

BIULETYN Konsultant



nr 25, maj 2012

Gwarancja zapłaty dla wykonawcy

str. 2

Z działalności SIDiR

str. 3

Uprawnienia i obowiązki zamawiającego oraz obowiązki wykonawcy w zamówieniach publicznych

str. 4

Wyjątkowo niekorzystne warunki klimatyczne – rola Inżyniera

str. 8

Odpowiedzialność organu administracji ARCH-BUD lub projektanta za jakość projektu budowlanego

str. 11

Harmonogram robót w świetle warunków kontraktowych FIDIC

str. 13

Jak elastyczność, dobra wola i otaczanie się zawodowcami prowadzi do innowacji i sukcesu w realizacji inwestycji

str. 17

Mediacja – skuteczny sposób na wygranie sporu

str. 20

Partnerstwo publiczno-prywatne

str. 24

Etyka Międzynarodowego Arbitra

str. 26



Ograniczona przejezdność...

Gwarancja zapłaty dla wykonawcy

Gwarancja zapłaty polega na zobowiązaniu gwaranta (którym z zasady jest bank lub firma ubezpieczeniowa), do zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej beneficjentowi gwarancji, którym jest wykonawca lub podwykonawca.

Gwarant działa na zlecenie inwestora (zamawiającego). Celem gwarancji zapłaty jest zabezpieczenie terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia. Wysokość sumy pieniężnej odpowiada wysokości roszczenia wykonawcy lub podwykonawcy z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy. Gwarancja zapłaty ma chronić wykonawcę oraz – w myśl art. 649⁵ k.c. – dalszych wykonawców (podwykonawców) przed uchylaniem się inwestora od zapłaty należnego im wynagrodzenia, ale także przed jego nieterminową zapłatą.

Wykonawca (generalny wykonawca) robót budowlanych może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia:

- wynikającego z umowy, oraz
- robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy zaakceptowanych na piśmie przez inwestora.

Nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa wykonawcy (generalnego wykonawcy) do żądania od inwestora gwarancji zapłaty. Odstąpienie inwestora od umowy spowodowane żądaniem wykonawcy (generalnego wykonawcy) przedstawienia gwarancji zapłaty jest bezskuteczne.

Jeżeli wykonawca (generalny wykonawca) nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 45 dni, uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia – art. 649⁴ § 1 k.c. Wykonanie prawa odstąpienia powoduje, że wygasają prawa i obowiązki stron dotyczące niewykonanej dotąd części stosunku kontraktowego.



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

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

Kolegium redakcyjne: Zbigniew J. Boczek (redaktor naczelny)

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

SIDiR jest członkiem:



Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils – FIDIC



European Federation of Engineering Consultancy Associations – EFCA



The Dispute Resolution Board Foundation – DRBF

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

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

Z działalności SIDiR



Tomasz
LATAWIEC
Prezes Zarządu SIDiR

Koleżanki i Koledzy.

Mam nadzieję, że wybaczyście mi, to że zajmuję jedną stronę naszego Biuletynu na dzielenie się moimi przemyśleniami dotyczącymi ważnych dla Stowarzyszenia spraw i wydarzeń oraz na ich komentowanie. Zamierzam to robić systematycznie – uważam bowiem, że Biuletyn jest równie odpowiednim miejscem do tego jak i strona internetowa. Tą drogą będę także zachęcał do włączania się szerszego grona Członków SIDiR w realizację poszczególnych inicjatyw.

Walne, które odbyło się 24 marca br., przyjęło sprawozdanie Zarządu i Komisji Rewizyjnej, oraz budżet na rok 2012. W związku z upływającą kadencją dwóch członków Komisji Rewizyjnej i jednego członka Zarządu dokonało wyboru na wakujące miejsca. Pragnę podziękować zatem Kolegom Wojciechowi Grodeckiemu i Sławomirowi Majowi za wieloletni, czynny udział w pracach Komisji Rewizyjnej, oraz ich merytoryczne wsparcie prac Zarządu. Koledzy – dziękuję bardzo za Waszą społeczną pracę na rzecz Stowarzyszenia, mając jednocześnie nadzieję, że nowo wybrani członkowie Komisji Rewizyjnej – Małgorzata Jaros-Kaczmarek i Krzysztof Bokowy, będą mogli korzystać z Waszego wsparcia, a Stowarzyszenie z bogatego doświadczenia i fachowego przygotowania. Po czteroletniej kadencji zakończył pracę w Zarządzie Kolega Paweł Zejer, który - poza aktywną pracą w Zarządzie – dał się poznać jako wyjątkowo skuteczny Wykładowca i Rozjemca oraz prelegent na wielu Konferencjach i Seminariach. Pawle – Twój profesjonalizm, umiejętność dokonywania rzeczowej analizy i prowadzenia efektywnego dialogu są godne szczególnego uznania. Dlatego liczę, że będziesz dalej czynnie działał na rzecz rozwoju Stowarzyszenia, a za dotychczasową pracę serdecznie dziękuję.

Nowo wybranym Członkiem Zarządu jest Kolega Jacek Piliszek. Po raz pierwszy wybraliśmy także skład Sądu Koleżeńskiego – władzy Stowarzyszenia, która dotychczas istniała tylko w statucie. Skoro nie było potrzeby, by Sąd ten musiał podejmować jakiegokolwiek działania, to chyba dobry znak. I niech tak też pozostanie. Życzę wybranym do składu Sądu Kolegom, by nie mieli żadnej pracy wynikającej z ich przynależności do tej Władzy. Pragnę poinformować, że Sąd Koleżeński ukonstytuował się następująco: Przewodniczący – Marek Rdułtowski, Zastępca Przewodniczącego – Adam Hajda, Sekretarz – Andrzej Wybranowski, członkowie – Władysław Białachowski i Bartosz Kiernożycki. Serdecznie gratuluję!

Wreszcie, Walne uchwaliło nowy statut, który jest owocem pracy powołanej w roku ubiegłym Komisji Statutowej. Drogą

ewolucji wprowadza więcej porządku i precyzji, której jako Profesjonaliści powinniśmy wymagać zwłaszcza od siebie.

Na Walnym dyskutowaliśmy o przyszłości i o pomysłach na skuteczniejsze promowanie pozasądowych sposobów rozwiązywania sporów, których – niestety – w naszej inwestycyjnej rzeczywistości nie brakuje. Po raz kolejny wrócił problem dotyczący jakości pracy Rozjemców i wykonalności decyzji Komisji Rozjemczych. Wskazywaliśmy wiele powodów, dla których zamawiający wykreślają ze swoich Warunków Kontraktowych FIDIC zapisy dotyczące KR, ale co raz wracał problem przygotowania prawnego Rozjemców. Dlatego wyzwaniem na najbliższe miesiące jest opracowanie systemu szkolenia Rozjemców, oraz wypracowanie sposobu na niewykreślanie zapisów o tym sposobie rozstrzygania sporów z Warunków Kontraktowych. W tym miejscu muszę napisać kilka słów o mediacji – będącej alternatywnym sposobem rozstrzygania sporów. Ta pozasądowa metoda została wprowadzona do polskiego prawa po niedawnym znowelizowaniu Kodeksu postępowania cywilnego w ślad za Unijnymi Dyrektywami. W założeniach, mediacja powinna doprowadzić do szybkiego zakończenia sporów, w sposób najbardziej korzystny dla obu stron – czyli w drodze ugody. Instytucja mediacji wprowadza i definiuje osobę Mediatora, który pozostaje neutralny wobec stron i sporu, i który ma za zadanie wspierać przebieg posiedzeń mediacyjnych, łagodzić napięcia i pomagać w wypracowaniu przez strony kompromisu.

Z prowadzonej na Walnym dyskusji na temat mediacji zrozumiałem, że jako SIDiR powinniśmy włączyć się w proces promowania tej metody. Myślę, że wśród naszych członków znajduje się wielu takich, którzy mogliby podjąć się pełnienia roli mediatora – dlatego proponuję w najbliższym czasie utworzenie naszej stałej listy mediatorów, która będzie dostępna w Sądach Okręgowych. Zapraszam zatem do współpracy wszystkich, którzy mediacje znają i rozumieją, i którzy pragną się tą wiedzą dzielić z innymi.

Pragnę poinformować, że po udanej Debacie przeprowadzonej z GDDKiA oraz po zaprezentowaniu naszego stanowiska w sprawie konsultacji PFU dla kontraktów drogowych, zostaliśmy zaproszeni do szerszego włączenia się w procesy opracowywania standardowych SIWZ dla przyszłej perspektywy Programu Budowy Dróg. O koniecznych działaniach i szerszym wsparciu będę informował drogą e-mailową.

Jednocześnie, podobną Debatę próbujemy zorganizować z PKP PLK. Mam nadzieję, że uda się nam doprowadzić do zaprezentowania naszych poglądów oraz do przekazania wiedzy i doświadczenia również i w tym gronie instytucjonalnych inwestorów, posilkujących się w realizacji inwestycji Warunkami Kontraktowymi FIDIC. Dlatego chętnie widziałbym powołanie stałego zespołu spośród naszych członków posiadających praktykę we współpracy z PKP PLK i firmami realizującymi kontrakty kolejowe.

Na koniec, zwracam się z prośbą do osób, które są gotowe wesprzeć przygotowania do obchodów 100-lecia powstania poprzedniczki SIDiR – organizacji która powstała pod nazwą KIDiR. Poszukujemy związanych z tym historycznych informacji na temat działalności stowarzyszeniowej polskich Inżynierów Konsultantów i 100-letniej historii.

Uprawnienia i obowiązki zamawiającego oraz obowiązki wykonawcy w zamówieniach publicznych



Zbigniew J. **BOCZEK**

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

1. **Gwarancja zapłaty za roboty budowlane w Kodeksie cywilnym**
2. **Prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, w tym prawa do ustanowienia służebności przesyłu**
3. **Oferta wariantowa – oferta równoważna (?) w zamówieniach publicznych**

GWARANCJA ZAPŁATY ZA ROBOTY BUDOWLANE (uregulowania prawne)

W dniu 16 kwietnia 2010 r. weszły w życie zmiany do ustawy Kodeks cywilny (dalej „k.c.”), wprowadzające w art. 649¹ do 649⁵ k.c. przepisy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane.

Celem nowelizacji jest zapobieganie negatywnym zjawiskom nieregulowania przez inwestorów i wykonawców robót budowlanych, należnej zapłaty za prace wykonane przez wykonawców i podwykonawców.

Gwarancja zapłaty uregulowana została **normą bezwzględnie wiążącą** (*ius cogens*) i w konsekwencji wykonawca ma prawo do żądania gwarancji w kształcie uregulowanym w art. 649¹ - 649⁵ k.c., **niezależnie od odmiennych postanowień umowy łączącej strony**.

Art. 649¹ k.c.

Zgodnie z art. 649¹ § 1 k.c. gwarancji zapłaty za roboty budowlane, zwanej dalej „gwarancja zapłaty”, inwestor udziela wykonawcy (generalnemu wykonawcy) w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych.

Udzielenie wykonawcy (generalnemu wykonawcy) gwarancji zapłaty nie wyłącza odpowiedzialności wykonawcy i inwestora wobec podwykonawcy, o czym mowa w art. 647¹ § 5 k.c.

Zgodnie z art. 649¹ § 2 k.c. zabezpieczeniem wierzytelności wykonawcy wynikających z wykonanych robót budowlanych, może być:

- gwarancja bankowa,
- gwarancja ubezpieczeniowa,
- akredytywa bankowa, lub
- poręczenie banku udzielone na zlecenie inwestora

Wprowadzie treść przywołanego przepisu nie rozstrzyga, która ze stron (inwestor, czy wykonawca) dokonuje wyboru formy gwarancji bankowej, jednak racjonalne wydaje się pozostawienie wyboru w tym zakresie inwestorowi. Jednocześnie należy uznać, że wymienione formy zabezpieczeń stanowią katalog zamknięty i inwestor nie ma ustawowych możliwości ustanowienia innego rodzaju zabezpieczenia wierzytelności w ramach udzielenia gwarancji zapłaty.

Przyjęte w art. 649¹ § 3 k.c. rozwiązanie wskazuje, że strony ponoszą w równych częściach udokumentowane koszty zabezpieczenia wierzytelności.

Art. 649² k.c.

Zgodnie z art. 649² § 1 k.c. nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa wykonawcy (generalnego wykonawcy) do żądania od inwestora gwarancji zapłaty.

Takie uregulowanie ustawowe uniemożliwia wprowadzenie jakichkolwiek umownych ograniczeń prawa wykonawcy do żądania gwarancji, natomiast nie wyklucza możliwości umownego rozszerzenia uprawnień wykonawcy w tym zakresie.

Zgodnie z art. 649² § 2 k.c. odstąpienie inwestora od umowy spowodowane żądaniem wykonawcy (generalnego wykonawcy) przedstawienia gwarancji zapłaty jest bezskuteczne.

Ustawodawca w uzasadnieniu do projektu wprowadzającego tę zmianę uznał, że jest to „jedna z kluczowych norm zapewniająca osiągnięcie celów nowelizacji”. A więc co do zasady pozostaje prawo inwestora do odstąpienia od umowy w przypadkach ustawowo i umownie przewidzianych okolicznościach, jednak możliwość taka nie może bezpośrednio, ani pośrednio wynikać z żądania ustanowienia zabezpieczenia w formie gwarancji zapłaty. Wykonawca może zatem na podstawie art. 649² § 2 k.c. podnieść zarzut bezskuteczności odstąpienia, jeżeli wykaze, że odstą-

pienie to nastąpiło w istocie z powodu żądania przez wykonawcę udzielenia gwarancji zapłaty. Ciężar dowodu tej okoliczności spoczywa jednak na wykonawcy.

Art. 649³ k.c.

Zgodnie z art. 649³ § 1 k.c. wykonawca (generalny wykonawca) robót budowlanych może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy oraz robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy, zaakceptowanych na piśmie przez inwestora.

Zakres czasowy zgłoszenia żądania gwarancji zapłaty od inwestora nie jest ograniczony, a wykonawca może zgłosić żądanie ustanowienia zabezpieczenia w każdym czasie wykonywania robót wynikających z umowy, oraz robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy.

Należałoby przyjąć, że konieczność wykonania robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy, powinna być poprzedzona jednak pisemną akceptacją inwestora wykonania takich robót.

W przypadku umów, w których po stronie wykonawcy występuje konsorcjum firm solidarnie odpowiedzialnych, należy przyjąć, że uprawnienie wystąpienia z żądaniem ustanowienia zabezpieczenia w formie gwarancji zapłaty przysługiwać będzie każdemu z podmiotów w ramach zawartej umowy konsorcjum.

Art. 649⁴ k.c.

Zgodnie z art. 649⁴ § 1 k.c., jeżeli wykonawca (generalny wykonawca) nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 45 dni, uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia.

Wykonanie prawa odstąpienia z art. 649⁴ § 1 k.c. powoduje, że wygasają prawa i obowiązki stron dotyczące niewykonanej dotąd części stosunku kontraktowego.

Jednocześnie zgodnie z art. 649⁴ § 2 k.c. – *brak żądanej gwarancji zapłaty stanowi przeszkodę w wykonaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących inwestora.*

Sformułowanie „z przyczyn dotyczących inwestora” wskazuje, że **sam skutek braku ustanowienia gwarancji w wyznaczonym terminie, traktowany jest przez ustawodawcę, jako przeszkoda w wykonaniu robót z przyczyn odnoszących się do inwestora.**

Potwierdza to również brzmienie art. 649⁴ § 1 k.c. – z winy inwestora.

W takiej sytuacji zgodnie z art. 649⁴ § 3 k.c. *inwestor nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia mimo niewykonania robót budowlanych, jeżeli wykonawca (generalny wykonawca) był gotów je wykonać, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących inwestora. Jednakże w wypadku takim inwestor może odliczyć jednak to, co wykonawca (generalny wykonawca) oszczędził z powodu niewykonania robót budowlanych.*

Ustawodawca zdecydował się na wzmocnienie ochrony poprzez przyznanie wykonawcy w art. 649⁴ § 3 k.c. roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za prace pozostałe do wykonania, po odliczeniu jednak kwot stanowiących oszczędności powstałe wskutek tego, że prace te nie będą wykonywane. Wykonawca jest uprawniony do żądania wynagrodzenia,

pomniejszonego tylko o koszty zaoszczędzone przez niego z powodu niewykonania pozostałej części robót budowlanych, natomiast wynagrodzenie to zawiera cały jego zysk. Jest to w istocie najbardziej dotkliwa sankcja wobec inwestora, który pomimo wypłaty znacznej części należnego wykonawcy wynagrodzenia, zmuszony będzie w celu dokończenia realizacji inwestycji, do zawarcia nowej umowy wykonawczej, a co za tym idzie ponownej zapłaty wynagrodzenia nowemu wykonawcy, który „dokończy” rozpoczętą budowę.

Zastosowanie przepisów dotyczących gwarancji zapłaty do stosunków pomiędzy wykonawcą a dalszymi podwykonawcami

Zgodnie z art. 649⁵ k.c. przepisy art. 649¹ – 649⁴ k.c. stosuje się do umów zawartych między wykonawcą (generalnym wykonawcą) a dalszymi wykonawcami (podwykonawcami).

Ustawodawca zastosował wobec wszelkich dalszych podwykonawców ochronę prawną równorzędną jak dla samego wykonawcy. Pojęcie „podwykonawcy” obejmuje krąg podmiotów wskazanych w art. 647¹ k.c. Odesłanie zawarte w art. 649⁵ k.c. ma charakter odesłania bezpośredniego i przepisy art. 649¹ – 649⁴ k.c. stosuje się wprost do umów łączących wykonawcę z podwykonawcami. Przy czym, zastosowanie tych przepisów następuje na podstawie przesłanki podmiotowej – czyli posiadanie przymiotu podwykonawcy bądź dalszego podwykonawcy, oraz przesłanki przedmiotowej – w postaci wykonywania prac dotyczących obiektu budowanego na podstawie umowy inwestora z wykonawcą. Podwykonawcy dysponują zatem w stosunku do wykonawcy, takim samym roszczeniem jak ten w relacji z inwestorem. W ten sposób mamy do czynienia z tzw. roszczeniem kaskadowym. W uzasadnieniu do projektu nowelizacji czytamy, iż „wprowadzenie (kaskadowej) możliwości żądania gwarancji zapłaty przez głównych uczestników procesu budowlanego jest jedną z idei projektu, przesądzającą o jego skuteczności w praktyce”. To powoduje, że podwykonawcy korzystając z prawa odstąpienia, mają prawo występować na podstawie art. 647¹ § 5 k.c., do odpowiedzialnych w tym przypadku solidarnie inwestora i wykonawcy (generalnego wykonawcy), z roszczeniem o zapłatę za prace jeszcze niewykonane. Tym samym, inwestor de facto odpowiada finansowo za wykonawcę z powodu niedostarczenia przez niego w terminie gwarancji zapłaty na rzecz podwykonawcy.

