

BIULETYN Konsultant



nr 30, grudzień 2013

Temat dnia

str. 2

Do czego prowadzi majstrowanie przy Warunkach Kontraktowych FIDIC

str. 3

Wykonawca w robotach budowlanych – pozycja równorzędna z Zamawiającym

str. 6

Zagrożenia i problemy związane z realizacją kontraktów budowlanych współfinansowanych ze środków UE implementowanych przez podmioty reprezentujące Skarb Państwa

str. 9

Nie musimy czekać dwóch pokoleń

str. 13

Wybrane przypadki nieskładania przez wykonawcę powiadomienia o roszczeniu

str. 15

Jeszcze o udzielaniu informacji publicznej

str. 18

Aktualności SIDiR Konferencja – CIECHOCINEK 2013

str. 21





**Tomasz
LATAWIEC**
Prezes Zarządu SIDiR

Drodzy Czytelnicy!

Kończący się rok niejako automatycznie wymusza pierwsze podsumowania. Ja skupię się oczywiście na Warunkach Kontraktowych FIDIC.

Ten mijający rok był wyjątkowy jeżeli chodzi o współpracę naszego środowiska z inwestorami publicznymi przy tworzeniu wzorcowych WK FIDIC. Przypomnę w tym miejscu, że z mojej inicjatywy doszło do powołania tzw. Zespołów Roboczych, w których uczestniczyli z jednej strony pracownicy Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, z drugiej przedstawiciele strony społecznej reprezentujący Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców, Ogólnopolską Izbę Gospodarczą Drogownictwa, Polski Związek Pracodawców Budownictwa oraz Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich. Cztery Zespoły (ds. umowy na projektowanie, umowy na nadzór, umowy na „zaprojektowanie i budowę” oraz na umowę „utrzymaj standard”) intensywnie pracowały od początku roku. Nasi reprezentanci robili to całkowicie społecznie, poświęcając swój czas i pieniądze. Inaczej się miała sprawa z pracownikami GDDKiA – oni robili to w ramach swoich obowiązków służbowych, w godzinach pracy i za wynagrodzeniem.

Cel był jeden – wypracować wspólnie wzorcowe dokumenty dające szansę na skuteczną realizację kontraktów drogowych. Wspólnie wypracować – to znaczy razem dochodzić do kompromisów i uzgodnień satysfakcjonujących zarówno zamawiającego publicznego działającego w ścisłym gorsecie stworzonym przez prawo, jak i stronę publiczną, a szerzej branżę budowlaną jako taką. Branżę, która jeszcze się nie otrząsnęła po szoku wywołanym „nowatorskim” podejściem przez GDDKiA do współpracy, falą upadłości i tsunami pozwów składanych w warszawskim XXV Wydziale Sądu Okręgowego – właściwym dla sporów toczonych ze Skarbem Państwa. Jedną z przyczyn tych sporów i tego szoku były drogowe „przekombinowane” Warunki Kontraktowe

FIDIC, o czym często można było poczytać na łamach naszego Biuletynu i z czym jako środowisko skupiające konsultantów FIDIC się nie zgadzaliśmy.

Nadzieje po pierwszym organizacyjnym spotkaniu, które odbyło się jeszcze w starej w siedzibie GDDKiA na Żelaznej były duże. Obietnice wspólnego nieinformowania o wynikach prac do momentu ich zakończenia oraz gotowość do podpisania protokołu uzgodnień i rozbieżności dawały podstawę ku temu. Ale na nadziejach się skończyło. Trochę się zdziwiliśmy i nawet daliśmy temu wyraz w stosownej korespondencji, gdy usłyszeliśmy w publicznym radiu z ust pani rzecznik GDDKiA które to z klauzul „żółtego fidica” już jako branża (podkreślam, że nie jako strona publiczna reprezentująca tylko te cztery organizacje, ale „branża”!) uzgodniliśmy i na jakie zmiany się zgodziliśmy. Wkrótce po tym już bardzo mocno się zdziwiliśmy, gdy nagle zostaliśmy postawieni przed faktem, że oto prace Zespołów zakończyły się 30 września. Mimo, że do osiągnięcia celu było jeszcze bardzo daleko, nie mówiąc o jakimkolwiek przyjęciu naszych stanowisk. Natomiast zaprezentowanie wyników naszych wspólnych prac podczas październikowych Targów Infrastruktury bez uzgodnienia z nami, wyprowadziło nas ze stanu zdziwienia i doprowadziło do stanu najwyższego zdenerwowania. Szczytem arogancji szefa tego publicznego organu (lub ministra za drogi odpowiedzialnego) było zaproszenie do prezentacji stanowiska strony społecznej osób, które w ogóle w pracach Zespołów nie brały udziału i które nie miały bladego pojęcia o ustaleniach poczynionych w trakcie tych prac, zamiast kogokolwiek z tych, którzy swój cenny czas na to poświęcali.

No cóż – jak widać zmiana adresu z Żelaznej na Wronia nie pociągnęła za sobą zmiany nastawienia p.o. Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad do ludzi mających pojęcie o realizacji inwestycji celu publicznego i znających zasady FIDIC.

Nie to jest jednak najgorsze! Bowiem to co zostało przez GDDKiA zaprezentowane na stronach internetowych jako „nowe otwarcie” na przyszłe kontrakty i co niby było konsultowane ze stroną społeczną jest znacznie bardziej „przemajstrowane” niż stare Warunki, które znać Państwo z kontraktów dotychczas realizowanych dla tego publicznego zamawiającego. My – którzy w pracach Zespołów Roboczych udział braлиśmy – takiemu majstrowaniu mówimy stanowcze NIE!

Na koniec pragnę tym, którzy zaangażowali się w prace Zespołów Roboczych serdecznie podziękować i wyrazić swój podziw dla ich determinacji w szerzeniu dobrych praktyk wynikających z filozofii i „ducha” FIDIC, a wszystkim czytelnikom Biuletynu życzyć Szczęśliwego Nowego Roku oraz wiary w to, że jednak uda się w końcu doprowadzić do stworzenia naprawdę wzorcowych Warunków Kontraktowych w zamówieniach publicznych.

Tomasz Latawiec
Prezes Zarządu SIDiR

Szanowni Państwo, Redakcja Biuletynu „Konsultant” informuje niniejszym, że artykuł Pana Michała Skorupskiego pt. „Motywacje w umowach branży budowlanej. Rażąco niska cena” został omyłkowo opublikowany w 29 numerze Biuletynu pod nazwiskiem Pana Tomasz Latawca. Za zaistniałą pomyłkę przepraszamy najmocniej obu Autorów oraz czytelników.
Redaktor Naczelny Zbigniew J. Boczek



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: 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 adiestacji 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, biuro@greg-drukarnia.pl, www.greg-drukarnia.pl

Do czego prowadzi majstrowanie przy Warunkach Kontraktowych FIDIC



Tomasz
LATAWIEC
Prezes Zarządu SIDiR

Trudno nie zauważyć, że środowisko Niezależnych Inżynierów Konsultantów zrzeszone w Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR) – należącym jako jedyna krajowa organizacja do Federacji FIDIC – od lat uczestniczy w szeroko rozumianym procesie inwestycyjnym, dzięki czemu ma wyrobione zdanie co do przyczyn zaistniałych problemów dotyczących branży budowlaną. A że branża dotknięta jest szeregiem problemów nie muszą chyba nikogo przekonywać. Cytując klasyka – to oczywista oczywistość. Skąd się bierze nasza wiedza? Z wieloletnich doświadczeń zdobytych w trakcie realizacji wielu inwestycji finansowanych ze środków publicznych i prywatnych zarówno w kraju jak i za granicą, podczas wypełniania przeróżnych obowiązków i funkcji po stronie zamawiających, wykonawców i Inżynierów, a także z szeroko rozumianej wymiany doświadczeń z kolegami ze sfederowanych zagranicznych – zwłaszcza europejskich – organizacji.

Pragnę podkreślić, że my w SIDiR, jako że jesteśmy organizacją, która jest jedynym i wyłącznym reprezentantem idei FIDIC, od lat staramy się skupiać na problemach wynikających z nieumiejętnego stosowania przez różnych zamawiających/inwestorów Ogólnych Warunków Kontraktowych FIDIC (dalej OWK FIDIC), które są powszechnie stosowane jako wzory umów o roboty budowlane. Niemniej jestem zdania, że głównym problemem wpływającym na dzisiejsze problemy branży budowlanej jest złe przygotowanie inwestycji przez zamawiających publicznych, w tym również ich nieuprawnione co do zasady i wykraczający poza akceptowalny przez nasze środowisko zakres modyfikowania OWK FIDIC. Takie modyfikowanie nazywać wręcz należy majstrowaniem.

Każdy zamawiający (i my też, tak gwoźli prawdy), który pragnie wykorzystywać w trakcie realizacji swojej inwestycji OWK FIDIC musi pamiętać o kilku podstawowych zasadach i założeniach Federacji FIDIC co do sposobów realizacji takiej inwestycji oraz o ich swoistej „filozofii”.

Podstawowym założeniem jest to, że kontrakty powinny być realizowane przez ściśle współpracujące ze sobą Strony przy udziale niezależnego (na ile to oczywiście możliwe) Inżyniera, przy zachowaniu równomiernego nałożenia na nie praw i obowiązków oraz – co najważniejsze – przy równomiernym obciążeniu stron ryzykami. Dane ryzyko musi być przypisane stronie, której łatwiej nim „zarządzać”, i które powinno dać się oszacować i skalkulować jego wpływ na koszt i czas realizacji robót. **Ponadto, w zamyśle autorów Warunków Kontraktowych FIDIC, niezwykle istotna jest szybka i sprawna – w trakcie trwania kontraktu – procedura rozstrzygania sporów**, czemu służy powoływanie „kontraktowej” Komisji Rozjemstwa w Sporach i ewentualne późniejsze kierowanie spraw do sądów polubownych. **Generalną zaś zasadą jest bezwzględny obowiązek przestrzegania zdefiniowanego w Kontrakcie prawa – zarówno przez zamawiającego jak i wykonawcę oraz wszystkie inne osoby zaangażowane w realizację kontraktu.**

Wszelkie zmiany do OWK FIDIC – jeżeli już są wprowadzane – muszą brać pod uwagę to, by nie naruszały logiki i „ducha” OWK FIDIC; w tym, by nie powodowały niepotrzebnego dublowania poszczególnych czynności przypisanych różnym osobom na kontrakcie oraz rozmywania odpowiedzialności. A także, by nie powielaly informacji zawartych w innych dokumentach wchodzących w skład Kontraktu lub w sposób oczywisty z innych dokumentów wynikających.

W mojej opinii, to błędy popełnione na etapie przygotowania przetargów, w tym na etapie tworzenia wzoru umowy o zamówienie publiczne, stwarzają największe zagrożenie dla poprawnej realizacji tych kontraktów. A błędy w poprawnym definiowaniu praw i obowiązków stron oraz w przeliczaniu całej odpowiedzialności za realizację kontraktu na wykonawcę, wynikające z wprowadzanych przez zamawiających zmian do OWK FIDIC, co – jak możemy się od

jakiegoś czasu codziennie przekonywać – skutecznie uniemożliwia osiągnięcie celu, jakim być powinno wykonanie umowy, a nie jej zerwanie.

Tylko wykonanie umowy pozwala na osiągnięcie planowanych korzyści i prawidłowe wydatkowanie środków publicznych, czego nie daje konieczność ponownego ogłaszania postępowań przetargowych na dokończenie zamówienia rozpoczętego przez innego wykonawcę.

