy budowlane są na czele tabeli, przed sprawami energetycznymi, telekomunikacyjnymi, finansami, ubezpieczeniami, transportem, innymi umowami handlowymi, dystrybucją, czy dostawą sprzętu.

ICC 2008

- *Construction / engineering – 15%*
- *Energy dispute – 10,4%*
- *Telecommunication and IT – 8,1%*
- *Finance and insurance – 7,2%*
- *Transport – 6,8%*
- *General trade and distribution – 6,5%*
- *Industrial equipment – 6,2%*

Co należy zrobić żeby sprawa trafiła do ICC? Typowa klauzula arbitrażowa znajduje się w broszurach ICC już na wstępie. Ciekawostką jest to że możecie ją Państwo przeczytać we wszystkich możliwych językach, łącznie z perskim, nepalskim, niderlandzkim, tajskim itd. Zachęcamy, zachęcaliśmy wielokrotnie na naszych szkoleniach i seminariach żeby traktować tą klauzulę dosłownie, niczego w niej nie zmieniać, niczego w niej nie poprawiać, bo grozi to czasami jakąś niebezpieczną przygodą.

Klauzula arbitrażowa ICC

- „Wszelkie spory wynikające z niniejszego kontraktu lub w związku z nim będą rozstrzygane ostatecznie stosownie do Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej przez jednego lub więcej arbitrów wyznaczonych zgodnie z tym Regulaminem."
- „All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules."

Uczestniczyłem kiedyś w sprawie, gdzie strony podjęły decyzję, że ma to być arbitraż ICC w Paryżu, natomiast pomyliły się w jednym słowie i zamiast napisać *International Chamber of Commerce in Paris* napisały *European Chamber of Commerce in Paris*. Jedna strona była z Tajwanu, druga z Ameryki Południowej. Z ich perspektywy było to jedno i to samo miasto. Natomiast, gdy już powstanie spór, to jest spór o wszystko. Jedna strona stwierdziła: Nie. Klauzula jest nieważna, bo nie ma czegoś takiego jak *European Chamber of Commerce in Paris*. No i faktycznie arbitrzy zdecydowali, że zapis na sąd polubowny w tym przypadku jest nieważny.

Zapis z typowej klauzuli można uzupełnić takimi elementami jak: język arbitrażu, miejsce arbitrażu i prawo obowiązujące. Te trzy elementy warto podać. Kiedy strony tego nie zrobią, może być kłopot.

Przewodniczyłem kiedyś arbitrażowi w Rumunii w sporze włosko-rumuńskim, gdzie połowa dokumentów była po rumuńsku, połowa po włosku. Strony porozumiewały się po francusku, ale nie mogły ustalić języka postępowania, gdyż jeden ze współarbitrów nie znał tego języka. W rezultacie ustaliliśmy język angielski i sprawa poszła dalej gładko, chociaż nie musiała, gdyby ten opór trwał dłużej. Co warto jeszcze w klauzuli arbitrażowej zmieścić?

Warto zastanowić się nad sposobem powoływania przewodniczącego zespołu orzekającego, zwanego w ICC Trybunałem Arbitrażowym. Otóż strony zapisując się bezwarunkowo na regulamin ICC czasami nie wiedzą co w tym regulaminie jest i jakie pułapki mogą się w tym regulaminie znaleźć. Otóż regulamin ICC mówi, że przewodniczącego zespołu orzekającego powołuje sąd przy ICC, o ile strony nie postanowiły inaczej. I to jest czasami niespodzianka nawet dla polskich prawników, którzy przyzwyczajeni są do standardu, że jedna strona powołuje jednego arbitra, druga strona powołuje drugiego arbitra, a ci dwaj powołują wspólnie arbitra przewodniczącego. Otóż, jeżeli strony tak wyraźnie w klauzuli arbitrażowej nie zapiszą, to arbitra przewodniczącego powoła im sąd. I teraz niespodzianka może być podwójna. W sprawach międzynarodowych arbiter musi pochodzić z kraju neutralnego, więc ICC najpierw zadecyduje, do którego komitetu narodowego zwrócić się, aby ten komitet narodowy wskazał właściwego arbitra. Jeśli mamy spór np. polsko-francuski i nie ustaliliśmy jak będziemy powoływać przewodniczącego, to ICC zastanowi się, czy poprosić komitet np. niemiecki, a może austriacki, może holenderski, może czeski itd. Strony żyją w niepewności, co do narodowości arbitra przewodniczącego, nie mówiąc już o jego osobie. Warto jest więc wcześniej ustalić sposób powołania arbitra przewodniczącego.

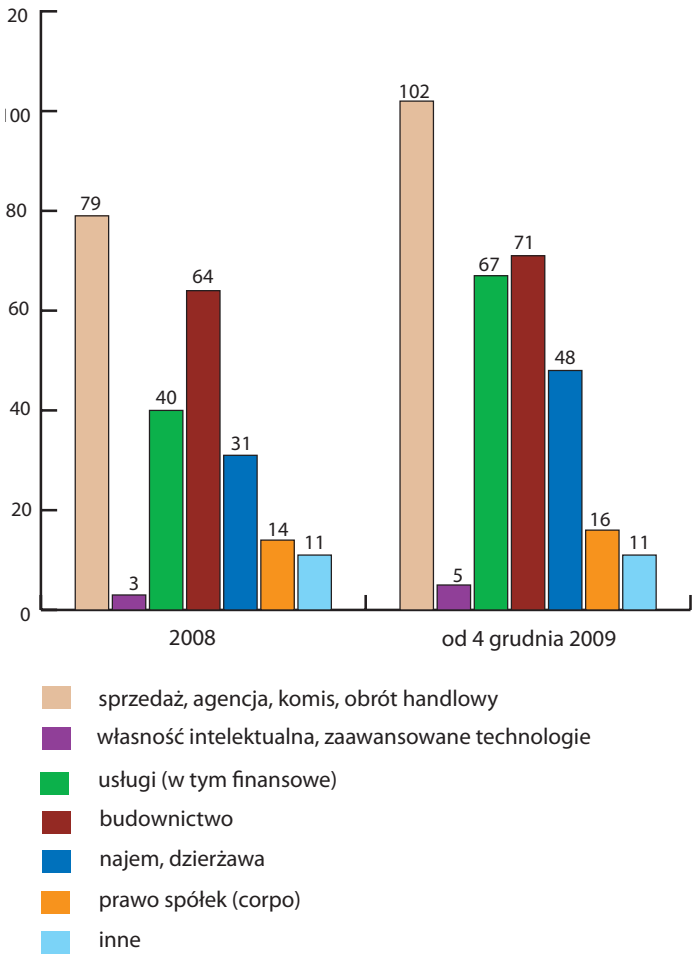
ICC ma tę przewagę nad innymi instytucjami, że dysponuje przeszło 90 komitetami narodowymi. Dzięki temu, w każdym z państw jest w stanie zidentyfikować właściwych kandydatów na arbitrów. Dla porównania, jeśli Państwo pójdziecie do LCIA w Londynie i nie ustalicie sposobu powołania arbitrów, to mogą tam powołać trzech arbitrów, niewiadomo skąd wziętych, bo jawnej listy arbitrów LCIA nie prowadzi. LCIA zapewni was, że wszyscy są znakomici, najprawdopodobniej każdy będzie miał tytuł QC (*Queen's Counsel*) albo będzie londyńskim *barristerem.* No i dobrze jeżeli waszym przeciwnikiem będzie nie-brytyjska strona. Wtedy będziecie Państwo mieli przed tym sądem równe szanse. LCIA jest zacną instytucją, ale polecałbym ją raczej stronom i prawnikom pochodzącym z krajów anglosaskich i z kultury prawa *common law*, a nie naszego kontynentalnego.

Alternatywą najczęściej przez Państwa wybieraną jest Sąd Arbitrażowy przy KIG. Sąd ten jest jedną z największych instytucji w tej części Europy. Spraw ma znacznie więcej niż Instytut Arbitrażowy w Sztokholmie i wielokrotnie więcej od Wiedeńskiego Centrum Międzynarodowego Arbitrażu. Wśród innych sądów arbitrażowych naszego regionu sąd ten ciągle ma szanse stać się liderem.

Podział spraw Sądu Arbitrażowego przy KIG na międzynarodowe i krajowe, jest mniej więcej 80% na 20% (81% na 19%).

Rok	2008	2009
Ilość spraw ogółem	260	352
W tym międzynarodowych	47 (18% ogółu)	66 (19% ogółu)
Krajowe	213 (82% ogółu)	286 (81% ogółu)

Rozbicie tych spraw pod względem dziedzin prawa wygląda podobnie jak w ICC, chociaż nie wszystkie pozycje są identycznie nazwane. Przykładowo, u nas sprzedaż, agencja, komis, obrót handlowy jest „w jednym worku", stąd wydaje się, że tych spraw jest najwięcej. Jak Państwo spojrzycie na sprawy budowlane, zajmują one drugie miejsce, i stanowią mniej więcej 1\5 spraw rozpoznawanych przez sąd.



„Arbitraż instytucjonalny czy *ad hoc*”

(wystąpienie na konferencji *„Tsunami sporów przed nami”* zorganizowanej przez SIDiR, FIDIC i ICC Poland w dniu 21 stycznia 2010)

Teraz wróćmy do pytania zasadniczego i zagadnienia, czy decydować się na arbitraż instytucji, czy na arbitraż *ad hoc*. Jak wspomniałem, między Gibsonem a Fenderem są pewne różnice i warto je brać pod uwagę zawczasu.

W tabelce pozwoliłem sobie wypunktować pewne cechy charakterystyczne, które dla jednych są zaletą, dla innych wadą jednej i drugiej instytucji.

Arbitraż instytucjonalny	Arbitraż *ad hoc*
■ Klauzula standardowa ■ Lista arbitrów ■ Regulamin ■ Statement of independence ■ Nominacja zastępcza ■ Wyłączenie arbitra ■ Sekretariat ■ Archiwum ■ Sygnatura akt	■ UNCITRAL Rules ■ K.P.C. ■ Inne

Zaletą arbitrażu instytucjonalnego jest to, że można skorzystać ze standardowej klauzuli arbitrażowej.

Jak wspomniałem, standardowa klauzula ICC daje się przepisać lub uzupełnić. Standardowa klauzula SAKIG podobnie. Natomiast w *ad hoc* nie ma standardów. Strony mogą sobie zredagować klauzule jak chcą. Niektóre firmy prawnicze wręcz reklamują się tym, że są specjalistami w skrojeniu *„tailor made arbitration clauses”* – klauzul dla potrzeby takiego, czy innego kontraktu. Czasami to krojenie wygląda dziwnie, bo wychodzi później model, który w praktyce jest za ciasny, albo za obszerny i niektóre wymagania w klauzulach *ad hoc* są bardzo trudne do zaspokojenia.

Po stronie arbitrażu instytucjonalnego, według mnie, zaletą jest lista arbitrów rekomendowanych przez daną instytucję. Dobrze jest żeby taka lista była długa, jawna, obszerna, zawierająca biogramy arbitrów, a nawet ich fotografie. Bardzo ważne jest, żebyście Państwo wiedzieli w jakim wieku jest arbiter, jakie jest jego wcześniejsze doświadczenie, jakie ma tytuły, w jakich sprawach specjalizuje się. Przy *ad hoc* listy arbitrów nie ma.

Regulamin każdej instytucji arbitrażowej jest przewidywalny. Można zawczasu wybrać nawet wersję regulaminu. Bywa, że strony godzą się na regulamin, który obowiązywał w dacie zawarcia umowy, a bywa że na przyszłość godzą się z regulaminem, który będzie obowiązywał w dacie sporu.

W *ad hoc* źródłem procedury może być regulamin UNCITRAL. Ta malutka książeczka kosztuje 10 dolarów w kiosku w ONZ w Nowym Jorku, albo 10 euro w Wiedniu. Nie wiem dlaczego tak drogo, bo to raptem jest tylko 41 artykułów, znanych dość powszechnie. Obowiązuje od przeszło 30 lat, bo od roku 1976 i akurat w roku 2006 w trzydziestolecie obowiązywania powołano grupę roboczą, która ma ten regulamin udoskonalić. Grupa raz na pół roku zbiera się rotacyjnie w Wiedniu, bądź w Nowym Jorku i obraduje, co by tu w tym regulaminie zmienić, poprawić, udoskonalić. Trochę ślimaczy się ta praca, bo jak coś jest dobre to „lepsze jest wrogiem dobrego". Pomysły na poprawienie dobrego regulaminu czasami toną w jałowych dyskusjach. Może coś się w nim zmieni i poprawi. Dla Państwa informacji, został on przetłumaczony przez pana Andrzeja Kąkoleckiego i przeze mnie i wydrukowany w wersji polskiej, w numerze Nr 4 Biuletynu Arbitrażowego SAKIG i rozesłany bezpłatnie w 9.000 egzemplarzach do wszystkich adwokatów w Polsce.