PRAWA DO DYSPONOWANIA NIERUCHOMOŚCIĄ NA CELE BUDOWLANE, W TYM PRAWA DO USTANOWIENIA SŁUŻEBNOŚCI PRZESYŁU

Pojęcia prawne

Pojęcie rzeczy jest jednym z podstawowych pojęć w prawie cywilnym. Podstawowy podział rzeczy to podział na rzeczy ruchome i nieruchomości. **Generalną zasadą jest, że część składowa rzeczy (nieruchomości) nie może być odrębnym przedmiotem własności i innych praw rzeczowych – co wynika z art. 47 § 1 Kodeksu cywilnego.** Częścią składową nieruchomości jest wszystko, co nie może być od niej odłączone bez uszkodzenia lub istotnej zmiany całości albo bez uszkodzenia lub istotnej



zmiany przedmiotu odłączonego, a do części składowych gruntu należą w szczególności budynki i inne urządzenia trwale z gruntem związane. **Przy czym zgodnie z postanowieniami art. 49 § 1 k.c. Urządzenia służące do doprowadzania lub odprowadzania płynów, pary, gazu, energii elektrycznej oraz inne urządzenia podobne nie należą do części składowych nieruchomości, jeżeli wchodzą w skład przedsiębiorstwa.**

Służebność przesyłu

Potrzeba uzyskania przez przedsiębiorców tytułu prawnego do cudzych nieruchomości w celu posadowienia na nich urządzeń, o których mowa w art. 49 § 1 k.c., oraz konieczność uregulowania tzw. zaszłości, były następstwem uchwalenia w roku 2008 nowelizacji ustawy kodeks cywilny, która wprowadziła ten nowy **rodzaj** (podtyp) służebności – służebność przesyłu (por. G. Bieniek, W sprawie podmiotowych praw rzeczowych w nowym kodeksie cywilnym, *Rej. 2008, nr 2, s. 43*).

Podmiotem, na rzecz którego może być ustanowiona służebność przesyłu, jest wyłącznie przedsiębiorca, a więc osoba fizyczna, osoba prawna i podmiot ustawowy o którym mowa w art. 33¹ § 1 k.c., prowadzące we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. **Przedmiotem działalności takiego przedsiębiorcy powinna być działalność związana z wykorzystaniem urządzeń przesyłowych** (zob. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Sejm RP VI Kadencji, Druk sejmowy Nr 81).

Tak więc, ustanowienie służebności przesyłu jest możliwe tylko na rzecz takiego przedsiębiorcy, który jest właścicielem urządzeń służących do doprowadzania lub odprowadzania płynów, pary, gazu, energii elektrycznej, oraz innych urządzeń podobnych, lub który zamierza wybudować takie urządzenia (art. 49 § 1 i 2 k.c.). Oznacza to, że służebność przesyłu może mieć zastosowanie zarówno do takich stanów faktycznych, gdy urządzenia przesyłowe już istnieją, jak również, gdy przedsiębiorca urządzenia te zamierza dopiero wybudować w przyszłości.

Nowelizacja ustawy kodeks cywilny z roku 2008, pozwala zarówno na uregulowanie tzw. zaszłości, oraz zabezpiecza interes prawny przedsiębiorcy już w fazie planowania inwestycji (G. Bieniek, *W sprawie podmiotowych praw rzeczowych...*, s. 43; także, *Urządzenia przesyłowe...*, s. 56). **Podmiotem, który może ustanowić służebność przesyłu, jest natomiast właściciel (użytkownik wieczysty) nieruchomości, na której urządzenia przesyłowe są lub mają być posadowione** (nieruchomości obciążonej).

Treścią służebności przesyłu jest korzystanie przez przedsiębiorcę w oznaczonym zakresie z cudzej nieruchomości (nieruchomości obciążonej), w zakresie niezbędnym dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania urządzeń przesyłowych (służebność przesyłu – art. 305¹ k.c. *in fine*) (zob. G. Bieniek, *W sprawie podmiotowych praw rzeczowych w nowym kodeksie cywilnym*, *Rej. 2008, nr 2, s. 43*). Będzie to oznaczać w praktyce możliwość wejścia przez przedsiębiorcę, któremu przysługuje służebność (a w praktyce jego pracownikom, wykonawcom), na cudzy grunt obciążony służebnością w celu posadowienia tam urządzeń, o których mowa w art. 49 § 1 k.c., usunięcia awarii, przeprowadzenia konserwacji czy mo-

dernizacji urządzeń przesyłowych. W konsekwencji służebność przesyłu będzie, co do zasady, służebnością czynną (por. G. Bieniek, *Urządzenia przesyłowe...*, s. 58).

Wykonywanie projektu przez wykonawcę robót budowlanych w procedurze „projektuj i buduj”, nie stanowi o przejęciu dalej idących obowiązków polegających na obowiązku uzyskania prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, bo wiąże się to z koniecznością ustanowienia aktem notarialnym służebności przesyłu na rzecz takiego przedsiębiorcy, który jest właścicielem urządzeń, lub które zamierza wybudować.

OFERTA WARIANTOWA – OFERTA RÓWNOWAŻNA (?) w zamówieniach publicznych

OFERTA – w rozumieniu art. 66 Kodeksu cywilnego (k.c.) w zw. z art. 14 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (Pz.p.), to oświadczenie wykonawcy woli zawarcia umowy z istotnymi jej postanowieniami. W przypadku ofert sporządzanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy będą wynikać ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.). Przypomnieć również należy, że zgodnie z art. 82 ust. 3 Pz.p. treść oferty musi odpowiadać treści s.i.w.z., a więc wykonawca na etapie ofertowania nie ma dowolności proponowania sposobu wykonania zamówienia publicznego, sprzecznie z wymaganiami wynikającymi z treści s.i.w.z. i bezwzględnie obowiązujących przepisów Prawa zamówień publicznych.

OFERTA WARIANTOWA – została zdefiniowana w art. 2 pkt 7 Pz.p. Przez ofertę wariantową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, **odmienny** niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. **Taką ofertę zamawiający może dopuścić, zgodnie z dyspozycją art. 83 ust. 1 Pz.p., jeżeli cena nie jest jedynym kryterium wyboru.**

Ponieważ składanie ofert wariantowych w postępowaniu o zamówienie publiczne zależy wyłącznie od decyzji zamawiającego, to decyzję taką zamawiający powinien podjąć już na etapie przygotowywania postępowania. Informacja o dopuszczeniu składania ofert wariantowych musi znaleźć się w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym, a także w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Decyzja o dopuszczeniu bądź niedopuszczeniu składania ofert wariantowych należy do suwerennych decyzji zamawiającego i nie podlega zaskarżeniu. Tym samym, możliwość składania oferty wariantowej uzależniona jest od decyzji samego zamawiającego, a nie od woli wykonawców ubiegających się o zamówienie i ich indywidualnej inicjatywy. Z samej istoty oferta wariantowa proponuje odmienny niż określony przez zamawiającego w s.i.w.z. sposób wykonania zamówienia publicznego. Stosownie do treści art. 83 ust. 1 ustawy Pz.p., **złożenie oferty wariantowej może być dopuszczone w postępowaniu przez zamawiającego, jeśli cena nie stanowi jedynego kryterium oceny ofert w postępowaniu, a zamawiający na podstawie art. 36 ust. 2 pkt 4 ustawy Pz.p. określi w s.i.w.z. sposób przedstawienia ofert wariantowych, oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe.**

Zamawiający dopuszczając składanie ofert wariantowych o udzielenie zamówienia publicznego, musi mieć na uwadze, iż w takim postępowaniu cena nie może być jedynym kryterium oceny ofert. Wynika to z konieczności porównania ofert wariantowych zgodnie z wytycznymi zamawiającego. **Wykonawca ma możliwość przedstawienia w ofercie wariantowej odmiennego niż przyjęty przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia, przy założeniu uzyskania tego samego efektu.** Ta „odmienność” oferty wynika przede wszystkim z propozycji wykonawcy odmiennego wykonania przedmiotu zamówienia przy przyjęciu innych niż przewidziane przez zamawiającego rozwiązania technicznych. W tej sytuacji przyjęcie wyłącznie kryterium ceny nie da się pogodzić z kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. **Tak więc zamawiający dopuszczając w s.i.w.z. możliwość złożenia oferty wariantowej jest zobowiązany określić, według jakich kryteriów będzie oceniać warianty złożonych ofert.**

Jeżeli zamawiający w s.i.w.z. wskazał, że dopuszcza możliwość złożenia oferty wariantowej, a jednocześnie nie określił kryteriów, według których będzie oceniać warianty złożonych ofert, gdyż jedynym kryterium oceny ofert była cena (por. art. 83 ust. 1 P.z.p.), to złożone oferty nie są porównywalne, ponieważ zgodnie z art. 83 ust. 1 P.z.p. zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty wariantowej, jeżeli cena nie jest jedynym kryterium wyboru. Jednocześnie warunki oceny ofert powinny pozostawać w związku z celem wykonania zamówienia

Ponadto, zgodnie z art. 82 ust. 1 P.z.p., wykonawca ma prawo złożyć w postępowaniu przetargowym wyłącznie jedną ofertę. W świetle powyższego, niemożna rozumieć pojęcia wariantowości ofert, jako możliwości proponowania w ofercie dwóch lub więcej rozwiązań wariantowych do wyboru zamawiającego. Potwierdza to orzecznictwo KIO w wyroku z dnia 22 kwietnia 2008 r. KIO/UZP 322/08 – „*Oferta wariantowa nie jest jakąś indywidualną inicjatywą wykonawcy, który składa ofertę, która przewiduje inne niż opisany w SIWZ wykonanie zamówienia. Nie jest też oferta wariantowa możliwością złożenia kilku ofert przewidujących różne wykonanie zamówienia w jednym postępowaniu.*”

Pamiętać należy także, iż zgodnie z art. 29 ust. 2 P.z.p. przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby ograniczać uczciwą konkurencję. Istotne jest zatem, żeby oferta wariantowa proponowała wykonanie zamówienia, które nie musi być identyczne z rozwiązaniami określonym w s.i.w.z., nie mniej jednak musi ona posiadać pewne istotne dla zamawiającego cechy i parametry. Oczywiście jest bowiem, że stosownie do powyższego, wymóg, aby oferta wariantowa spełniała wszystkie cechy i parametry, prowadziłoby w konsekwencji do konieczności zaproponowania oferty o identycznych parametrach z wymaganiami s.i.w.z., co w oczywisty sposób podważałoby sens dopuszczania ofert wariantowych, a nawet więcej, złożenie ofert wariantowych byłoby niemożliwe.

Z powyższego wyraźnie wynika waga podania przez zamawiającego już na etapie sporządzania s.i.w.z. kryteriów według jakich będzie oceniać wariantowe oferty, a które to kryteria będą dla niego istotne podczas oceny wariantowości.

OFERTA RÓWNOWAŻNA (?) – przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia „oferty równoważnej”, a zgodnie z doktryną prawa „zamawiającemu wolno tylko tyle na ile ustawa mu pozwala”.

Dalszy wywód czynię tylko dlatego, że w wielu dokumentach realizacji inwestycji celu publicznego, zamawiający i Inżynierowie Kontraktu, powołują się na „oferty równoważne”, które ich zdaniem są dopuszczalne na etapie przetargu. Mieszają jednocześnie tak wymyślone pojęcie z „ofertą wariantową”, oraz z „rozwiązaniami równoważnymi”, utożsamiając te ostatnie z koniecznością przeprowadzenia procedury zmiany z art. 144 ust.1 P.z.p. Ta dowolność interpretacyjna, bez powołania się na przepisy obowiązujące w zamówieniach publicznych, wywołuje szereg sporów, które najprawdopodobniej znajdą swój finał w sądzie, przy znacznym zaangażowaniu środków publicznych, szczególnie w przypadku sporów przegranych przez zamawiających, czego nie można wykluczyć.

Czy zatem można mówić o „ofercie równoważnej”?

W wyroku KIO z dnia 26 stycznia 2010 r. KIO/UZP 1733/09 wskazano, że:

1. *Oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem.*
2. *Produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry, które powinny zostać określone w SIWZ.*
3. *Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby oferowanie produktów równoważnych w praktyce niemożliwym do spełnienia.*

Sentencja zawarta w punkcie 1 nie stawowi jednak prawa i w mojej ocenie jest tylko indywidualną oceną dokonaną przez Zespół orzekający w konkretnej sprawie, bo z ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika procedura i/lub uprawnienie zamawiającego do oceniania i badania „ofert równoważnych”.

Natomiast podzielam stanowisko zawarte w punktach 2 i 3 dotyczące „produktów równoważnych”, które to pojęcie, mim. zdaniem, mieści się w pojęciu „rozwiązania równoważne opisywanym” z art. 30 ust. 4 P.z.p., co wynika z doprecyzowania zawartego w art. 30 ust. 5 P.z.p. *gdzie wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.*

Wyjątkowo niekorzystne warunki klimatyczne – rola Inżyniera a zapisy klauzuli 8.4



Iwona
RYBKA



Marcin
SŁUGOCKI

Niekorzystne warunki klimatyczne takie jak, intensywne opady atmosferyczne długotrwałe mrozy czy fale upału stanowią barierę w prowadzeniu robót budowlanych. Są źródłem ryzyka harmonogramowego i stanowią zagrożenie w dotrzymaniu przyjętego w kontrakcie Czasu na Ukończenie. Biorąc pod uwagę przepisy prawa budowlanego, rozporządzeń wykonawczych, zasad bezpieczeństwa czy uwarunkowania technologiczne wykonawca wielokrotnie zmuszony jest przerywać prace z powodu wystąpienia niekorzystnych zjawisk atmosferycznych. Z badań ankietowych¹ przeprowadzonych wśród uczestników procesu inwestycyjnego wynika, że prawdopodobieństwo wystąpienia niekorzystnych warunków pogodowych w trakcie robót budowlanych jest wysokie. Oceniono je na poziomie 71% (szacowanie prawdopodobieństwa i przedziału ufności przeprowadzono wg metody Agresti-Coull). Aż 59% ankietowanych wskazało, że niekorzystne warunki pogodowe przyczyniają się do opóźnienia terminu zakończenia robót. Pomimo tych utrudnień postanowienia umowy na roboty budowlane zasadniczo nie zwalniają wykonawcy z obowiązku terminowego wykonania prac. Ukończenie robót w terminie umownym to jeden z podstawowych kryteriów, jakie w ramach umowy wykonawca musi wypełnić. Niedotrzymanie ich skutkuje określonymi w kontrakcie konsekwencjami, w tym karami umownymi. Trudno jest jed-

nak ustalić w każdym zdarzeniu na ile odpowiedzialność leży po stronie Wykonawcy, który powinien przewidzieć i przeciwdziałać danemu, niekorzystnemu zjawisku atmosferycznemu. **W umowie o roboty budowlane ustalenie podziału ryzyka związanego z realizacją przedsięwzięcia inwestycyjnego powinno należeć do obu stron kontraktu.** Istnieje jednak ograniczenie swobody kształtowania treści umowy. Polega ono przede wszystkim na tym, że to sam zamawiający decyduje o jej treści. Brak jasnego sprecyzowania podziału odpowiedzialności stron umowy za skutki występowania niekorzystnych warunków atmosferycznych poprzez brak nadania im jednoznacznych kryteriów, powodują spory pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Potwierdzeniem jest sprawa wniesiona do Sądu Najwyższego – IV CKN 150/00. W rozpatrywanym przypadku ujemne temperatury utrzymywały się bez przerwy w okresie od dnia 2 listopada 1995 r. do drugiej dekady kwietnia 1996 r. Sąd Apelacyjny uznał jednakże, iż przedsiębiorstwo budowlane zgodnie z art. 355 § 2 k.c. było zobowiązane do staranności wymaganej od profesjonalisty, tj. uwzględniającej zawodowy charakter jego działalności. W związku z tym, jako profesjonalista, powinno, zawierając umowę o roboty budowlane mające trwać 2,5 roku, przewidzieć cytowane niekorzystne zjawiska atmosferyczne i wyeliminować ich wpływ na realizację przyjętego zamówienia.

W okolicznościach realizacji inwestycji zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC, to Inżynier w pierwszej kolejności stoi przed trudnym zadaniem jakim jest wydanie opinii w spornej kwestii. Rolą Inżyniera jest ocena zdarzeń związanych z niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi i potwierdzenie ich wyjątkowości, która byłaby podstawą do ewentualnego zwolnienia Wykonawcy ze zobowiązania wykonania robót w terminie.

Problem ryzyka, wynikającego z niesprzyjających warunków atmosferycznych, uwzględniony został w Warunkach Kontraktowych FIDIC. Zgodnie z Klauzulą 8.4. (c) Wykonawca jest uprawniony do przedłużenia Czasu na Ukończenie w następstwie „wyjątkowo niekorzystnych warunków klimatycznych”². Przesłanką zapisu jest nadanie określonym zjawiskom przyrodniczym znaczenia wyjątkowości. Słownik PWN definiuje pojęcie „wyjątkowe” jako odstępstwo od obowiązujących norm, przepisów. W ustawodawstwie polskim brak jest jednak aktów regulujących granice wyjątkowości zjawisk atmosferycznych. Na podstawie przepisów niełatwo jest ustalić kryteria oraz granice w zakresie odpowiedzialności za niekorzystne zjawiska przyrodnicze. Zasadne jest zatem podjęcie próby określenia „normalnych” warunków kli-

¹ Badania prowadzone w ramach pracy doktorskiej pt.: „Ocena czynników ryzyka wybranych przedsięwzięć w inżynierii środowiska”, realizowanej w Instytucie Kształtowania i Ochrony Środowiska na Uniwersytecie Przyrodniczym we Wrocławiu.

² Przyjęte zgodnie z angielskim oryginałem [Conditions of Contract for Construction for building and engineering works designed by the Employer, FIDIC 1999]: „Exceptionally adverse climatic conditions”

matycznych co do których Inżynier będzie mógł ocenić czy „wyjątkowość” wystąpiła w trakcie robót. Celowe jest również zdefiniowanie granic niekorzystnych zjawisk przyrodniczych. Zadania te, nie są łatwe a próba precyzowania pojęć nasuwa wiele wątpliwości.

W warunkach kontraktowych FIDIC także brak jest wykładni zdarzeń wyjątkowych. Przy ocenie zdarzeń Inżynier może posłużyć się innymi pojęciami zdefiniowanymi w Warunkach Ogólnych. Zgodnie z Klauzulą 1.1. „Nieprzewidywalne” oznacza niedające się w racjonalny sposób przewidzieć przed dniem złożenia Oferty przez doświadczonego Wykonawcę. Natomiast Klauzula 19 definiuje Siłę Wyższą. Należy ją rozumieć jako wyjątkowe wydarzenie lub okoliczność:

- (a) na którą Strona nie ma wpływu,
- (b) przeciw której ta Strona nie mogła w racjonalny sposób zabezpieczyć się przed zawarciem Kontraktu,
- (c) której, skoro wystąpiła, taka Strona nie mogła w racjonalny sposób uniknąć lub jej przewyciężyć, oraz
- (d) której nie można uznać za wywołaną w znaczącym stopniu przez drugą Stronę.

Siła Wyższa nie ogranicza się do wyjątkowych zdarzeń tj. katastrofy żywiołowe, jak: trzęsienia ziemi, huragany, tajfuny lub działania wulkaniczne, lub inne podobne w takim zakresie, w jakim spełnione są warunki wymienione wyżej w pkt. (a) do (d).