Trudno zaakceptować sytuację, by Warunki Szczególne wprowadzały zmiany do większości Klauzul OWK FIDIC i by zawierały więcej stron od OWK FIDIC – co ma miejsce w przypadku większości obserwowanych przeze mnie postępowań przetargowych, w których zamawiający stosują OWK FIDIC. Nie jest też dla nikogo tajemnicą, że **kolejne wprowadzane przez poszczególnych zamawiających modyfikacje do OWK FIDIC mają na celu przerzucenie wszelkich możliwych i niemożliwych do przewidzenia ryzyk na wykonawców robót budowlanych, przenoszenie na wykonawców obowiązków przypisanych inwestorowi/zamawiającemu, ograniczanie roli Inżyniera oraz poszerzanie katalogu kar umownych i ustalanie ich na zbyt wygórowanej wysokości, co w sposób jaskrawy deformuje podstawowe standardy równoprawnych stosunków Stron oraz powoduje, że takie Szczególne Warunki Kontraktowe FIDIC z założeniami pierwotnego brzmienia i ducha OWK FIDIC nie mają wiele wspólnego.**

Mieszanie klasycznych „fidikowych” systemów kontraktowania: np. „żółta książka” dla robót budowlanych, dla których zamawiający posiadają Dokumentację Projektową, a nierzadko pozwolenia na budowę oraz „czerwona książka” dla robót budowlanych dla których nie posiadają pełnej Dokumentacji Projektowej i pozwoleń na budowę oraz dostępu do Terenu budowy, skutkuje problemami, które dzisiaj są poważnymi powodami do zrywania umów i porzucaniu robót przez wykonawców, ze skutkami trudnym dzisiaj do opisanego i oszacowania (w zakresie koniecznych do poniesienia kosztów na dokończenie robót, czasu na ukończenie i ewentualnych odszkodowań oraz wysokich kosztów społecznych związanych z zachwianiem stabilnego rozwoju branży budowlanej – przy iluzorycznych korzyściach ze ściąganych gwarancji). **A wymyślony przez GDDKiA model „dostosuj i zbuduj” jest aberracją, tak wielką jak tama zbudowana na Jangcy przez chińczyków.**

Zwracam uwagę, iż w innych krajach członkowskich UE, zamówienia publiczne w dziedzinie infrastruktury doprowadziły do stabilnego wzrostu branży dającej znaczne zatrudnienie i umożliwiły ekspansję firm krajowych na konkurencyjne rynki, także poza UE. Kluczem do sukcesu okazało się poza poprawnym przygotowaniem umów równoważących ryzyka, także aktywne uczestnictwo inwestora w realizacji zamówień publicznych, np. poprzez dokonywanie zakupu materiałów, co zaoszczędziło ekspozycji wykonawców na koniunkturalne wahania cen.

Przypomnę, że **OWK FIDIC stosowane są w większości krajów świata, przez co z biegiem lat i zbierania doświadczeń musiały ewoluować, aby stać się**

uniwersalne i dopasowane do przeróżnych systemów geopolitycznych, poziomów rozwoju techniczno-technologicznego, sposobów kontraktowania i finansowania, dlatego zawarto w nich na samym początku jedną z najważniejszych Klauzul – 1.4 [Prawo i język]. Brak zrozumienia znaczenia tej Klauzuli skutkuje wprowadzaniem niepotrzebnych zmian do OWK FIDIC.

To między innymi na znaczeniu tej Klauzuli opiera się stanowcze stanowisko Międzynarodowego Banku Odbudowy i Rozwoju (inaczej: Bank Światowy), co do zakazu wprowadzania jakichkolwiek zmian do OWK FIDIC dla kontraktów współfinansowanych przez ten Bank. Wszelkie niezbędne i wymagane w poszczególnych Klauzulach OWK FIDIC dane muszą się znaleźć w Załączniku do Oferty – który stanowi Warunki Szczególne! Dla przykładu mogę wskazać, że aktualnie realizowany duży projekt – „Wrocławski Węzeł Wodny” jest oparty o zharmonizowane OWK FIDIC i jest zamówieniem publicznym (z zastrzeżeniem, że do jego realizacji nie mają zastosowania przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych), w którym RZGW zobowiązany jest do przestrzegania rygorystycznych zasad wydatkowania środków publicznych, z czego wywiązuje się bez dokonywania praktycznie jakichkolwiek zmian do OWK!

Istotnym i nieodłącznym elementem podczas realizacji robót budowlanych są spory – nie są one niczym dziwnym i niespotykanym. Żadna ze stron kontraktu nie powinna się obrażać na drugą, gdy ta uzna jakąkolwiek sprawę za sporną i skieruje ją na drogę kontraktowego rozstrzygnięcia. Dlatego w swoich założeniach FIDIC uznaje, że konieczne jest rozstrzygnięcie wszelkich sporów w trakcie trwania kontraktu. Temu służy dokładnie opisana procedura rozstrzygnięcia sporów, w tym sposób powoływania „kontraktowej” Komisji Rozjemstwa w Sporach i ewentualne późniejsze kierowanie spraw do sądów polubownych.

Z dzisiejszej perspektywy trudno nie zauważyć, że niewydajne sądy powszechne nie są w stanie zagwarantować takiej „szybkiej” ścieżki rozstrzygnięcia sporów, przez co głównie firmy wykonawcze narażone są na ryzyko braku konstytucyjnej ochrony interesów. Dlatego stoję na stanowczym stanowisku, że należy, co do zasady, kierować spory pod rozstrzygnięcia sądów arbitrażowych.

Wróć jeszcze raz do majstrowania przy standardowych WK FIDIC. Czym to się kończy dla branży budowlanej już wiemy. Ale czym skończy się dla finansów publicznych?

Wydatkowanie środków publicznych obwarowane jest szczególnymi rygorami, w tym nałożonymi między innymi w ustawach: Prawo zamówień publicznych; o finansach publicznych; o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Rozumieć przez to należy, że zamawiający wydatkujący środki publiczne muszą się kierować w swoich działaniach przede wszystkim zagwarantowaniem realizacji interesu publicznego. A co za tym idzie – w zakresie prowadzonych inwestycji skupić się powinni na kwestiach jakości, trwałości, ekonomiki, a także – co najważniejsze – na osiągnięciu założonego celu, czyli ukończeniu zakontraktowanych robót i usług.

Taki też cel przyświecał pomysłodawcom WK FIDIC, dzięki czemu najlepiej nadają się one do tego, by zagwarantować skuteczną realizację inwestycji celu publicznego. **Postrzeganie interesu publicznego przez środowisko inżynierów konsultantów jest jednak odmienne od postrzegania większości zamawiających.** My patrzymy na interes publiczny znacznie szerzej – nie tylko jako zabezpieczenie gwarancji należytego wykonania na poszczególnych kontraktach i ściąganie kar umownych, ale jako ciąg zdarzeń mających na celu doprowadzenie do efektywnego zaplanowania, przygotowania i zrealizowania danego Projektu. **Interes publiczny to także zrównoważony i stabilny rozwój firm realizujących te inwestycje, miejsca pracy, podatki i inne dodatkowe wpływy do budżetu, a także podnoszenie konkurencyjności kraju.** Wreszcie – taki system udzielania zamówień publicznych, który gwarantuje sukces nie tylko w postaci wyboru konkretnego wykonawcy robót budowlanych czy usług, ale przede wszystkim wykonanie i rozliczenie umowy.

Ustawodawstwo Unijne oraz komplementarne polskie regulacje nie stanowią barier dla zamówień publicznych, ale problemem pozostaje rozumienie roli zamawiającego i korzystanie z szans jakie dają te regulacje w zakresie wyboru najkorzystniejszego trybu wyboru oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji wykonawcy. Mimo, iż nie uważam by najniższa cena była jedyną przyczyną dzisiejszych problemów, to jednak zwracam uwagę, że ustawodawca wskazuje na wiele możliwości, by wybór oferty dokonywany był na podstawie innych kryteriów niż tylko cena.

Ciekawie wygląda sprawa w przypadku kontraktowania usług intelektualnych na projektowanie. Zamawiający oczekują, że otrzymają od usługodawcy produkt, który będzie podstawą do sprawnej realizacji zamówienia na roboty budowlane. Ale jeżeli usługodawca wybierany jest na podstawie jedyne kryterium wyboru oferty, jakim jest najniższa cena, to jego usługa siłą rzeczy też jest najniższej jakości. **Stąd się biorą późniejsze problemy z wadami i brakami w dokumentacji projektowej, co w sposób**

bezpośredni przekłada się na spory powstające pomiędzy stronami realizującymi kontrakt. Oczywiście w przypadku standardowych WK FIDIC sytuacja taka nie jest niczym nieznanym. Ba, wręcz przeciwnie – istnieją jasno i precyzyjnie opisane procedury wskazujące, która strona powinna przyjąć na siebie ryzyko z tym związane oraz kto i co powinien zrobić, by ukończyć taką „zainfekowaną” inwestycję.

Ale takie twierdzenie jest tak długo prawdziwe jak długo zamawiający nie złączą majstrówac przy standardowych WK FIDIC, co w większości znanych nam przypadków ma niestety miejsce.

W konsekwencji stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC w zmienionej – przez nasze środowisko nieakceptowalnej formie – dochodzi wręcz do łamania zasad współzycia społecznego i braku zapewnienia zabezpieczenia interesów wykonawcy. Wykreślanie w całości lub w części tzw. punktów „b” w klauzulach, uniemożliwia uzyskanie przez wykonawców należnego im rozsądnego wynagrodzenia przy wprowadzanych zmianach do zamówienia publicznego i podważa zasady prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorców. Nie wyrównuje tego iluzoryczne wprowadzenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia. **Muszę w tym miejscu wspomnieć także o zbytnej represyjności kar umownych, nieznajdujących uzasadnienia w żadnych przepisach prawa ani w filozofii FIDIC, które to kary wpływają na wykonawców demotywująco.**

Wszystko to razem z ograniczeniem roli Inżyniera i sprowadzeniem go do funkcji „powolnego listonosza” oraz z brakiem możliwości rozstrzygania sporów w trakcie realizacji kontraktu, prowadzi do całkowitego braku zaufania stron kontraktu do siebie nawzajem – od etapu przygotowania oferty, aż do upływu okresu zgłaszania wad. I do braku współdziałania, bez którego żadnego kontaktu ukończyć się nie da – co z kolei powoduje wzrost kosztów i wydłużenie czasu realizacji inwestycji, a więc nieefektywne wydatkowanie środków publicznych.

Wykonawca w robotach budowlanych – pozycja równorzędna z Zamawiającym



mgr inż. Romuald

MICHEL

Niezależny Inżynier Konsultant SIDiR
Konsultacja prawna:
Adwokat Piotr Tomaka-Waślawski

Wstęp

Zauważyłem w czasie mojej praktyki zawodowej, że przy realizacji robót budowlanych pojawiają się próby zbudowania uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego względem Wykonawcy. Artykuł ma zasygnalizować problem, którego skutki są poważne dla Wykonawcy. A jeśli Wykonawca ma problem z kontraktem to jest oczywiste, że druga strona umowy także.