Wszędzie tam, gdzie mamy arbitraż instytucjonalny, arbiter musi wypełniać swoje oświadczenie o niezależności i o bezstronności, a instytucja, której ten arbiter jest członkiem pilnuje i sprawdza terminowość i rzetelność tych oświadczeń. Tymczasem w *ad hoc* można od arbitrów wymagać tych oświadczeń, natomiast kontroli nad nimi nie ma.

Nominacja zastępcza również jest dobrą stroną arbitrażu instytucjonalnego. Jeżeli arbiter ustąpi, umrze, zrezygnuje, albo zostanie odwołany, czy wyłączony, jest organ, który natychmiast może powołać arbitra zastępczego. Natomiast w przypadku regulaminu UNCITRAL ten system jest trochę trudniejszy. Mianowicie, jeżeli strony nie powołały organu nominacji zastępczej, to taki organ wskazuje Sekretarz Generalny *Permanent Court of Arbitration* w Hadze. Krótko mówiąc trzeba pisać do Hagi, żeby Sekretarz Generalny tego sądu wskazał inną instytucję, nie wiadomo którą i w jakim kraju, aby ta instytucja wskazała dopiero arbitra w danej sprawie.

Były próby skrócenia tej procedury, ale sprzeciwiła się temu większość państw uczestniczących w obradach UNCITRAL. Pomysł był taki, aby od razu osobę arbitra zastępczego powoływał Sekretarz Generalny *Permanent Court of Arbitration* w Hadze. Nasza delegacja również sprzeciwiła się temu, bo to my w Polsce powinniśmy decydować, kto będzie arbitrem w sprawie. Znamy przynajmniej środowisko, znamy potencjalnych kandydatów, trudno sobie wyobrazić, żeby sekretarz generalny Stałego Sądu Arbitrażowego w Hadze wiedział to lepiej.

Czy są jakieś zalety arbitrażu *ad hoc* przeważające nad arbitrażem indywidualnym, a jeśli tak to jakie? Otóż powszechnie wiadome jest, że każdy arbitraż jest poufny. Bywają jednak arbitraże mnie lub bardziej poufne. Zwolennicy *ad hoc* twierdzą, że arbitraż instytucjonalny jest arbitrażem poufnym, lecz arbitraż *ad hoc* może być jeszcze bardziej poufny, wręcz tajny. Dlaczego?

W arbitrażu instytucjonalnym sprawa wpływa do danego stałego sądu polubownego. Jest rejestrowana, otrzymuje sy-

gnaturę akt, trafia do sekretariatu, rejestru, następnie do służb księgowych, które wzywają do opłat i rejestrują ich wpłatę. Krąg osób, które o sprawie wiedzą jest więc szerszy od kręgu osób w *ad hoc*. Nadto sprawa *„trafia na wokandę"* danego sądu. Wokanda jest mniej lub bardziej czytelna. W Sądzie Arbitrażowym przy KIG ograniczyliśmy do minimum wpis na wokandzie wiszącej na drzwiach sal rozpraw. Sprowadza się on jedynie do sygnatury akt i nazwisk arbitrów. Nie ma nazw stron, nazwisk świadków, ani pełnomocników. Wszystko po to, aby postronny widz, czy też inny interesant sądu, nie mógł zorientować się co dzieje się za tymi zamkniętymi drzwiami.

W *ad hoc* problemu takiego nie ma. Rozprawy odbywają się najczęściej w salach konferencyjnych w hotelach albo w dużych kancelariach. Wytropienie takiej rozprawy przez wścibskiego dziennikarza, albo konkurenta jest więc trudniejsze. Poufność, czy wręcz tajność postępowań *ad hoc* była ich największą zaletą w latach okupacji hitlerowskiej, a także w latach PRL. Nie wszystkie bowiem spory można było ujawnić przed władzami. Przykładowo, za wszelkie rozliczenia w walutach obcych, dokonane bez wymaganego zezwolenia dewizowego groziło postępowanie karno skarbowe i konfiskata równowartości kwot wpuszczonych do obrotu dewizowego. Któż więc odważyłby się wnieść taką sprawę do najbardziej nawet szacownego stałego sądu polubownego?

W *ad hoc* nie ma więc problemu z wokandą, sygnaturą akt, nieszczelnością sekretariatu, a nawet archiwum. Stałe sądy polubowne posiadają własne archiwa. Stają się one ostatnio utrapieniem z uwagi na obszerność akt, które często składają się z kilkunastu czy kilkudziesięciu segregatorów.

Obowiązujące w Polsce przepisy nakazują przechowywać akta spraw stałych sądów polubownych przez 10 lat. Niektóre sprawy Sąd Arbitrażowy przy KIG przechowuje nawet przez 20 lat, gdyż taki obowiązek przewidziany był w dawnych regulaminach. Dla porównania ICC niszczy akta już w 30 dni po zatwierdzeniu wyroku. *American Arbitration Assocciation* niszczy akta po 55 dniach od zakończenia sprawy. Wcześniej strony wzywane są do zabrania z akt w ciągu 30 dni wszystkiego co potrzebują. Po zniszczeniu akt instytucje te przechowują jedynie oryginały wyroków, a ICC dodatkowo oryginały *terms of reference*.

W arbitrażu *ad hoc*, według art. 1204 par. 1 polskiego kpc *„Akta sprawy wraz z oryginałem wyroku sąd polubowny składa w sądzie"*. Trochę śmieszny przepis. Co mają zrobić arbitrzy z aktami, w których nie ma w ogóle oryginału wyroku, bo postępowanie zakończyło się ugodą? Składać, czy nie składać? Co mają zrobić arbitrzy jeżeli strony nie życzą sobie złożenia akt w sądzie? Czy arbitrzy muszą pomimo wszystko złożyć akta na przechowanie w sądzie, jeżeli strony dobrowolnie wykonały wyrok i chcą zgodnie zatrzeć wszelkie ślady po zakończonym sporze?

W wielu krajach nie ma żadnych przepisów dotyczących przechowywania akt spaw *ad hoc.* Zasada poszanowania autonomii woli stron pozwala tam na decydowanie o sposobie przechowania akt przez umowę stron z arbitrami. Wydaje się to kolejną zaletą postępowania *ad hoc* z uwagi na jego większą poufność.

Warto jednak przypomnieć, ze spółki notowane na giełdzie mają obowiązek informowania akcjonariuszy o prowadzonych sporach. Tym bardziej w spółkach z udziałem Skarbu Państwa nie da się już ukryć prowadzonego postępowania arbitrażowego. Duże spółki muszą raportować audytorom istnienie wszelkich większych sporów, a przepisy finansowe każą im tworzyć odpowiednie rezerwy budżetowe na wypadek przegranej. Stąd często liczba wytaczanych spraw rośnie pod koniec roku kalendarzowego, właśnie z myślą o dokuczeniu przeciwnikowi przygotowującemu sprawozdanie roczne i bilans na rok przyszły. Zdarza się, że liczba spraw wniesionych do stałego sądu polubownego w danym roku przekracza o połowę liczbę wyroków wydanych w roku następnym. Tak dzieje się n. p. w ICC, gdzie sporo spraw kończy się cofaniem pozwu, z uwagi na zawarcie ugody przed tym sądem, lub poza nim.

„Tsunami sporów przed nami" największe jest na przełomie roku. Bądźmy więc czujni i dobrze przygotowani. Dziękuję Państwu za uwagę.

Summary in English:
The Association of Consulting Engineers and Experts SIDiR (the Polish member organization of FIDIC) organized a conference on 21 January 2010. The topic „Tsunami sporów przed nami" *(A tsunami of disputes ahead) reflects the expected growth in construction sector arbitration due to the combination of two factors: the construction boom of the last years and the latest financial crisis. The speech delivered by the previous president of our Court covers the perpetual dilemma: what type of arbitration to select in construction disputes: ad hoc or institutional arbitration. The pros and cons of both are examined and discussed from the speaker's personal experience gained as an ICC court member, president of the Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce and ad hoc arbitrator.*

Zamówienia sektorowe: czy dotyczą prywatnych przedsiębiorstw energetycznych?

Przedmiotem ożywionej w ostatnim czasie dyskusji wśród prawników obsługujących sektor energetyczny stało się pytanie – postawione w świetle wyjaśnień Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych („UZP") z dnia 9 kwietnia 2009 r., skierowanych do Prezydenta Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan – o konieczność stosowania przez prywatne przedsiębiorstwa energetyczne uregulowań ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych („ustawa PZP") dotyczących udzielania zamówień sektorowych.

dr Maria
NOWICKA
Ekspert z Kanlecarii Prawnej
Chałas i Wspólnicy

Zdaniem Prezesa UZP podmiot prywatny, działający w oparciu o koncesję na wykonywanie działalności gospodarczej, o której mowa w art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne („*ustawa PE*"), nie jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy PZP do udzielania zamówień w celu wykonywania prowadzonej przez niego działalności sektorowej. Działalności tej nie realizuje bowiem na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych. Definicja tych praw została wprowadzona do ustawy PZP zgodnie z Dyrektywą 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych („*Dyrektywa sektorowa*"). Swoje twierdzenie Prezes UZP argumentuje w szczególności tym, że organ jest zobowiązany do udzielenia przedmiotowej koncesji na rzecz każdego z ubiegających się o nią podmiotów, o ile tylko spełnia on określone ustawowo obiektywne, proporcjonalne i niedyskryminacyjne warunki. Natomiast obowiązek stosowania przepisów dotyczących zamówień sektorowych ciążyć będzie na wyznaczonym przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z urzędu w drodze decyzji administracyjnej tzw. sprzedawcy z urzędu (art. 9i ust. 10 ustawy PE).

Pogląd wyrażony przez Prezesa UZP – w opinii części prawników – jest tymczasem trudny do zrozumienia. W ich ocenie bowiem abstrahuje on od obowiązującej od dnia 1 stycznia 2009 r. zmiany Dyrektywy sektorowej, dokonanej na mocy decyzji Komisji nr 2008/963/WE z dnia 9 grudnia 2008 r. („*Decyzja*"). Wprowadziła ona zmianę do załączników Dyrektywy sektorowej w zakresie wykazów podmiotów zamawiających wskazując, w szczególności, iż podmiotami tymi w sektorach transportu lub dystrybucji gazu lub energii cieplnej oraz w sektorach produkcji, transportu lub dystrybucji energii elektrycznej w Polsce są wymienione (należy zauważyć, że nie jest to katalog zamknięty) przedsiębiorstwa energetyczne w rozumieniu ustawy PE. Wśród nich wymienia się zarówno spółki z większościowym udziałem Skarbu Państwa, spółki komunalne, a także stanowiące własność prywatną (przy czym także będące sprzedawcą z urzędu). W świetle tych zmian pojawiają się głosy, zgodnie z którymi twierdzenie Prezesa UZP o tym, że prywatne przedsiębiorstwa energetyczne działające na podstawie koncesji i niebędące sprzedawcami z urzędu nie podlegają przepisom o zamówieniach publicznych, nie sposób pogodzić z treścią Dyrektywy sektorowej, w której dla przedsiębiorstw takich wyjątków nie przewidziano. W rezultacie postulują jednoznaczne określenie w Dyrektywie tych przedsiębiorstw energetycznych, które przepisom o zamówieniach sektorowych podlegają.

Mając na uwadze powyższe zastrzeżenia rozważyć należy, jakie jest znaczenie sporządzanego w formie załączników wykazu podmiotów zobligowanych do stosowania przepisów o udzieleniu zamówień sektorowych. Zgodnie z art. 8 Dyrektywy sektorowej, w załącznikach do Dyrektywy przedstawione są niewyczerpujące wykazy **podmiotów zamawiających** w rozumieniu tego aktu prawnego, tj.:

- instytucji zamawiających i przedsiębiorstw publicznych, prowadzących jeden z rodzajów działalności sektorowej oraz
- takich podmiotów zamawiających, które – w przypadku gdy nie są instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi – wykonują pośród prowadzonych przez nie działalności jakąkolwiek z działalności sektorowych oraz korzystają z praw specjalnych lub wyłącznych przyznanych przez właściwy organ państwa członkowskiego.