Należy zwrócić uwagę, że zarówno zdefiniowana w klauzuli 19 Siła Wyższa jak i zdarzenia nieprzewidywalne muszą spełniać warunek wyjątkowości, aby Wykonawca był uprawniony do przedłużenia Czasu na Ukończenie, o którym mowa w klauzuli 8.4. Równocześnie brak jest podania na czym wyjątkowość polega, szczególnie w przypadku zjawisk atmosferycznych. Definicje cytowane powyżej nie dają jednoznacznych podstaw do wnioskowania, które zdarzenia pogodowe doświadczony Wykonawca jest w stanie prognozować. W świetle tak ogólnych zapisów trudno jest ocenić, czy dane zjawisko atmosferyczne jest na tyle szczególne, że opóźni wykonanie robót bez przypisania winy Wykonawcy. Każdy uczestnik procesu inwestycyjnego posiada dostęp do opracowań meteorologicznych i może przewidzieć oraz w pewnym stopniu zabezpieczyć się przed powtarzalnymi zjawiskami pogodowymi. Na etapie przygotowania realizacji budowy Wykonawca sporządza harmonogram uwzględniając, typowe dla poszczególnych pór roku niekorzystne warunki atmosferyczne, które mogą ograniczać postęp robót. W odniesieniu do klauzuli 8.3 [Program] Wykonawca na własne ryzyko określa kolejność, w jakiej zamierza wykonać roboty z uwzględnieniem ograniczeń przewidzianych w Kontrakcie w tym także niekorzystnych warunków atmosferycznych. W trakcie realizacji kontraktu Wykonawca zobowiązany jest łagodzić skutki niekorzystnych warunków atmosferycznych poprzez wdrożenie takich systemów technicznych i organizacyjnych, które umożliwiają prace w niekorzystnych warunkach klimatycznych.

Problem w sprecyzowaniu wyjątkowości zdarzeń klimatycznych jest aktualny i Strony Kontraktu wielokrotnie podejmowały już próby zdefiniowania tego problemu. Poniżej przytoczono kilka przykładów procedur przetargowych, w których Zamawiający podejmował się interpretacji wyjątkowo niekorzystnych warunków klimatycznych:

- a) Pytanie:** *Prosimy o wyjaśnienie znaczenia pojęcia „ekstremalne” użytego w Klauzuli 8.4 pkt (c) w odnie-*

sieniu do warunków klimatycznych i w jakim zakresie w ocenie Zamawiającego różni się ono od pojęcia „wyjątkowo niepomysłnych” użytego w Warunkach Ogólnych.

Odpowiedź: *Pojęcie „ekstremalne” wskazuje na takie warunki klimatyczne jakie są całkowicie wyjątkowe, niespotykane w naszej strefie klimatycznej. Używane w Warunkach Ogólnych określenie „wyjątkowo niepomysłne” jest zbyt nieostre i odwołuje się do subiektywnych odczuć.*

- b) Pytanie:** *Prosimy o dookreślenie klauzuli ujętej w Warunkach Kontraktowych dla Budowy – klauzula 8.4 punkt c) „wyjątkowo niepomysłne warunki klimatyczne” poprzez podanie dokładnych parametrów określających temperaturę, siłę wiatru itp.*

Odpowiedź: *„Wyjątkowo niepomysłne warunki klimatyczne” oznaczają warunki uniemożliwiające prowadzenie prac. Nie jest możliwe jednoznaczne określenie tych warunków poprzez podanie np. temperatury lub prędkości wiatru, ponieważ to czy w danych warunkach możliwe jest prowadzenie określonych prac zależy od rodzaju prac i przyjętej technologii.*

- c) Pytanie:** *Prosimy o doprecyzowanie, co Zamawiający rozumie pod pojęciem „wyjątkowo niekorzystne warunki klimatyczne”.*

Odpowiedź: *Ogłoszenie przez stosowne władze stanu klęski żywiołowej.*

Przedstawione powyżej wyjaśnienia Zamawiających nie są tożsame. W okolicznościach wystąpienia np. długotrwałych mrozów czy upałów podane wyjaśnienia nie dają podstaw do jednoznacznej oceny zjawiska. Z powyższych przypadków wynika, że Zamawiający poprzez wyjątkowo niepomysłne warunki klimatyczne rozumie Siłę Wyższą (przypadek (a) oraz (c)). Rozumowanie takie nie jest jednak słuszne, ponieważ nie każde warunki niepomysłne do realizacji robót są Siłą Wyższą. Wydaje się, że podejście zawarte w pkt. (b) jest najbardziej zasadne, jednakże nadal nie udaje się nam określić granicy „wyjątkowości”.

Wydawać by się mogło, że w przypadku interpretacji wyjątkowości warunków atmosferycznych można odnieść się do literatury fachowej z zakresu meteorologii czy klimatologii. Jednakże w literaturze także nie funkcjonuje, jak dotąd, jednoznaczna definicja zjawiska wyjątkowego [Migoń 2010]. Ustalenie i zdefiniowanie ponadprzeciętnych warunków atmosferycznych nie może, więc być obiektywne. Wymaga, bowiem przyjęcia subiektywnych kryteriów klasyfikacji. Według Migoń zjawiska ekstremalne z jednej strony są to zdarzenia rzadkie, ale równocześnie są one naturalnym elementem systemu klimatycznego. Według słownika IMGW, zdarzenie ekstremalne wiąże się z wystąpieniem skrajnej (maksymalnej, bądź minimalnej) wartości określonego elementu meteorologicznego w danym miejscu. Jest to wartość, która mieści się powyżej lub poniżej progów przyjętych za granicę normy. Brak jest jednak wskazania tych granic w szczególności w odniesieniu do robót budowlanych. Przykładowo, Migoń [2010] proponuje wytyczne dla niektórych elementów pogody. Przy ekstremalnych zjawiskach termicznych podaje, że dla stacji Wrocław za dzień upalny uznaje się taki, w którym dobową temperatura maksymalna przekroczyła 30° C, natomiast za dzień bardzo mroźny przyjęto taki, podczas którego temperatura maksymalna obniżyła się poniżej -10° C. Ekstremalne opady



atmosferyczne to takie, które przynoszą wyjątkowo dużą obciążenie wody na jednostkę powierzchni lub występują z wyjątkową intensywnością. Proponuje się podział deszczy według klas intensywności. Należy jednak zauważyć, że przedstawione w literaturze wytyczne dotyczące wartości ekstremalnych warunków pogodowych nie korelują z wymaganiami technologicznymi robót i są założeniami teoretycznymi. Zależności między parametrami pogodowymi a możliwością realizacji robót, podane są m.in. w Instrukcjach i Wytycznych Wykonywania Robót Budowlanych w okresie obniżonej temperatury wydanych przez Instytut Techniki Budowlanej.

Na tle tak ogólnych zapisów w Warunkach Ogólnych, aktach prawnych i w literaturze, Inżynier musi dokonać oceny i zakwalifikować czy dana sytuacja stanowi anomalię pogodową, bądź czy zaistniały stan nie odbiega od normy. Istotne jest, aby Inżynier na bazie swojego doświadczenia jeszcze przed rozpoczęciem procedury wyboru wykonawcy robót (jeżeli już funkcjonuje) ukierunkował działania Zamawiającego w celu doprecyzowania wymagań w tym zakresie. Zdefiniowanie pojęcia „wyjątkowości” umożliwi Inżynierowi (a przynajmniej ułatwi) dokonanie poprawnego rozstrzygnięcia zasadności roszczeń Wykonawcy robót. Ponadto dynamika zmian warunków realizacji robót budowlanych powoduje, że w procesie planowania robót najważniejsze są informacje zorientowane na przyszłość. Stąd też jedną z kluczowych potrzeb na tym etapie procesu inwestycyjnego jest budowanie prognoz. Prawidłowe prognozowanie zmniejsza niepewność i przyczynia się do wzrostu trafności podejmowanych decyzji, a tym samym do eliminowania opóźnień w realizacji robót. Prognozy spełniają zarówno rolę informacyjną jak i zapobiegawczą. Prognoza na temat możliwości wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych i ich skutków w procesie budowlanym, pozwala na ocenę ryzyka pogodowego. Kluczowym elementem w tym zakresie jest Program zdefiniowany w Klauzuli 8.3 Warunków Ogólnych (Harmonogram). Dokument ten powinien zawierać planowaną kolejność i czas robót w tym także uwzględnić możliwość wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych. Rolą Inżyniera jest zweryfikowanie dokumentu pod względem realności przyjętych założeń i uwzględnienie ryzyka, w tym wynikającego z wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych.

Zgodnie z zapisami Klauzuli 8.3., w trakcie robót *Wykonawca winien niezwłocznie powiadamiać Inżyniera o przewidywanych szczególnych wydarzeniach lub okolicznościach, które mogą (...) opóźnić wykonywanie Robót a Inżynier może wymagać od Wykonawcy przedstawienia oczekiwanych szacunkowych skutków przyszłych wydarzeń lub okoliczności (...). Ponadto jeżeli w jakimkolwiek czasie Inżynier powiadomi Wykonawcę, że program w okre-*

ślonym zakresie nie spełnia wymagań Kontraktu lub że nie jest zgodny z rzeczywistym postępem i deklarowanymi zamiarami Wykonawcy, to Wykonawca winien przedłożyć Inżynierowi program skorygowany. Inżynier powinien w pełni korzystać z uprawnień jakie daje mu Kontrakt co umożliwi podejmowanie szybkich działań w przypadku zagrożenia dotrzymania Czasu na Ukończenie oraz ułatwi rozstrzygnięcie ewentualnych roszczeń. W ramach uzupełniających dokumentów, takich jak BIOZ, Program Zapewnienia Jakości, Projekt Organizacji Robót, Wykonawca powinien uwzględnić trudności wynikające z czynników przyrodniczych. Przygotowanie tych dokumentów wymaga rzetelnego przeanalizowania niekorzystnych czynników pogody charakterystycznych dla pór roku, w których realizowany będzie Kontrakt. W momencie wystąpienia zdarzenia niekorzystnego, dokumenty są podstawą do wyegzekwowania od Wykonawcy podjęcia stosownych działań. Stanowią potwierdzenie spełnienia warunku kontraktowego – racjonalnego sposobu zabezpieczenia się, uniknięcia lub przezwyciężenia wyjątkowego zdarzenia lub okoliczności. Ze względu na brak jednoznacznej granicy w stwierdzeniu czy dane warunki atmosferyczne są wyjątkowo niepomysłne, niezbędne jest w momencie wystąpienia zdarzenia niekorzystnego, zebranie przez Inżyniera jak największej ilości danych w celu potwierdzenia bądź odrzucenia roszczenia Wykonawcy. Inżynier, jako niezależny konsultant, rozstrzyga biorąc pod uwagę obiektywne dane jakie zebrał w toku ustaleń. Inżynier powinien dokonać kwalifikacji zdarzenia m.in. na podstawie danych IMGW oraz swojego doświadczenia. Istotnym elementem w procesie ustaleń są także dokumenty jakich Inżynier może zażądać od Wykonawcy w celu potwierdzenia zasadności roszczenia (np. dzienniki temperatur, dokumentacja fotograficzna). Inżynier powinien korzystać z przepisów prawa, że „... ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne ...”. Również Klauzula 20.1 Warunków Ogólnych wskazuje, że „(...) Jeżeli i dopóki Wykonawca nie będzie w stanie dostarczyć informacji koniecznych do uzasadnienia całości roszczenia, będzie on uprawniony tylko do zapłaty takiej części roszczenia, którą był w stanie udowodnić(...)”.

Inżynier zobowiązany jest do zebrania jak najwięcej informacji od Wykonawcy oraz Zamawiającego. Dopiero w świetle tych informacji oraz bazując na ogólnie dostępnych danych oraz własnym doświadczeniu musi dokonać obiektywnych ustaleń i wskazać czy w trakcie prowadzenia robót zaistniały wyjątkowo niekorzystne warunki atmosferyczne. Działania te są niezbędne dla rozstrzygnięcia roszczenia i określenia ewentualnego okresu przedłużenia Czasu na Ukończenie, do którego Wykonawca będzie uprawniony.

LITERATURA:

- 1) Migoń P. (red.), Wyjątkowe zdarzenia przyrodnicze na Dolnym Śląsku i ich skutki, Rozprawy Naukowe Instytutu Geografii i Rozwoju Regionalnego 14, Uniwersytet Wrocławski, Wrocław 2010, 35-80.
- 2) Rybka. I., E.Bondar-Nowakowska, „Relacje zdarzeń ryzyka w wykonawstwie systemów kanalizacyjnych”, Przegląd Naukowy – Inżynieria i Kształtowanie Środowiska nr 54, str. 285–293, 2011r.
- 3) Rybka. I., E.Bondar-Nowakowska, “Weather conditions as a schedule risk factor in sewage system constructions, Scientific Review Engineering and Environmental Sciences.”, Infrastructure and ecology of rural areas, str. 39-48, 2011r.
- 4) Rybka. I., „Czynniki atmosferyczne – granice odpowiedzialności wykonawcy”, „Strategie zarządzania ryzykiem w przedsiębiorstwie – Komunikacja ryzyka” nr 13, str. 354-362, 2011r.
- 5) Warunki Kontraktowe dla budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego, Edycja: 4. wydanie angielsko-polskie niezmiennione, SIDiR, 2008.
- 6) Instrukcje, Wytyczne, Poradniki nr 282/2011. Wykonywanie robót budowlanych w okresie obniżonej temperatury – praca zbiorowa, wydawnictwo ITB, Warszawa 2011r.

Odpowiedzialność organu administracji ARCH-BUD lub projektanta za jakość projektu budowlanego



Marcin **BAŁDYGA**
Konsultant SIDiR

Zgodnie z art. 35 ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane organ administracji architektoniczno-budowlanej sprawdza jedynie zgodność projektu budowlanego z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego albo decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu w przypadku braku miejscowego planu, a także wymaganiami ochrony środowiska, w szczególności określonymi w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o której mowa w art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko. Drugą kwestią badaną przez organ, na podstawie ust. 2 w/w przepisu, pod kątem zgodności z przepisami, w tym przepisami techniczno-budowlanymi jest projekt zagospodarowania działki lub terenu stanowiącego jedną z dwóch części projektu budowlanego. Jak bowiem wynika z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego wydanego na podstawie delegacji ustawowej z art. 34 ust. 6 pkt. 1 Prawo budowlane, projekt budowlany składa się z określonego w rozdziale 3 rozporządzenia projektu zagospodarowania działki lub terenu oraz określonego w rozdziale 4 projektu architektoniczno-budowlanego. Na kolejnym miejscu ustawodawca umieścił kwestię sprawdzenia przez organ kompletności projektu budowlanego i posiadanie wymaganych opinii, uzgodnień, pozwoleń i sprawdzeń oraz informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, którą zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt. 1b sporządza projektant oraz obecność zaświadczenia, o którym mowa w art. 12 ust. 7. Powyższe znajduje wyraz w wysoce ujednoliconej linii orzeczniczej. Przytoczę dwa przykładowe orzeczenia:

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 9 lipca 2010 r. **II SA/Kr 481/10**:

1. *Organ budowlany nie jest uprawniony do sprawdzenia zgodności z przepisami projektu architektoniczno-bu-*

dowlanego, a wyłącznie do przeprowadzenia takiej kontroli w odniesieniu do projektu zagospodarowania działki lub terenu, co tym bardziej nakazuje zawężająco traktować wyjątek ustawowy pozwalający na niesporządzenie projektu zagospodarowania działki lub terenu.

2. *W odniesieniu do projektu architektoniczno-budowlanego organ prowadzący postępowanie zmierzające do wydania decyzji o pozwoleniu na budowę bada wyłącznie, czy zostało złożone stosowne oświadczenie o sporządzeniu projektu budowlanego zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej.*

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 października 2010 r. II OSK 1517/09:

1. *Organ architektoniczno-budowlany nie jest uprawniony do badania zgodności projektu budowlanego z przepisami techniczno-budowlanymi lub z innymi przepisami prawa poza przepisami określającymi wymogi ochrony środowiska. Wynika to także z treści art. 35 ust. 1 p.b. i faktu uchylecia przepisu art. 35 ust. 2 p.b.*

Z cytowanego przepisu wynika wprost, że za jakość, wartość merytoryczną rozwiązań oraz zgodność z przepisami, w tym przepisami techniczno-budowlanymi odpowiedzialny jest autor projektu architektoniczno-budowlanego, czyli główny projektant w sytuacji, gdy projekt musi zostać sporządzony przez projektantów różnych specjalności tzw. branżowych w tym np.: projektanta konstrukcji lub projektanta sieci wodno-kanalizacyjnej. Stosownie do postanowień art. 20 ust 1 pkt 1 projektant opracowuje projekt w sposób zgodny z decyzją o zagospodarowaniu terenu lub ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego oraz przepisami regulującymi kwestię ochrony środowiska. Jednakże podkreślenia wymaga fakt, że w dalszej części omawianego przepisu ustawodawca umieścił zapisy, zgodnie z którymi projektant zobowiązany jest opracować projekt budowlany zgodnie z: *wymaganiami ustawy, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej*. Ponadto zgodnie z ust. 2 *projektant zobowiązany jest zapewnić sprawdzenie projektu architektoniczno-budowlanego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności lub rzeczoznawcę budowlanego*. Wreszcie stosownie do ust. 4 Projektant, a także sprawdzający, o którym mowa w ust. 2, do projektu budowlanego dołącza oświadczenie o sporządzeniu projektu budowlanego, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej.

Należy stwierdzić, że zakres badania projektu budowlanego przez organ administracji architektoniczno-budowlanej



jest ograniczony do części projektu określonego jako projekt zagospodarowania działki lub terenu oraz przepisów ochrony środowiska. Projektant i projektant sprawdzający odpowiadają w szczególności za zgodność z przepisami projektu architektoniczno-budowlanego, potwierdzając powyższe złożeniem stosownych oświadczeń. Odpowiedzialność za złożenie przedmiotowych oświadczeń, nie zgodnie ze stanem rzeczywistym, jak wynika z art. 5 w związku z art. 93 i 94 P.b. podlega karze grzywny na podstawie przepisów Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia. Abstrahując od postępowania w sprawach o wykroczenia, projektant podlega odpowiedzialności zawodowej w budownictwie określonej w rozdziale 10 Ustawy Prawo budowlane. I tak, zgodnie z art. 95 P.b. ponosi odpowiedzialność zawodową w budownictwie ten, kto dopuścił się występku lub wykroczeń, określonych ustawą (m. in. naruszył art. 5 P.b., w tym np.: projektant), został ukarany w związku z wykonywaniem samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, wskutek rażących błędów lub zaniedbań, spowodował zagrożenie życia lub zdrowia ludzi, bezpieczeństwa mienia lub środowiska albo spowodował znaczne szkody materialne. Ponadto jeśli spełnia lub spełnia niedbale swoje obowiązki oraz uchyla się od podjęcia nadzoru autorskiego lub wykonuje niedbale obowiązki wynikające z pełnienia tego nadzoru. W tym miejscu należy podjąć próbę wyjaśnienia wymienionego wyżej wyrażenia użytego w ustawie w art. 93 pkt. 1 i 95 pkt. 3 P.b.. Należy przez to rozumieć oczywiste naruszenie normy prawnej, czyli postąpienie wbrew jego wyraźnemu zakazowi lub niepodjęcie działań nim nakazanych. Chodzi o sytuację klarowną, nie pozostawiającą pola do interpretacji. Bardzo dobrze to zagadnienie opisał Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 20 października 2011 r. sygnatura **II GSK 1056/10** „*Rażące naruszenie prawa*”, o którym mowa w art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. stanowi podstawę stwierdzenia nieważności decyzji ostatecznej, w sytuacji, gdy treść decyzji pozostaje w wyraźnej sprzeczności z przepisami prawa (***cechą rażącego naruszenia prawa jest więc to, że treść decyzji pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią stosowanego w sprawie przepisu prawa, co wynika z prostego ich zestawienia i nie stanowi konsekwencji błędu w układni prawa, ale o jego przekroczenia w sposób jasny i niedwuznaczny***) i gdy charakter tego naruszenia powoduje, że decyzja taka nie może być akceptowana, jako akt wydany przez organ praworządnego państwa.