Chciałbym podzielić się z państwem swoimi doświadczeniami związanymi z realizacją robót budowlanych. Mam nadzieję, że uzmysłowi to Wykonawcom, że ich pozycja w relacjach z Zamawiającym wcale nie jest z góry „przeigrana”. Warto tu przywołać art.473 §1 k.c. o odpowiedzialności dłużnika(tu Wykonawcy). Błędne jego interpretowanie stanowi oręż Zamawiającego w tuszowaniu swoich zaniechań prawnych. Zamawiający z tego przepisu wyciągają wniosek, że Wykonawcy mogą dobrowolnie przejąć obowiązki ustawowe, spoczywające na drugiej stronie a więc i odpowiedzialność. A przecież Wykonawca w myśl cytowanego art.473 §1 k.c. może rozszerzyć swoją odpowiedzialność tylko za nienależyte wykonanie własnego zobowiązania. Warto też podkreślić że zgodnie z art.640 k.c. strony muszą ze sobą współdziałać przy realizacji umowy, a zatem ich pozycja prawna jest równorzędna w każdym czasie jej realizacji.

Uczestnicząc w procesie inwestycyjnym raz po stronie Zamawiającego, innym razem Wykonawcy zauważyłem, że ukształtowała się w ostatnich latach niebezpieczna praktyka Zamawiającego – „widziały gały co brały”,

niestety akceptowana przez większość Wykonawców. Przepraszam za określenie, ale takie sformułowania padały nawet na naradach kontraktowych, co podkreśla tezę o wierze nieomyślności praktyki stosowanej przez wielu Zamawiających. Jednak taka postawa nie ma nic wspólnego z obowiązującym w Polsce stanem prawnym. Pomimo wielu opracowań, artykułów, sympozjów (w tym moich koleżanek i kolegów z SiDIR) nadal Wykonawcy stawiają siebie z góry na przegranych pozycjach. Taka spolegliwa postawa może wynikać z przeświadczenia, że płacący ma zawsze rację i nie warto z inwestorem „zadzierać”. Ponadto w postępowaniu przetargowym przysługują Wykonawcy środki ochrony prawnej, ale odwołania ograniczone są wielkością kwoty zamówienia (art.180 u.z.p.).

Dowodem na realność powyższej sytuacji była niedawna dyskusja w jednej ze stacji telewizyjnej na temat skutków realizacji projektów drogowych. Wiemy przecież, że zamiast oczekiwanych zysków i rozwoju, wykonawcy robót do dzisiaj czekają na zapłatę (wielu nie do czekało bo zbankrutowało). Przyczyna – niesymetryczna pozycja stron w procesie inwestycyjnym oraz niewypełnienie podstawowych obowiązków prawnych Zamawiającego i co gorzej, próba przerzucania ich na Wykonawcę.

Pomimo prezentacji merytorycznych faktów przez prezesa SIDiR kol. Tomasza Latawca, stanowisko GDDKiA „widziały gały co brały” okazuje się nadal obowiązujące. Jeśli na szczeblu krajowym prezentowana jest taka wykładnia przepisów i to przez instytucję państwową (z natury zaufania publicznego i wzór przestrzegania przepisów), to oczywiście, że ma to fatalne przełożenie na procesy inwestycyjne na każdym szczeblu w kraju oraz postawę Wykonawców, rezygnujących już na etapie przetargowym z należnych mu praw. Skutek – zamiast zysków Wykonawca ponosi straty, mamy do czynienia z chaosem, procesami sądowymi, bankructwami i przerwaniem inwestycjami. To z kolei przekłada się na stan naszej gospodarki oraz na kieszeń każdego obywatela. Obywatela, którego podatki są marnotrawione. Podkreślam, to **my wszyscy będziemy płacić za nieprzestrzeżenie prawa w procesach inwestycyjnych lub dowolne jego interpretowanie.**

Przykłady nieprawidłowego przenoszenia odpowiedzialności Zamawiającego na Wykonawcę

Pozycja stron równolegle opisana jest w aktach prawnych niezależnie od zastosowanych procedur kontaktowych FIDIC:

- Ustawa Prawo zamówień publicznych z dn.29.01.2004r. (Dz.U. z 2013r. poz. 907, 984, 1047 stan prawny na dzień 24.09.2013r) [u.z.p.]
- Kodeks cywilny z dn.23.04.1964r. (Dz.U. nr 16 poz. 93 z późn. zmianami) [k.c.]
- Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dn.02.09.2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. Nr 202 poz.2072 z późn. zm.) [r.m.i.]

Czerwony FIDIC

Należy przywołać art.14 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej „p.z.p.”) mówiący, że „do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23.04.1964r. – Kodeks cywilny...” Ponadto w art.15 p.z.p. wskazany jest Zamawiający, jako odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania przetargowego. Dodatkowo w art.18 p.z.p. wskazany jest „kierownik zamawiającego” jako osoba fizyczna bezpośrednio odpowiadająca za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania przetargowego. To wskazanie ma kapitalne znaczenie przy ustaleniu odpowiedzialności Zamawiającego.

Najczęstsze spory w procesie inwestycyjnym wynikają z niejednoznacznego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (art.29 p.z.p.). W przypadku robót budowlanych opis przedmiotu zamówienia odbywa się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (art.31 p.z.p.). Formę tych dokumentów opisuje rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dn.02.09.2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. Nr 202 poz.2072 z późn. zm.) – (dalej „r.m.i.”). W przypadku realizacji robót w tzw. „czerwonym FIDIC” Zamawiający narzuca Wykonawcy krótki termin na zapoznanie się z dokumentacją budowlaną i wniesienie ewentualnych uwag. Po tym terminie za wynikłe błędy projektowe lub braki w dokumentacji ma odpowiadać Wykonawca z konsekwencjami finansowymi. Drodzy Wykonawcy – takie rozumowanie jest błędne. To Zamawiający odpowiada za dokumentację projektową ponieważ to on był zlecającym, a projektant nie jest stroną umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Wynika to z art.31 u.z.p. oraz z art.473 k.c. które to przepisy przywołane są w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 02.03.2010r. (KIO/UZP 184/10). Warto zacytować sentencję powyższego wyroku: „wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzania dostarczonego

projektu w celu wykrycia jego wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania: musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycje zgodnie z tym projektem oraz zasadami wiedzy budowlanej.” Drugi cytat: „Wykonawca na etapie realizacji umowy nie ponosi odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej i sposób opisu przedmiotu zamówienia ujęty w tej dokumentacji. Za wadliwie wykonane roboty według otrzymanego projektu, wykonawca odpowiada, gdy wady te przy zachowaniu należytej staranności mierzonej zawodowym charakterem działalności, mógł wykryć i zgłosić zamawiającemu”.

Należy podkreślić, że nawet w przypadkach umieszczenia zapisów w umowie przez Zamawiającego dotyczących terminów sprawdzania dokumentacji projektowej przez Wykonawcę i odpowiedzialności Wykonawcy po tym terminie, zapisy te jako niezgodne z prawem nie mogą wywoływać negatywnych skutków prawnych dla Wykonawcy (art.58 k.c.). Należy jednak zwrócić uwagę, że Wykonawca powinien w myśl art. 651k.c. o zauważonych błędach w dokumentacji projektowej powiadomić niezwłocznie Zamawiającego. Pamiętając też o art. 355 § 2 k.c. oraz uwzględnieniu zawodowego charakteru swojej działalności Wykonawca, jak wyżej pisałem, nie ma obowiązku weryfikacji dokumentacji projektowej a więc nie ponosi odpowiedzialności za błędy projektowe i ich braki. Przywołując do rozważań art.58 k.c. nie sposób pominąć art. 353 k.c. o swobodzie kształtowania umów – Wykonawca podpisując umowę zobowiązany jest do realizacji jej zapisów chyba, że został wprowadzony w błąd przez Zamawiającego.

Żółty FIDIC

Wymagania dla opisu przedmiotu zamówienia dla „zaprojektuj i wybuduj” zaprezentowane są w art.31.2 u.z.p. To właśnie program funkcjonalno-użytkowy, wykonany i załączony do dokumentacji przetargowej przez Zamawiającego charakteryzuje zadanie budowlane, stawia wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne, a więc opisuje przedmiot zamówienia.

Tak jak dla procedur czerwonego FIDIC, gdzie przedmiot zamówienia opisany jest dokumentacją projektową i jej wykonanie jest obowiązkiem prawnym Zamawiającego, tak w przypadku procedur żółtego FIDIC to program funkcjonalno-użytkowy opisuje przedmiot zamówienia i analogicznie to Zamawiający jest prawnie zobowiązany do jego wykonania i ponoszenia odpowiedzialności za jego błędy. Wszystkie podstawy prawne przywołane w miejscu dotyczącym czerwonego FIDIC mają tu zastosowanie przez analogię.

Prześledźmy jakie podstawowe dokumenty i opracowania powinien dostarczyć Zamawiający w skład programu funkcjonalno-użytkowego, bowiem tu też dochodzi do próby przerzucania na Wykonawcę kosztownych opracowań, a także późniejszej odpowiedzialności. Należy zaznaczyć w §15-19 r.m.i. szczegółowo i enumeratywnie opisano zawartość programu funkcjonalno-użytkowego.



Najczęściej Zamawiający nie załącza dokumentów i wymagających procedur:

- ważnych decyzji lokalizacyjnych lub decyzji o warunkach zabudowy (§ 19.1 r.m.i.),
- oświadczenia Zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane,
- wyników badań gruntowo-wodnych,
- inwentaryzacji istniejących budynków,
- kopii mapy zasadniczej.

Spotkałem się w praktyce ze stanowiskiem Zamawiającego, że w procedurze „zaprojektuj i wybuduj” Wykonawca powinien sam uzyskać i opracować brakujące dokumenty jeśli są niezbędne do opracowania projektu.

Przy braku powyższych dokumentów Wykonawca nie może prawidłowo oszacować kosztów swojej oferty. Trudno jest też mówić o porównywalności złożonych ofert. Należy pamiętać, że brak dwóch pierwszych dokumentów stanowi przeszkodę w rozpoczęciu procesów projektowych. Przygotowanie wniosków i uzyskanie decyzji lokalizacyjnej (poprzedzoną procedurą i uzyskaniem decyzji środowiskowej) trwa minimalnie ok. 6 miesięcy. Jest oczywiste, że Zamawiający nie posiadający wszystkich dokumentów stanowiących program funkcjonalno-użytkowy nie powinien ogłaszać postępowania przetargowego (§ 15-19 r.m.i.). W przeciwnym razie musi mieć świadomość o poważnych konsekwencjach prawnych, łącznie z naprawieniem szkód oferentom i wykonawcom.

Wnioski i zalecenia dla Wykonawców:

1. Pozycja Wykonawcy jako strony umownej jest równorzędna z Zamawiającym w polskim prawie (po-
2. mimo jego niedoskonałości) i to od rozpoczęcia postępowania przetargowego do zakończenia prac budowlanych.
3. Problemy Wykonawców z realizacją umów na roboty budowlane wynikają z niereagowania na błędy w dokumentacji przetargowej i przyzwoleniu na przerzucanie odpowiedzialności i zobowiązań prawnych Zamawiającego na Wykonawcę, już na etapie ogłaszania przetargu.
4. Opóźniona procedura dochodzenia roszczeń przez Wykonawcę na drodze prawnej nie zatrzymuje w stosunku do niego konsekwencji umownych (kary umowne, rozwiązanie umowy z winy Wykonawcy, uruchomienie należytego wykonania umowy). Uzyskanie satysfakcji prawomocnym wyrokiem sądowym jest o wiele późniejsze od możliwego bankructwa.
5. Wykorzystanie istniejących przepisów prawa zabezpieczających Wykonawcę oraz reagowanie na błędy w dokumentach i procedurach Zamawiającego.
6. Zatrudnienie potencjału merytorycznego i prawnego w celu prawidłowej realizacji zamówienia.
7. Nie podpisywanie umowy i wycofanie się z przetargów na każdym etapie w przypadku braku reakcji Zamawiającego na rażące błędy.