Wynika z tego wprost, że podlegające aktualizacji załączniki do Dyrektywy sektorowej powinny zawierać wykaz nie

tylko podmiotów prywatnych, prowadzących działalność sektorową na podstawie udzielonych im praw specjalnych (szczególnych) lub wyłącznych, ale także pozostałych podmiotów zamawiających. Oczywiście zauważyć należy, iż w świetle przyjętej w ustawie PE definicji, „przedsiębiorstwem energetycznym" będzie każdy podmiot, prowadzący działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji paliw albo energii lub obrotu nimi (art. 3 pkt 12), co nie oznacza, iż zawsze podmiot taki będzie zobligowany do uzyskania koncesji (art. 32 ustawy PE). Wprowadzone więc przez wyżej wymienione załączniki wykazy podmiotów zamawiających mogą wydawać się co najmniej „niefortunne". Równocześnie należy podkreślić, że zakres podmiotowy Dyrektywy sektorowej został określony – z jednej strony – poprzez wprowadzenie ogólnej definicji podmiotów zamawiających (art. 2), z drugiej – przez wyliczenie tych podmiotów w załącznikach do Dyrektywy, co powinno gwarantować właściwe funkcjonowanie wspólnotowego rynku zamówień publicznych. Bowiem dzięki przyjętej regulacji zainteresowani przedsiębiorcy mogą sprawdzić w konkretnym załączniku, czy dany przedsiębiorca jest umieszczony w wykazie i – w konsekwencji – zobowiązany do udzielania zamówień publicznych. Z kolei, ogólne zdefiniowanie podmiotów zamawiających uniemożliwia uchylenie się od obowiązku stosowania przepisów Dyrektywy sektorowej przez jednostki nowoutworzone, które w wykazie tym nie zostały dotychczas uwzględnione.

Podkreślić należy, iż pojęcie praw szczególnych (specjalnych) i wyłącznych jest terminem prawa wspólnotowego, które na potrzeby Dyrektywy sektorowej musi być interpretowane w sposób autonomiczny. Oznacza to, w konsekwencji, że jego wykładnia w implementujących Dyrektywę przepisach krajowych nie może ograniczać efektywnego stosowania jej przepisów. Ponadto, pojęcie to powinno być interpretowane w sposób podobny, w jaki interpretowane jest to samo wyrażenie przywołane w art. 86 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. W orzeczeniu w sprawie British Telecommunications (C-302/94, orzeczenie z 12 grudnia 1996 r., Zbiory orzecznictwa Trybunału Europejskiego 1996, s. I-06417) Trybunał Sprawiedliwości wskazał, iż dla ustalenia istnienia prawa szczególnego lub wyłącznego: 1) prawo to musi być przyznane przez władze państwa członkowskiego jednemu lub ograniczonej liczbie przedsiębiorców; 2) jego udzielenie powinno istotnie wpływać na zdolność innych przedsiębiorców do wykonywania takiej samej działalności w analogicznych warunkach oraz 3) jego przyznanie musi nastąpić w inny sposób niż w oparciu o obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria. **Oznacza to, iż praw wyłącznych lub specjalnych nie przyznaje się na podstawie koncesji, jeśli może je uzyskać każdy podmiot spełniający określone, obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria.**

W świetle przytoczonych wyjaśnień, należy podzielić opinię wyrażoną przez Prezesa UZP, oraz uznać ją za wysoce pożądaną w praktyce działalności prywatnych przedsiębiorstw sektora energetycznego, bowiem sprzyja ona poprawie bezpieczeństwa obrotu prawnego, w istotny sposób przyczyniając się do poszerzenia wolności gospodarczej. Podkreślenia wymaga, iż celem wydania ustawy PZP jest – po pierwsze – zagwarantowanie prawidłowości wydatkowania środków publicznych, a po drugie – ochrona rynków, na których występują ograniczenia konkurencji, co oznacza, iż jest ona adresowania do podmiotów prywatnych tylko w wyjątkowych przypadkach. Z czasem więc powstanie konkurencji na rynku energetyki doprowadzi do wyłączenia go spod zakresu obowiązywania Dyrektywy sektorowej, jak obserwowaliśmy to dotychczas wobec sektora telekomunikacji.

Na Polsce zaś, jak i na pozostałych państwach członkowskich, ciąży obowiązek okresowej aktualizacji wykazu podmiotów zamawiających w świetle Dyrektywy sektorowej w sposób odzwierciedlający zmiany administracyjne w tych państwach. Uprawnienie do dokonania stosownej modyfikacji w sposób spełniający określone w art. 2-7 Dyrektywy kryteria przysługuje także Komisji. **Podzielając więc postulat o konieczności wprowadzenia stosownych zmian do wykazu podmiotów zamawiających sektora energetycznego pamiętać równocześnie należy, iż dokonując wykładni zakresu podmiotowego stosowania Dyrektywy sektorowej, zawierający wykaz ten załącznik nosi przede wszystkim pomocniczy charakter.**

Podwykonawstwo i solidarna **odpowiedzialność w realizacji robót budowlanych**

Grzegorz
DUKATA
Członek SIDiR
ILF Consulting Engineers Polska
Sp. z o.o.

Podwykonawstwo robót jest w budownictwie zjawiskiem powszechnym i przynoszącym generalnemu wykonawcy, oraz inwestorowi wymierne korzyści. Właśnie z powodu powszechności korzystania z podzlecania robót wyspecjalizowanym firmom mogłoby się wydawać, że wszystkie procesy związane z podwykonawstwem robót są znane wszystkim uczestnikom procesu budowlanego i niema problemu z powszechnym ich stosowaniem. Codzienna praktyka zmusza, jednak do postawienia tezy, że nie ma jednak nic bardziej mylnego. Podstawowe prawa i obowiązki podwykonawców są dobrze znane i stosowane w sytuacji, gdy wszystko przebiega zgodnie z postanowieniami umowy i niema żadnych zgrzytów pomiędzy inwestorem, a wykonawcą i jego podwykonawcą. W sytuacji spornej, której przyczyną są ponownie coraz powszechniejsze zatory płatnicze, pojawia się podstawowy problem zatwierdzania podwykonawców. W niniejszym artykule postaram się w oparciu o aktualne orzecznictwo przybliżyć problem z interpretacją art. 647[1] §5 Kodeksu cywilnego i związanego z nim zatwierdzaniem podwykonawców robót budowlanych.

Analizując podstawy działań podwykonawcy należy rozpocząć od samej definicji. Niestety w polskim prawodawstwie pomimo powszechności stosowania instytucji podwykonawstwa brak jest jednoznacznej definicji, kim jest podwykonawca i jaki zakres robót, usług obejmuje. Z pomocą przychodzą Warunki Kontraktowe FIDIC które w klauzuli 1.1.2.8 definiują podwykonawcę, jako „każdą osobę wymienioną w Kontrakcie jako podwykonawca, lub wyznaczoną jako podwykonawca dla wykonywania części Robót, oraz prawnych następców każdej z tych osób", pojęcie Robót pisanych z dużej litery oznacza Roboty Stałe, które wykonawca ma wykonać na mocy Kontraktu oraz Roboty Tymczasowe oznaczające roboty tymczasowe każdego rodzaju, poza Sprzętem (klauzule 1.1.5.4, 1.1.5.7 i 1.1.5.8 WK FIDIC). Tak więc, podwykonawcą nie będzie producent materiałów budowlanych bądź też firma transportowa. Będzie natomiast podwykonawcą poza oczywistym przypadkami jak np. firma wykonująca roboty ziemne m.in. firma świadcząca usługi geodezyjne bądź wykonująca tymczasowe oznakowanie robót i dróg.

Zgodnie z definicją Warunków Kontraktowych FIDIC podwykonawca to firma wpisana do oferty na roboty budowlane, złożonej na etapie postępowania przetargowego i podpisania umowy. Można też zostać podwykonawcą w każdej chwili w czasie realizacji inwestycji, kiedy to wykonawca zgodnie z prawem zamówień publicznych (artykuł 36 ustęp 5) powierzy wykonanie części lub nawet całość robót podstawowych i towarzyszących podwykonawcy. Do takiego zgłoszenia może nastąpić nawet wtedy, gdy wykonawca na etapie postępowania przetargowego w ofercie nie zadeklarował podzlecenia robót. Oczywiście do podzlecenia może dojść tylko i wyłącznie, gdy inwestor w myśl artykuł 36 ust. 5 Prawa zamówień publicznych określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy w ogóle dopuszcza podzlecanie robót.

Tak więc, dla przypadku gdy inwestor dopuścił do korzystania z podwykonawstwa i wykonawca powziął wolę skorzystania z takiej pomocy musi dojść do zgłoszenia rzeczonego podwykonawcy. Prawo zamówień publicznych regulując sprawy zgłaszania podwykonawców na etapie postępowania przetargowego w kwestii zgłaszania w trakcie realizacji inwestycji odsyła do Kodeksu cywilnego (artykuł 14).

Kodeks cywilny opisujący szerzej sprawę podwykonawstwa żąda by wykonawca robót przed zawarciem z podwykonawcą umowy o roboty budowlane uzyskał zgodę inwestora po przedłożeniu mu umowy lub jej projektu wraz z podaniem zakresu robót. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu powyższej dokumentacji nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy (art. 647^1 §2 k. c.). Obostrzenia te wynikają z wprowadzonego do Kodeksu cywilnego w lutym 2003 r. zapisu o solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy (art. 647^1 §5 k. c.). Solidarna odpowiedzialność oznacza, iż podwykonawca w razie nieotrzymania zapłaty od swojego kontrahenta, może domagać się zapłaty należnego mu wynagrodzenia za wykonane osobiście roboty nie tylko od tego kontrahenta czyli wykonawcy, ale również od inwestora czyli de facto od instytucji która nawet nie jest dla niego stroną umowy. W praktyce uczciwy i solidny płatnik, który jest inwestorem, może zapłacić dwa razy za te same roboty – raz wykonawcy, a drugi raz jego podwykonawcy. I tu dochodzimy do sedna problemu solidarnej odpowiedzialności. Czy nie spełnienie przez wykonawcę powyższego kodeksowego warunku zgłoszenia i przedstawienia umowy lub jej projektu z podwykonawcą nadal nakłada na niepoinformowanego inwestora obowiązek solidarnej odpowiedzialności? Orzecznictwo w tej materii jest niejednolite. W niektórych orzeczeniach Sąd Najwyższy przyjął ze zgoda inwestora podlega regułom artykułu 63 k. c., należy zatem udzielić jej w tej samej formie, która jest wymagana do ważności czynności, której dotyczy. Ponieważ artykuł 647^1 §4 k. c. wymaga w odniesieniu do umowy wykonawcy z podwykonawcą i ewentualnymi dalszymi podwykonawcami formy pisemnej pod rygorem nieważności, także zgoda inwestora na zawarcie umów powinna być udzielona w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Natomiast drugi nurt orzecznictwa kładzie nacisk na odmienność regulacji zawartej w artykule 63 k. c. w porównaniu z regulacją zamieszczoną w artykule 647^1 §2 k. c. w zakresie dotyczącym zgody. Według tego nurtu, zgoda inwestora może być udzielona w każdy sposób, który dostatecznie ją uzewnętrznia – art. 60 k. c. Wskutek tych rozbieżności w orzecznictwie Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego przedstawił wniosek o rozstrzygnięcie przez Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów zapisów artykułu 647^1 kodeksu cywilnego wskazując na dwutorowość interpretacji przesłanek przewidzianej w przepisie solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy względem podwykonawcy robót budowlanych.

Siedmiu sędziów SN w dniu 29 kwietnia 2008 r. (III CZP 6/08), orzekło, iż do zgody inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane przez podwykonawcę wymaganej przez artykuł 647^1 §2 i 3 k. c. nie stosuje się artykułu 63 §2 k. c. **Zgoda ta może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny (artykuł 60 k. c.),** bez konieczności przedstawiana inwestorowi umowy lub jej projektu z podwykonawcą z odpowiednią dokumentacją. Oznacza to w praktyce, że oprócz wyraźnej zgody na korzystanie z usługi podwykonawcy zgłoszonej inwestorowi przez wykonawcę, może zaistnieć **zgoda dorozumiana**, czyli nie jest istotne, w jaki sposób inwestor dowiedział się o zatrudnieniu podwykonawcy byle tylko wiedział o bytności innej firmy na terenie budowy. Stanowisko Sądu Najwyższego w tej materii zostało więc jasne wyłożone.

Uchwała ta w opinii autora stawia w uprzywilejowanej pozycji podwykonawcę (szczególnie tego nie zatwierdzonego) w stosunku do inwestora. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji gdy inwestor podchodząc nawet bardzo skrupulatnie do sprawdzania przepływu należności pomiędzy wykonawcą, a jego zatwierdzonym podwykonawcą będzie zaskakiwany roszczeniem o zapłatę za zapłacone roboty, od nieznanego mu podwykonawcy. Warto bowiem zauważyć, iż inwestor nigdy tak naprawdę nie jest pewien czy gdzieś nie ciąży na wykonawcy zobowiązanie płatnicze za roboty wykonane przez niezatwierdzonego podwykonawcę za które inwestor będzie musiał zapłacić dwukrotnie. Na tak nierzetelnego wykonawcę nie pomoże nawet żądanie przed wystawieniem Przejściowego Świadectwa Płatności w oparciu o klauzulę 5.4 Warunków Kontraktowych FIDIC (tzw. czerwona książka) każdorazowo oświadczenia, że wszystkie należne podwykonawcy kwoty z poprzedniego Świadectwa Płatności zostały wobec niego uregulowane, bądź zapłata bezpośrednio podwykonawcy całość lub część kwoty należnej z pominięciem wykonawcy.