Kontynuując wątek postępowania w sprawie odpowiedzialności zawodowej w budownictwie wymienić należy jeszcze katalog kar, którymi zagrożone jest popełnienie czynów powodujących odpowiedzialność zawodową w budownictwie. Przedmiotowy katalog ujęty jest w art. 96 P.b. i obejmuje karę upomnienia (pkt. 1), upomnienia zjednoczonym nałożeniem obowiązku złożenia, w wyznaczonym terminie, ponownego egzaminu zawodowego (pkt. 2) lub nałożenie zakazu wykonywania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie na okres roku do lat 5, połączony z obowiązkiem złożenia, w wyznaczonym terminie, egzaminu zawodowego (pkt. 3). Zgodnie z art. 97 P.b. postępowanie w sprawie odpowiedzialności zawodowej wszczyna się na wniosek organu nadzoru budowlanego właściwego organu samorządu zawodowego. Postępowanie prowadzi właściwy organ nadzoru budowlanego (art. 98 P.b.)

Autor spotkał się z tezą, że skoro organ administracji architektoniczno-budowlanej zatwierdził projekt budowlany i wydał decyzję zatwierdzającą projekt budowlany i udzielający pozwolenia na budowę to należy wnioskować, iż projekt ten jest prawidłowy i wolny od wad oraz powinien nadawać się do zrealizowania na jego podstawie obiektu budowlanego. Jak wyżej wskazano, organ sprawdza jedynie część projektu budowlanego tj. projekt zagospodarowania działki lub terenu pod kątem zgodności z przepisami o zagospodarowaniu przestrzennym, przepisami ochrony środowiska i przepisami techniczno-budowlanymi. Nie oznacza to jednak, że projektant jest zwolniony z odpowiedzialności za jakość i wartość merytoryczną tej części projektu budowlanego. Żadne przepisy nie wyłączają odpowiedzialności projektanta i projektanta sprawdzającego, jeśli został ustanowiony, za tą część projektu. Z kolei druga część projektu budowlanego jaką jest projekt architektoniczno-budowlany nie podlega sprawdzeniu przez organ administracji architektoniczno-budowlanej i jest wykonywany przez projektanta na podstawie ustawowego „kredytu zaufania”, a za potwierdzenie jego jakości i zgodności z obowiązującymi przepisami odpowiada na takich samych zasadach jak projektant główny – projektant sprawdzający.

W przypadku zamówień publicznych projekt budowlany stanowi część Dokumentacji Projektowej służącej, w przypadku systemu „buduj” opisowi przedmiotu zamówienia. Jego wady, braki i błędy powodują znaczne komplikacje w realizacji na jego podstawie robót budowlanych. W takim przypadku odpowiedzialność projektanta można określić jako podwójną – zarówno za sytuację, iż nie można sprawnie, w założonym terminie i budżecie przeprowadzić realizację obiektu budowlanego, ale też naraża zamawiającego (inwestora w rozumieniu Ustawy Prawo zamówień publicznych) na konsekwencje wynikające z niedopełnienia obowiązku wynikającego z art. 29 w zw. z 30 P.z.p. Tymi konsekwencjami może być pozwanie zamawiającego przez wykonawcę robót budowlanych z tytułu uniemożliwienia mu realizacji robót budowlanych zgodnie z założeniami dokonanymi na etapie sporządzania oferty składanej w postępowaniu przetargowym. Niewątpliwie negatywne dla zamawiającego skutki finansowe i czasowe błędów projektowych może on jednak przenieść na projektanta. W sposób obrazowy wyraziła się o takiej sytuacji Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień w orzeczeniu z dnia 2 marca 2010 r. sygnatura KIO/UZP 184/10: *Jeżeli zamawiający chce się zwolnić od obowiązku wyegzekwowania od projektanta, zgodnie z zawartą z nim umową, usunięcia wad i luk projektu, celem umożliwienia kontynuowania robót budowlanych, ma możliwość przeprowadzenia postępowania na opracowanie dokumentacji projektowej i wybudowanie obiektów w systemie „zaprojektuj i zbuduj”, jedynie na podstawie programu funkcjonalno - użytkowego. Z cytowanego orzeczenia wynika, iż w przypadku wad projektu budowlanego, inwestor winien wyegzekwować od projektanta poprawienie projektu w takich terminach, aby nie wpływało to na możliwość prowadzenia robót budowlanych. Ma też możliwość skutecznego domagania się sprawowania przez autora projektu budowlanego nadzoru autorskiego pod rygorem wystąpienia do samorządu zawodowego lub organu nadzoru budowlanego z wnioskiem o wszczęcie postępowania ws. odpowiedzialności zawodowej z tytułu pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie.*

Harmonogram robót w świetle warunków kontraktowych FIDIC

„Plany są niczym; planowanie jest wszystkim.” – Dwight D. Eisenhower



Marta

PIĄTEK

Absolwentka Studiów Podyplomowych Politechniki Wrocławskiej na kierunku „Realizacja inwestycji celu publicznego i procedury FIDIC”, Członek SIDiR

Obowiązek przedłożenia harmonogramu w Warunkach Kontraktowych FIDIC

Subklauzula 8.3 [Harmonogram] Warunków Kontraktowych FIDIC nakłada na Wykonawcę obowiązek przedłożenia Inżynierowi harmonogramu robót. Bardzo często Warunki Szczególne mówią o przedłożeniu harmonogramu robót Inżynierowi do zatwierdzenia. Harmonogram ma na celu przedstawienie przyjętej przez Wykonawcę strategii realizacji kontraktu oraz umożliwienie monitorowania realizacji zamierzeń Wykonawcy w stosunku do przedstawionego harmonogramu, stanowiąc zatem ważne narzędzie zarządzania kontraktem. Warto przygotowaniu harmonogramu poświęcić odpowiednio dużo czasu, co zmniejszy ryzyko wystąpienia w nim niedokładności lub błędów. Częstymi błędami Wykonawcy jest traktowanie harmonogramu robót jedynie jako jednego z wielu dokumentów, które - zgodnie z Warunkami Kontraktowymi - należy przedłożyć Inżynierowi, i realizowanie prac w sposób odmienny od przedstawionego w harmonogramie robót. Tymczasem podkreślenia wymaga, że harmonogram robót, to przede wszystkim plan Wykonawcy i narzędzie, pozwalające mu nie tylko zaplanować Roboty, ale również zapewnić z odpowiednim wyprzedzeniem zasoby, dopełnić nałożonych przez Warunki Kontraktowe obowiązków związanych z zatwierdzeniem Podwykonawców, materiałów, czy prowadzeniem badań. Należy pamiętać również, że po zatwierdzeniu harmonogramu, Zamawiającego obowiązują przyjęte w nim terminy przekazywania dokumentacji, dokonywania uzgodnień, dostaw materiałów Zamawiającego czy zabezpieczenia w odpowiednim czasie kwot przeznaczonych na finansowanie inwestycji. Z tego powodu **szczególnie ważne jest, by harmonogram zawierał kolejność i rozłożenie w czasie odpowiednich działań Zamawiającego**. Ponadto zatwierdzony harmonogram robót jest punktem wyjścia do określenia należą-

nego przedłużenia czasu, w przypadku wystąpienia zdarzeń opóźniających będących poza kontrolą Wykonawcy. W związku z powyższym, dla dobra Kontraktu, należy dołożyć wszelkich starań, by na jak najwcześniejszym etapie jego realizacji obowiązywał zatwierdzony harmonogram robót.

Harmonogram

Przed przystąpieniem do opracowywania harmonogramu robót, Wykonawca powinien wiedzieć, jak pojęcie harmonogramu robót zostało zdefiniowane w Warunkach Kontraktowych. Zgodnie z Subklauzulą 8.3 [Harmonogram]:

„Każdy harmonogram będzie zawierał:

- kolejność, w jakiej Wykonawca zamierza prowadzić Roboty, włączając przewidywane rozłożenie w czasie każdego etapu projektowania (jeśli jest), powstawania Dokumentów Wykonawcy, zamawiania, wyrobu Urządzeń, dostawy na Plac Budowy, budowy, montażu dokonywania prób,
- każdy etap roboty każdego mianowanego Podwykonawcy (zgodnie z definicją w Klauzuli 5 [Mianowani Podwykonawcy]),
- kolejność rozłożenie w czasie inspekcji i prób, wyspecyfikowanych w Kontrakcie, oraz
- uzasadniający raport, który będzie zawierał:
- ogólny opis metod, które Wykonawca zamierza przyjąć, głównych etapów w realizacji Robót, oraz
- szczegółowe informacje przedstawiające rozsądny szacunek liczebności każdej grupy Personelu Wykonawcy oraz każdego typu Sprzętu Wykonawcy, wymaganych na Placu Budowy dla każdego głównego etapu.”

Bardzo często Warunki Szczególne nakładają na Wykonawcę obowiązek przedłożenia, wraz z harmonogramem robót, harmonogramu płatności w układzie miesięcznym.

Warto pamiętać, że to **Wykonawca jest odpowiedzialny za harmonogram**, bo przedstawia w nim kolejność i metody jakie zamierza zastosować, by wykonać roboty w Czasie na Ukończenie, w oparciu o przyjętą strategię oraz założone zasoby. Inżynier rozpatrując złożony harmonogram powinien zwrócić uwagę na każdą okoliczność, która jego zdaniem nie jest zgodna z Kontraktem i przedstawić stosowne uwagi.

Przykładowo, na jednym z Kontraktów Inżynier akceptując harmonogram zwrócił Wykonawcy uwagę, na ryzyko związane z planowaniem robót wykończeniowych obiektów w okresie zimowym, ale jednocześnie nie negował i nie ingerował w plan Wykonawcy przyjmując, że Wykonawca jest tego świadom i stosuje środki umożliwiające mu wykonanie ww. robót w zakładanym okresie.



„W nawiązaniu do przedłożonej w dniu 14.01.2011r. aktualizacji harmonogramu – rewizja nr 3, informuję, że przedłożony harmonogram akceptuję i zatwierdzam.

Jednocześnie zwracam uwagę, że założone w harmonogramie terminy zakończenia robót wykończeniowych na obiektach: KP-2 (26.02.2011.), WD-4 (04.02.2011) i MS-6 (11.02.2011) mogą się okazać zbyt optymistyczne z uwagi na prowadzenie tych robót w okresach zimowych.”

Nadto, obok powyższych uwag, Inżynier może wskazać, jego zdaniem, niewystarczającą szczegółowość harmonogramu, nieopozwalającą na pokazanie koordynacji pomiędzy robotami drogowymi, mostowymi czy branżowymi, lub pomiędzy poszczególnymi odcinkami. **Pamiętać jednak należy, że Inżynier nie jest uprawniony do zmieniania zaplanowanych przez Wykonawcę, zgodnie z Warunkami Kontraktowymi, a także jego wiedzą i doświadczeniem, terminów wykonania poszczególnych Robót w Czasie na Ukończenie.**

Mimo to Inżynierowie próbują planować Roboty „za Wykonawcę”. Tu zacytuję jednego z Inżynierów, który w uwagach do harmonogramu poinformował Wykonawcę, że:

„Inżynier nie akceptuje okresu 66 dni na wykonanie przebudowy sieci trakcyjnej i pozostaje przy stanowisku, że na wykonanie całości tych robót wystarczy 40 dni, przy założeniu, że połowa prac zostanie wykonana przed betonowaniem ustroju nośnego, a reszta po demontażu ustroju nośnego.”

„(...) po analizie harmonogramu Wykonawcy obiektu WA-04, Inżynier uważa, że przebudowa sieci trakcyjnej będzie konieczna około grudnia 2012 roku, a czas jej wykonania nie powinien przekroczyć jednego miesiąca.”

„Przewidziany przez Wykonawcę czas na wykonanie robót wykończeniowych na obiektach mostowych jest zdecydowanie zbyt długi i zdaniem Nadzoru jest to próba sztucznego wydłużenia czasu wykonania obiektów.”

Inżynier Rezydent na innym Kontrakcie pisał:

„Do poszczególnych operacji w harmonogramie nie policzono (w każdym razie nie przypisano) żadnych zasobów sprzętowych i personalnych, co nie daje możliwości sprawdzenia poprawności przyjętej wydajności roboczej i czasu trwania robót. Przyjęte cykle realizacyjne są zdecydowanie za długie, co zdaniem Inżyniera Rezydenta nie wynika z czasochłonności robót, lecz z chęci uzasadnienia przez Wykonawcę przesunięcia harmonogramu o kilka miesięcy.”

Patrząc na powyższe przykłady warto jeszcze raz podkreślić, że to **Wykonawca planuje roboty w Czasie na Ukończenie, zapewnia niezbędny do ich wykonania personel, materiały i sprzęt. Inżynier nie jest uprawniony do planowania Robót. Wbrew powszechnej praktyce Inżynierów przytoczone przykłady uwag nie powinny stanowić podstawy do odrzucenia harmonogramu przez Inżyniera.**

Warto także zwrócić uwagę na fakt, że w Warunkach Szczególnych pojawiają się zapisy, zgodnie z którymi Inżynier ma prawo zgłaszać uwagi warunkujące zatwierdzenie złożonego harmonogramu. Przykładowo:

„Jeżeli w ciągu 21 dni od dostarczenia harmonogramu do Inżyniera, Inżynier nie zgłosi do niego uwag, to harmonogram będzie się uważał za zatwierdzony. W przypadku zgłoszenia przez Inżyniera uwag Wykonawca będzie zobowiązany do ich uwzględnienia w terminie 7 dni. Uwzględnienie uwag Inżyniera będzie się uważało za zatwierdzenie harmonogramu. Jeżeli Wykonawca nie uwzględni uwag Inżyniera w powyższym terminie a przedłożony przez Wykonawcę

harmonogram w istotny sposób będzie niezgodny z Kontraktem Inżynier będzie uprawniony do wstrzymania Robót w całości lub części.”

Tego typu zapisy czasami stanowią pretekst do wydłużania procesu zatwierdzania harmonogramu, a mianowicie są podstawą zgłaszania przez Inżyniera nowych uwag do harmonogramu uwzględniającego zgłoszone przez niego wcześniejsze uwagi. **Inżynier ma – z należytą starannością – zwerifikować harmonogram i przedstawić Wykonawcy uwagi do złożonego harmonogramu. Wykonawca, po przeanalizowaniu ich zasadności, uwzględnia je w harmonogramie, lub ich nie uwzględnia, bo za realizację robót zgodnie z harmonogramem odpowiada wykonawca, a nie Inżynier.** Problem być może leży w określeniu warunków, które muszą zostać spełnione, by móc powiedzieć, że harmonogram w sposób istotny jest niezgodny z Kontraktem. Zdarza się, że Inżynier miesiącami przedstawia kolejne uwagi do złożonego harmonogramu i jego uzupełnień uwzględniających kolejne uwagi Inżyniera, twierdząc, że harmonogram jest w niezgodny z Kontraktem. W konsekwencji powyższego Kontrakt realizowany jest miesiącami bez zatwierdzonego harmonogramu. Jeśli w okresie poprzedzającym zatwierdzenie harmonogramu na kontrakcie wystąpią zdarzenia opóźniające będące poza kontrolą Wykonawcy, to Wykonawca nie ma możliwości poprawnego przygotowania harmonogramu roszczeniowego, przedstawiającego wpływ zdarzeń opóźniających na Czas na Ukończenie i pozwalającego określić wymiar należnego Wykonawcy przedłużenia tego czasu.

Aktualizacja harmonogramu

Jeżeli w jakimkolwiek momencie Inżynier powiadomi Wykonawcę, że harmonogram (w podanym zakresie) nie zgadza się z Kontraktem lub nie jest spójny z faktycznym postępem pracy i podanymi zamierzeniami Wykonawcy, Wykonawca przedkłada Inżynierowi uaktualniony harmonogram. Pamiętać należy, że Wykonawca ma obowiązek przedłożenia zaktualizowanego harmonogramu na życzenie Inżyniera. Nagminne jest żądanie od Wykonawcy przedłożenia harmonogramu robót przedstawiającego plan wykonania Robót w pierwotnym Czasie na Ukończenie, co nie zostaje poprzedzone analizą zdarzeń mających wpływ na postęp robót Wykonawcy. Wykonawca ma obowiązek zmodyfikowania harmonogramu, celem zapewnienia wykonania prac w Czasie na Ukończenie. Jednakże Czas na Ukończenie nie musi być taki, jak określono w Załączniku do Oferty – Dane Kontraktowe, gdyż na każdym etapie realizacji Kontraktu może zostać zmieniony zgodnie z Subklauzulą 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie]. Konieczność wprowadzenia zmian w harmonogramie może być konsekwencją zdarzeń, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca, lub zdarzeń będących poza jego kontrolą i odpowiedzialnością.

Zgodnie z Subklauzulą 8.6 [Szybkość postępu pracy], Inżynier może polecić Wykonawcy przygotowanie uaktualnionego Harmonogramu wraz z opisem metod, jakie Wykonawca ma zamiar zastosować by nadrobić opóźnienia i wykonać roboty w Czasie na Ukończenie, o ile niewystarczający postęp prac nie jest wynikiem jakiegokolwiek powodu wyliczonego w Subklauzuli 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie]. **Jeśli postęp robót jest zbyt wolny lub pozostaje w tyle w stosunku do zatwierdzonego harmonogramu i Inżynier poleca Wykonawcy przygotowania zaktualizowanego harmo-**

nogramu, to ważne jest, by każde przedłużenie Czasu na Ukończenie, do którego uprawniony jest Wykonawca według Subklauzuli 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie] zostało ustalone przed wydaniem przez Inżyniera polecenia przedłożenia aktualizacji harmonogramu.

Powyższe nie zawsze jest to oczywiste dla Inżyniera. Na jednym z Kontraktów Inżynier Rezydent napisał:

„W przypadku braku konkretnej deklaracji nadrobienia opóźnień powstałych z winy Wykonawcy (ujętej w Harmonogramie), Inżynier Rezydent nie przedstawi Zamawiającemu rekomendacji wydłużenia Czasu na Ukończenie z powodu innych przeszkód – niezależnych od Wykonawcy”.

Dla porównania, inny Inżynier powiadomił Wykonawcę o konieczności złożenia harmonogramu przed wydaniem określenia odnośnie przedłużenia Czasu na Ukończenie, co jednak wziął pod uwagę analizując otrzymany harmonogram:

„Przedstawiony harmonogram został przygotowany w oparciu o założenie nowej Daty Ukończenia więc na tę chwilę nie może być uznany jako zgodny z Kontraktem. Niemniej opóźnienie w postępie prac jest tak duże, że obiektywnie patrząc na pozostały do wykonania zakres Robót zakończenie wszystkich robót w Czasie na Ukończenie nie jest możliwe. W związku z powyższym przedstawiona propozycja Harmonogramu może być przyjęta jako deklaracja ze strony Wykonawcy co do przewidywanego czasu ukończenia Robót i służyć jako narzędzie do monitorowania zgodności osiągniętego postępu z postępowaniem planowanym. Inżynier zwraca uwagę Wykonawcy, że w przypadku nie udokumentowania swoich roszczeń co do przedłużenia Czasu na Ukończenie i uzgodnienia nowej Daty Ukończenia poprzez podpisanie aneksu do Umowy, Inżynier zgodnie z zapisami Subklauzuli 8.7(a) będzie upoważniony do naliczania Wykonawcy kar umownych przewidzianych Kontraktem.”