Mam nadzieję, że powyższy artykuł zachęci Wykonawców do korzystania z należnych im praw przewidzianych przepisami w imię powodzenia realizacji kontraktów budowlanych. Na pewno podniesie to staranność Zamawiającego w przygotowaniu procedur i realizacji inwestycji. Przyczyni się też do odbudowania zaufania pomiędzy Wykonawcą i Zamawiającym jako partnerów realizujących kontrakt. A w biznesie bez tego czynnika droga do sukcesu jest o wiele dłuższa.

Zagrożenia i problemy związane z realizacją kontraktów budowlanych współfinansowanych ze środków UE implementowanych przez podmioty reprezentujące Skarb Państwa

Norbert

SŁOWIK

Doradca – konsultant

Wprowadzenie

Większość Zamawiających realizujących duże projekty infrastrukturalne, współfinansowane ze środków UE w ramach Prawa Zamówień Publicznych, stosuje wzór umowy oparty o tzw. Umowę FIDIC. Umowa ta stanowi tzw. warunki ogólne kontraktu, które to modyfikowane są poprzez warunki szczególne kontraktu, czyli zbiór zmian w tzw. klauzulach wprowadzonych na potrzeby Zamawiającego do międzynarodowych standardów umów dla robót budowlanych (FIDIC). Niestety zmiany te wprowadzane namiętnie przez Zamawiającego – m.in. podmioty reprezentujące Skarb Państwa – wypaczają w sposób szczególnie międzynarodowe standardy umów dla robót budowlanych, tworząc z jednorodnego sprawdzonego międzynarodowego systemu umów, zlepieniec odbiegający z jednej strony od przepisów prawa zamówień publicznych, z drugiej od kodeksu cywilnego, czy od warunków FIDIC. **Ingerencja instytucji państwowych w Warunki Kontraktu FIDIC przybrała niewyobrażalny wymiar wypaczając całkowicie ideę standardów międzynarodowych dla robót budowlanych, tworząc niezrozumiałą dla gospodarki abrewiację, która to w krótkim czasie przekształciła się w broń użytą do spowodowania katastrofy w całej branży budowlanej w naszym kraju.** Fala upadłości dużych firm budowlanych, ogrom zerwanych kontraktów i brak rozliczenia większości kontraktów przez podmioty publiczne pociągnęła za sobą kryzys w OFE, funduszach inwestycyjnych, bankach i innych instytucjach finansowych, a także spowodowała międzynarodowe interwencje rządów poszczególnych państw, oraz kontrolę i krytykę ze strony instytucji europejskich. Osobnym zagadnieniem jest utracenie przez Rząd RP kilkudziesięciu tysięcy miejsc pracy, spadek wzrostu PKB i obciążenie kasy państwowej rzeszą bezrobotnych pracowników i upadłych przedsiębiorców.

Przytoczone powyżej fakty świadczą o jednym – sposób komunikowania się i współpracy jednostek państwowych z podmiotami gospodarczymi w oparciu o „zniekształcone” warunki kontraktowe jest nieefektywny i prowadzi do widocznych zaburzeń w gospodarce jak i znaczącego wzrostu liczby pozwów skierowanych przeciwko podmiotom publicznym.

Implementacja środków UE w gospodarce, ma prowadzić bezpośrednio do rozwoju, a nie do zapaści budownictwa, powodującej tym samym nieefektywność użycia środków UE w gospodarce kraju.

1. Asymetryczność stron umowy podpisujących kontrakt

Szczególne Warunki Kontraktu zmodyfikowały w sposób istotny podstawową zasadę współzycia gospodarczego tj. urzeczywistnienie zasady współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania umownego, która w równym stopniu obciąża Wykonawcę oraz Zamawiającego. Każda ze Stron umowy powinna mieć bowiem na względzie nie tylko swój interes, ale i uwzględnić interes drugiej strony umowy, współdziałać przy rozwiązywaniu problemów wyłaniających się na tle łączącego ich stosunku zobowiązaniowego, nie czynić nic takiego, co by utrudniało lub komplikowało wykonania zobowiązania obciążającego kontrahenta.

Proces budowlany polegający na budowie odcinka autostrady, stadionu piłkarskiego trwa od kilkunastu do kilkudziesięciu miesięcy. W ramach gospodarki w tym samym czasie widoczne są zmiany koniunktury, czyli zmiany jakie zachodzą w obszarze popytu i podaży na poszczególne dobra lub usługi. Zwiększenie zapotrzebowania na poszczególne dobra lub usługi poprzez np. ogłoszenie przetargów publicznych w tym samym czasie na budowę kilkudziesięciu odcinków autostrad, kilku stadionów piłkarskich, dróg ekspresowych etc., spowodowało naturalne zwiększenie ceny przez monopolistów oferujących podstawowe dobra dla tych budów (np. asfalt) lub producentów betonu, stali czy kruszyw. Jednocześnie wykluczenie z warunków kontraktowych klauzuli dot. waloryzacji wartości (ceny) uniemożliwiło dostosowanie ceny rynkowej do ceny ofertowej. Brak wprowadzenia klauzuli dot. waloryzacji spowodował zdaniem autora większość przyczyn związanych z zerwaniem kontraktów. **Konkluzja płynąca z doświadczenia rynku polskiego implikuje konieczność wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej w kontraktach trwających dłużej niż 6 miesięcy.**

W okresie realizacji kontraktu relacje Zamawiający – Wykonawca sprowadzają się nie tylko do wypracowania wspólnego stanowiska dot. budowy określonego zakresu robót, ale także do stanowiska całkowicie odmiennego, zidentyfikowanego na podstawie błędu projektowego, innych panujących warunków geologicznych od założonych w dokumentacji przetargowej lub po prostu innego zakresu robót rozumianego z jednej strony przez Zamawiającego z drugiej przez Wykonawcę. Zaistnienie sporu pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym w kilkunastomiesięcznym procesie budowlanym powoduje konieczność jego rozwiązania we właściwym czasie tj. w czasie budowy i to najlepiej w sposób taki aby on nie implikował niewykonania innych robót przewidzianych w kontrakcie.

Warunki Kontraktu FIDIC wprowadzają instytucję Komisji Rozjemstwa w Sporach jako bezstronnego ciała wydającego orzeczenie w danym sporze, które to w sposób niezwłoczny powinno zostać wprowadzone w życie, aby tym samym nie



blokować procesu inwestycyjnego. Brak zrozumienia tej reguły przez podmioty publiczne i zmiana w warunkach kontraktowych, w których Komisja Rozjemstwa w Sporach jest zastąpiona Sądem Powszechnym wyklucza możliwość płynnego prowadzenia robót budowlanych przez Wykonawcę i prowadzi w większości przypadków do zastopowania procesu inwestycyjnego (pojawienie się prawników jako reprezentacji stron) i zerwania kontraktu.

Przykłady asymetrii:

1. Zamawiający niezgodnie z kontraktem wykorzystuje swoją pozycję, do wymuszania na Wykonawcy działań nie objętych umową. Na kontraktach A-1 przez pierwsze pół roku realizacji kontraktu, Zamawiający uchylał się od akceptacji harmonogramu, chcąc uzyskać deklarację Wykonawcy do osiągnięcia przejezdności przed EURO.
2. Zamawiający ogranicza działania Inżyniera Kontraktu i zabrania mu wydawania określeń w stosunku do składanych przez Wykonawców roszczeń. Na kontraktach A-1 Zamawiający dopiero w sierpniu 2012 uznał roszczenia czasowe składane przez Wykonawcę na początku 2011, które związane były z okolicznościami mającymi miejsce na przełomie 2010/2011.
3. Zamawiający unikał kontraktowego akceptowania robót dodatkowych i aneksowania umów (podobnie polecenia zmian).

2. Braki w dokumentacji

Zamawiający jest zobowiązany przekazać Wykonawcy kompletny projekt budowlany wraz z pozwoleniem na budowę i Decyzją Środowiskową oraz zapewnić właściwy nadzór autorski w czasie realizacji budowy.

Przyczyny opóźnień:

1. Wykonawca w realizacji napotyka na szereg problemów, z których najbardziej dotkliwe są: liczne zmiany projektowe, często wymuszane złą jakością pierwotnej dokumentacji; spóźnione decyzje nadzoru autorskiego dotyczące rozwiązań konstrukcyjnych i projektowych, oraz dodatkowe prace zlecane Wykonawcy nieprzewidziane w projekcie.
2. Zamówienia publiczne na kontrakty drogowe wykonywane są w oparciu o niezbyt dobrze przygotowaną dokumentację projektową, co skutkuje potrzebą wykonywania robót dodatkowych i/lub zamiennych. Ze względu na pośpiech w realizacji kontraktu, Wykonawca zmuszony jest realizować polecenia inżyniera dot. robót dodatkowych i zamiennych, które trzeba wykonać ze względu na umożliwienie wykonywania robót podstawowych, bez zawarcia umów. Jest to niezgodne z prawem działanie Zamawiającego w zakresie procedury wprowadzania zmian i zlecenia robót dodatkowych.
3. Zła praktyka zlecenia robót zamiennych i dodatkowych, w świetle obowiązującej w ramach zawartego kontraktu procedury wprowadzania zmian i zlecenia robót dodatkowych.
4. Zła praca Inżyniera Kontraktu który opóźnia realizację robót i nie podejmuje na czas wymaganych decyzji.

Skutki – przedkładanie roszczeń Wykonawcy bezpośrednio wpływających na termin zakończenia robót i dodatkowe koszty realizacji.

3. Niedostępność terenu budowy

Zamawiający jest zobowiązany w kontrakcie zapewnić dostęp terenu budowy dla Wykonawcy.

Przyczyny opóźnień:

1. Nieprzekazanie prawa własności do wszystkich działek na których zaprojektowano budowę.
2. Brak zakończenia badań lub uporządkowania terenu po pracach archeologicznych.
3. Brak możliwości realizacji budowy ze względów środowiskowych (wycinka drzew, okresy lęgowe, endemity lub gatunki chronione, etc.).
4. Brak udzielenia dróg lokalnych zapewniających dojazd do budowy (zmiany w ograniczeniach tonażowych, brak podpisanych porozumień z właścicielami dróg, skargi mieszkańców, etc.).

Skutki – przedkładanie roszczeń Wykonawcy bezpośrednio wpływających na termin zakończenia robót i dodatkowe koszty realizacji.

4. Problematiczna współpraca z jednostkami zewnętrznymi

Przyczyny opóźnień:

Inżynier Kontraktu:

1. Niekontraktowe działania Inżyniera w zakresie wprowadzania robót zamiennych i dodatkowych – skutek roszczenia wykonawcy o dodatkowe wynagrodzenie.
2. Brak rozpatrywania w terminach kontraktowych złożonych roszczeń wykonawcy – skutek przedłużenie czasu na ukończenie i dodatkowe wynagrodzenie.
3. Brak działań Inżyniera dokonywania tzw. określeń zgodnie z subklauzulą 3.5 kontraktu w zakresie zdarzeń kontraktowych głównie 4.12 nieprzewidywalne warunki fizyczne – skutek opóźnienia, zawieszenie robót, dodatkowe koszty.
4. Opieszałość w załatwianiu spraw z projektantem i Zamawiającym - skutek opóźnienia i dodatkowe koszty.
5. Brak stanowiska Inżyniera w zakresie spraw spornych wynikających z decyzji środowiskowej dokumentacji projektowej, pozwolenia na budowę – skutek przedłużenie czasu na ukończenie, dodatkowe koszty.