Jedynym skutecznym środkiem ochrony przed takimi sytuacjami jest w opinii autora systematyczny i w pełni odpowiedzialny monitoring brygad budowlanych. Inwestor powinien uczulić obecnego na budowie Inżyniera pełniącego zgodnie z prawem budowlanym obowiązki inspektora nadzoru by reagował i zgłaszał wszystkie nieznane mu brygady robocze prowadzące roboty.

Konkludując można bezsprzecznie stwierdzić, iż przedstawiony powyżej wyrok Sądu Najwyższego w sprawie solidarnej odpowiedzialności zwiększa ryzyko inwestora w procesie inwestycyjnym. Niemniej zgoda na udział podwykonawstwa w realizacji może przynieść inwestorowi bardzo wymierne korzyści poprzez zwiększenie zainteresowania potencjalnych wykonawców. Natomiast zwiększenie konkurencji w oczywisty sposób prowadzi do obniżenia wartości zamówienia. Mądry inwestor zawsze będzie gotów takie ryzyko ponieść.

Kontrola zarządzania programami operacyjnymi

Magda
KITLIŃSKA
Uniwersytet Mikołaja Kopernika
we współpracy z Polskim
Stowarzyszeniem Beneficjentów
Funduszy Pomocowych

Budżet Unii Europejskiej realizowany jest zgodnie ze wspólnotowymi zasadami udzielania pomocy w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności. Jedna z podstawowych reguł, tzw. podział zarządzania określa, iż środki alokowane na fundusze są wykonywane poprzez rozwarstwienie zarządzania między państwa członkowskie a Komisję Europejską. Rozwarstwienie to przejawia się głównie przekazywaniem krajom wspólnoty zadań o charakterze wykonawczym.

Optowanie Unii Europejskiej za tak przyjętym rozwiązaniem ma wyraz przede wszystkim w regulacjach ogólnego rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006[1] z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999. Określa ono obowiązki w zakresie systemów zarządzania i kontroli programów operacyjnych, nałożone zarówno na kraje wspólnotowe, jak i Komisję Europejską.

Zgodnie z art. 70 to państwa członkowskie odpowiedzialne są za zarządzanie programami operacyjnymi i ich kontrolę. W rezultacie każdy kraj należący do Unii Europejskiej zapewnia, iż funkcjonujące w nim systemy kierowania i weryfikacji działają poprawnie, podmioty związane z zarządzaniem i kontrolą są wyznaczone i mają określone funkcje, działają wiarygodne, skomputeryzowane systemy rachunkowości, księgowości, monitorowania i sprawozdawczości finansowej oraz, iż ustalone zostały właściwe systemy i procedury w celu zapewnienia stosowania odpowiedniej ścieżki audytu. Państwa wspólnotowe odpowiadają również za zapobieganie, wykrywanie i korygowanie nieprawidłowości oraz odzyskiwanie kwot nienależnie wypłaconych wraz z odsetkami. Natomiast rola Komisji Europejskiej sprowadza się do upewnienia, iż kraje członkowskie utworzyły systemy zarządzania i kontroli oraz, że systemy te funkcjonują w sposób skuteczny.

Ponadto szczegółowe przepisy z zakresu m.in.: działań informacyjnych i promocyjnych dotyczących programów operacyjnych przeprowadzanych na rzecz beneficjentów, dodatkowej charakteryzacji systemów zarządzania i kontroli, zdefiniowania nieprawidłowości, przepisów odnośnie korekt finansowych oraz elektronicznej wymiany danych, zostały uregulowane rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1828/2006[2] z dnia 8 grudnia 2006 r. ustanawiającym szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia nr 1083/2006.

Wymienione unijne regulacje stanowią podstawę stworzenia, wdrożenia i prawidłowego funkcjonowania systemów zarządzania i kontroli programów operacyjnych. Na ich podstawie można stwierdzić, iż obecnie Unia Europejska przekazała większą odpowiedzialność za prawidłowe wykorzystanie wspólnotowych funduszy na barki państw członkowskich. Stworzyła ona rozbudowaną strukturę i schemat efektywnie działającego mechanizmu oraz narzuciła konieczność podjęcia pewnych działań w celu sprawnej absorpcji wspólnotowych euro. Cały mechanizm uzupełniany jest dodatkowo regulacjami krajowymi, precyzującymi zagadnienia w odniesieniu do których Wspólnota pozostawiła pewną swobodę decyzji.

Struktura systemu w Polsce

Analizując rozporządzenie ogólne, ustawę o finansach publicznych[3], Narodowe Strategiczne Ramy Odniesienia 2007-2013[4] oraz Wytyczne w zakresie procesu kontroli w ramach obowiązków Instytucji Zarządzającej Programem Operacyjnym[5] system kontroli funduszy strukturalnych oraz Funduszu Spójności w Polsce można podzielić na cztery kluczowe poziomy:

- wewnętrzne kontrole finansowe oraz audyty przeprowadzane przez instytucje uczestniczące w procesie wdrażania programów operacyjnych oraz wykorzystywania środków;
- zewnętrzne kontrole i audyty wykonywane przez Instytucję Audytową i Instytucję Certyfikującą;
- zewnętrzne kontrole wykonywane przez instytucje krajowe, których uprawnienia kontrolne nie wynikają z przepisów dotyczących wdrażania funduszy europejskich lecz uprawnień przyznanych przez przepisy prawa krajowego;

1 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:210:0025:0078:PL:PDF
2 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:371:0001:0163:PL:PDF
3 http://eurofunds.org/pliki/pdf/USTAWA_O_FINANSACH_PUBLICZYCH_z_27082009.pdf
4 http://www.funduszeeuropejskie.gov.pl/WstepDoFunduszyEuropejskich/Documents/NSRO_maj2007.pdf
5 http://www. mrr. gov. pl/fundusze/wytyczne_mrr/obowiazujace/horyzontalne/Strony/Wytyczne_w_zakresie_procesu_kontroli_w_ramach_obowiazkow_Instytucji_Zarzadzajacej_Programem_Operacyjnym_22_01_2009. aspx

- kontrole przeprowadzane przez upoważnione instytucje Unii Europejskiej, tzn. Komisję Europejską, Europejski Urząd ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych oraz Europejski Trybunału Obrachunkowy.

Wewnętrzna kontrola finansowa i audyt wewnętrzny

Instytucja Zarządzająca w ramach wewnętrznej kontroli finansowej zapewnia realizację dwóch typów kontroli w systemie wdrażania programów operacyjnych:

- kontrole systemowe;
- weryfikacje wydatków.

Kontrole systemowe przeprowadzane są przez Instytucję Zarządzającą w celu zapewnienia, iż wszystkie zdania delegowane do instytucji pośredniczących w procesie wdrażania środków wykonywane są w odpowiedni sposób, a systemy zarządzania programami operacyjnymi funkcjonują prawidłowo, efektywnie i zgodnie z prawem. Przybiera ona formę kontroli dokumentacji i kontroli na miejscu, a obszary inspekcji obejmują:

- zgodność wybieranych projektów z kryteriami mającymi zastosowanie do danego programu operacyjnego;
- zgodność realizowanych projektów z odpowiednimi zasadami prawa wspólnotowego i krajowego;
- istnienie informatycznego systemu rejestracji i przechowywania zapisów księgowych dla każdego projektu;
- istnienie odpowiedniej ścieżki audytu;
- istnienie procedur zapewniających, iż wszystkie dokumenty dotyczące wydatków i audytów są przechowywane;
- prawidłowe funkcjonowanie Komitetu Monitorującego;
- przestrzeganie wymogów w zakresie informacji i promocji;
- przestrzeganie wymogów w zakresie stosowania metody doboru próby;
- informowanie o nieprawidłowościach;
- windykację należności.

Natomiast w przypadku weryfikacji wydatków kontrolą objęci są już sami beneficjenci korzystający z funduszy, a Instytucja Zarządzająca jest zobowiązana do sprawdzenia czy:

- wniosek o płatność wraz z załączonymi kopiami dokumentów potwierdzającymi poniesione wydatki został przekazany do właściwej instytucji odpowiedzialnej za weryfikację wniosku o płatność;
- dostawy, usługi i roboty budowlane współfinansowane w ramach projektów zostały rzeczywiście wykonane zgodnie z decyzją o dofinansowaniu;
- zadeklarowane przez beneficjentów wydatki zostały rzeczywiście poniesione oraz zapłacone;
- wnioski beneficjentów o płatności są prawidłowe;
- wydatki zostały poniesione zgodnie z zasadami krajowymi i wspólnotowymi.

Ze względu na występowanie w Polsce dużej liczby podmiotów uczestniczących w procesie wdrażania programów, Instytucja Zarządzająca najczęściej określa jedynie pisemne standardy i procedury przeprowadzania weryfikacji wniosków o płatności oraz kontroli na miejscu, a samo przeprowadzenie inspekcji delegowane jest z reguły na niższe poziomy zarządzania i przeprowadzana przez instytucje odpowiedzialne za podpisywanie umów o dofinansowanie projektu oraz weryfikację wniosku. Przyjmuje ona postać rewizji wszystkich wniosków o płatności składanych przez beneficjentów w siedzibie instytucji weryfikującej oraz kontroli na miejscu, które mogą być przeprowadzane już na podstawie próby[6].

Zgodnie z ustawą o finansach publicznych audyt wewnętrzny przeprowadzany jest w podmiotach należących do sektora finansów publicznych. Jest on niezależną i obiektywną działalnością, przeprowadzaną przez wyodrębnione organizacyjnie, jedno lub wieloosobowe komórki audytu wewnętrznego, pełniące funkcję ciała doradczego. Na czele stoi kierownik komórki audytu wewnętrznego, posiadający prawo wstępu do pomieszczeń jednostki oraz wglądu do wszelkich informacji oraz danych związanych z funkcjonowaniem. Dodatkowo pracownicy zobowiązani są do udzielania potrzebnych informacji lub wyjaśnień. Celem audytu wewnętrznego jest przysparzania wartości i usprawnianie funkcjonowania jednostki, poprzez dostarczanie kierownikowi podmiotu racjonalnego zapewnienia, iż systemy zarządzania i kontroli działają prawidłowo. Jego rola polega na wykrywaniu i oszacowaniu potencjalnego ryzyka, mogącego się pojawić w ramach działalności jednostki oraz na badaniu i ocenianiu adekwatności, skuteczności i efektywności systemów kontroli wewnętrznej, mających na celu eliminowanie lub ograniczanie takiego ryzyka. Audyt wewnętrzny przeprowadzany jest na podstawie rocznego planu audytu, przygotowanego przez kierownika komórki audytu wewnętrznego w porozumieniu z kierownikiem jednostki.

Ponadto, aby uregulować i usprawnić funkcjonowanie komórek audytu wewnętrznego Minister Finansów określił:

- w Komunikacie nr 1 z dnia 19 lutego 2009 r. Międzynarodowe Standardy Profesjonalnej Praktyki Audytu Wewnętrznego[7], opracowane przez The Institute of Internal Auditors, jako standardy audytu wewnętrznego w jednostkach sektora finansów publicznych;
- Rozporządzenie z dnia 1 lutego 2010 roku w sprawie przeprowadzania i dokumentowania audytu wewnętrznego[8], regulujące m.in. sporządzanie oraz elementy planu audytu wewnętrznego, sposób dokumentowania przebiegu oraz wyników audytu wewnętrznego, a także sposób sporządzania oraz elementy sprawozdania z wykonania planu audytu;
- w Komunikacie nr 16/2006 z dnia 18 lipca 2006 roku opublikowano Kodeks etyki audytora wewnętrznego[9], którego celem jest promowanie uczciwego, rzetelnego i godnego postępowania audytora wewnętrznego przy wykonywaniu audytu wewnętrznego;
- również w Komunikacie nr 16/2006 z dnia 18 lipca 2006 roku opublikowano Kartę audytu wewnętrznego w jed-

6 Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, *Wytyczne w zakresie procesu kontroli w ramach obowiązków Instytucji Zarządzającej Programem Opresyjnym,* Warszawa 2009.

7 http://www. mofnet. gov. pl/_files_/koordynacja_kontroli_finansowej_i_audytu_wewnetrznego/standardy_kf_i_aw/zalacznik_do_komunikatu_nr1_ministra_finansow_w_sprawie_standardow_audytu. pdf? PortalMF=...