Jednocześnie często Warunki Szczególne nakładają na Wykonawcę obowiązek wykazania, na podstawie analizy ścieżki krytycznej zatwierdzonego zgodnie z Subklauzulą 8.3 [Harmonogram] harmonogramu, konieczności przedłużenia Czasu na Ukończenie dla całości Robót (Odcinka) wskutek któregośkolwiek z powodów wymienionych w Subklauzuli 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie]. Stąd w interesie Wykonawcy jest, by każdy harmonogram robót posiadał wyróżnioną ścieżkę krytyczną, tj. ciąg zadań, które nie mogą być opóźnione bez wpływu na datę zakończenia. Niestety często Wykonawca świadomie unika pokazania ścieżki krytycznej w harmonogramie, zapominając, że pozwala ona na identyfikację zdarzeń krytycznych, których terminowe wykonanie warunkuje właściwy postęp robót i terminowe zakończenie Kontraktu, oraz określenie wpływu zdarzeń opóźniających niezależnych od Wykonawcy na Czas na Ukończenie.

Na jednym z Kontraktów Inżynier, przedstawiając uwagi do harmonogramu, zaznaczył wagę ścieżki krytycznej w harmonogramie:

„Harmonogram nie zawiera ścieżki krytycznej wyznaczającej najkrótszy czas realizacji Kontraktu, składającej się z czynności krytycznych, w przypadku realizacji których nie ma żadnego zapasu czasu. Brak wyliczonej i wyznaczonej ścieżki krytycznej uniemożliwia Inżynierowi zweryfikowanie takiego harmonogramu”.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na sposób określania wymiaru przedłużenia Czasu na Ukończenie. Podstawę określenia wymiaru przedłużenia Czasu na Ukończenie sta-

nowi harmonogram roszczeniowy, przygotowany poprzez włączenie poszczególnych przypadków opóźnień oraz będących ich konsekwencją dodatkowych czynności, do harmonogramu pierwotnego (zawierającego wpływ zewnętrznych i wewnętrznych uwarunkowań czasowych) lub innego wskazanego przez Warunki Kontraktowe, jako właściwy dla potrzeb przygotowania i analizy roszczeń, oraz przeanalizowanie wpływu każdego pojedynczego przypadku opóźnienia na ścieżkę krytyczną i Czas na Ukończenie. Ze względu na sezonowość robót budowlanych związaną z występującymi warunkami atmosferycznymi, przy określaniu wymiaru przedłużenia Czasu na Ukończenie, należy wziąć pod uwagę wymagania specyfikacji oraz wszelkich decyzji skutkujących okresowym brakiem możliwości wykonywania niektórych asortymentów robót. Bardzo ważna jest tutaj świadomość i odpowiedzialność Inżyniera w tym zakresie. Doskonale widać to w Wystąpieniu Inżyniera Kontraktu na jednym z Kontraktów dotkniętych powodzią:

„(...) Powódź, która była ryzykiem Zamawiającego, bez wątpienia spowodowała „stratę lub szkodę w Robotach, Dobrach lub Dokumentach Wykonawcy”. Pomijając straty bezpośrednie, do pokrycia których został zobowiązany Ubezpieczyciel w ramach ubezpieczeń Kontraktowych (Warunek 18, znaczącą szkodą oraz stratą w Robotach było ich przetrwanie na okres 37 dni. (...) Dodatkowy Czas na Ukończenie Wykonawca oblicza w stosunku do pierwotnego Czasu na Ukończenie, tj. 07.01.2011r. (...) W przedstawionej analizie Wykonawca założył zwiększenie tempa wykonywania ustroju nośnego, tj. elementu będącego na ścieżce krytycznej (zakładane w Harmonogramie 239 dni zmniejszono do 224 dni). Jednakże pomimo takiego założenia wykonywanie robót „wrażliwych” na warunki atmosferyczne (tj. izolacji z papy termozgrzewalnej, warstwy ochronnej izolacji z asfaltu lane-go, warstwy ściernalnej z SMA, itd.) wypadało w okresie przełomu października i listopada 2010r. W związku z tym Inżynier Kontraktu odpowiadający za jakość robót i materiałów oraz zachowanie właściwego reżimu technologicznego, wymaganego w SST, będzie zmuszony wydać polecenie o zawieszeniu robót na okres przerwy zimowej (na podstawie Warunku 3.3. w związku z Warunkiem 8.8). (...) Biorąc pod uwagę charakter robót, których nie uda się wykonać przed przerwą zimową, jej czas trwania należy przyjąć na 4 miesiące. Takie zalecenie wydał Inżynier Kontraktu Wykonawcy (w ramach uzgodnień według Warunku 3.5) przy sporządzaniu analizy Czasu na Ukończenie. Zakładając datę rozpoczęcia robót po przerwie zimowej na 4.04.2011r. oraz zakładając uznane przez Inżyniera 58 dni na realizację robót związanych z wyposażeniem, prognozowany termin zakończenia Robót przypada na dzień 1.06.2011r. W analizie Wykonawcy założono również czas potrzebny na uzyskanie prawomocnej decyzji pozwolenia na użytkowanie w wymiarze 49 dni, (...). W związku z powyższym Inżynier Kontraktu uznaje za uzasadnione przedłużenie Czasu na Ukończenie do 20.07.2011r. z zastrzeżeniem, że jeżeli warunki atmosferyczne na wiosnę 2011r. będą umożliwiały wcześniejsze rozpoczęcie robót, Wykonawca je wykorzysta i jednocześnie skróceniu ulegnie Czas na Ukończenie.”

Nagminne jest, niestety, określanie wymiaru przedłużenia Czasu na Ukończenie jako ilość dni równą okresowi trwania zdarzenia opóźniającego. Pomijana zostaje sezonowość prac, tj. uwzględnienie okresów, w których ze względów technologicznych nie będzie możliwe prowadzenie robót, czy okresy,



w których Wykonawca nie może prowadzić robót ze względu na obwarowania wynikające, np. z Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia. Tu cytuję jednego z Inżynierów, który analizując roszczenie Wykonawcy poinformował:

„Biorąc pod uwagę stanowisko samego Wykonawcy, wyrażone w dniu 7.12.2010r. (w trakcie ostatniego spotkania w trybie Subkl. 3.5), iż okres wydłużenia Czasu na Ukończenie z tytułu Roszczenia nr 002 mieści się w zasadzie w okresie wydłużenia Kontraktu, o jaki Wykonawca wnioskuję w Roszczeniu nr 003, Inżynier uważa za uzasadniony sumaryczny skutek czasowy częściowego ograniczenia dostępu Wykonawcy do Placu Budowy w ilości 4 tygodni. Pokrywa się to z okresem braku dostępu do Placu budowy z powodu wystąpienia Siły Wyższej (powódź, ulewne deszcze), uzasadnionym w piśmie (...) z dnia 8.12.2010r.”

Ten sam Inżynier w sytuacji, gdy Wykonawca zwracał uwagę, że przed wydaniem polecenia przedłożenia zaktualizowanego Harmonogramu powinno zostać wydane określenie w trybie Subklauzuli 3.5 [Określenia] w odniesieniu do przedłużenia Czasu na Ukończenie w związku ze zdarzeniami opóźniającymi niezależnymi od Wykonawcy, stwierdził:

„Postępując się analogią do języka arbitrów hokeja na lodzie, można powiedzieć, że Wykonawca zagalopował się w „odgwiszaniu uwolnienia” i chyba nie zauważył, iż wcześniej, w tzw. międzyczasie, Inżynier zażądał od Wykonawcy przedłożenia uaktualnionego Harmonogramu zgodnie z Subkl. 8.3, w związku z Subkl. 8.6 a także 8.7 (z powodu obstrukcji Wykonawcy w tym względzie). W takim przypadku nie przysługuje „uwolnienie”.

Harmonogram ten powinien jednoznacznie wskazywać czas i sposób, w jaki Wykonawca chciałby nadrobić opóźnienia w postępie robót zawinione przez Wykonawcę, by móc umożliwić ostateczne rozstrzygnięcie, zarekomendowanie przez Inżyniera i zatwierdzenie przez Zamawiającego stosownego wydłużenia Czasu na Ukończenie.”

W kolejnym piśmie Inżynier kontynuował:

„W nawiązaniu do pisma Wykonawcy (...) z dnia 16.02.2011r. wyjaśniam ponownie, iż zarzut Wykonawcy o „niedopełnieniu przez Inżyniera zobowiązania kontraktowego ustalenia nowego Czasu na Ukończenie” jest bezpodstawny, ponieważ Wykonawca zignorował wcześniejsze polecenie Inżyniera odnośnie przedłożenia uaktualnionego Harmonogramu, wraz z harmonogramem zasobów, zgodnie z Subkl. 8.3 WK, w związku z czym Inżynier nie miał możliwości uwzględnienia w propozycji wydłużenia Kontraktu skutków opóźnień spowodowanych przez Wykonawcę.”

Należy pamiętać, że opracowując harmonogram roszczeniowy uwzględnia się wyłącznie przyczyny opóźnień, które nie leżą po stronie Wykonawcy i ich wpływ na zatwierdzony harmonogram. Harmonogram roszczeniowy nie jest tożsamy ze zaktualizowanym harmonogramem.

Jeśli postęp robót nie jest zadowalający na skutek zaniechania Wykonawcy, to Inżynier może polecić, zgodnie z Subklauzulą 8.6 [Szybkość postępu pracy], przedłożenie uaktualnionego harmonogramu wraz z uzasadniającym raportem opisującym uaktualnione metody, które Wykonawca proponuje przyjąć w celu przyspieszenia tempa wykonawstwa i ukończenia w ciągu Czasu na Ukończenie. W takim harmonogramie Wykonawca powinien wskazać w jakich terminach, na jakich odcinkach i przy wykorzystaniu jakich metod ma za-

miar odrobić opóźnienia wynikające z zaniechań Wykonawcy. Wśród ww. metod Wykonawca może wskazać np. zwiększenie ilości zasobów na Kontrakcie. Odzwierciedlenie przyjętych działań naprawczych powinno znaleźć się zarówno w wersji graficznej harmonogramu, jak również w harmonogramie personelu i sprzętu oraz raporcie towarzyszącym wraz z porównaniem i wskazaniem różnic w stosunku do zatwierdzonego harmonogramu.

Warto zwrócić uwagę, że często niewystarczający postęp robót jest efektem zarówno zdarzeń związanych z ryzykiem Zamawiającego, jak i zaniechań Wykonawcy. Mogą one występować równoległe lub kolejno po sobie, lecz ich skutki występują w tym samym czasie. Często wśród Inżynierów dominuje pogląd, że skoro Wykonawca dopuścił się zaniechania, na skutek czego nie jest w stanie wykonać Robót w Czasie na Ukończenie, to można zminimalizować znaczenie wpływu na Roboty zdarzeń opóźniających związanych z ryzykiem Zamawiającego, bo Wykonawca i tak nie byłby w stanie realizować Robót zgodnie z harmonogramem. Wychodząc z powyższego założenia, Inżynierowie skłonni są uznać uprawnienie Wykonawcy do przedłużenia Czasu na Ukończenie wyłącznie w sytuacji, gdy Wykonawca realizował prace zgodnie z zatwierdzonym harmonogramem, a w chwili wystąpienia zdarzenia opóźniającego będącego poza jego kontrolą był gotowy, tj. w pełni zmobilizowany, do rozpoczęcia części Robót, których wykonanie zostało uniemożliwione przez ww. zdarzenie.

Na jednym z Kontraktów Inżynier, odpowiadając na pismo Wykonawcy dotyczące roszczenia o przedłużenia Czasu na Ukończenie, stwierdził:

„Podpieranie się Wykonawcy Decyzją Komisji Rozjemczej w Sporze nr 1 jest tu całkowicie nie na miejscu. Abstrahując już nawet od tego, że Inżynier zarekomendował Zamawiającemu odrzucenie tej Decyzji, to Rozjemca nigdzie w swojej Decyzji nie stwierdził, że Wykonawca realizował roboty bez zarzutu, ściśle z Warunkami Kontraktu, niczego nie zaniebdał, od Daty Rozpoczęcia był w pełni gotów do wykonywania wszystkich robót zgodnie z własnym harmonogramem, posiadał w tym celu wystarczające zasoby na Placu Budowy, itd., a tak to właśnie pijarowsko przedstawia sam Wykonawca – wbrew elementarnym faktom – w całej swojej korespondencji z Inżynierem.”

Tymczasem w przypadku wystąpienia opóźnień równoległych, bądź równoległych skutków zdarzeń opóźniających związanych zarówno z ryzykiem Zamawiającego, jak i z ryzykiem Wykonawcy, Wykonawca będzie uprawniony do przedłużenia Czasu na Ukończenie, tj. Zamawiający nie nałoży na niego kar umownych i/lub nie będzie żądał odszkodowania, ale również nie zostanie Wykonawcy przyznany dodatkowy Koszt za okres ww. przedłużenia.

Jak próbowano to przedstawić powyżej, w trakcie realizacji Kontraktu napotykamy na zdarzenia, które zmieniają warunki realizacji i zaplanowane przez nas działania. Harmonogram robót to narzędzie wykorzystywane do monitorowania postępu robót i identyfikacji odchyłeń, a także, o czym często zapominamy, pozwalające na zastosowanie niezbędnych działań w odpowiednim czasie. Musimy mieć zatem świadomość, że planowanie naszych działań wymaga cyklicznej weryfikacji metod i środków założonych w celu zrealizowania Kontraktu w Czasie na Ukończenie, dlatego przygotowany harmonogram będzie wymagał korekt i dostosowywania do realiów budowy.

Jak elastyczność, dobra wola i otaczanie się zawodowcami prowadzi do innowacji i sukcesu w realizacji inwestycji



Miron

KLOMFAS

Prezes Zarządu B-Act Sp. z o.o.

Problem – brak zaufania a innowacje, presja czasu a jakość

W dniu 23.03.2012r. odbyła się debata z udziałem przedstawicieli Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad i przedstawicieli SIDiR.

Na sali byli doradcy/inżynierowie biorący udział w inwestycjach drogowych i inwestorzy/zamawiający z ramienia Skarbu Państwa. Zadaniem debaty była próba wspólnego określenia możliwości eliminowania nieporozumień między stronami zamówień publicznych, tak by procesy inwestycyjne miały (lub powinny mieć) te same fundamentalne cele:

- ukończenie projektu w zakładanym czasie i w ramach zakładanego budżetu,
- uzyskanie umówionego wynagrodzenia,
- osiągnięcie zamierzonego celu, dla którego projekt został uruchomiony.

Debata była dobrym krokiem w kierunku uzyskania wspólnego mianownika – fakt, że udało się wymienić wiedzę i poglądami należy uznać za sukces. Taka wymiana poglądów może przynieść tylko pozytywne rezultaty. Gdyby miała miejsce dużo wcześniej i gdyby do niej dodać odrobinę wzajemnego zaufania i dobrej woli – myślę, że śmiało mogę stwierdzić – mielibyśmy drogi wybudowane na czas, bez eskalacji wzajemnych zarzutów i roszczeń.

Podczas debaty, jednym z omawianych zagadnień było poszukiwanie zmiany sposobu realizacji inwestycji

w miejsce tradycyjnych „zaprojektuj i wybuduj” lub „wybuduj” – celem przyspieszenia realizacji z jednoczesnym zachowaniem jakości i zgodności z prawem.

Rozwiązanie – innowacyjna organizacja procesu inwestycyjnego

Chciałbym dalej na przykładzie pokazać, jakie owoce przynosi zaufanie do dobrego konsultanta, dobra wola inwestora i atmosfera współpracy (a nie nieufności, agresji, złej woli) dla realizacji wspólnego celu.

Przykład – jeden taki projekt się udał, między innymi, a może właśnie szczególnie, dzięki dobrej woli Inwestora, stworzonej przez niego atmosferze współpracy i zaufaniu, jakim obdarzył konsultanta.

Projekt ten nie należał do łatwych – dotyczył wybudowania obwodnicy miasta powiatowego (około 14 km) wraz z 7 obiektami inżynierskimi, w bardzo ograniczonym czasie. Był również dofinansowany ze środków Unii Europejskiej.

Inwestor rozpoczął tradycyjnie: zdobył unijne środki, zlecił wykonanie projektu budowlanego, wykonawczego, specyfikacji technicznej, przedmiarów i kosztorysów. Ale ponieważ czas naglił, a nad inwestorem wisiało widmo końcowej daty wydatkowania środków unijnych, dalej postąpił mniej konwencjonalnie. Ogłosił przetarg na wybór KIEROWNIKA PROJEKTU. Tak, tak – KIEROWNIKA PROJEKTU, a nie Inżyniera Kontraktu.

Zadaniami KIEROWNIKA PROJEKTU były m.in.:

- „czuwanie” nad postępowaniem prac projektowych;
- konsultacje i odbieranie gotowych opracowań;
- w momencie powstania kosztorysów wykonanie analizy „Pareto”, aby sprawdzić które 20% pozycji kosztorysowych powodują 80% skutków finansowych;
- wykonanie dokumentacji przetargowej na wybór wykonawcy robót.

Zwracam tutaj uwagę, że pomysł Inwestora, aby mieć Kierownika Projektu na tym etapie był novum. W skład zespołu KIEROWNIKA PROJEKTU wchodził m.in. projektanci, ekonomiści, a także osoby, które pełniły funkcje inżyniera kontraktu w rozumieniu wzoru warunków kontrak-



towych FIDIC - a więc zakres wiedzy ekspertów pokrywał zakres wiedzy wymagany na każdym etapie procesu inwestycyjnego, ALE W JEDNYM ZGRANYM ZESPOLE.