Projektant:

1. Brak szybkiego działania w zakresie usuwania błędów projektowych.
2. Problem z akceptacją technologii zamiennych.
3. Problem z akceptacją robót dodatkowych i ich zaprojektowaniem.
4. Słaba dostępność nadzoru autorskiego w czasie budowy.
5. Braki projektowe dotyczące wymogów postawionych w decyzjach środowiskowych, różnice w projekcie i pozwoleniu na budowę, etc.

5. Zarządcy dróg lokalnych (samorządy wojewódzkie, starostwa powiatowe, gminy):

Działania których skutkiem może być wstrzymanie, ewentualnie opóźnienie realizacji budowy ze względu na zmianę dopuszczonego tonażu, blokadę ruchu budowy, etc.,

Skutki: opóźnienia, dodatkowy czas na ukończenie, dodatkowe wynagrodzenie.

6. Brak mobilizacji wykonawcy

Wykonawca dokonuje mobilizacji w zakresie przejęcia placu budowy i wykonywania robót.

Przyczyny opóźnień:

1. Brak udostępnienia wykonawcy całego placu budowy (brak dysponowaniem zgody dla wszystkich działek prze-

widzianych w projekcie) oraz błędy w dokumentacji projektowej i jej niezgodność z wydanym pozwoleniem na budowę lub oceną środowiskową uniemożliwiają przeprowadzenie właściwej mobilizacji. Utrudnienia w mobilizacji związane są także z zamykaniem dróg lokalnych, a tym samym dostępnością placu budowy dla pojazdów dowożących materiały budowlane czy kruszywo.

2. Procedury uzyskiwania zgody na zajęcie pojedynczych działek, zawieranie umów z właścicielami dróg lokalnych czy wprowadzaniem zmian do dokumentacji projektowej opóźniają mobilizację minimum o 6 miesięcy. Wszystkie powody leżą po stronie Zamawiającego.
3. Długotrwała procedura akceptacji podwykonawców oraz materiałów przez Inżyniera powoduje dalsze opóźnienia w mobilizacji Wykonawcy.

Skutki – wydłużenie czasu na ukończenie kontraktu, dodatkowe wynagrodzenie za ten czas.

7. Problemy z płynnością finansową wykonawcy:

Płynność finansowa Wykonawcy została określona przez Zamawiającego na poziomie min. 10% kalkulacji ceny ofertowej dla każdego kontraktu. Z zasady wynosiło to od 80 do 120 mln zł., i potwierdzone było przez instytucje finansowe jako dostępna dla konsorcjum linia kredytowa.

Przyczyny opóźnień:

1. System finansowania robót budowlanych jest niezgodny z polskimi przepisami prawa – zgodnie z art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.), obowiązek podatkowy powstaje z chwilą wydania towaru lub wykonania usługi. Od powyższej ogólnej zasady, ustawodawca określił w sposób odmienny - między innymi dla usług budowlanych - szczególny moment powstania obowiązku podatkowego. W myśl art. 19 ust. 13 pkt 2 lit. d) ww. ustawy, obowiązek podatkowy w przypadku usług budowlanych lub budowlano – montażowych powstaje z chwilą otrzymania całości lub części zapłaty, nie później jednak niż 30-tego dnia, licząc od dnia wykonania tych usług. Oznacza to, że z tytułu wykonania usługi budowlanej dla powstania obowiązku podatkowego znaczenie ma termin zapłaty, ale tylko wówczas, gdy kontrahent dokona płatności za wykonaną na jego rzecz usługę przed upływem 30 dni od dnia jej wykonania, gdyż 30-tego dnia obowiązek podatkowy powstaje niezależnie od tego, czy zapłaty dokonano, czy nie. Oznacza to, że sposób płatności przewidziany w kontrakcie narusza zapisy ustawy o VAT, Wykonawca tym samym ponosi dodatkowe koszty związane z zakończeniem i odebraniem robót w postaci zapłaty za należny podatek VAT oraz podatek dochodowy i inne podatki ZUS etc. przed otrzymaniem zapłaty od Zamawiającego. Przykład – Wykonawca zgłasza roboty ujęte w przejściowym świadectwie płatności (dalej PŚP) do 20-ego każdego miesiąca, Inżynier 28 dni sprawdza PŚP i następnie dla zatwierdzonej części PŚP Wykonawca wystawia fakturę VAT. Np. GDDKiA ma 49 dni na zapłacenie tej faktury. Podsumowując zamiast zapłaty w okresie 30 dni od zakończenia etapu robót, Wykonawca otrzymuje zapłatę po 77 dniach. Konkluzja – GDDKiA zmusza Wykonawcę do naruszenia i sama narusza ustawę z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.). Wykonawca w sposób pozaustawowy finansuje Skarb Państwa.

2. Zakładana przez Wykonawcę w chwili zawierania Kontraktu zdolność kredytowa oraz możliwość pokrywania kosztów Robót (w tym nabycia Materiałów) przez określony okres, do chwili płatności za nie, traci na aktualności w obecnej sytuacji gospodarczej w kraju. Związane jest to między innymi z faktem, iż w wyniku przeprowadzenia wielu postępowań przetargowych przez Zamawiającego w krótkich odstępach czasu na jednokrotny zakres rzeczowy robót, nastąpiło spiętrzenie prac, które spowodowało znaczący popyt na materiały budowlane (w szczególności kruszywo, stal, asfalt) przy ograniczonej podaży, czego skutkiem jest wskazany nadzwyczajny wzrost cen materiałów, za który Wykonawca nie jest odpowiedzialny i którego ryzyka nie mógł przewidzieć. Niespodziewany wzrost cen materiałów, robocizny oraz pracy spowodował utratę możliwości finansowania Kontraktu przez okres do czasu otrzymania należnego wynagrodzenia. Zamrożenie środków pieniężnych w Materiałach oraz w Robotach (na czas niekiedy bardzo długotrwałych badań) uniemożliwia ich wydatkowanie na bieżące potrzeby.

3. Wdrożono zle rozwiązania dotyczące płatności za roboty wykonane. Wielomiesięczne opóźnienia w płatnościach za roboty wykonane uniemożliwiają firmom właściwe rozliczanie się z podwykonawcami i dostawcami. Żadna z firm podwykonawczych, działających na kontrakcie, nie jest w stanie zaaprobować kontraktowego systemu (terminu) rozliczeń, przez co Wykonawcy chcący terminowo regulować swoje należności wobec podmiotów zewnętrznych musi zwiększać swoje obciążenia kredytowe. Koszty finansowe z tytułu opóźnień płatności ponoszone są zarówno po stronie Zamawiającego, jak po stronie Wykonawcy. Jedynym beneficjentem takich rozwiązań są instytucje finansowe, udzielające kredytu obu stronom.

Skutki – roszczenia wykonawcy z tytułu nadzwyczajnego wzrostu cen materiałów budowlanych i ropopochodnych, roszczenia z tytułu dodatkowych kosztów finansowych ponoszonych przez Wykonawcę ze względu na system rozliczeń finansowych, wydłużenie czasu na ukończenie, ogłoszenie upadłości wielu firm zaangażowanych przy budowie dróg. Zarzuty NIK i kontroli skarbowej ze względu na nieprzestrzeganie ustawy o VAT.

8. Brak materiałów

Materiały w zależności od etapu budowy gromadzone są w wyznaczonych w tym celu placach. Przy budowie autostrad w zależności od zaawansowania robót materiały to kilka rodzajów kruszyw, systemy odwodnieniowe, systemy zbrojeniowe WA, WD, WK, pale fundamentowe, masy bitumiczne, prefabrykowane konstrukcje stalowe i żelbetowe, ekrany akustyczne, bariery energochłonne, wygrozdzenia etc.

Przyczyny opóźnień:

Materiały i ich ilość ze względu na następujący po sobie etap robót powinny być kontrolowane przez Inżyniera. Na dzień dzisiejszy Inżynier akceptuje wyłącznie jakość materiałów natomiast nie kontroluje zgromadzonej ilości materiałów. GDDKiA nie płaci za zgromadzone materiały na placach budowy. długotrwały proces akceptacji materiałów przez Inżyniera kontraktu opóźnia proces budowlany.



Skutki – roszczenia wykonawcy z tytułu ponadkontraktowego ponoszenia kosztów finansowych, brak płynności finansowej wykonawcy, brak realizacji planów finansowych przez Zamawiającego.

9. Archeologia

Zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia badań archeologicznych i uporządkowania terenu po badaniach przed rozpoczęciem robót budowlanych.

Przyczyny opóźnień:

Problemy wystąpiły w braku przekazania Wykonawcy placu budowy w trakcie prac wykopaliskowych oraz brakiem uporządkowania w/w terenów.

Skutki – większość wykonawców z tego powodu złożyła roszczenia i powiadomienia skutkujące kilkumiesięcznym przedłużeniem czasu zakończenia robót i dodatkowym wynagrodzeniem.

10. Siła wyższa

W kontraktach została ona zapisana w klauzuli 19 jako katalog otwarty zdarzeń niezależnych od stron, których strony nie mogły przewidzieć w dacie podpisania umowy. Ponadto działania siły wyższej przewidują zapisy subklauzuli 4.12 – Nieprzewidywalne warunki fizyczne np. warunki podpowierzchniowe i hydrologiczne.

Przyczyny opóźnień:

W sile wyższej należy ująć nieprzewidywalność sytuacji rynkowych spowodowanych sytuacją geopolityczną lub gospodarczą tj. znaczny wzrost cen paliw i wyrobów ropopochodnych lub światowy wzrost cen surowców – stal, kruszywo.

Np. nieprzewidywalny wzrost cen materiałów ropopochodnych

I. Asfalt (zł/tona - 35/50 –Lotos Asfalt)

Zakupy asfaltu w 2010-2011

w cenach z 1Q 2010: 176,4 mln zł

w cenach z 4Q 2011: 269,5 mln zł

Nieplanowany wzrost cen o 52%.

II. Olej napędowy w 2010- 2011

w cenach z 1Q 2010: 65,6 mln zł

w cenach z 4Q 2011: 98,0 mln zł

Olej napędowy (m3 ON Euro Diesel)

Nieplanowany Wzrost cen o 50%

Skutki – większość wykonawców z tego powodu złożyła roszczenia finansowe.

11. Niekorzystne warunki atmosferyczne

Zapis powinien być doprecyzowany do warunków klimatycznych i obejmować okresy niedostępności placów budów w terminach roku budowlanego czyli z wyłączeniem okresu zimowego. Surowe przedłużające się zimy i spadki temperatur, długotrwałe opady i nawałnice oraz skutki do jakich niekorzystne warunki klimatyczne doprowadziły – pęknięcia niskotemperaturowe, procesy stokowe – zjeżdżanie skarp, podmycia, rozmycia, nasączenia poszczególnych warstw konstrukcyjnych.

Skutki – Wykonawcy poinformowali o niekorzystnych warunkach klimatycznych co bezpośrednio wpływa na przedłużenie czasu na ukończenie oraz dodatkowe koszty usuwania skutków oddziaływania warunków klimatycznych.

12. Podwykonawcy

Zgodnie z warunkami kontraktowymi, Inżynier w imieniu Zamawiającego akceptuje podwykonawców i posiada kopię umów zawartych pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą.