8 http://www. mf. gov. pl/_files_/koordynacja_kontroli_finansowej_i_audytu_wewnetrznego/akty_prawne/rozporzadzenie_metodologiczne_2010. pdf

9 http://www.nettax.pl/dzienniki/dumf/2006/9/poz.70/za11.htm

Kontrola zarządzania programami operacyjnymi

nostkach sektora finansów publicznych[10], której celem jest zachęcanie do ustalania w wewnętrznych przepisach jednostek sektora finansów publicznych szczegółowych zasad funkcjonowania audytu wewnętrznego. Karta stanowi zalecany wzór regulacji wewnętrznych dotyczących prowadzenia audytu wewnętrznego, który poszczególne jednostki powinny dostosować do swoich specyficznych zadań i warunków, w jakich funkcjonują.

Kontrole przeprowadzane przez Instytucję Audytową

W okresie programowania 2007-2013 na każde państwo członkowskie nałożony został obowiązek utworzenia Instytucji Audytowej[11], która poprzez czynności sprawdzające ocenia skuteczność oraz efektywność działania systemów zarządzania i kontroli. Zgodnie z przyjętymi przez Polskę Narodowymi Strategicznymi Ramami Odniesienia 2007-2013 w Polsce funkcję Instytucji Audytowej dla wszystkich programów operacyjnych pełni Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej, powołany w strukturze Ministerstwa Finansów, w postaci wyodrębnionej i funkcjonalnie niezależnej komórki – Departamentu Ochrony Interesów Finansowych Unii Europejskiej. Na poziomie wojewódzkim funkcję GIKS wykonuje szesnaście urzędów kontroli skarbowej.

Zgodnie z art. 62 rozporządzenia nr 1082/2006 Instytucja Audytowa odpowiada głównie za:

- zapewnienie prowadzenia audytów w celu weryfikacji skuteczności funkcjonowania systemów zarządzania i kontroli programów operacyjnych w instytucjach odpowiedzialnych za wdrażanie programów operacyjnych – jest to tzw. audyt systemu;
- zapewnienie prowadzenia audytów operacji na podstawie stosownej próby w celu weryfikacji zadeklarowanych wydatków – tzw. kontrola na podstawie próby, przeprowadzana na miejscu w oparciu o dokumentacje i dane będące w posiadaniu beneficjenta. Ma ona na celu zweryfikowanie czy operacja spełnia kryteria wyboru w ramach właściwego programu operacyjnego, została zrealizowana zgodnie z decyzją o dofinansowaniu, jest zgodna ze wszystkimi warunkami dotyczącymi jej przeznaczenia, wykorzystania i zakładanych celów, czy wydatki zadeklarowane są zgodne z zapisami księgowymi i dokumentami dowodowymi przechowywanymi przez beneficjenta, czy wydatki zadeklarowane przez beneficjenta są zgodne z zasadami krajowymi i wspólnotowymi, oraz czy wkład publiczny został wypłacony beneficjentom zgodnie z zasadami określonymi w rozporządzeniu Rady (WE) nr 1083/2006. Szczegółowe regulacje, precyzujące zakres oraz sposób prowadzenia kontroli i doboru próby, zostały opisane w rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1828/2006;
- przedkładanie Komisji w każdym roku do dnia 31 grudnia w latach 2008-2015 rocznego sprawozdania audytowego zawierającego wyniki audytów z informacją o brakach wykrytych w systemach zarządzania i kontroli, opinii czy system funkcjonuje skutecznie oraz ewentualnej deklaracji częściowego zamknięcia pomocy zawierającej ocenę zgodności z prawem i prawidłowość danych wydatków;
- przedłożenie Komisji, nie później niż do dnia 31 marca 2017 r., deklaracji zamknięcia, zawierającej ocenę zasadności wniosku o wypłatę salda końcowego, ocenę zgodności z prawem oraz ocenę prawidłowości transakcji będących podstawą wydatków objętych deklaracją końcową, do której dołącza się końcowe sprawozdanie audytowe.

Ponadto zawarte w rozporządzeniu ogólnym regulacje obligują IA do zapewnienia, iż czynności audytowe będą wykonywane zgodnie z międzynarodowymi standardami audytu[12], co oznacza, iż jednym z głównych zadań IA powinny być nie tylko czynności nastawione na wykrywanie nieprawidłowości, lecz także działalność doradcza w zakresie prawidłowego wdrożenia programów operacyjnych.

Dodatkowo ważnym zadaniem Instytucji Audytowej jest stała współpraca z Komisją Europejską[13] w celu koordynowania planów i metodologii audytów oraz wymiany wyników przeprowadzonych weryfikacji systemów zarządzania i kontroli, tak aby jak najlepiej wykorzystać zasoby kadrowe i uniknąć podwójnych kontroli. W tym celu, co najmniej raz do roku, ma miejsce spotkanie Instytucji Audytowej oraz Komisji Europejskiej, podczas którego odbywa się wspólna analiza rocznego sprawozdania audytowego, opinii dotyczących skuteczności funkcjonowania systemów zarządzania i kontroli programów operacyjnych oraz wymiana poglądów dotyczących kwestii usprawnienia zarządzania programami operacyjnymi i ich kontroli.

Zlecenie funkcji Instytucji Audytowej Generalnemu Inspektorowi Kontroli Skarbowej jest głównie rezultatem posiadania przez ten podmiot wymaganego doświadczenia, wynikającego z wypełniania już w poprzednim okresie programowania zadań należących obecnie do IA. Kolejnym argumentem jest fakt pełnienia przez GIKS, na mocy Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2003 r., funkcji Pełnomocnika Rządu ds. Zwalczania Nieprawidłowości Finansowych na Szkodę Rzeczypospolitej Polskiej lub Unii Europejskiej, do zdań którego należy inicjowanie, koordyno-

10 http://www.nettax.pl/dzienniki/dumf/2006/9/poz.70/zal2.htm
11 Art. 59 rozporządzenia nr 1083/2006.
12 Art. 62, ust. 2 rozporządzenia nr 1083/2006.
13 Art. 73 rozporządzenia nr 1083/2006.

wanie oraz wdrażanie działań mających na celu zabezpieczenie interesów finansowych Polski lub UE.

Kontrole przeprowadzane przez Instytucję Certyfikującą

Funkcję Instytucji Certyfikującej pełni Ministerstwo Rozwoju Regionalnego[14], które poświadcza Komisji Europejskiej prawidłowość poniesionych wydatków w ramach programów operacyjnych. Obsługę Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie zadań IC, zgodnie ze statutem i regulaminem organizacyjnym Ministerstwa, zapewnia Departament Instytucji Certyfikującej.

Zgodnie z art. 61 rozporządzenia nr 1083/2006 IC odpowiada w szczególności za:

- opracowanie i przedłożenie Komisji poświadczonych deklaracji wydatków i wniosków o płatność;
- poświadczenie, że deklaracja wydatków jest dokładna, wynika z wiarygodnych systemów księgowych i jest oparta na weryfikowalnej dokumentacji uzupełniającej;
- poświadczenie, że zadeklarowane wydatki są zgodne z mającymi zastosowanie zasadami wspólnotowymi i krajowymi oraz zostały poniesione w związku z operacjami wybranymi do finansowania zgodnie z kryteriami mającymi zastosowanie do programu i spełniają zasady wspólnotowe i krajowe;
- zapewnienie, do celów poświadczenia, że otrzymała od Instytucji Zarządzającej odpowiednie informacje na temat procedur i weryfikacji prowadzonych w związku z wydatkami zawartymi w deklaracjach wydatków;
- uwzględnienie, do celów poświadczenia, wyników wszystkich audytów przeprowadzanych przez Instytucję Audytową lub na jej odpowiedzialność;
- utrzymywanie w formie elektronicznej zapisów księgowych dotyczących wydatków zadeklarowanych Komisji;
- prowadzenie ewidencji kwot podlegających procedurze odzyskiwania i kwot wycofanych po anulowaniu całości lub części wkładu dla operacji.

Część zadań z zakresu certyfikacji w ramach Regionalnych Programów Operacyjnych jest delegowana do Urzędów Wojewódzkich, pełniących rolę tzw. Instytucji Pośredniczących w Certyfikacji. IC zawiera z właściwym wojewodom pisemne porozumienie, określające zakres powierzonych zadań oraz obowiązków. Zgodnie z Wytycznymi w zakresie warunków certyfikacji oraz przygotowania prognoz wniosków o płatność do Komisji Europejskiej w Programach Operacyjnych w ramach Narodowych Strategicznych Ram Odniesienia na lata 2007-2013[15] IC przekazuje w szczególności zadania z zakresu:

- weryfikacji pod względem formalnym i merytorycznym poświadczeń i deklaracji wydatków oraz wniosków o płatności okresowe otrzymywanych od Instytucji Zarządzającej RPO;
- poświadczenia przed IC wydatków dla RPO, wykazanych przez Instytucję Zarządzającą w gwarantowanych przez nią deklaracjach wydatków oraz we wnioskach o płatności okresowe;
- przeprowadzania w imieniu Instytucji Certyfikującej systemowych wizyt sprawdzających w Instytucji Zarządzającej RPO, Instytucjach Pośredniczących, Instytucjach Wdrażających, a w szczególnych przypadkach także u beneficjentów, w zakresie realizacji programu oraz wydatków przedstawionych w poświadczeniach i deklaracjach wydatków oraz we wnioskach o płatności otrzymanych od Instytucji Zarządzającej;
- opiniowania procedur zawartych w instrukcjach wykonawczych Instytucji Zarządzającej RPO;
- analizowania, do celów poświadczenia wydatków, informacji i zaleceń pokontrolnych Instytucji Zarządzającej RPO i instytucji, do których Instytucja Zarządzająca RPO delegowała swoje zadania;
- analizowania oraz uwzględniania, do celów poświadczenia wydatków, wyników kontroli przeprowadzonych przez Najwyższą Izbę Kontroli oraz inne organy upoważnione do przeprowadzania kontroli i audytów w zakresie prawidłowości realizacji wydatków w ramach RPO;
- analizowania oraz uwzględniania, do celów poświadczenia wydatków, informacji o nieprawidłowościach uzyskanych na podstawie raportów i zestawień przedkładanych przez Instytucję Zarządzającą RPO;
- monitorowania zasady n+3/n+2 dla danego RPO na podstawie informacji otrzymywanych od Instytucji Zarządzającej RPO;
- monitorowania prawidłowości przechowywania dokumentacji księgowej oraz dokumentacji procesu wdrażania, w szczególności w Instytucji Zarządzającej RPO.

Wytyczne zawierają również opis ogólnych warunków, jakie muszą być spełnione dla celów certyfikacji, prezentują założenia systemu certyfikacji w programach operacyjnych, informacje na temat procesu sporządzania i przekazywania przez IC do KE poświadczonych deklaracji wydatków i wniosków o płatności okresowe, opisują zasady, tryb, terminy oraz wzory obowiązujących formularzy w zakresie wnioskowania o środki do KE, a także określają uprawnienia oraz obowiązki IC wynikające z regulacji krajowych oraz wspólnotowych.

Ponadto dodatkowe informacje odnośnie obowiązków Instytucji Certyfikującej zawiera rozporządzenie nr 1828/2006 regulujące głównie treści i formy dokumentów przekazywanych przez IC do KE.

Kontrole przeprowadzane przez uprawnione instytucje krajowe

Kontrole zewnętrzne wykonywane są również przez uprawnione przepisami prawa wewnętrznego instytucje krajowe, np. kontrole przeprowadzane prze Najwyższą Izbę Kontroli[16], do której obowiązków należy dokonywanie niezależnej, zewnętrznej oceny gospodarowania środkami publicznymi lub kontrole w zakresie działalności jednostek samorządu terytorialnego przeprowadzane przez regionalne izby obrachunkowe[17];

14 Art. 35, ust. 2, pkt 7 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju.
15 http://www.funduszestrukturalne.gov.pl/Dokumenty/20072013/wytyczne/mrr/obowiazujace/
16 Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli: http://bip.nik.gov.pl/pl/bip/podst_prawne/ustawa_o_nik
17 Ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych: http://www.bip.zielonagora.rio.gov.pl/dok/RIO-01.pdf

Kontrole przeprowadzane przez uprawnione instytucje Unii Europejskiej

Unia Europejska przekazując środki na dofinansowanie polityki spójności, zgodnie z regulacjami prawa wspólnotowego, zastrzegła sobie prawo do przeprowadzania kontroli zarówno instytucji uczestniczących w procesie wdrażania funduszy unijnych, jak i beneficjentów realizujących projekty. Instytucjami uprawnionymi do przeprowadzania czynności kontrolnych są: audytorzy Komisji Europejskiej, Europejski Urząd ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych oraz Europejski Trybunał Obrachunkowy.