Tutaj chciałbym zrobić małą dygresję na temat rezultatów, jakie musimy uzyskać w poszczególnych etapach procesu inwestycyjnego i pokazać, jakie jest w Polsce częste, niestety, podejście do ich osiągnięcia (celowo nieco koloryzuję, podając poniższe przykłady – nie dotyczą one wszystkich projektów, ale znakomitej większości):

- Projekt - zazwyczaj biuro projektów, które opracowuje na zlecenie Zamawiającego dokumentację projektową, za główny cel stawia sobie uzyskanie dokumentu pozwalającego formalnie na realizację inwestycji (decyzja o pozwoleniu na budowę, zezwolenie na realizację inwestycji drogowej – dalej ZRID). To te dokumenty często stanowią podstawę wystawienia faktury i uzyskania zapłaty przez projektanta. Dlatego jest to wykonywane najtaniej jak się da „po najmniejszej linii oporu”. Pracuje się na niedokładnych mapach, nie są one rzetelnie aktualizowane. Badania geologiczne często pozostawiają wiele do życzenia – odwierły są wykonywane za płytkie, w za dużych odstępach. W projekcie nie są uwzględniane wszystkie wymagania techniczne, a brak rzetelnej specyfikacji materiałowej powoduje, że urządzenia opisywane są według schematu „typu xxx lub równoważne”. Projekty nie zawierają twórczej myśli, podczas projektowania nie są analizowane możliwości zastosowania najnowszych technologii i materiałów. Skutki takiego postępowania są oczywiste – o nich krótko w dalszej części artykułu.
- Studium Wykonalności – powinno być wykonywane na samym początku procesu inwestycyjnego, a nie po powstaniu dokumentacji projektowej. Powszechne jest jednak opracowywanie studium wykonalności na podstawie (sic!) projektu budowlanego. Na autorze studium wykonalności ciąży presja inwestora, aby studium wykonalności i zawarta w nim analiza opcjonalnych rozwiązań wykazywały, że wybrane w projekcie budowlanym rozwiązania są najlepsze pod względem technicznym, ekonomicznym, środowiskowym. „Liczby” muszą to potwierdzać, być zgodne z wytycznymi, wtedy należy się autorowi studium zapłata za dobrze wykonane opracowanie. Ileż projektów, które miałyby opracowane studium wykonalności we właściwym momencie i bez „naginania” wyników w ogóle nie doszłoby do skutku lub zostało wykonanych taniej, nowocześniej, lepiej dla środowiska, społeczności?
- Wniosek o dofinansowanie – wypełnia się go w oparciu o dane ze studium wykonalności. Jeśli więc studium opiera się na projekcie budowlanym, a nie odwrotnie, często dochodzi do przeniesienia informacji z projektu budowlanego do wniosku, które nie powinny się w nim znaleźć. Na przykład we wniosku zawarte są konkretne materiały budowlane, długości i wielkości określone są co do dziesiątych części po przecinku, itp. Skutkuje to koniecznością późniejszych zmian w umowie o dofinansowanie, lub wręcz uniemożliwieniem dofinansowania.
- Dokumentacja przetargowa – zlecana nie jest zazwyczaj ani projektantowi ani inżynierowi kontraktu, tylko jakiemuś podmiotowi, który spełni kryteria udziału w przetargu i zaoferuje najniższą cenę. Spełni kryteria, których w obecnych warunkach nie da się ustalić tak, żeby wyłonić rzetelnego usługodawcę. I co się dzieje dalej? W Internecie jest dużo dostępnych Instrukcji dla Wykonawców, Warunków Szczególnych Kontraktu, wystarczy tylko użyć funkcji „znajdź – zamień” i dokument praktycznie jest gotowy. Czasami jeszcze zostanie do wykonania Przedmiar (zagregowanie go na potrzeby przetargu) lub Wykaz Cen oraz i Specyfikacja Techniczna Ogólna. Za Opis Przedmiotu Zamówienia służy dostarczona przez Zamawiającego Dokumentacja Projektowa i Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót. Dalej niech się martwi Inżynier i Inwestor, już na etapie realizacji – autor dokumentacji przetargowej może wystawić fakturę za wykonane opracowanie – dokumentacja przetargowa jest „gotowa”.
- Realizacja – którą nadzoruje Inżynier Kontraktu – tu się zaczynają „schody”, czyli na światło dzienne wychodzą wszystkie braki, pominięcia, pomyłki, zaniebdania wszystkich wyżej wymienionych etapów. A to geologia niedoskonała, a to występują niespójności pomiędzy projektem, specyfikacją techniczną, przedmiarem robót, a to inny stan rzeczy w terenie niż na mapach, a to wątpliwości co do zgodności zaproponowanych przez wykonawcę robót materiałów. Co te problemy generują? Kolejne, dużo bardziej brzemiennie w skutkach, problemy: roboty dodatkowe i zamienne wraz z formalnymi trudnościami ich wdrożenia ze względu na Prawo Zamówień Publicznych, roszczenia, koszty niekwalifikowane. Dalej – przekroczenia terminów i związane z tym koszty, redukcja dofinansowania. A dalej już arbitraż i sąd.

Generalnie wydawać się może Inwestorowi, że po wyborze wykonawcy robót i zleceniu nadzoru Inżynierowi Kontraktu, drogę przez mękę ma za sobą. Ale ona dopiero się zaczyna, a cofnąć się jest bardzo trudno – projekt ma pozwolenie na budowę, studium wykonalności jest zatwierdzone przez instytucje finansującą, umowa o dofinansowanie podpisana.

Dlatego zatrudnienie Kierownika Projektu wraz ze zgranym zespołem ekspertów posiadających doświadczenie w każdym z wyżej przedstawionych etapów, jest takie ważne. To on umie dostrzec powiązania pomiędzy tymi etapami, odpowiednio wcześniej zidentyfikować problemy i wdrożyć „korekty kursu”. To on koordynuje poszczególne prace oraz ocenia osiągane rezultaty pośrodku **ze szczególnym uwzględnieniem ich wpływu na kolejne etapy i na wynik końcowy**.

Takie działania podjął właśnie Kierownik Projektu na omawianym projekcie. Przystępując do pracy opracował szczegółowe wymagania dotyczące jakości i postępu opracowywania projektu budowlanego i wykonawczego. Wymagania zostały Projektantowi przekazane w formie wzoru raportu, który projektant był zobowiązany okresowo przedkładać Kierownikowi Projektu i Inwestorowi. Chodziło oczywiście o kontrolę postępu prac Projektan-

ta, ale też, a może przede wszystkim, o kontrolę wpływu etapu projektowania na późniejsze etapy procesu inwestycyjnego.

Jednak zegar nieubłaganie tykał, a kompletnego projektu nie było. Jednostka odpowiedzialna za wydatkowanie środków się niepokoiła – inwestor niemalże codziennie musiał odpowiadać na pytania: „kiedy ogłosicie przetarg na wyłonienie wykonawcy robót?” „Kiedy ruszy budowa?” „Czy zdążycie?”. Kierownik Projektu, po odwiedzeniu biura projektów i potwierdzeniu informacji wynikających z ww. raportów – czyli trudności w postępie prac przy realizacji projektu budowlanego i uzyskiwaniu decyzji ZRID, zdecydował się na wprowadzenie „korekty kursu”. Zaproponował inwestorowi następujące działania:

- rezygnację z formuły „wybuduj”, na rzecz formuły „zaprojektuj i wybuduj” (tzw. „żółty FIDIC”), oczywiście z jednoczesną kontynuacją wykonywania projektu budowlanego i uzyskiwaniem decyzji ZRID;
- rezygnację z wykonywania projektów wykonawczych, na rzecz wykonania Programu Funkcjonalno Użytkowego (dalej PFU). Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. określa zakres i formę PFU – dołączenie projektu budowlanego wraz z decyzją ZRID do dokumentacji przetargowej nie stoi w sprzeczności z wyżej powołanym Rozporządzeniem - dokumenty te mogą stanowić Wymagania Zamawiającego.
- natychmiastowe ogłoszenie przetargu ograniczonego na wyłonienie wykonawcy robót (i projektu), tak, aby w momencie posiadania gotowych dokumentów (projektu budowlanego, ZRID i PFU) mieć już wybraną grupę potencjalnych wykonawców robót.

Propozycja wzbudziła wiele emocji, natomiast, zdaniem Kierownika Projektu, była jedynym dostępnym rozwiązaniem gwarantującym realizację projektu w terminie i nie utracenie środków unijnych, a także wniesionego do tej pory wkładu własnego.

Kilka istotnych szczegółów

Dokumentacja przetargowa (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia), składała się z:

- Instrukcji dla Wykonawców;
- Programu funkcjonalno użytkowego, którego elementem był projekt budowlany wraz z decyzją ZRID i innymi dokumentami formalno prawnymi (np. Decyzja Środowiskowa);
- Specyfikacjami Technicznymi;
- Wykazu Cen wraz z preambułą.

Ta formuła realizacji inwestycji wymagała jednego bardzo istotnego elementu – inwestor musiał dysponować stosownym oświadczeniem autorów pierwotnego projektu budowlanego, pozwalającym na wprowadzanie w nim zmian.

Zakres prac wykonawcy robót obejmował wykonanie projektów wykonawczych i ewentualnie zmiany projektów budowlanych wraz ze zmianą decyzji ZRID, jeśli okaże się to konieczne. Wykonawca tego nie zrobił. Niemniej jednak, w związku z tym, że była to umowa w formule

„zaprojektuj i wybuduj”, a zakres przedmiotu zamówienia opisany został (ogólnie, bez zbędnych szczegółów i narzucania technologii) jako wybudowanie 14 km obwodnicy wraz z 5 obiektami inżynierskimi, wykonawca miał możliwość dobierania w projektach wykonawczych technologii i rozwiązań szczegółowych, jakie uznał za konieczne dla realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca z tego skorzystał – ku zadowoleniu inwestora, gdyż w cenie zamówienia inwestor uzyskał drogę o nawierzchni z trwałszego materiału – betonu.

Do najważniejszych rozwiązań zaproponowanych przez Wykonawcę w projekcie wykonawczym należały:

- zmiana nawierzchni bitumicznej na nawierzchnię betonową,
- zmiana w zakresie ustrojów nośnych zespolonych stalowych i płyt żelbetonowych na ustroje nośne zespolone z prefabrykowanych belek strunobetonowych i płyt żelbetonowych,
- zmiana w zakresie ustroju nośnego zespolonego z dźwigarów stalowych i płyty żelbetonowej na ustrój nośny monolityczny,
- zmiana konstrukcji przepustów.

Warto dodać, że jest to jedyna droga powiatowa w Polsce, której nawierzchnia została wykonana w technologii betonowej.

Co ma sport do realizacji inwestycji?

Niezależnie od plusów i minusów opisanego podejścia, chciałbym podkreślić, że droga została wybudowana w terminie i w ramach zakładanego budżetu. Projekt został pozytywnie oceniony przez Najwyższą Izbę Kontroli. Audyt wydatkowania środków unijnych zakończył się pozytywną oceną.

Zamawiający zaryzykował (wydał dodatkowe środki) i na wczesnym etapie zatrudnił doświadczonego Kierownika Projektu, który opierając się na znajomości całego procesu inwestycyjnego, doprowadził realizację projektu do szczęśliwego końca. Inwestor, wykonawca robót, jak i lokalna i ponadlokalna społeczność, odnieśli sukces.

W życiu prywatnym staram się otaczać przyjaciółmi, natomiast w życiu zawodowym namawiam do otaczania się dobrymi zawodowcami – przecież nikt nie kwestionuje, że profesjonalni sportowcy powinni posiadać profesjonalnych trenerów, to ich wspólna praca daje lepsze efekty i przynosi sukcesy. Czy jest ktoś, kto z czystym sumieniem może kwestionować podobną potrzebę przy realizacji inwestycji? Czy inwestycja może być dobra bez dobrych profesjonalistów?

Mediacja – skuteczny sposób na wygranie sporu



Alicja

CIEŚLICZAK-LATAWIEC

Członek SIDIr,
Mediator przy Sądzie Okręgowym
w Warszawie. Absolwentka studiów
podyplomowych Negocjacje
i Mediacje w Szkole Wyższej
Psychologii Społecznej w Warszawie,
Prezes Zarządu Stowarzyszenia
Instytut Rozwiązywania Konfliktów

Pojęcie mediacji coraz częściej pojawia się w sprawach gospodarczych. Temat mediacji został podniesiony również podczas ostatniego Walnego Zgromadzenia Członków SIDIr. W mediacjach dostrzega się skuteczną i coraz powszechniej stosowaną metodę rozstrzygania sporów. Ta coraz większa powszechność bierze się zapewne z promowania tej formy rozstrzygania sporów przez Ministra Sprawiedliwości – (<http://ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/mediacje/>), jak i szeroką kampanię reklamową w mediach, pod hasłem: „Masz prawo do mediacji”. Niebagatelny wpływ na stanowisko Ministra Sprawiedliwości ma z pewnością prezentowana oficjalnie ocena Ministerstwa Gospodarki, wedle której jedną z przyczyn niskiej konkurencyjności polskiej gospodarki jest zbyt długie i kosztowne dochodzenie przez przedsiębiorców praw i należności w obrocie gospodarczym, stanowiące barierę dla rozwoju przedsiębiorczości. Nie sposób nie zgodzić się z takim stanowiskiem – w codziennych działaniach chyba każdy z członków SIDIr zetknął się z problemem dotyczącym rozstrzygania sporów...

Prowadziłam wiele mediacji gospodarczych dotyczących sporów zaistniałych na tle realizacji umów o roboty budowlane. Wiele mediacji zakończonych sukcesem obu stron – czyli podpisaniem ugody, której sąd powszechny nadał klauzulę wykonalności – stanowi dowód skuteczności tego sposobu rozstrzygania sporów.

Mediacja i inne sposoby rozstrzygania sporów

Mediacja, podobnie jak arbitraż, należy do pozasądowych metod rozwiązywania sporów, zwanych też alternatywnymi metodami rozstrzygania sporów (ADR – ang. Alternative Dispute Resolution). Dzisiaj w Polsce – mediacje nie są jeszcze tak rozpowszechnionym sposobem rozstrzygania sporów, jak w państwach zachodnioeuropejskich czy w Stanach Zjednoczonych. Ministerstwo Sprawiedliwości, po znowelizowaniu ustawy Kodeks postępo-

wania cywilnego, od kilku lat podejmuje działania propagujące stosowanie mediacji w rozwiązywaniu sporów. Głównym celem nowych regulacji było wprowadzenie do polskiego prawa procesowego cywilnego instytucji mediacji i w ten sposób ustanowienie alternatywnego do sądowego postępowania sposobu rozstrzygania spraw. Postępowanie takie powinno prowadzić do szybkiego załatwienia części sporów, w sposób najbardziej korzystny dla obu stron – czyli w drodze ugody.

Definicja mediacji, którą można przywołać za Ministrem Sprawiedliwości:

„Mediacja to próba doprowadzenia do ugodowego, satysfakcjonującego obie strony rozwiązania konfliktu na drodze dobrowolnych negocjacji prowadzonych przy udziale trzeciej osoby, neutralnej wobec stron i ich konfliktu, czyli mediatora, który wspiera przebieg negocjacji, łagodzi powstające napięcia i pomaga – nie narzucając jednak żadnego rozwiązania – w wypracowaniu kompromisu.”

Tak więc, to strony są autorem rozwiązania sporu, a mediator jest siłą wspierającą. Mediacja jest procesem dobrowolnym i poufnym, pozwalającym stronom – jej uczestnikom – określić kwestie sporne, zmniejszyć bariery komunikacyjne oraz dyskutować, a nie udowadniać swoje racje. W mediacji strony zachowują całkowitą kontrolę nad sposobem rozstrzygnięcia sporu, a także mają wpływ na wybór mediatora i termin mediacji. Mediacja nie przewiduje konieczności przeprowadzania procesu dowodowego. W wyniku mediacji powstaje wspólnie sformułowana ugoda, satysfakcjonująca obie strony – zamiast wyroku, skutkującego podziałem na przegranych i wygranych. I, co chyba jest najważniejsze – tylko strony są autorami ugody wypracowanej przez nie w trakcie posiedzeń mediacyjnych; również tylko strony ją podpisują. A rolą sądu powszechnego jest jedynie nadanie takiej ugodzie klauzuli wykonalności.

Art. 183¹⁵ § 1. Kodeks postępowania cywilnego: „Ugoda zawarta przed mediatorem ma po jej zatwierdzeniu przez sąd moc prawną ugody zawartej przed sądem.”

Zwracam w tym miejscu uwagę, że nowe brzmienie § 1. tego artykułu, które będzie obowiązywało od 3 maja 2012 r., jeszcze bardziej jednoznacznie wskaże konieczność wykonalności takiej ugody:

„§ 1. Ugoda zawarta przed mediatorem, po jej zatwierdzeniu przez sąd, ma moc prawną ugody zawartej przed sądem. Ugoda zawarta przed mediatorem, którą zatwierdzono przez nadanie jej klauzuli wykonalności, jest tytułem wykonawczym.”

Dlaczego dzisiaj najpopularniejszą w Polsce metodą rozwiązywania sporów nadal jest poddanie ich pod rozstrzygnięcie sądu powszechnego? Przecież w takim przypadku strony nie mają wpływu na sposób ani termin roz-

strzygnięcia sporu. Mogą wybrać jedynie pełnomocników, reprezentujących ich w sądzie. Sprawa sądowa wymaga przedstawienia dowodów i przesłuchania świadków oraz przewlekłej i kosztownej procedury. Rezultatem rozstrzygnięcia sporu jest wyrok sądowy, który może być zaskarżany. Zazwyczaj rozwiązanie w postaci wyroku nie satysfakcjonuje żadnej ze stron. Pojawia się przegrany i wygrany. A czasami nawet obie strony czują się przegrane. Nie trudno wyobrazić sobie sytuację, kiedy wyrokiem sądu nakazuje się wypłatę kwoty na rzecz jednej ze stron, ale okazuje się, że realizacja nie jest możliwa z powodu bankructwa drugiej strony. Taka niby-wygrana, niemożliwa do realizacji, nie usatysfakcjonuje nikogo. **Niezwycie istotną cechą sądów powszechnych jest też brak poufności i komunikacji między stronami.**

Inny sposób rozwiązywania sporów to skierowanie ich pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, inaczej zwanego arbitrażowym. W arbitrażu strony mają wpływ na wybór arbitrów orzekających w sprawie, ale nie mają wpływu na wydany wyrok i sposób orzekania. Przed wydaniem wyroku niezbędne jest przeprowadzenie procesu dowodowego i przesłuchanie świadków. Rezultatem rozstrzygnięcia sporu jest wyrok sądu polubownego. Istnieje też możliwość zawarcia ugody przed sądem arbitrażowym. Jednak sąd polubowny ma za zadanie spór rozstrzygnąć, niezależnie od woli stron. I, podobnie jak przy postępowaniu przed sądem powszechnym, stronom pozostaje wyrok przyjąć lub nie.

Umocowanie mediacji w prawie

Międzynarodowe standardy stosowania mediacji zostały nakreślone w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych (Dz. U. UE L z dnia 24 maja 2008 r.). UE postrzega instytucję mediacji jako pełnoprawny środek rozwiązywania sporów w sposób szybki, tani i profesjonalny. Jednocześnie mediacja może być skutecznym środkiem na rozwiązywanie spraw w sądach powszechnych, co jest bołazką właściwie wszystkich krajów UE.

„(6) Mediacja może stanowić oszczędną i szybką metodę pozasądowego rozwiązywania sporów w sprawach cywilnych i handlowych dzięki możliwości dostosowania jej do indywidualnych potrzeb stron. Jest bardziej prawdopodobne, że ugody zawarte w drodze mediacji będą realizowane dobrowolnie i przyczynią się do utrzymania przyjaznych i wyważonych stosunków pomiędzy stronami. Tego rodzaju korzyści stają się jeszcze bardziej widoczne w sytuacjach obejmujących elementy transgraniczne.

(7) Aby propagować szersze stosowanie mediacji i zapewnić stronom korzystającym z mediacji możliwość polegania na przewidywalnych ramach prawnych, niezbędne jest wprowadzenie przepisów ramowych, dotyczących w szczególności istotnych aspektów postępowania cywilnego.” (Preambuła do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego)

Do polskiego systemu prawnego mediacja została wprowadzona jako metoda rozstrzygania sporów w spra-

wach cywilnych Ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, zwaną także ustawą o mediacji cywilnej. Nic nie stoi na przeszkodzie w stosowaniu mediacji w rozstrzyganiu sporów w sprawach gospodarczych np. w budownictwie. Mediacja prowadzona na podstawie skierowania sądu jest formalnie i funkcjonalnie powiązana z postępowaniem sądowym. Sąd może skierować strony prowadzonego postępowania do mediacji – z urzędu lub na wniosek jednej lub obu stron. Wreszcie, strony mogą się porozumieć co do prowadzenia mediacji w toku postępowania sądowego i zgodnie wnieść o skierowanie sprawy do mediacji, a także ewentualnie o zawieszenie tego postępowania.