Przyczyny:

1. Problemy z zapewnieniem ciągłości robót ze względu na nieprzekazywanie na czas rozwiązań projektowych.
2. Zły system finansowania robót uniemożliwia bieżącą zapłatę podwykonawcom.
3. Brak akceptacji materiałów budowlanych spowalnia prace.
4. System dokumentowania robót budowlanych uniemożliwia szybkie i efektywne rozliczenie robót.
5. Wycena aktualna robót przewidzianych w kontrakcie przekracza cenę kontraktową.

Skutki – podwykonawcy nie wytrzymują czasowo finansowania robót, podwykonawcy nie są w stanie przygotować dokumentacji odbiorowej, wycena robót powyżej ceny kontraktowej generuje straty na kontraktach.

PODSUMOWANIE:

Zagrożenia i problemy w kontrakcie są niejednorodne – niektóre z wymienionych punktów są skutkami, spowodowanymi przez przyczyny nie leżące po stronie Wykonawcy czyli:

- brak mobilizacji Wykonawcy;
- brak materiałów;
- problemy z podwykonawcami.

Skutki braku płynności finansowej, wynikają z ustanowienia wadliwego systemu zapłacenia za roboty w pełni zakończone i odebrane, bez możliwości otrzymywania przez Wykonawcę płatności częściowych za np. procent wykonanych robót.

Należy starannie zbadać zagadnienie dotyczące problemów projektowych / technicznych / wynikających z niestaranego przygotowania inwestycji przez Zamawiającego.

Osobnym zagadnieniem stają się podjęte działania przez Zamawiającego w sprawie powyższych problemów i czy zostały przeanalizowane i wdrożone konkretne działania naprawcze – wynikające z błędów leżących po stronie Zamawiającego, czy reakcji na problemy, sygnalizowane przez Wykonawcę lub zawinione przez Wykonawcę. Rozwiązanie wszelkich spomych zagadnień nie polega jedynie na prostych działaniach monitoringowych lub na objęciu budowy czy uczestnictwie w Radach Budowy. Działania naprawcze powinny być realizowane w obszarach: finansowym, technicznym (kwestie projektowe), organizacyjnym (współpraca z Inżynierem i innymi jednostkami).

Analiza wszystkich kontraktów pokazuje wyłącznie winy/rozszerzenia Zamawiającego lub Wykonawcy, a dla wszystkich kontraktów ustanowiono instytucję tzw. Inżyniera Kontraktu, który to powinien bezstronnie angażować się w rozwiązanie problemów i nie powodować istotnych opóźnień realizacyjnych. Na dzień dzisiejszy powszechnie widoczny jest wyłącznie Zamawiający i Wykonawca natomiast brak jest jakiegokolwiek odniesienia do standardów pracy Inżyniera Kontraktu. Wiele problemów wynika ze złej współpracy z Inżynierem, negatywnego nastawienia Inżyniera do Wykonawcy, niekontraktowych działań Inżyniera. Brak jest faktycznej oceny pracy tego podmiotu przez służby Zamawiającego, podczas gdy liczba problemów powstających na linii Inżynier – Wykonawca ma ogromny wpływ na realizację Kontraktu.

W większości spraw, Inżynier nie działa zgodnie z intencją ustawodawców i zapisów FIDIC.

Nie musimy czekać dwóch pokoleń



Marcin

MIKULEWICZ

Członek SIDiR

Członek Zarządu Młodych

Profesjonalistów przy Europejskiej
Federacji zrzeszającej

Konsultingowe Stowarzyszenia
Narodowe w Brukseli (EFCA)

W ostatnim czasie spotkałem się z dwoma podobnymi stanowiskami zakładającymi nieco górnolotnie, że aby w Polsce było „normalnie”, musi przeminąć co najmniej jedno, a najlepiej dwa pokolenia. Innymi słowy tzw. *homo sovieticus*, który zawładnął duchem narodu w trakcie minionej i zakończonej (choć według niektórych nadal trwającej) w 1989 r. epoki, będzie obecny w społeczeństwie jeszcze przez co najmniej kilkadziesiąt lat.

Na marginesie warto wspomnieć o potwierdzającym tę tezę liście z Ministerstwa Gospodarki, podpisanym z up. Ministra Piechocińskiego przez Pana Jerzego Witolda Pietrewicza. Otóż to pismo, z dnia 28 października 2013r., stanowi odpowiedź na przedstawione wspólne stanowisko Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa, Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Budownictwa, Związku Pracodawców Branży Usług Inżynierskiej, oraz Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczników. Wspomniane wspólne stanowisko dotyczyło poparcia „listu sześciu ambasadorów” wysłanego do Premiera Piechocińskiego przez ambasadorów Austrii, Francji, Niemiec, Irlandii, Holandii i Portugalii. List zawiera generalnie tezę, iż system zamówień publicznych w naszym kraju jest dysfunkcyjny, oraz że wymaga zmian systemowych. W swoim liście „poparcia” organizacje przywołały również między innymi możliwość skorzystania z już wypracowanych w innych krajach UE dobrych praktyk przywołując jako przykład powołanie niezależnej platformy wymiany myśli na przykład na wzór brytyjskiego Joint Contracts Tribunal (JCT). W swojej odpowiedzi Minister odniósł się do tej kwestii bezpośrednio w ten sposób:

„Możliwą drogą rozwiązania niektórych problemów jest wzmocnienie dobrych praktyk, zwłaszcza w zakresie formułowania warunków umownych. Rozwiązanie w przedmiotowym zakresie należałoby wypracować z poszanowaniem polskiego porządku prawnego, w którym obowiązuje zasada swobody umów. Przywołany angielski model Joint Contracts Tribunal ma wprawdzie ugrun-

towaną pozycję jednak nie można zapomnieć, że udoskonalat się latami – powstał w 1931r., oraz funkcjonuje na gruncie odmiennego od polskiego systemu prawnego”.

Celem niniejszego artykułu nie jest podjęcie polemiki z cytowaną myślą (choć przy okazji na pewno warto wspomnieć, że podobnego typu platformy kontraktowe wydają się jedyną sprawdzoną formułą, oraz, że funkcjonują również między innymi w Holandii, Szwajcarii i są wdrażane na Węgrzech), jednak zwrócenie uwagi właśnie na mentalny aspekt tego twierdzenia i przywołanie w tym przypadku roku 1931! Jak powinniśmy interpretować tego typu zdanie? Że może i warto, ale to zajmie 80 lat, bo tyle zajęło w Anglii, więc dajmy spokój? Wracając do kontekstu pokoleniowego tego artykułu ile to zajmie pokoleń według Pana Pietrewicza? Trzy czy cztery?

My, gdy mowa o przemijaniu „skażonych” pokoleń, myślimy szczególnie o sferze publicznej, z którą spotykamy się na co dzień. Sfera publiczna zleca i płaci za usługi, a my je wykonujemy i mamy za to „płacone” (lub nikt nam nie płaci, bo przykład źle się zrozumieliśmy z Zamawiającym). Brak zrozumienia wywołuje spory, które niekorzystnie odbijają się zwykle na stronie prywatnej i na jej prywatnym życiu. Nie wnika tu, czy strona prywatna ma rację zawsze, czy tylko czasami, czy wręcz nigdy (bo świadomie porywa się na projekty, które sama wycenia za nisko; bo brak jej kompetencji etc.). Po prostu. Urzędnik idzie o przysłowiowej piętnastej do domu, a prywatny przedsiębiorca nie.

Diagnoza sytuacji nie może być inna – ten system jest dysfunkcyjny, ponieważ nawet jeśli przyjąć, że zawsze jest winna strona prywatna, to jak to się dzieje, że właśnie ta strona – prywatna – zostaje dopuszczona przez państwo do udziału w „krzywdzącym” projekcie. To obowiązujący system dopuszcza dane organizacje do projektów, w których one po prostu nie mają prawa brać udziału.

Wracając do początku. Jeśli panujące „teorie pokoleniowe” uznamy za prawdziwe, wówczas na pewno nasze pokolenie nie może liczyć na „normalność”, a bardzo możliwe, że i pokolenie naszych dzieci może jeszcze „nienormalnością” być zagrożone.

W trakcie ostatniej wizyty w CROW, zostaliśmy jako przedstawiciele SIDiR i ZPBUI zapoznani z systemem zamówień publicznych, jaki obowiązuje w Holandii. Mieliśmy m.in. okazję wysłuchania prezentacji dotyczącej wyboru wykonawców w oparciu o system prekwalfikacji, zarządzanie projektami poprzez użycie systemów zapewniających jakość, czy finansowy aspekt PPP.

W trakcie prezentacji mieliśmy nieodparte wrażenie, że w Polsce potrzebna jest zmiana nie dwóch, a co najmniej czterech pokoleń, żeby i u nas móc wpro-



dzic podobny system. System, który jest spójny i logiczny. Przemyślany, inaczej mówiąc wypracowany od początku do końca. W pewnej chwili uświadomiliśmy sobie, że prezentacje, w których uczestniczyliśmy, wykonywane są przez konsultantów będących na co dzień pracownikami prywatnych firm doradczych, które w oparciu o swoje kontrakty ze stroną publiczną odpowiadają w jej imieniu m.in. za wylanianie wykonawców w organizowanych przez państwo holenderskie zamówieniach publicznych.

Zamówienia publiczne w przypadku Rijkswaterstaat (czyli holenderskiego odpowiednika GDDKiA) są zlecane zewnętrznym firmom inżynieryjno-doradczym! Nie zajmują się tym etatowi pracownicy instytucji publicznych, tylko wynajęci i znający się na rzeczy (zarówno w aspekcie technicznym, jak i proceduralnym) profesjonalści. Czy czytając te słowa, ktokolwiek z Czytelników nadal myśli, że potrzebujemy jednego, dwóch czy dziesięciu pokoleń? Czy nie nasuwa się raczej Państwu wniosek, że jeśli w tym funkcjonującym silniku wymieniliby się (dodało) jeden element, to cały system zamówień publicznych mógłby inaczej wyglądać ot tak, z dnia na dzień? Czy nie skorzystałoby na tym państwo polskie, po pierwsze – organizując właściwie zamówienia publiczne, a po drugie – odchudzając urzędy? Czy naprawdę projekty nie mogłyby być wygrywane przez firmy w oparciu o kompetencje, innowacyjność czy realne możliwości, a nie, jak jest obecnie, z powodu najniższej ceny?

Z całym szacunkiem dla „etatowych” urzędników państwowych. Oni nie mogą się znać na wszystkim, w tym np. na problematyce techniczno-finansowej projektów realizowanych w oparciu o PPP lub DBO (*Design Build & Operate*), gdzie jednym z kryteriów wyboru jest np. innowacyjność projektu, w ramach której Oferent sam musi zaproponować i przedstawić, jaką wartość dodać dla Zamawiającego ma jego oferta. I nie chodzi tutaj o ładniejszy kolor mostu, więcej zieleni i tym podobne detale. To może każdy.

Dobrym przykładem może być przedstawiony nam projekt renowacji/naprawy czy w końcu odbudowy ośmiu mostów w Holandii. Celem pierwotnym projektu było odnowienie (remont) ośmiu niewielkich mostów. Po etapie prekwifikacji, kiedy pozostało już kilka firm mogących ubiegać się o zamówienie, jedna z tych firm na podstawie swojego doświadczenia oraz badań i wizyt przeprowadzonych na przeznaczonych do remontu obiektach doszła do wniosku, że najbardziej opłacalnym rozwiązaniem w kontekście MEAT (oferty najbardziej korzystnej ekonomicznie; ang. *Most Economical Advantageous Tender*) będzie budowa trzech mostów od nowa. Właśnie tego typu wartość dodana stanowiła argument dla Zamawiającego, że de facto będzie miał trzy nowe mosty, których nie będzie musiał remontować przez kolejne kilkanaście lub kilkadziesiąt lat. Koszt początkowy projektu, nawet jeśli był wyższy od ofert konkurencyjnych firm, opłacił się Zamawiającemu zgodnie z filozofią MEAT.