Zgodnie z art. 274 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę to Komisja Europejska w pierwszej kolejności ponosi odpowiedzialność za wykonanie budżetu zgodnie z zasadami należytego zarządzania finansami, definiowanymi poprzez odwołanie do gospodarności, skuteczności i efektywności. Do jej głównych zadań należy weryfikowanie, na podstawie rocznych sprawozdań audytowych, rocznej opinii Instytucji Audytowej oraz jej własnych audytów, czy państwo członkowskie utworzyło skutecznie funkcjonujący system zarządzania i kontroli programów operacyjnych. W tym celu Komisja ma prawo do przeprowadzania audytów na miejscu, podczas których posiada dostęp do wszelkich dokumentów i ksiąg dotyczących wydatków finansowanych przez fundusze, w tym danych przechowywanych na nośnikach elektronicznych. W kontrolach prawo uczestnictwa posiadają także upoważnieni przedstawiciele państw członkowskich[18].

Europejski Urząd ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych (OLAF) został powołany decyzją Komisji Europejskiej[19] jako odpowiedź na zarzuty korupcji oraz nierzetelnego rozliczania środków budżetowych. Funkcjonuje on w postaci niezależnego organu w strukturach KE. Główną formą działalności jest prowadzenie czynności dochodzeniowych oraz koordynacja działań państw członkowskich w celu zwalczania nadużyć finansowych na szkodę Wspólnot Europejskich. W tym zakresie OLAF posiada uprawnienia do przeprowadzania wewnętrznych oraz zewnętrznych dochodzeń administracyjnych[20]. Dochodzenia wewnętrzne dotyczą wszystkich instytucji, organów, urzędów, agencji funkcjonujących w ramach Unii Europejskiej oraz każdego pracownika zatrudnionego przez Wspólnotę. Natomiast dochodzenia zewnętrzne[21] wykonywane są wobec państw wspólnotowych lub innych podmiotów, które otrzymują środki z unijnego budżetu. Podstawą do wszczęcia postępowania jest podejrzenie wystąpienia nieprawidłowości. Kontrola odbywa się ze współpracą odpowiedniej instytucji państwa członkowskiego. W Polsce rolę tą odgrywa Departament ds. Certyfikacji i Poświadczeń Środków z Unii Europejskiej, umiejscowiony w strukturach Ministerstwa Finansów, a nadzorowany przez Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej.

Europejski Trybunał Obrachunkowy[22] pełni funkcję naczelnego, zewnętrznego organu kontroli na poziomie wspólnotowym, którego celem jest przedstawienie zapewnienia, iż rozliczenia środków unijnych są przejrzyste i wiarygodne, a operacje finansowe zgodne z obowiązującymi przepisami. Ponadto ETO określa czy środki finansowe pozwoliły osiągnąć założone cele w sposób oszczędny i wydajny. Zgodnie z postanowieniami TWE swoje zadania wykonuje w sposób niezależny, kierując się interesem całej Wspólnoty, a nie poszczególnych państw. Czynności kontrolne mogą być prowadzone w siedzibie każdej instytucji lub organu zarządzającego dochodami oraz wydatkami w imieniu Wspólnoty, a polegają one głównie na badaniu dokumentacji finansowej[23].

Podsumowanie

Na podstawie opisu funkcjonującego w Polsce systemu zarządzania i kontroli można stwierdzić, iż jest on bardzo zawiły i rozbudowany oraz, że w znaczący sposób utrudnia życie zarówno instytucjom zaangażowanym we wdrażanie środków, jak i potencjalnym beneficjentom na ich drodze pozyskiwania funduszy, często i tak nazywanej już drogą przez mękę. Publiczne i prywatne organizacje uskarżają się na zbyt liczne kontrole, długi czas ich trwania oraz sprzeczność końcowych orzeczeń. Z jednej strony pretensje te zdają się być uzasadnione, jednak z drugiej należy zrozumieć, iż wykorzystywanie środków publicznych nie może być pozostawione bez nadzoru.

Zgodnie z danymi Ministerstwa Finansów, w okresie od 1 maja 2004 r. do 31 grudnia 2008 r., Polska zgłosiła do Komisji Europejskiej 812 nieprawidłowości w wykorzystaniu funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności. Najwięcej błędów dotyczyło Sekcji Orientacji Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej oraz Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego. Łączna kwota zgłoszonych przypadków wyniosła ponad 106 mln EUR i stanowiła 1% wartości wniosków o refundację wydatków złożonych do KE. Dzięki przeprowadzonym kontrolom oraz weryfikacji dokumentów składanych przez beneficjentów, instytucje odpowiedzialne za refundację wydatków zapobiegły nieprawidłowej wypłacie ponad 68 mln EUR środków publicznych.

Wynik ten, zgodnie z raportem Komisji Europejskiej dotyczącym ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej z dnia 15 lipca 2009 r., plasuje Polskę w czołówce ośmiu państw, w których istotna część nieprawidłowości związanych z wykorzystaniem funduszy unijnych jest wykrywana jeszcze przed wypłatą środków publicznych. Jest to rezultat niewątpliwe zadowalający i zmuszający do refleksji, iż system zarządzania i kontroli programów operacyjnych funkcjonuje w Polsce w sposób poprawny i niebudzący większych zastrzeżeń.

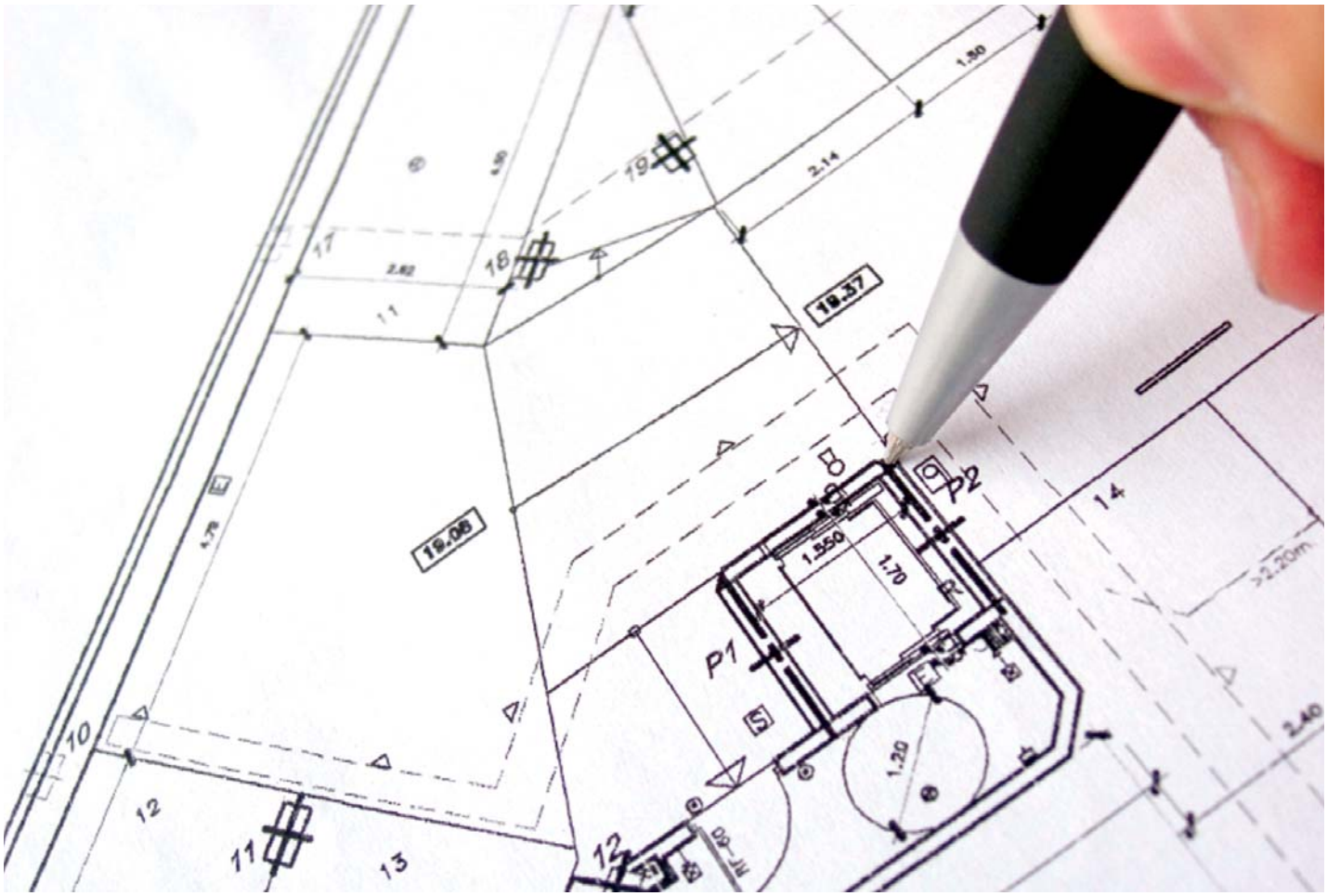
18 Art. 72 rozporządzenia nr 1083/2006.
19 Decyzja Komisji Europejskiej (WE, EWWiS, Euratom) nr 1999/352 z 28 kwietnia 1999 r. w sprawie utworzenia Europejskiego Urzędu ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych (OLAF).
20 Rozporządzenie nr 1073/1999 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. dotyczące dochodzeń przeprowadzanych przez Europejski Urząd ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych (OLAF).
21 Rozporządzenie Rady (Euratom, WE) nr 2185/96 z dnia 11 listopada 1996 r. w sprawie kontroli na miejscu oraz inspekcji przeprowadzanych przez Komisję w celu ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich przed nadużyciami finansowymi i innymi nieprawidłowościami.
22 Został powołany na mocy postanowień traktatu brukselskiego w dniu 22 lipca 1975 r.
23 M. Mossakowski, *Rola instytucji unijnych,* „Monitor UE", 2008, nr 3.

Propozycje uregulowań
w Umowach na Prace Projektowe

dr inż. Kazimierz
STAŚKIEWICZ
Izba Projektowania Budowlanego

Jednoznaczne określenie przedmiotu umowy jest najważniejszą częścią umowy zlecanej jednostce projektowej. W wielu przypadkach z powodu wadliwie określonych zapisów w tej części umowy dochodzi do sporów, które często kończą się w sądzie. Umowa o prace projektowe jest umową o dzieło, umową o wzajemnych zobowiązaniach. Nie można więc zawężać umowy tylko do zakresu zamówienia. Przedmiot umowy obejmuje znacznie szerszy zakres i określa wszystkie czynności, które ma do wykonania jednostka projektowa. Brak oficjalnie publikowanych wzorów umów o prace projektowe, powoduje, że prawie każdy zamawiający opracowuje własny wzór umowy o prace projektowe, popełniając przy tym wiele różnorodnych błędów. W niniejszym artykule dokonano omówienia podstawowych błędów, które występują we wzorach umów dołączanych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Trzeba przypomnieć, że ongiś obowiązywała uchwała Nr 11 Rady Ministrów z dnia 11 lutego 1983 r. *w sprawie ogólnych warunków umów o prace projektowe w budownictwie oraz o wykonanie inwestycji, robót i remontów budowlanych,* uchylona 2.10.1992 r. Od tego czasu nie ukazał się żaden akt prawny, który określałby warunki zawierania umów o prace projektowe w budownictwie.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt. 16 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) ma zawierać m.in. *istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umo-*



Propozycje uregulowań w Umowach na Prace Projektowe

wy albo ***wzór umowy*** (pokreślenie autora)*, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.* Podporządkowując się temu zapisowi, do zdecydowanej większości specyfikacji istotnych warunków zamówienia na prace projektowe zamawiający dołączają własny wzór umowy (w istocie nie jest to „wzór" lecz projekt tekstu umowy), do którego jednak jednostki projektowe praktycznie nie mogą wnieść żadnych skutecznych uwag. Jak wynika bowiem z doświadczeń autora, większość uwag i wniosków składanych przez jednostki projektowe, w trybie art. 38 ustawy *Prawo zamówień publicznych,* jest odrzucana przez zamawiających. Zjawisko to występuje nawet wtedy, gdy „wzór" zawiera rażące błędy rzeczowe i prawne, które czynią taki projekt umowy nie do zaakceptowania przez wykonawcę. W praktyce taki wzór umowy, do którego druga strona (w tym przypadku jednostka projektowa), nie może wnieść uwag, narusza podstawową zasadę równość obu stron umowy w zakresie swobody przy jej zawieraniu.