W obowiązującym stanie prawnym nie występuje natomiast tzw. mediacja obowiązkowa.

Kierując sprawę do mediacji sąd wskazuje, że mediacja jest aprobowaną i rekomendowaną przez państwo metodą rozwiązywania sporów.

Podstawowe założenia mediacji

Główne cechy mediacji znalazły odzwierciedlenie w prawie polskim poprzez zapisy zawarte w Kodeksie postępowania cywilnego, Dział II, Rozdział 1, Oddział 1 Mediacja, Art. 183¹ do Art. 183¹⁵.

Mediacja jest dobrowolna (w odróżnieniu od procesu sądowego). Oznacza to, że na każdym etapie mediacji każda ze stron może odstąpić od mediacji bez podawania przyczyny. Nawet jeżeli do mediacji skierował je sąd, strony mogą odmówić uczestniczenia w mediacjach bez żadnych konsekwencji prawnych.

Mediacja jest poufna (nie jest jawna). Wszelkie informacje podane w trakcie posiedzeń mediacyjnych są poufne, a jakiegokolwiek propozycje składane wzajemnie przez strony nie mogą być przytaczane w czasie ewentualnego późniejszego procesu sądowego (jeżeli mediacja nie zakończy się ugodą). Także mediator jest zobowiązany do zachowania w tajemnicy wszelkich informacji uzyskanych w czasie prowadzenia mediacji, a powoływanie się w toku postępowania przed sądem lub sądem polubownym na propozycje ugodowe, propozycje wzajemnych ustępstw lub inne oświadczenia, jest bezskuteczne. Sąd nie może powołać mediatora na świadka.

Mediator zachowuje bezstronność i neutralność (w stosunku do stron) oraz jest akceptowany przez strony. To strony decydują o wyborze mediatora lub o akceptacji mediatora wyznaczonego przez sąd lub drugą stronę. Może nim być tylko osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych, korzystająca z pełni praw publicznych. Mediatorem nie może być sędzia, z wyłączeniem sędziów w stanie spoczynku. Organizacje pozarządowe i uczelnie mogą prowadzić listy stałych mediatorów. Stały mediator może odmówić prowadzenia mediacji tylko z ważnych powodów.

Mediacja może się odbywać na każdym etapie sporu:

a) W fazie początkowej, kiedy strony różnią się w spornych kwestiach, a negocjacje nie przyniosły rezultatu. Czasami z powodów konfliktów personalnych, gdy osoby zaangażowane bezpośrednio w spór chcą za wszelką cenę „postawić na swoim”. Nieodosobnione są przypadki kon-



fliktu personalnego np. kierownika budowy i inspektora nadzoru inwestorskiego, czy Przedstawiciela Wykonawcy i Inżyniera. W takich przypadkach zdarza się, że argumentacja nie dotyczy elementów merytorycznych sporu, tylko kierowana jest *ad personam*. A przecież każdy mający cokolwiek wspólnego z budownictwem wie, że bardzo często zdarzają się jakieś przeszkody i utrudnienia w realizacji robót, że nie wszystko ma oczywiste, jednoznaczne rozwiązania. Ponadto nawet najlepsze umowy nie opiszą wszystkich przypadków, które mogą się wydarzyć w trakcie realizacji robót. I tu już mamy zarzewie sporu. Jak zapobiegać jego eskalacji? Można zaangażować niezależną trzecią osobę – mediatora. Mediator ma za zadanie pomóc stronom skupić się na możliwych rozwiązaniach, poszukiwaniach nowych rozwiązań, i – co chyba na tym etapie najistotniejsze – złagodzeniu konfliktu personalnego. Na tym etapie strony mogą wspólnie wybrać mediatora, bądź jedna ze stron może skierować wnioski do mediatora o przeprowadzenie mediacji. Jest to tzw. mediacja umowna.

- b) W fazie przedprocesowej – gdy jedna ze stron wniosła pozew do sądu – także można wnioskować o przeprowadzenie mediacji. Z wnioskiem takim każda ze stron może się zwrócić do dowolnie wybranego mediatora. To też będzie mediacja umowna.
- c) W fazie procesowej (w trakcie trwania procesu) – każda ze stron może wnioskować o przeprowadzenie mediacji. Wtedy sędzia wyznacza mediatora z listy mediatorów stałych (informacje o listach stałych mediatorów dostępne są w Sądach Okręgowych), lub strony zgodnie, albo jedna ze stron, wskazują mediatora, który musi być zaakceptowany przez drugą stronę. Na tym etapie należy mówić o mediacji sądowej.
- d) W fazie procesowej (w trakcie trwania procesu) – ale, gdy Sędzia kieruje strony do mediacji i wyznacza mediatora. Wtedy też mamy do czynienia z mediacją sądową.

W czasie sesji mediacyjnych strony poszukują możliwych do zaakceptowania rozwiązań sporu. Zapewne po znalezieniu takiego rozwiązania łatwiej będzie ustalić odpowiedzialność stron. Wszelkie uzgodnienia poczynione w trakcie mediacji (umownych czy sądowych) nie wymagają przeprowadzenia procesu dowodowego – w odróżnieniu od procesu sądowego, w którym każde roszczenie poprzedzone jest prowadzeniem procesu dowodowego. A to oznacza nagromadzenie setek tomów akt, składających się z Dzienników Budów, zapisów z koordynacji, notatek służbowych, pism, etc. Wiadomo, że w tych dokumentach zdarzają się niespójności i nieścisłości. W procesie sądowym takie dokumenty podlegają ocenie przez powołanego przez sąd biegłego. Tak więc strony nie mają żadnego wpływu na rozstrzygnięcie sporu. Mogą co najwyżej odwoływać się od wyroku sądu do wyższych instancji.

Co innego w mediacji – tu strony mają pełną kontrolę nad rozstrzygnięciem sporu, bo są zaangażowane bezpośrednio. Wszystkie ustalenia zawarte w ugodzie są akceptowane przez obie strony. Dlatego rozstrzygnięcie sporu poprzez zawarcie ugody przed mediatorem jest wygraną dla obu stron konfliktu.

Mediacja jako sposób na rozstrzygnięcie sporu powinna być brana pod uwagę przy wszystkich sporach, ale szczególnie dobrze sprawdza się kiedy:

- strony są od siebie zależne,
- strony działają w jednej branży i prawdopodobieństwo dalszej ich współpracy jest duże,
- stronom zależy na dyskrecji i braku rozgłosu przy rozstrzygnięciu sporu.

W pierwszym z powyższych przypadków współzależność wszystkich uczestników procesu budowlanego jest bezsprzeczna. Wybudowanie stadionu, drogi, budynku czy oczyszczalni jest procesem składającym się z działań jego uczestników – inwestora, projektanta, kierownika budowy i inspektora nadzoru inwestorskiego (gdy jest to wymagane). Wydawać by się mogło, że poszczególne etapy ich działań są rozdzielone i po zakończeniu jednego następuje kolejny. Wiadomym jednak, że to w trakcie fazy wykonawczej ujawniają się różne nieprzewidziane okoliczności. Brak dostarczenia przez inwestora na czas określony w umowie dokumentów niezbędnych do realizacji, brak pozwolenia na wycinkę drzew, brak przekazania części terenu budowy, etc. Każdy praktyk potrafi wskazać szereg innych powodów. Tak było, jest i będzie – trzeba się z tym pogodzić i starać eliminować wpływ takich działań na eskalację sporu.

Idąc dalej – błąd popełniony w fazie projektowania nie zostanie ujawniony dopóki nie dojdzie do realizacji robót. A każdy przypadek ujawnienia wady lub braku w dokumentacji projektowej wymaga współdziałania inwestora, wykonawcy i projektanta. O rzetelności i odpowiedzialności strony świadczy podejście do usuwania takich wad i braków oraz sposób rozwiązywania problemów. Trzeba pamiętać, że stronom umowy powinien przyświecać wspólny cel – zakończenie inwestycji w terminie i w zaplanowanym budżecie. Odstąpienie od umowy i usunięcie wykonawcy z budowy nie rozwiąże problemu, bo cel nie zostanie osiągnięty, powstaną opóźnienia, a pewnie zwiększy się też koszt, co w efekcie narazi obie strony na straty. Próba przerzucenia błędów na drugą stronę będzie zawsze budziła opór i prowadziła do eskalacji konfliktu. Skorzystanie z instytucji sądu nie rozwiąże konfliktu, bowiem sąd tylko wyda wyrok. Dlatego strony powinny dążyć do znalezienia sposobu rozwiązania sporu w taki sposób, aby obie mogły się cieszyć wspólnym sukcesem.

W drugim przypadku prawdopodobieństwo, że strony będą się spotykały na innych kontraktach jest bardzo duże wtedy, gdy działają w wąskiej branży. Nie trudno sobie wyobrazić w jaki sposób nierozstrzygnięty spór na jednym kontrakcie będzie się przekładał na współpracę przedstawicieli stron na innym. Ponadto może dojść do sytuacji, kiedy jednego dnia przedstawiciele stron będących w konflikcie spotykają się w sądzie, a potem muszą uczestniczyć na spotkaniu koordynacyjnym przy innym projekcie. Czy w takiej sytuacji ta współpraca będzie przebiegać poprawnie? Raczej nie... I jeżeli doprowadzi się do przegranej drugą stronę, ta może się później kierować chęcią odwetu. Triumf (wygrana w sądzie jednej strony) może trwać krótko. W takich przypadkach warto skorzystać ze wsparcia mediatora, a skierowanie sprawy do sądu traktować jako ostateczność.

Trzeci przypadek może się zdarzyć gdy spór dotyczy firm, które są od siebie zależne. Firma X ma udziały w firmie Y, ale nie ma nad nią całkowitej kontroli, i dochodzi do konfliktu. Ujawnienie go poprzez skierowanie sprawy do sądu nie wpłynie dobrze na wizerunek firm i zapew-

ne nie wpłynie na pozytywne reakcje np. inwestorskie. Zanim skorzysta się z tej ostatecznej formy rozwiązania sporu, jaką jest przewód sądowy, warto pomyśleć o mediacjach. Wskazane byłoby w takich przypadkach zachowanie dyskrekcji.

Co umożliwia mediacja?

Mediacja umożliwia skuteczne rozwiązanie sporu, satysfakcjonujące obie strony konfliktu, poprzez:

- rzeczowy dialog między stronami w sprawach spornych, także przed skierowaniem sprawy do sądu;
- pozytywne działania na rzecz przezwyciężenia kryzysu, polegające na dochodzeniu do rozpoznania rzeczywistych interesów stron;
- wypracowanie innowacyjnych rozwiązań zaspokajających interesy obu stron;
- zachowanie kontroli nad treścią ugody;
- zachowanie poufności, zamiast upublicznienia kwestii związanych z prowadzeniem procesu dowodowego przed sądem;
- poruszenie spraw, które zostałyby pominięte na sali sądowej (np. emocji związanych z konfliktem itp.);
- zaspokojenie potrzeby zachowania szacunku, bycia wysłuchanym, poczucia bezpieczeństwa;
- zachowanie poprawnych relacji na przyszłość;
- poprawę zasad komunikacji w konflikcie, co ułatwia zapobieganie im w przyszłości;
- w przypadku osiągnięcia tylko częściowego porozumienia, mediacja umożliwia ograniczenie ilości kwestii poruszanych na wokandzie sądowej.

Czy mediacja może być stosowana przy rozstrzyganiu sporów w umowach o roboty budowlane w zamówieniach publicznych?

Sąd kieruje wiele sporów powstałych w trakcie realizacji umów o roboty budowlane w zamówieniach publicznych do mediacji. Jako mediator dostrzegam ograniczenie w stosowaniu tej metody rozstrzygania sporów przez podmioty publiczne, a zwłaszcza jednostki Skarbu Państwa. Z moich doświadczeń, w których sprawy sporne kierowane były do mediacji przez sąd powszechny wynika, że odmowa przystąpienia do mediacji przez stronę publiczną podyktowana była raczej obawą przed nieznaną procedurą lub brakiem uprawnomocnionej osoby, która mogłaby uczestniczyć w posiedzeniach mediacyjnych. Inną kwestią jest niemożność podpisania ugody. Ale czy rzeczywiście takowa występuje? Są jednak jednostki budżetowe, gdzie dostrzega się w mediacji sposób na wygranie sprawy – strona publiczna przystępuje do mediacji, które kończą się ugodą, bo przedstawiciel tej jednostki dostrzegł możliwość zakończenia sporów w sposób kontrolowany – i pod względem czasowym, i finansowym. Zarówno jedna jak i druga strona zaoszczędziła na kosztach, w tym także zastępstwa procesowego, które w sporach budowlanych są niebagatelne, z uwagi wartość przedmiotu sporu, złożoność spraw i ciągnące się w związku z tym latami rozprawy. A mediacje kończą się na ogół w ciągu dwóch miesięcy.

Na pewno jest to zagadnienie do dalszej dyskusji.

Koszty mediacji

Nie bez znaczenia dla walorów mediacji pozostaje koszt związany z postępowaniem mediacyjnym. W przypadku mediacji ze skierowania z sądu (a więc już po złożeniu pozwu) koszty te są ustalone przez Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 30 listopada 2005 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym. Wynoszą 1% wartości przedmiotu sporu i nie więcej niż 1000 zł. Przy sporach o wartości ponad 100 000 zł koszt mediacji wynosi nie więcej niż 1200-1300 zł. Koszty mediacji ponoszą strony po połowie. Ponadto, w przypadku podpisania ugody przed mediatorem, powodowi zwracane jest 3/4 wpisu sądowego. Zwracam szczególną uwagę na ten istotny fakt – to też jest wymierna (finansowo) korzyść, o której nie można zapominać.

W przypadku mediacji umownych koszty są umowne. Z informacji uzyskanych od mediatorów wynika jednak, że są to koszty nieporównywalnie mniejsze od kosztów sądowych czy arbitrażu.

Czy w Warunkach Kontraktowych FIDIC występuje mediacja?

W Warunkach Kontraktowych FIDIC nie ma pojęcia mediacji. Klauzula 20 stanowi o roszczeniach, sporach i arbitrażu. Jednak to, że nie ma zapisu przywołującego mediację do rozstrzygania sporu nie powoduje, że nie można przystąpić do mediacji. Pamiętać trzeba o rzadko przywoływanej Klauzuli 1.4 [*Prawo i język*] – skoro **mediacja jest zagwarantowana przepisami powszechnie obowiązującego prawa**, to w żadnym wypadku nie można stronom odmówić możliwości skorzystania z tego prawa! Mało z tym – **z mediacji można skorzystać na każdym etapie sporu**, czyli na każdym etapie realizacji robót budowlanych opartych o Warunki Kontraktowe FIDIC. Nie należy przy tym mylić pojęcia i instytucji mediacji z Komisją Rozjemstwa w Sporach. Oddanie sprawy do Komisji Rozjemstwa w Sporach zapisane w WK FIDIC jest sposobem rozstrzygania sporów określonym w umowie. Nie znajduje jednak oparcia o akty prawne i działa tylko w ramach umowy. Strony umowy powołują rozjemców, ale nie ingerują w ich decyzję. To Komisja Rozjemstwa wydaje decyzję, która może nie być satysfakcjonująca dla żadnej ze stron. Jeszcze raz podkreślę, że w mediacji to strony decydują o sposobie rozstrzygnięcia sporu poprzez zapisy w ugodzie, a nie zdają się na decyzję, na którą nie mają wpływu.

Wnioski

Oczywistym jest, że spory w robotach budowlanych były, są i będą. Bo realizacja inwestycji budowlanych jest procesem złożonym i wielopłaszczyznowym, przez co podatnym na występowanie sporów. Powszechne postrzeganie sporów utożsamiane jest nie ze współpracą, tylko z walką, a co za tym idzie ze stroną przegraną i wygraną. I będzie tak postrzegany jeszcze tak długo, jak długo nie dostrzeżemy możliwości wynikających z ustawowej możliwości rozstrzygania sporów na drodze mediacji.

Warto sobie uzmysłować, że przecież to nie sam spór czy konflikt jest źródłem nieporozumień i walki między stronami i ludźmi, lecz sposób jego rozstrzygnięcia.

Partnerstwo publiczno-prywatne



Adam
HAJDA
Członek SIDiR

Etyka?

Ostatnio usłyszałem przypadkowo dyskusję dwóch inżynierów konsultantów na temat etycznych aspektów ich pracy, jako konsultantów – doradców Stron procesu inwestycyjnego.

Jeden z tych inżynierów miał znaczne doświadczenia w doradzaniu wykonawcom robót budowlanych, drugi doradzał inwestorowi zamawiającemu wykonywanie robót budowlanych.

Każdy z nich uważał, że postępuje etycznie, bo robi wszystko, aby wszelkimi sposobami zaspokoić oczekiwania swojego klienta. Obaj stwierdzili dosyć zgodnie: przecież ja mam dbać o interes mojego klienta więc co mnie obchodzi interes drugiej strony.

Dyskusja o mało co nie zakończyła się kłótnią. Do kłótni nie doszło, bo dwaj inżynierowie z wielką konsternacją stwierdzili, a jak by to było gdybyśmy nagle mieli zacząć pełnić FIDIC-ową funkcję „inżyniera kontraktu”? Jak to możliwe, żeby nagle zacząć dbać o interesy obu stron kontraktu / zadania inwestycyjnego? Czy da się to tak pogodzić, żeby zachowywać się etycznie zarówno wobec inwestora (zamawiającego) jak i wykonawcy?

Muszę przyznać, że mimo iż od dłuższego czasu zaczynam się (niebezpiecznie) przyzwyczajać do tego, że etyka staje się pojęciem czysto teoretycznym, byłem niezwykle zaskoczony tą rozmową.

Zacząłem się więc zastanawiać, czym tak właściwie jest ta etyka i jak rozumieć zasady etycznego działania.

W wikipedii znalazłem taką oto definicję etyki: „**Etyka** (ze starogreckiego *ethos* – „zwyczaj”) – dział filozofii, zajmujący się badaniem moralności i tworzeniem systemów myślowych, z których można wyprowadzać zasady moralne. Etyka bywa też nazywana filozofią moralną”. Oczywiście hasło „etyka” jest tam omówione znacznie szerzej. Lecz tu chyba nie miejsce na wywody filozoficzne. Jak większość inżynierów wolę coś bardziej „materialnego” niż filozofia.

Czy etycznego postępowania można się nauczyć, czy też trzeba po prostu „to coś czuć”?

Jako Inżynierowie Konsultanci, członkowie SIDiR mamy obowiązki przestrzegania naszego „Kodeksu etyki niezależnego inżyniera konsultanta, członka SIDiR”. Większość członków SIDiR jest czynnymi zawodowo inżynierami pełniącymi samodzielne funkcje techniczne w budownictwie. Z tego tytułu zobowiązani są do członkostwa w Regionalnych Izbach Inżynierów Budownictwa, a tym samym do przestrzegania „Kodeksu zasad etyki zawodowej członków Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa”. Większość jest także członkami odpowiednich zawodowo Stowarzyszeń Naukowo – Technicznych, a poprzez nie, członkami Naczelnej Organizacji Technicznej. Tu znów każde ze Stowarzyszeń ma swój Kodeks Etyki, a NOT, jako członek FEANI (European Federation of National Engineering Associations), promuje Kodeks Etyki FEANI. Z kolei Ci z członków SIDiR, którzy inżynierami z zawodu nie są winni przestrzegać innych kodeksów etyki: Kodeks Etyki Radcy Prawnego, Kodeks Etyki Adwokackiej i tak dalej.