Do takich jednak wniosków doszli prywatni konsultanci, wynajęci przez Rijkswaterstaat, odpowiedzialni za przeprowadzenie tego właśnie postępowania przetargowego w oparciu o transparentne procedury. Oczywiście

konsultanci nie działali ani w próżni, ani w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego – uczestniczyli w procedurze przetargowej już na etapie definicji projektu, a dzięki swojej wiedzy i doświadczeniu byli w stanie pomóc samemu Zamawiającemu w zidentyfikowaniu jego potrzeb.

Przykłady na pewno można mnożyć, niemniej podstawowy wniosek jest jeden – sięgnięcie przez Zamawiających do pokładów wiedzy globalnych inżynieryjnych firm doradczych daje efekty. I, co ważne, wspomniane pokłady wiedzy dotyczą zarówno doświadczenia w sferze proceduralnej realizacji tego typu przetargów, jak również w dziedzinie problemu technicznego, którego dotyka dany projekt.

Co ciekawe, takie podejście w sferze socjalnej wcale nie oznacza braku pracy dla obecnych pracowników etatowych w urzędach publicznych. Otóż aktualnie w Holandii dostrzegany jest trend powrotu/przechodzenia urzędników publicznych do prywatnych firm doradczych, dla których kompetencje urzędników publicznych stanowią jedną z kluczowych umiejętności pozwalającą im na kompleksową i zgodną z wymaganiami obsługę Zamawiających. Doprowadziło to do powstania w tym obszarze rynku niemal doskonałego w zakresie wynagrodzeń, ponieważ, jak łatwo sobie to wyobrazić, takie „ludzkie zasoby” są ograniczone.

Warto przypomnieć i podkreślić, że filozofia MEAT jest rekomendowana przez Komisję Europejską dla projektów skomplikowanych. Otóż **zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej podejście w zakresie wyboru ofert w oparciu o najniższą cenę może mieć miejsce w każdym przypadku, niemniej ma sens jedynie dla prostych – standardowych – zamówień, gdy nie ma potrzeby przeprowadzania dogłębnych analiz**. Przecież zamówienie 100 szt. długopisów to nie to samo, co zlecenie prac budowlanych (które niestety w naszym kraju nie są w żaden sposób ustandaryzowane).

Na koniec należy przypomnieć, iż wspomniana procedura MEAT już funkcjonuje, że jest to procedura w pełni transparentna oraz zgodna z nadrzędnym dla naszego kraju prawem europejskim. Warto też dodać, że Holandia, której przykładem posłużyli się Autorzy, zajmuje pierwsze miejsce na liście krajów najmniej korupcyjnych.

Wybrane przypadki nieskładania przez wykonawcę powiadomienia o roszczeniu



Andrzej

WYBRANOWSKI

Radca prawny specjalizujący się w procesie budowlanym, członek SIDiR

Najbardziej znanym przypadkiem braku możliwości złożenia powiadomienia o roszczeniu przez Wykonawcę¹ jest sytuacja, w której upłynął termin na złożenie powiadomienia. Była już ona wielokrotnie opisywana, również na łamach *Konsultanta*. Z tych względów w niniejszym artykule zostaną przedstawione inne przypadki, w których Wykonawca nie składa takiego powiadomienia, ujęte zarówno w *Warunkach kontraktowych dla urzędzeń oraz projektowania i budowy (żółtej książki)* oraz w *Warunkach kontraktowych dla budowy (czerwonej książki)*.

Przypadek 1 – zmiana prawa

Analiza treści subklauzuli 13.7 Warunków Kontraktowych FIDIC prowadzi do wniosku, iż przewiduje ona trzy przypadki zmiany prawa. Tylko w dwóch przypadkach Wykonawca ma obowiązek złożyć powiadomienie w trybie subklauzuli 20.1 w zw. z subklauzulą 13.7.

Przypadek zmiany prawa, w którym Wykonawca nie składa powiadomienia o roszczeniu, jest opisany w akapicie pierwszym subklauzuli 13.7, który stanowi, że *Cena Kontraktowa będzie korygowana dla uwzględnienia wzrostu lub obniżki Kosztu (...), a wynikającej ze zmiany Prawa w Kraju (...)*.² W dalszej części artykułu taki wzrost lub obniżka kosztu na skutek zmiany prawa będzie zwany **Korektą Kosztu**.

Przypadek, w którym Wykonawca może złożyć powiadomienie o roszczeniu, jest opisany w akapicie drugim subklauzuli 13.7: *Jeżeli w wyniku takich zmian w Prawie lub jego interpretacji (...) nastąpi opóźnienie czy też Wykonawca poniesie lub poniesie dodatkowy Koszt, to Wykonawca winien powiadomić (...) na mocy klauzuli 20.1.*

W konsekwencji, możemy odnotować dwie różnice w skutkach wynikłych na skutek opisanych wyżej przypad-

ków zmian prawa. Po pierwsze, przy zmianie prawa skutkującej Korektą Kosztu, zmiana Ceny Kontraktowej obejmuje również jej obniżkę (obniżkę Kosztu). Po drugie, przy takiej zmianie prawa nie ma możliwości zmiany Czasu na Ukończenie.

Trzeci przypadek zmiany prawa, dotyczy sytuacji mieszanej, w której dochodzi zarówno do Korekty Kosztu jak i powstania prawa do dochodzenia dodatkowego Kosztu lub czasu.

Powyższe rozróżnienie przypadków zmian prawa ze względu na skutki tej zmiany znajduje odpowiednie odzwierciedlenie w treści subklauzul 14.3 (b) oraz (f), dotyczących elementów rozliczenia przedkładanego przez Wykonawcę do Inżyniera. Stosownie do tych zapisów, Wykonawca w swoim rozliczeniu osobno wymienia Korekty Kosztu na skutek zmiany prawa [lit. (b)], a osobno wymienia wszelkie roszczenia (w tym objęte subklauzulą 13.7) zgłoszone w trybie subklauzuli 20.1 [lit. (f)]. Treść tej subklauzuli potwierdza zatem, że Korekta Kosztu nie jest ustalana w trybie subklauzuli 20.1, bowiem nie jest ona wpisywana do pozycji rozliczenia dotyczącej roszczeń składanych na podstawie tej subklauzuli.

Mając zatem na uwadze treść subklauzul 13.7, 14.3 (b) oraz (f), potwierdzających zasadność rozróżniania skutków wynikających ze zmian prawa, nie można zaakceptować dającej zaobserwować się praktyki, zgodnie z którą każda zmiana prawa prowadzi do konieczności składania powiadomienia o roszczeniu. Na marginesie można tylko wskazać, że przyjęcie, iż zawsze niezbędnym jest złożenie powiadomienia o roszczeniu w przypadku zmiany prawa, prowadzi do pytania o sens umieszczenia w subklauzuli 13.7 akapitu o Korekcie Kosztu, bowiem do takiej interpretacji wystarczyłoby się oprzeć na treści pozostałych akapitów.

Konieczne jest określenie w jakich sytuacjach zmiany prawa prowadzą do poszczególnych skutków. Proponuje się, aby w przypadku zmiany prawa prowadzącej do Korekty Kosztu decydującym była okoliczność czy zmiana prawa powoduje zwiększenie udziału siły roboczej, sprzętu, czy powstaje obowiązek wykonania większej ilości prac itd. W konsekwencji, w sytuacji np. zmiany stawki VAT czy zwiększenia bądź zmniejszenia opłaty za wydanie jakiejś decyzji, mamy do czynienia wyłącznie z Korektą Kosztu, bowiem na skutek takiej zmiany Wykonawca nie jest obowiązany do zmiany w jakikolwiek sposób zakresu Robót, sprzętu czy ludzi. Warto dodać, że takie rozumienie Korekty Kosztu jest zbieżne z treścią subklauzuli

¹ Wyrazy pisane dużą literą niezdefiniowane w niniejszym artykule, mają znaczenie nadane im przez warunki kontraktowe FIDIC

² Do cytowania warunków FIDIC zostało wykorzystane tłumaczenie SIDiR, 4 wydanie angielsko-polskie niezmiennione 2008.



14.1 (b) podającej przykłady zmiany prawa prowadzącej wyłącznie³ do Korekty Kosztu, a które to przykłady (zmiana podatków, ceł i opłat), nie prowadzą do zwiększenia sprzętu, ludzi czy pracy, a jedynie do zwiększenia bądź zmniejszenia Kosztu.

Z kolei przypadkami zmiany prawa prowadzącymi do możliwości złożenia powiadomienia o roszczeniu byłyby objęte sytuacje przeciwne, tj. prowadzące do zmiany zakresu Robót, sprzętu czy ludzi. Na przykład, jeżeli zarządca drogi wprowadził ograniczenia w jej korzystaniu, skutkujące koniecznością zmiany trasy dojazdu sprzętu Wykonawcy na plac budowy i zmiany te spowodują wydłużenie trasy dojazdu, a tym samym zwiększenie zużycia paliwa, to Wykonawca będzie uprawniony do złożenia powiadomienia o roszczeniu o dodatkowy Koszt.

W konsekwencji z przypadkiem mieszanym, prowadzącym do Korekty Kosztu i możliwości złożenia powiadomienia o roszczeniu, mielibyśmy do czynienia w sytuacjach, gdy zmiana prawa prowadzi zarówno do zmiany Kosztu jak i zmiany zakresu Robót, ludzi czy sprzętu. Na przykład, w wyniku zmiany przepisów zostało wydłużone uzyskanie jakiejś decyzji (której uzyskanie leży, lub w wyniku zmiany prawa znalazło się, na ścieżce krytycznej), a jednocześnie wzrosły opłaty za uzyskanie tej decyzji. W takiej sytuacji, w odniesieniu do wydłużonego czasu Wykonawca winien złożyć powiadomienie o roszczeniu o dodatkowy czas, a w przypadku wzrostu opłaty powinna zostać dokonana Korekta Kosztu.

Od razu nasuwa się pytanie, jak wygląda procedura ustalania Korekty Kosztu, jeżeli nie obejmuje ona obowiązku składania powiadomienia o roszczeniu. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że Inżynier nie dokonuje określenia Korekty Kosztu w trybie subklauzuli 3.5. Stosownie bowiem do treści tej subklauzuli, określenie dokonywane na jej podstawie jest możliwe tylko wtedy, jeżeli dla danej sprawy warunki kontraktowe FIDIC tak stanowią, a subklauzula 13.7 nie przewiduje obowiązku takiego określenia.