Nasuwają się także inne wątpliwości natury prawnej. Przykładowo: czy ustawowe włączenie do SIWZ wzoru umowy, i późniejsze nieuwzględnianie przez zamawiających zgłaszanych uwag i propozycji oferentów, jest w pełni zgodne z warunkami zawierania umów, określonymi w *Kodeksie cywilnym.* Paradoksalnie – jedyną obroną jednostek projektowych przed zawieraniem umów opartych na tego typu wzorach jest niebranie udziału w takich przetargach.

Izba Projektowania Budowlanego podjęła prace nad uregulowaniem całej problematyki związanej z umowami o prace projektowe. Zebrano kilkadziesiąt umów o prace projektowe, dokonano analizy występujących błędów rzeczowych i prawnych. Autor podjął próbę usystematyzowania występujących błędów we wzorach umów w następujących grupach:

1. Ujmowanie w jednej umowie prac przedprojektowych oraz projektowych.
2. Wadliwe określanie zakresu prac projektowych.
3. Niewłaściwe ustalenia dotyczące sprawowania nadzoru autorskiego.
4. Ustalanie nierealnych terminów na wykonanie przedprojektowych.
5. Ustalanie zbyt wysokich kar umownych i kwoty należnego zabezpieczenia wykonania umowy.
6. Niezgodność umów z ustawą o prawie autorskim i prawach pokrewnych.
7. Nieprecyzyjne określenie rękojmi za prace projektowe.

Z analizy występujących błędów we wzorach umów o prace projektowe dołączanych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika jednoznacznie, że zamawiający traktują oferentów – jednostki projektowe jako nierównego im partnera, a w szczególności nie stosują:

1) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. *w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót dodatkowych oraz programu funkcjonalno- użytkowego,*
2) ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. *o prawie autorskim i prawach pokrewnych,*
3) ustaleń *Kodeksu cywilnego*.

Tę nieznajomość można by z pewną wyrozumiałością usprawiedliwić, ale zupełnie niezrozumiałe jest nieprzyjmowanie żadnych, nawet w pełni uzasadnionych wniosków i uwag do wzorów umów zawierających „rażące" błędy rzeczowe i prawne. Analiza popełnianych błędów w umowach o prace projektowe wykazała, że konieczne jest opracowanie Ogólnych Warunków Umów o prace projektowe (OWU) oraz kilku przykładowych wzorów umów o prace projektowe. Powstało jednak pytanie jak doprowadzić o powszechnego stosowania tych opracowań?

Odpowiedź na to pytanie daje ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. (z pożn. zm.) *Prawo zamówień publicznych* Dział V Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (art. 154 pkt. 10.): ***Prezes Urzędu upowszechnia przykładowe wzory umów w sprawach zamówień publicznych, regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień.***

W Izbie Projektowania Budowlanego podjęto prace nad następującymi opracowaniami:

1) Ogólne Warunki Umów o prace projektowe (OWU),
2) Przykładowe wzory umów:
   - Umowa o wykonanie dokumentacji projektowej w ramach zamówień publicznych zawierająca: Istotne postanowienia umowy i Ogólne warunki umowy o prace projektowe,
   - Umowa o wykonanie usług i prac przedprojektowych,
   - Umowa o wykonanie dokumentacji projektowej,
   - Umowa o wykonanie usług technicznych.

Wykonane opracowania poddano szerokiej konsultacji wśród jednostek projektowych oraz na konferencji Stowarzyszenia Kosztorysantów Budowlanych 18 – 19 marca 2010 r. Hotel Wodnik k/Bełchatowa pt. *Wybrane problemy prawidłowego przygotowania inwestycji do realizacji. Współdziałanie uczestników procesu inwestycyjnego.*

Autor wyraża przekonanie, że obecne prace nad uporządkowaniem umów o prace projektowe zostaną wkrótce ukończone. Izba Projektowania Budowlanego, po zakończeniu szerokiej akcji zbierania uwag do wykonanych opracowań, wystąpi do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o upowszechnione: *Ogólnych warunków umów o prace projektowe* i *Przykładowych wzorów umów* o prace projektowe.

Czas na ukończenie, siła wyższa, umowa o świadczenie niemożliwe

Zbigniew J. **BOCZEK**
Dyrektor Europejskiego Instytutu Ekonomiki Rynków

Czas na Ukończenie

Zgodnie z klauzulą 8.2 Warunków Kontraktowych FIDIC wykonawca powinien ukończyć całość Robót przewidzianych do wykonania w s. i. w. z., w Czasie na Ukończenie. To jest podstawowe zobowiązanie wykonawcy związane z czasem, a mianowicie ukończenie zamówienia w Czasie na Ukończenie liczonym od Daty Rozpoczęcia, o którym mowa w klauzuli 8.1. Poprawnie Czas na Ukończenie nie dotyczy „daty", tylko „czasu", a więc np. xx miesięcy, lat itp. Zgodnie z subklauzulą 1.1.3.3 [*Czas na Ukończenie*] oznacza czas, liczony od Daty Rozpoczęcia, przeznaczony na ukończenie Robót lub, zależnie od przypadku, ich Odcinka na mocy klauzuli 8.2 [*Czas na Ukończenie*], ustalony w Załączniku do Oferty, wraz ze wszelkimi przedłużeniami na mocy klauzuli 8.4 [*Przedłużenie Czasu na Ukończenie*]. Klauzula 10.1 [*Przejęcie Robót i Odcinków*] informuje o zakresie prac, które należy ukończyć w Czasie na Ukończenie i przed Przejęciem Robót, ale z wyłączeniem pewnych mniejszych elementów zaległych prac oraz wad, dopuszczalnych na mocy zapisów klauzuli zawartych w punkcie 10.1 (a). W Czasie na Ukończenie wykonawca powinien ukończyć wszystkie Roboty wymagane kontraktem i zaliczyć (wykonać) Próby Końcowe. Wymagania stawiane Próbom Końcowym zostały opisane w klauzuli 9.1 Warunków Kontraktowych. Zalicza się do nich próby przedrozruchowe, próby rozruchowe i ruch próbny, zwyczajowo nazywane „próby na sucho", których zadaniem jest wykazanie, że Roboty osiągnęły stan, w którym Zamawiający może je przejąć.

Przedłużenia Czasu na Ukończenie, zgodnie z zapisami klauzuli 8.4:

„Wykonawca będzie uprawniony do przedłużenia Czasu na Ukończenie na mocy klauzuli 20.1. *[Roszczenia Wykonawcy]* w granicach w jakich ukończenie dla celów określonych w klauzuli 10.1 [*Przejęcie Robót i Odcinków*] będzie opóźnione przez którąkolwiek z poniższych przyczyn:

(a) Zmiany, o ile korekta Czasu na Ukończenie nie została uzgodniona na mocy klauzuli 13.3 *[Procedura wprowadzania Zmian],*
(b) Opóźnienia dającego uprawnienia Wykonawcy do przedłużenia czasu na mocy jakiejkolwiek klauzuli niniejszych Warunków,
(c) Wyjątkowo niepomyślnych warunków klimatycznych,
(d) Nieprzewidywalnych braków możliwości zatrudnienia personelu lub uzyskania Dostaw, spowodowanych przez epidemię czy działania rządowe, lub
(e) Jakiekolwiek opóźnienia, utrudnienia lub przeszkód spowodowanych przez lub dających się przypisać Zamawiającemu, Personelowi Zamawiającego; lub innego wykonawcy, zatrudnionego przez Zamawiającego na Terenie Budowy.

Jeżeli Wykonawca uzna, że ma prawo do przedłużenia Czasu na Ukończenie, to winien on wystąpić do Inżyniera zgodnie z klauzulą 20.1 [*Roszczenia Wykonawcy*]. Inżynier, ustalając każde przedłużenie czasu na mocy klauzuli 20.1 winien dokonać przeglądu wszelkich poprzednich ustaleń na ten temat, po czym może zwiększyć sumaryczne przedłużenie czasu, ale nie może go zmniejszyć."

Postanowienia o *Przedłużeniu Czasu* są wprowadzone w Warunkach Kontraktowych dla dobra obu stron. Wykonawca korzysta z tej klauzuli, uzyskując więcej czasu jeżeli nastąpi któreś z zapisanych w kontrakcie wydarzeń, opóźniających ukończenie. Klauzula chroni także zamawiającego, szczególnie jeśli wystąpi opóźnienie, utrudnienie lub przeszkoda z winy którą można przypisać zamawiającemu na mocy punktu (e) klauzuli 8.4. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na następujące aspekty pierwszego zdania tej klauzuli:

- *„Wykonawca będzie uprawniony…"* – co jest postanowieniem, niezależnym od czyjejkolwiek woli;
- *„…na mocy klauzuli 20.1 …"* – szczególnie pierwszy, drugi i ostatni akapit klauzuli 20.1 dotyczy uprawnienia do przedłużenia czasu,
- *„… do przedłużenia … w granicach w jakich ukończenie … będzie opóźnione przez,,,"* – przedłużenie powinno być obliczone przez nawiązanie do wymienionych przyczyn,
- *„… ukończenie dla celów klauzuli 10.1 …"* – pierwsze zdanie klauzuli 10.1, w punkcie (i) ustala zakres prac, które muszą być ukończone w Czasie na Ukończenie. Zakres prac wymaganych dla Przejęcia Robót musi obejmować sprawy opisane w punktach (a) i (b) klauzuli 8.2, ale może wykluczać, jak dopuszcza klauzula 10.1 (a) *„drobniejsze zaległe prace czy wady"*, które nie będą w znaczący sposób wpływały na korzystanie z Robót bądź ich Odcinka dla zamierzonego celu przed i w trakcie dokańczania tych prac i usuwania wad.

Klauzula 8.4 nie obejmuje opisu wszystkich wydarzeń, które mogą uzasadnić przedłużenie Czasu na Ukończenie. Punkt (b) odwołuje się do innych klauzul, uprawniających do przedłużenia czasu. Wiele klauzul ujętych w Warunkach Kontraktowych uprawnia wykonawcę, zazwyczaj w punkcie (a), do *„przedłużenia czasu … jeżeli ukończenie jest lub będzie opóźnione na mocy klauzuli 8.4*". Zwrot *„ukończenie … na mocy klauzuli 8.4"* oznacza równocześnie *„ukończenie dla celów określonych w klauzuli 10.1"* jak wykazano powyżej.

Klauzula 8.4 kończy się potwierdzeniem, że suma wszystkich przedłużeń czasu dla Robót nie może następnie zostać zmniejszona. Tak będzie nawet w przypadku, kiedy jako Zmia-

ny zostanie wydane polecenie pominięcia niektórych prac, a wówczas zawarte w klauzuli 8.1 zobowiązanie wykonawcy do działania *„z należytym pośpiechem i bez opóźnień"* nie może być odbierane, jako sugestia wcześniejszego ukończenia kontraktu niż to wynika z klauzuli 8.2.

Siła Wyższa

W klauzuli 17.3 [*Ryzyko Zamawiającego*] w punkcie (h) *„działania takich sił natury, które są Nieprzewidywalne*[1]*, co do których nie można w racjonalny sposób oczekiwać aby doświadczony wykonawca im skutecznie przeciwdziałał"*, zostały wpisane w ryzyko zamawiającego. Niektóre z tych rodzajów ryzyka stanowią także Siłę Wyższą na mocy klauzuli 19, zależnie od ich wyjątkowej natury i niekorzystnych następstw. Kolejna klauzula 17.4 [*Następstwa ryzyka Zamawiającego*] uprawnia wykonawcę do *„wydłużenia czasu dla takiego opóźnienia na mocy klauzuli 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie] jeżeli ukończenie jest lub zostanie opóźnione"*. Klauzula 17.4 uprawnia wykonawcę tylko do wydłużenia czasu z tytułu opóźnienia oraz kompensaty za naprawę straty lub szkody, ale nie ogranicza jego uprawnień na mocy klauzuli 19.4.

W klauzuli 19.1 [*Definicja Siły Wyższej*] Warunków Kontraktowych, wyrażenie „*Siła Wyższa*" ma szerzej rozwinięte znaczenie, mianowicie jako wydarzenie wyjątkowe lub okoliczności, spełniające kryteria ustalone w punktach (a) do (d) tej klauzuli. W rzeczywistości istnieje jeszcze nie ujęty w klauzuli 19.1 warunek, mianowicie, że takie wydarzenie lub okoliczność uniemożliwia dotkniętej stronie wypełnienie części lub całości zobowiązania kontraktowego. Ten warunek nie jest włączony do definicji Siły Wyższej w klauzuli 19.1, ale jest ustalony jako warunek wstępny w klauzulach 19.2 i 19.4. Jeżeli Stroną dotkniętą jest wykonawca, to będzie on uprawniony do przedłużenia Czasu na Ukończenie w granicach, w jakich ukończenie będzie opóźnione przez Siłę Wyższą opisaną w tym powiadomieniu. Wykonawca będzie też uprawiony do zwrotu takiego kosztu jaki poniesie z powodu uniemożliwienia wykonywania zobowiązań w wyniku działania Siły Wyższej.