Czy w którymś z tych Kodeksów Etyki można znaleźć odpowiedź na wątpliwości tych Inżynierów, o których na wstępie?

Myślę, że tak.

Wystarczy tu przecież przytoczyć początek naszego Kodeksu etyki niezależnego inżyniera konsultanta, członka SIDiR. W rozdziale I „Zawód zaufania społecznego” w punkcie 1 zapisano: „*Zawód inżyniera konsultanta ma istotne znaczenie dla społeczeństwa, zaspokaja jego potrzeby oraz ma rzeczywisty, bezpośredni wpływ na standard życia. Należy on do grupy zawodów wolnych. Członkowie tej grupy zawodowej, zdając sobie sprawę z roli jaką pełnią, starają się oferować usługi zgodnie z zasadami moralnymi i cywilizacyjnymi opartymi o uczciwość, bezstronność, słusność i sprawiedliwość. W swojej pracy zawodowej działają zgodnie z wymaganiami zachowań profesjonalnych, dostosowując się do najwyższych standardów etycznego zachowania w imieniu społeczeństwa, klientów, pracowników i zawodu, jak również godności osobistej tych wszystkich, z którymi współpracują*”.

Przecież to „uczciwość, bezstronność, słusność i sprawiedliwość” każą nam działać tak, aby działając w interesie klienta, który nas zatrudnia i nam płaci, nie działać na szkodę drugiej Strony.

Jeszcze lepiej oddaje tą sytuację inny zapis, z którym spotkałem się w mojej pracy zawodowej. Przez kilka lat pracowałem w polskim oddziale międzynarodowej firmy konsultingowej. Firma ta, oczywiście między innymi

wymogami stawianymi ludziom przyjmowanym do pracy, wymagała zapoznania się i poświadczenia przestrzegania czegoś co nazwane było „Deklaracją zasad działania”. Podczas corocznej oceny pracowników oceniano także znajomość i przestrzeganie tych zasad. W punkcie „Wobec kogo i za co czujemy się odpowiedzialni?”, w podpunkcie „Nasi klienci” zapisano „*Mieszczące się w ramach prawnych potrzeby naszych klientów są główną siłą napędową naszej firmy, z zastrzeżeniem nadrzędnego wymogu, iż zawsze będziemy działać z najwyższą prawością i z należytym uwzględnieniem zasady zrównoważonego rozwoju.*”

W sytuacji, gdy zadania lub dyspozycje wydają się być sprzeczne z interesami społeczeństwa lub środowiska, będziemy się starać uświadomić to klientom i przekonać ich do zmiany ich zaleceń”.

Dlaczego o tym piszę? Przecież teoretycznie, przy tym natłoku „Kodeksów Etycznych”, które winny obowiązywać praktycznie wszystkich ludzi czynnych zawodowo, wszystkie ich działania winny być etyczne. Czy jednak wszyscy zasady etyki pojmują tak samo? Czy wszyscy rozumieją „do końca” co oznacza etyczne postępowanie”? Muszę niestety stwierdzić, że w moim rozumieniu - nie. Na każdym kroku, zarówno w moich działaniach zawodowych jak i prywatnych, spotykam się z działaniami, które trudno nazwać działaniami etycznymi.

Zadaje sobie często pytania:

Czy etycznymi można nazwać działania wykonawców budowlanych, którzy oferują ewidentnie zaniżone ceny na przetargach byle wygrać jak najwięcej Kontraktów, a potem szukają sposobów na wyciągnięcie dodatkowych pieniędzy od zamawiających i/lub szukają oszczędności w wykonawstwie zatrudniając ludzi niemających odpowiedniego doświadczenia, stosując najtańsze materiały itp.?

Czy etycznymi można nazwać działania firm konsultingowych składających oferty na pełnienie funkcji Inżyniera (FIDIC) bądź „zastępstwo inwestorskie” z cenami, które nie wystarczają na realne opłacenie personelu?

Czy można nazwać etycznymi działania Zamawiających, którzy pod pozorem dbania „o interes publiczny”, robią wszystko, aby wszelką odpowiedzialność przerzucić na Wykonawców, tworzą wzory umów nie do końca zgodne z prawem itp.?

Czy etycznymi można nazwać działania „konsultantów”, którzy doradzając jednej Stronie Kontraktu nie uwzględniają interesów i praw drugiej Strony?

Czy etycznym postępowaniem Inżyniera jest podejmowanie się pełnienia jakiejś funkcji nie mając odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, byle cokolwiek zarobić?

Czy etycznym jest podejmowanie się pełnienia nadzoru **autorskiego** nad opracowanym przez kogoś innego projektem, bo ktoś ogłosił taki przetarg i można parę groszy zarobić?

Na zakończenie przytoczę coś, co znalazłem w Internecie szukając różnych kodeksów etyki.

„W 1954 roku w Stanach Zjednoczonych Narodowe Stowarzyszenie Dyplomowanych Inżynierów przyjęło formułę przyrzeczenia składanego przez osoby kończące studia, zawierającą podstawowe zasady etyki inżynierskiej:

*Jako inżynier poświęcę moją zawodową wiedzę i umiejętności dla poprawy warunków życia ludzkiego...
ślubuję przy tym:*

1. *Pracować z pełnym nakładem swych sił.*
2. *Brać udział tylko w uczciwych przedsięwzięciach.*
3. *żyć i działać zgodnie z obowiązkami człowieka i najwyższymi ideałami zawodu.*
4. *Więcej cenić obowiązków niż zarobek, uczciwość i reputację zawodową niż osobiste korzyści, a dobro społeczeństwa więcej niż jakiegokolwiek inne względy.
Ślubuję to w pokorze i świadomy potrzeby opieki Opatrzności.”*



Etyka Międzynarodowego Arbitra



Elżbieta
BOGUCKA
aplikant adw.,
prawnik kancelarii SALANS



Piotr
NOWACZYK
Adwokat, partner
kancelarii SALANS,
członek Międzynarodowego Sądu
Arbitrażowego ICC w Paryżu

Międzynarodowi Arbitrzy powinni być bezstronni, niezależni, kompetentni, staranni i dyskretni. International Bar Association wypracowała już w 1987r. Zbiór Zasad Etycznych dla Międzynarodowych Arbitrów. W polskim tłumaczeniu Elżbiety Boguckiej ukazał się on dopiero w Komentarzu do Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL, wydane ostatnio przez C.H. Beck. Trochę dziwne, że przez prawie ćwierć wieku polskie środowisko arbitrażowe nie знаło tego tekstu. Na wielu krajowych konferencjach poświęconych arbitrażowi posługiwano się i cytowano zupełnie inny zbiór zasad etycznych, opracowany przez International Bar Association dla wszystkich prawników, przyjęty w Oslo 25 lipca 1956r., zmieniony w Mexico City, dokładnie po 8 latach, w dniu 24 lipca 1964r.

O tym, że istnieje odrębny zbiór dla międzynarodowych arbitrów wiedziała w Polsce zaledwie garstka specjalistów. Czy etyka miała być dziedziną tajną, poufną? Chyba nie. Cóż więc jest takiego w odkrytym Zbiorze?

Znajdziemy w nim wypracowanie sposobu, w którym wartości etyczne mogą być zastosowane w praktyce. Nie ma sztywnych norm. Są wytyczne wykształcone przez arbitrów ze wszystkich kontynentów. Mają sens jedynie wówczas, gdy będą stosowane w dobrej wierze.

Zasady te mogą być zaadoptowane przez strony już w klauzuli arbitrażowej, albo wciągnięte do porozumienia stron z arbitrami (receptum arbitri). Zaleca się takie sformułowanie:

„Strony uzgadniają, że Zasady Etyki dla Międzynarodowych Arbitrów obowiązujące w dniu wszczęcia jakiegokolwiek arbitrażu zgodnie z niniejszą klauzulą, mają zastosowanie do arbitrów nominowanych w tym arbitrażu.”

International Bar Association zakłada, że międzynarodowym arbitrom przysługuje immunitet od roszczeń stron. Oczywiście, za wyjątkiem przypadków szczególnych, umyślnego lub lekkomyślnego nieprzestrzegania obowiązków. IBA zakłada, że Zasady mogą być brane pod uwagę również przy wyłączeniu arbitra. W żadnym wypadku nie powinny jednak tworzyć podstaw do uchylania wyroków arbitrażowych przez sądy krajowe. Nie powinny one stronom ułatwiać pozywania międzynarodowych arbitrów przed sądami krajowymi. Jedyną sankcją za ewentualne złamanie obowiązków etycznych powinno być usunięcie z funkcji arbitra i pozbawienie go prawa do wynagrodzenia.

Zbiór ten to praktyczne 9 przykazań. Oto one:

1. Staranność i efektywność. To są podstawowe obowiązki arbitrów. Zobowiązani są tak działać aby zapewnić stronom sprawiedliwe i efektywne rozstrzygnięcie sporów. Powinni być i pozostawać wolni od stronniczości.

2. Przyjęcie nominacji nie zawsze jest możliwe. Arbitr ma być w pełni przekonany, że będzie mógł wykonać swoje obowiązki bezstronnie. Proponowany arbitrer może przyjąć nominację wyłącznie wtedy, gdy jest w pełni przekonany, że jest kompetentny do rozstrzygnięcia danego sporu, posiada odpowiednią wiedzę i zna język postępowania. Może przyjąć nominację wyłącznie wtedy, gdy będzie w stanie poświęcić postępowaniu arbitrażowemu czas i uwagę, których strony mogą rozsądnie oczekiwać. Niewłaściwe jest kontaktowanie się ze stronami w celu zabiegania o uzyskanie nominacji arbitra.

3. Stronniczość jest wykluczona. Kryterium dla oceny nastawienia arbitra do stron jest bezstronność i niezależność. Stronniczość ma miejsce wówczas, gdy arbitrer faworyzuje jedną ze stron lub gdy jest uprzedzony wobec przedmiotu sporu. Zależność może wynikać ze stosunku pomiędzy arbitrem i jedną ze stron lub z kimś blisko powiązany z jedną ze stron.

Fakty, które mogą prowadzić rozsądną osobę do wniosku, że arbitrer jest zależny od jednej ze stron, stwarzają już wrażenie stronniczości. To samo sprawdza się w sytuacji, gdy arbitrer ma jakikolwiek interes w rozstrzygnięciu sprawy lub gdy zajął już stanowisko w jej przedmiocie. Wrażenie stronniczości można przezwyciężyć poprzez pełne ujawnienie okoliczności, o których mowa w następnym „przykazaniu”.

Każdy aktualny bezpośredni lub pośredni stosunek biznesowy pomiędzy arbitrem a stroną lub pomiędzy osobą, co do której wiadomo, że może być powołana jako świadek, może budzić wątpliwości co do bezstronności lub niezależności proponowanego arbitra. W takich okolicznościach arbitrer powinien odmówić przyjęcia nominacji, chyba że strony na piśmie uzgodnią, że pomimo takich okoliczności arbitrer może działać. Przykładami pośrednich stosunków są

sytuacje, gdy członek rodziny proponowanego arbitra, jego firma lub jakiegokolwiek partner handlowy, pozostaje w stosunku biznesowym z jedną ze stron.

Przeszłe stosunki biznesowe nie stanowią przeszkody do przyjęcia nominacji, chyba że są takiej wagi lub natury, że mogą wpłynąć na decyzję arbitra.

Trwałe i ważne relacje towarzyskie lub zawodowe pomiędzy proponowanym arbitrem i stroną lub osobą, co do której wiadomo, że może być powołana jako świadek mogą dawać powód do powstania wątpliwości co do bezstronności lub niezależności proponowanego arbitra.

4. Ujawnić należy fakty. Proponowany arbitrer powinien ujawnić wszelkie fakty i okoliczności, które mogą dać powód do powstania uzasadnionych wątpliwości co do jego bezstronności lub niezależności. Niedokonanie takiego ujawnienia stwarza pozory stronniczości i jako takie może być podstawą dyskwalifikacji, nawet jeśli nieujawnione fakty lub okoliczności nie uzasadniałyby dyskwalifikacji.

Proponowany arbitrer powinien ujawnić: wszelkie przeszłe lub aktualne stosunki biznesowe, włączając w to uprzednie nominacje na funkcję arbitra, przez którąkolwiek ze stron, pełnomocnika strony lub osobę, co do której wiadomo, że może być powołana jako ważny świadek. W odniesieniu do aktualnych stosunków, obowiązek ujawnienia ma zastosowanie niezależnie od ich rozmiarów, zaś w odniesieniu do zakończonych stosunków, tylko jeśli były one „więcej niż błażej natury” wobec działalności arbitra.

Od arbitra oczekuje się ujawnienia wszelkich poprzednich kontaktów z arbitrami, łącznie ze wcześniejszym wspólnym wykonywaniem funkcji arbitra. Ujawnieniu może podlegać zakres wcześniejszej wiedzy na temat sporu, zakres wszelkich innych rozsądnie przewidywalnych obowiązków arbitra, które mogą wpłynąć na jego zaangażowanie czasowe, a więc dostępność przy wykonaniu obowiązków arbitra.

Obowiązek ujawnienia trwa w toku całego postępowania arbitrażowego, również odnośnie nowo pojawiających się faktów i okoliczności.

Ujawnienie powinno być dokonane na piśmie i przedstawione wszystkim stronom. Wszelkie ujawnienia powinny być przedstawione pozostałym arbitrom.

5. Ograniczenia korespondencji i kontaktów. Proponowany arbitrer, do którego zwrócono się z możliwością powołania do pełnienia funkcji arbitra, powinien dokonać rozeznania, co do własnej bezstronności i niezależności; kompetencji i dostępności czasowej. Może on w tym celu odpowiadać na pytania osób, które się do niego zwróciły, o ile przy tej okazji nie jest omawiane meritum sporu. W przypadku, gdy do proponowanego arbitra jedyne lub arbitra przewodniczącego zwróciła się wyłącznie jedna strona lub jeden arbitrer nominowany jednostronnie przez jedną stronę, powinien on ustalić, czy druga strona lub strony lub pozostały arbitrer wyraziły zgodę na zwrócenie się do niego w taki sposób. W takim przypadku powinien on zawiadomić drugą stronę lub strony lub pozostałego arbitra o treści wstępnej rozmowy.

Jeśli arbitrer nominowany przez stronę ma brać udział w wyborze trzeciego arbitra lub arbitra przewodniczącego, wolno mu zebrać opinie strony, która go nominowała w kwestii akceptowalności rozważanych kandydatów. Poza tym przypadkiem arbitrer powinien unikać jednostronnych

kontaktów z którąkolwiek ze stron lub jej przedstawicielami. Jeśli dojdzie do takich kontaktów, powinien on poinformować drugą stronę lub strony i arbitrów o ich treści.

Arbitrer, który dowie się o niewłaściwych kontaktach współ-arbitra ze stroną, może poinformować o tym pozostałych arbitrów, a oni wspólnie powinni rozstrzygnąć, jakie czynności powinny zostać podjęte. Niewłaściwie postępujący arbitrer powinien od razu zostać wezwany do powstrzymania się od utrzymywania niewłaściwych kontaktów ze stroną. Jeśli niewłaściwie postępujący arbitrer odmówi powstrzymania się od utrzymywania niewłaściwych kontaktów, pozostali arbitrzy mogą poinformować pokrzywdzoną stronę w celu rozważenia jakie czynności powinna podjąć. W skrajnym wypadku, po zawiadomieniu pozostałych arbitrów na piśmie, arbitrer może poinformować stronę o postępowaniu drugiego arbitra, aby umożliwić rozważenie złożenia wniosku o wyłączenie niewłaściwie postępującego arbitra.

Żaden arbitrer nie powinien przyjmować żadnych prezentów, ani korzystać z gościnności strony postępowania arbitrażowego. Arbitrzy jedyni i arbitrzy przewodniczący powinni być szczególnie skrupulatni w unikaniu kontaktów towarzyskich lub zawodowych z którąkolwiek ze stron postępowania arbitrażowego pod nieobecność pozostałych stron.

6. Wynagrodzenie arbitra ustalają obie strony. Arbitrer nie może jednostronnie zawierać porozumień dotyczących wynagrodzenia lub zwrotu wydatków nawet wtedy, gdy druga strona nie stawia się, chyba, że strony postanowiły inaczej.

7. Staranność to podstawa. Wszyscy arbitrzy powinni poświęcić tyle czasu i uwagi, ile strony mogą rozsądnie od nich wymagać, a także powinni robić wszystko co w ich mocy, aby prowadzić postępowanie w taki sposób, by koszty nie rosły w nierozsądnych proporcjach do przedmiotu sporu.

8. Szukamy rozwiązań polubownych. Na wniosek stron lub zgodnie z propozycją zespołu orzekającego, zespół orzekający w całości (lub przewodniczący zespołu orzekającego, jeśli jest to właściwe) może czynić propozycje zawarcia ugody obu stronom jednocześnie, najlepiej w obecności wszystkich stron. Zespół orzekający powinien zwrócić uwagę stronom, że nie jest pożądanym, aby którykolwiek z arbitrów rozmawiał na temat warunków ugody pod nieobecność innych stron, bowiem arbitrer zaangażowany w takie rozmowy może stać się zdyskwalifikowany od udziału w dalszym postępowaniu arbitrażowym.

9. Tajemnica przede wszystkim. Narady zespołu orzekającego i treść samego wyroku pozostają w całości poufne, chyba że strony zwolnią arbitrów z tego obowiązku. Arbitrer nie powinien brać udziału, ani udzielać żadnych informacji, ani pomocy w jakimkolwiek postępowaniu dotyczącym wyroku. Wyjątkiem może być jedynie obowiązek ujawnienia przestępstwa, bądź porównywalnego z nim złego prowadzenia uczestnika arbitrażu.

Wspomniany Zbiór jest, jak widać, dość ogólny i otwarty. O to zresztą chodzi w etyce. Etyki nie da się bowiem skodyfikować. Jej skodyfikowanie doprowadziłoby do tolerancji dla zachowań nieskodyfikowanych, poza-kodeksowych. Tymczasem odnośnie etyki arbitrów mamy do czynienia ze zjawiskiem międzynarodowym, międzykulturowym, międzypokoleniowym, dotyczącym całej światowej społeczności korzystającej z arbitrażu. Upowszechnienie zasad etyki jest ważne, stąd podziękowania autorów za udostępnienie gościnnych stron niniejszego wydawnictwa.



Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców

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

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

Szkolenia skierowane są do wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego!

www.sidir.pl/szkolenia

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

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

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

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

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

Nr ewidencyjny w rejestrze instytucji szkoleniowych: 2.14.00002/2009

Karta zgłoszenia uczestnictwa w szkoleniu otwartym SIDiR

„Zarządzanie budową na podstawie Warunków Kontraktowych FIDIC”:

☐ 16-17 maja 2012 r.

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

☐ 23-24 maja 2012 r.

„Przygotowanie i realizacja inwestycji budowlanej – wymagania prawa krajowego i praktyka realizacyjna”:

☐ 30-31 maja 2012 r.

Nowe szkolenie w ofercie!!!

„Program LEED jako instrukcja projektowania i realizacji budynków zgodnie z zasadami zrównoważonego rozwoju – wprowadzenie w tematykę certyfikacji”:

☐ 4-5 czerwca 2012 r.

Nowe szkolenie w ofercie!!!

Dane

uczestnika
do faktury

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

PŁATNOŚĆ:

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