W polskim systemie prawnym z przepisów art. 435 Kodeksu cywilnego wynika, że z powodu wystąpienia Siły Wyższej, jako zjawiska zewnętrznego a zarazem gwałtownego i nieoczekiwanego, wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności deliktowej. Nie może również ponosić odpowiedzialności kontraktowej w związku z zapisami umownymi Warunków Kontraktowych wiążących strony. Za Siłę Wyższą uważa się zjawiska, którym nie można zapobiec przy dołożeniu nawet nadzwyczajnej staranności. W świetle ustalonej judykatury Sądu Najwyższego Siłą Wyższą jest zdarzenie zewnętrzne, a więc mające swoje źródło poza urządzeniami przedsiębiorstwa (wykonawcy). Ponadto Siła Wyższa powinna być niemożliwa do przewidzenia (cecha przypadku), przy czym nie chodzi tu o absolutną niemożliwość przewidywania takiego zdarzenia, lecz o nikły stopień prawdopodobieństwa jego pojawienia się w określonej sytuacji i to świetle obiektywnej oceny wydarzeń. Można ją określić również, jako nieoczekiwaną lub nadzwyczajną. Typowymi przykładami Siły Wyższej są powodzie, huragany, trzęsienia ziemi itp. Siła Wyższa jest niemożliwa do zapobieżenia, nie tyle samemu zjawisku, co szkodliwym jego następstwom i przy zastosowaniu współcześnie dostępnej techniki. **Na uwagę zasługuje fakt, że samo zjawisko może być do przewidzenia (np. nadejście huraganu, czy powodzi), ale jeżeli nie można przewidzieć jego skutków i im zapobiec, to mieści się to w pojęciu Siły Wyższej.** Tak pojmowana w prawie Siła Wyższa nie mieści się w ryzyku i zasadach ryzyka, które obciążają wykonawcę na zasadach winy, trudno bowiem znaleźć związek przyczynowy odpowiedzialności wykonawcy z tytuły wystąpienia Siły Wyższej.

Umowa o świadczenie niemożliwe

Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna – art. 387 k. c. [Pierwotna niemożliwość świadczenia]. Przepis odnosi się do sytuacji, gdy świadczenie było niemożliwe w chwili zawarcia umowy. Przyjmuje się, że niemożliwość świadczenia musi być obiektywna (ma charakter trwały), czyli świadczenie nie może być wykonane przez nikogo.

Jeżeli świadczenie jest obiektywnie możliwe, ale zachowanie, które wykonawca miałby podjąć jest zakazane prawnie, należy umowę uznać za sprzeczną z ustawą, a więc z normą zakazującą danego zachowania.

Tak więc, świadczenie jest niemożliwe również, jeżeli w umowie wykonawca zostanie zobowiązany do wykonania robót budowlanych z naruszeniem przepisów Pzp. Tak określonym warunkiem zastosowania przepisu jest jednak to, by świadczenie było niemożliwe do spełnienia w chwili zawarcia umowy, natomiast nie ma zastosowania, gdy świadczenie stało się niemożliwe do spełnienia dopiero po zawarciu umowy (nawet z przyczyny istniejącej w chwili zawarcia umowy), bo wówczas znajdzie zastosowanie art. 475 k. c. [Następcza niemożliwość świadczenia].

W wielu znanych mi przypadkach, wykonanie robót budowlanych wg założeń dostarczonych przez zamawiającego jest w rzeczy samej niemożliwe w zgodzie z przepisami ustawy Pzp. Wykonanie wielu robót jest również często niemożliwe zgodnie ze sztuką budowlaną, zasadami bezpieczeństwa, czy wreszcie zdrowym rozsądkiem, ponieważ wykonanie obiektu wg założeń zamawiającego prowadziłoby do wykonania robót wadliwych, a szczególnie niemożliwych do dalszego wykorzystywania zgodnie z założonym celem. Jeżeli wykonawca wykona te roboty w sposób odmienny, ale zgodny z ich przeznaczeniem, to trzeba uznać, iż roboty tak wykonane będą innym obiektem niż obiekt, który został opisany w umowie. Innymi słowy, zleceniodawca, najczęściej przyznaje, że roboty są wykonywane zgodnie z inną technologią niż przyjęta w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jednak uznaje, że są to ciągle te same roboty. Ocena czy mamy do czynienia z innym przedmiotem niż przedmiot opisany w umowie, czy też z tym samym przedmiotem tylko wykonywanym w innej technologii, oraz czy wykonywanie tych robót nie narusza przepisów ustawy Pzp, będzie ostatecznie należało do sądu.

Samo to, iż spełnienie świadczenia wymaga nawet znaczenie większych kosztów, lub starań, niż wykonawca zakładał, nie pozwala uznać go za niemożliwe. Na równi z rzeczywistą niemożliwością świadczenia można stawiać tylko takie utrudnienie w jego spełnieniu, które czyni je wykonalnym jedynie teoretycznie – próba jego realizacji byłaby uznana za działanie jaskrawo sprzeczne z nakazami zdrowego rozsądku. Racjonalność spełnienia świadczenia należy przy tym oceniać z punktu widzenia obiektywnego, a nie możliwości konkretnego wykonawcy.

1 1.1.6.8 „Nieprzewidywalne" oznacza nie dające się w racjonalny sposób przewidzieć przez doświadczonego Wykonawcę przed dniem złożenia Oferty.

18 lutego 2010 r.

w Warszawie, w hotelu Radisson, odbyła się konferencja CUPT, zatytułowana „Warunki kontraktowe FIDIC a prawo krajowe w kontekście realizacji Projektów". Gospodarzami spotkania były Panie Patrycja Wolińska-Bartkiewicz Podsekretarz Stanu Ministerstwa Infrastruktury, oraz Anna Siejda Dyrektor Centrum Unijnych Projektów Transportowych, zaś w znacznej części merytoryczny aspekt przedsięwzięcia wzięli na siebie przedstawiciele SIDiR.
Przesłaniem konferencji była interpretacja zapisów FIDIC w odniesieniu do prawa polskiego i ich konfrontacja z materiałem zawartym we wnioskach z kontroli procedur zawierania umów dla projektów realizowanych w ramach PO IiŚ.
Z ramienia SIDiR prelegentami mówcami byli Zbigniew J. Boczek, Krzysztof Woźnicki i Paweł Zejer. Podczas panelu dyskusyjnego, którego przedmiotem były konkretne realizacje projektów PO IiŚ – rozgorzała gorąca dyskusja – pokazując jak wiele jest wciąż niejasności i znaków zapytania związanych z prawnym otoczeniem inwestycji budowlanych realizowanych ze środków unijnych.

12 marca 2010 r.

w Amsterdamie, odbyło się spotkanie D&S (Dyrektorów i Sekretarzy Generalnych) EFCA. SIDiR był reprezentowany przez Prezesa SIDiR Krzysztofa Woźnickiego, oraz Dyrektor Grażynę Łuka – Doktorską. Motywem przewodnim spotkania była aktywność lobbingowa stowarzyszeń konsultingu inżynierskiego. Peter van Essen z Holandii przedstawił prezentację „Zarządzanie sferą Public Affairs", w której wskazał konieczność wypracowania odpowiedniej strategii lobbingowej. Poszczególne stowarzyszenia zaprezentowały pokrótce sytuację w swoich krajach. W większości z nich termin „lobbing„(a w szczególności w krajach „Nowej Europy" stanowi wciąż określenie dwuznaczne. EFCA jako federacja europejskich stowarzyszeń wypracowuje własną strategię lobbingową starając się wywrzeć wpływ na europejską legislację, oraz utrzymuje stały kontakt z urzędnikami Komisji Europejskiej. Dalszymi punktami spotkania były: raporty przedstawicieli poszczególnych stowarzyszeń dotyczące sytuacji finansowo-ekonomicznej oraz, jako ostatni już punkt – relacja z pracy komisji EFCA. Kolejne spotkanie D&S planowane jest na listopad 2011 r. w Strassburgu.

26-27 marca 2010 r.

w Zegrzu, odbyło się seminarium „Rola Inżyniera w Kontraktach FIDIC". SIDiR postanowił wnieść swój wkład w integrację szeroko rozumianego środowiska branży inwestycyjnej w budownictwie zapraszając do udziału w spotkaniu, oprócz własnych członków, przedstawicieli Izby Projektowania Budowlanego, Mazowieckiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, Polskiego Stowarzyszenia Beneficjentów Funduszy Pomocowych, Fundacji Centrum PPP i Fundacji Prawo Zamówień Publicznych. Dyskutanci poruszali całe spectrum zagadnień związanych z problematyką inwestycji budowlanych jak: rola Inżyniera w kontraktach FIDIC, problematyka PPP, koszty i wynagrodzenia w różnych fazach przygotowania inwestycji, systematyka opracowań projektowych, zmiany w ustawie Prawo zamówień publicznych i w Prawie budowlanym, a wreszcie zagadnienia rękojmi i gwarancji w kontraktach budowlanych. Spotkanie miało także część integracyjną, której celem było nawiązywanie bliższych kontaktów personalnych i biznesowych.

Grażyna
ŁUKA-DOKTORSKA
Dyrektor Biura SIDiR

14-16 maja 2010 r.

w Stambule, miała miejsce 10 Doroczna Konferencja DRBF, współorganizowana przez EIC, FIDIC, ICC i innych., na której przedstawicielem Stowarzyszenia był Prezes Krzysztof Woźnicki. Konferencja poprzedzona była 2-dniowymi warsztatami pt. „Alokacja ryzyka oraz obowiązki i odpowiedzialność Komisji Rozstrzygania Sporów w/g. FIDIC". Poruszano tematykę zwiększającej się roli Komisji Rozjemczych w procesie rozwiązywania sporów a w jej ramach: zagadnienia obszarów powszechnego ryzyka w kontraktach budowlanych, problem zapisów dotyczących procedury zgłaszania roszczeń i powoływania Komisji Rozjemczych, roli Inżyniera i przedstawiciela Zamawiającego, skutków decyzji Komisji Rozjemczej w/g. FIDIC.
Zapowiedziano zwołanie w Bukareszcie 2-giej Dorocznej Regionalnej Konferencji FRBF w dniach 9-11 czerwca 2010 r.

27-29 maja 2010 r.

w Rzymie, odbyła się doroczna Konferencja GAM EFCA. Polska delegacja złożona była z Prezesa Krzysztofa Woźnickiego i trójki Młodych Profesjonalistów (YP): Anny Staś, Bartosza Kiernożyckiego oraz Marcina Mikulewicza. OICE – Włoski gospodarz spotkania postanowił wspaniałomyślnie o bezpłatnym uczestnictwie przedstawicieli YP w konferencji.
Konferencja nosiła tytuł „Zmiany klimatyczne i nowy bilans energetyczny w Europie: wyzwanie dla branży inżynierskiej". Tematyka dotyczyła globalnych wyzwań dla konsultingu inżynierskiego związanych ze zmianami klimatycznymi i problemem energii, promocją zasady odnoszenia kosztów do całego cyklu życia inwestycji w zamówieniach publicznych, spojrzenia na zadania consultingu z punktu widzenia trwałego rozwoju, etc. Specjalny punkt programu stanowiło przyznanie nagród tym przedstawicielom YP, którzy zgłosili się do udziału w ogłoszonym przez EFCA konkursie na najlepszą pracę w dziedzinie konsultingu inżynierskiego. Z 23 uczestników, którzy zgłosili swoje projekty – wybrano pracę 31 letniego Duńczyka Thomasa Jensena. W grupie osób, które otrzymały honorowe wyróżnienie znalazł się także przedstawiciel SIDiR – Marcin Spyra (niestety – nie mógł on przyjechać do Rzymu ze względu na liczne zobowiązania). Wydarzenie uwieńczone zostało wizytą w Villa Borhese oraz w Kaplicy Sykstyńskiej.

Szanowni Państwo,

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

HARMONOGRAM SZKOLEŃ

- **22–23 września 2010 r.: „Zarządzanie Budową na podstawie Warunków Kontraktowych FIDIC"**
- **19–20 października 2010 r.: „Przygotowanie i realizacja zamówienia publicznego na roboty z wykorzystaniem Warunków Kontraktowych FIDIC"**
- **16–17 listopada 2010 r.: „Wprowadzenie do warunków Kontraktowych FIDIC"**
- **14 –15 grudnia 2010 r.: „Zarządzanie budową na podstawie 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

Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR)

ul. Trębacka 4
00-074 Warszawa
tel./fax: +48 22 826 16 72
tel./fax: +48 22 826 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/szkolenia