Nie można też doszukiwać się w *czerwonej książce* podstawy do określenia Korekty Kosztu w trybie subklauzuli 3.5: niezasadne byłoby odwoływanie się do treści subklauzuli 14.1 (a) w związku z subklauzulą 12.3, odsyłającą do subklauzuli 3.5. Subklauzule 14.1 (a) oraz 12.3 stanowią, iż Cena Kontraktowa będzie uzgadniania lub ustalana w trybie subklauzuli 3.5, przy uwzględnieniu zasad pomiarów robót dokonanych w trybie subklauzuli 12.1 oraz 12.2. A zatem zapisy te odnoszą się do ustalania Ceny Kontraktowej ze względu na wykonane elementy Robót, natomiast nie dotyczą zmiany tej Ceny w postaci Korekty Kosztu ze względu na zmianę stawek opłat czy podatków. Dlatego właśnie w subklauzuli 14.1 w osobnej literze zostały opisane zasady dotyczące ustalania Ceny Kontraktowej przy uwzględnieniu subklauzuli

12.3, a w osobnej literze opisano zasady Korekty Kosztu w przypadku zmian opłat, ceł i podatków. Warto dodać także, iż *żółta książka*, która w subklauzuli 14.1 zawiera takie same zapisy w zakresie Korekty Kosztu co *czerwona książka*, nie zawiera choćby pośredniego odesłania do subklauzuli 3.5 (co jest oczywiste, bowiem Cena Kontraktowa w tych warunkach FIDIC jest ceną ryczałtową, a nie obmiarową). Byłoby zatem niezrozumiałym różnicowanie *czerwonej* i *żółtej książki* w ten sposób, iż przy *żółtej książce* Korekta Kosztu nie wymaga określenia Inżyniera, a przy *czerwonej książce* wymaga.

Mając zatem na uwadze fakt, iż Inżynier nie dokonuje określenia, należy dojść do wniosku, iż Korekta następuje automatycznie, a jej wysokość od razu jest wpisywana przez Wykonawcę do rozliczenia składanego na podstawie subklauzuli 14.3. Oczywiście Inżynier ma obowiązek sprawdzić poprawność wyliczenia Korekty wpisanej do rozliczenia, nie dokonuje jednak tego w trybie subklauzuli 3.5, ale w trybie subklauzuli 14.6, która nakazuje Inżynierowi rzetelnie określić kwotę należną Wykonawcy.

Przypadek 2 – prawdopodobieństwo wystąpienia zdarzenia

Powiadomienie w trybie subklauzuli 20.1 nie dotyczy momentu, w którym zdarzenie powodujące roszczenie jeszcze nie nastąpiło, choć Wykonawca zdaje sobie sprawę z tego, że może ono nastąpić. W takiej sytuacji, zgodnie z subklauzulą 8.3, Wykonawca składa tzw. wczesne powiadomienie (*early warning notice*)⁴, którego celem jest poinformowanie Inżyniera o ewentualnych zagrożeniach dla realizacji umowy oraz o zdarzeniach mogących skutkować wydłużeniem Robót lub poniesieniem dodatkowego Kosztu:

Wykonawca będzie niezwłocznie powiadamiać Inżyniera o przewidywanych szczególnych wydarzeniach lub okolicznościach, które mogą negatywnie wpłynąć na robotę, zwiększyć Cenę Kontraktową, lub opóźnić wykonywanie Robót.

Tym samym powiadomienie w trybie subklauzuli 20.1 nie pełni funkcji informacyjnej. Taką funkcję pełni powiadomienie w trybie subklauzuli 8.3 dla zdarzeń przyszłych, oraz powiadomienie w trybie art. 634 k.c.⁵ lub art. 651 k.c.⁶, dla zdarzeń, które nastąpiły (wybór odpowiedniego z zacytowanych przepisów k.c. zależy od zakwalifikowania umowy jako umowy o dzieło lub umowy o roboty budowlane w rozumieniu prawa cywilnego). Wykonawca nie ma obowiązku składania powiadomienia w trybie subklauzuli 20.1, jeżeli zdarzenie miałoby np. zniszczyć część wykonywanych Robót, ale szkody w Robotach nie powstały na skutek ryzyk opisanych w subklauzuli 17.3, tj. ryzyk, za które Zamawiający ponosi odpowiedzialność,

³ Subklauzula 13.7 dla Korekty Kosztu używa pojęcia „korygowanie” Ceny Kontraktowej, natomiast w przypadku składania powiadomienia o roszczeniu o dodatkowy Koszt używa pojęcia o „włączeniu” tego Kosztu do Ceny Kontraktowej. Ponieważ subklauzula 14.1 (b) wskazuje, że w przypadku zmiany podatków, opłat i ceł nastąpi „korygowanie” Ceny Kontraktowej w trybie subklauzuli 13.7, oznacza to, że subklauzula 14.1 (b) odnosi się wyłącznie do przypadków zmiany prawa skutkującej Korektą Kosztu.

⁴ *FIDIC – A guide for practitioners* A.-V. Jaeger, G.-S. Hök, wydawnictwo Springer, 2010, str. 361

⁵ Jeżeli materiał dostarczony przez zamawiającego nie nadaje się do prawidłowego wykonania dzieła albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu, przyjmujący zamówienie powinien niezwłocznie zawiadomić o tym zamawiającego.

⁶ Jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora.

to stosownie do subklauzuli 17.4 Wykonawca nie będzie uprawniony do żądania dodatkowego Kosztu lub czasu i nie będzie składał powiadomienia w trybie subklauzuli 20.1⁷, a jedynie w trybie subklauzuli 8.3 (przed wystąpieniem zdarzenia), a następnie w trybie art. 634 k.c. lub art. 651 k.c. (po nastąpieniu zdarzenia).

To co ważne, to fakt, iż w przeciwieństwie do skutków niedania powiadomienia w trybie subklauzuli 20.1⁸, nieprzekazanie Inżynierowi wczesnego powiadomienia zawartego w subklauzuli 8.3 stanowi wyłącznie nienależyte wykonanie umowy, które nie pociąga za sobą skutku w postaci utraty roszczenia, a prowadzi przede wszystkim do możliwości zastosowania subklauzuli 15.1, ewentualnie do możliwości powiadomienia Wykonawcy przez Zamawiającego lub Inżyniera w trybie subklauzuli 2.5 o szkodzie powstałej na skutek niedania wczesnego powiadomienia.

Przypadek 3 – brak zawarcia ubezpieczenia

Przy ocenie możliwości złożenia powiadomienia o roszczeniu o dodatkowy Koszt w trybie subklauzuli 20.1 należy zwrócić uwagę, czy nie zaszły przesłanki opisane w subklauzuli 18.1, które wyłączają możliwość złożenia takiego powiadomienia. Zgodnie bowiem z ostatnim zdaniem przedostatniego akapitu subklauzuli 18.1:

Jednakże jeżeli Strona ubezpieczająca nie dopełni skutecznego zawarcia i utrzymania w mocy ubezpieczenia, które jest dostępne i którego zawarcie i utrzymanie jest wymagane na mocy Kontraktu, a druga Strona nie zgodzi się z tym faktem, ani nie zawrze sama takiego ubezpieczenia dla uzyskania pokrycia dla tego uchybienia, wtedy wszelkie kwoty, które powinny być odzyskane na mocy tego ubezpieczenia zostaną zapłacone przez Stronę ubezpieczającą.

Z punktu widzenia Wykonawcy chodzi tutaj zatem o sytuacje, w których spełnione są łącznie m.in. następujące warunki uniemożliwiające złożenie powiadomienia o roszczeniu o dodatkowy Koszt:

- a) Wykonawca był zobowiązany ubezpieczyć ryzyko, którego nastąpienie powoduje szkodę, przy czym w odniesieniu do tego ryzyka, Wykonawca ponoszący tą szkodę może złożyć powiadomienie o dodatkowy koszt w trybie subklauzuli 20.1 (np. strony umówiły się, stosownie do subklauzuli 18.2 (d), iż Wykonawca miał obowiązek ubezpieczyć Roboty od ryzyka w postaci błędów w dokumentacji projektowej przygotowanej przez Zamawiającego, a więc błędów, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, a tym samym wynikiłe z tych błędów szkody powstałe po stronie Wykonawcy uprawniają go do złożenia powiadomienia o roszczeniu)
- b) Wykonawca nie ubezpieczył takiego ryzyka (nie ubezpieczył Robót na wypadek błędów projektowych)

- c) Zamawiający nie zaakceptował braku takiego ubezpieczenia, a także Zamawiający sam nie ubezpieczył ryzyka.

Jeżeli nastąpi takie zdarzenie (np. szkoda w Robotach na skutek błędu projektowego) i okaże się, że Wykonawca nie dokonał stosownego ubezpieczenia (nie ubezpieczył Robót na wypadek błędów projektowych), to wszelka szkoda będzie pokryta przez Wykonawcę, jeżeli Zamawiający nie zatwierdził braku ubezpieczenia lub sam nie ubezpieczył Robót od błędów projektowych. Tym samym Wykonawca nie będzie mógł złożyć powiadomienia o roszczeniu i żądać dodatkowego Kosztu, to bowiem on będzie musiał pokryć szkodę generującą dodatkowy Koszt.

Trzeba jednak stanowczo podkreślić, że wyłączenie możliwości złożenia powiadomienia o roszczeniu o dodatkowy Koszt nie dotyczy sytuacji, w której Wykonawca zapewnił ubezpieczenie, a ubezpieczyciel nie wypłacił odszkodowania. W takiej bowiem sytuacji Wykonawca będzie dochodził pokrycia szkody na zasadach umownych, tj. w trybie subklauzuli 20.1, o czym stanowi pierwsza część przedostatniego akapitu subklauzuli 18.1:

Treść niniejszej klauzuli w żadnym stopniu nie ogranicza obowiązków, zobowiązań ani odpowiedzialności Wykonawcy ani Zamawiającego na mocy Kontraktu lub na innych podstawach. Wszelkie kwoty nie ubezpieczone lub nie odzyskane od ubezpieczycieli będą obciążały odpowiednio Wykonawcę czy też Zamawiającego zgodnie z tym zakresem obowiązków, zobowiązań i odpowiedzialności.

Zatem w sytuacji, gdy dana szkoda jest objęta ubezpieczeniem, a jednocześnie jest możliwe dochodzenie przez Wykonawcę zwrotu tej szkody bezpośrednio od Zamawiającego w trybie subklauzuli 20.1 (tak jak to jest np. w przypadku ubezpieczenia Robót od błędów projektowych), Wykonawca winien zadbać o to, aby zostało złożone powiadomienie o roszczeniu niezależnie od dochodzenia odszkodowania od zakładu ubezpieczeń. W ten sposób Wykonawca zabezpieczy się na wypadek skutecznej odmowy wypłaty odszkodowania przez ubezpieczyciela.

Podsumowanie

Wykonawca nie składa powiadomienia o roszczeniu (przy czym w odniesieniu do powiadomienia pod lit. c. poniżej, chodzi wyłącznie o brak składania powiadomienia o dodatkowy Koszt), gdy:

- a. zmiana prawa prowadzi wyłącznie do Korekty Kosztu;
- b. zdarzenie uprawniające do żądania dodatkowego Kosztu lub czasu jeszcze nie nastąpiło, a jedynie jest duże prawdopodobieństwo jego wystąpienia;
- c. Wykonawca wbrew swojemu zobowiązaniu umownemu nie ubezpieczył szkody, którą Wykonawca może jednocześnie potraktować jako dodatkowy Koszt dochodzony w trybie subklauzuli 20.1.

⁷ Na marginesie należy zauważyć, że danie powiadomienia w trybie subklauzuli 20.1 wyczerpuje obowiązek dania powiadomienia w trybie art. 634 k.c. lub art. 651 k.c. i nie jest w takiej sytuacji potrzebne składanie dwóch oddzielnych powiadomień.

⁸ Niniejszy artykuł nie rozstrzyga o skuteczności takiego zastrzeżenia na gruncie prawa polskiego

Jeszcze o udzielaniu informacji publicznej



Rafał Andrzej
DOMAŃSKI
Członek zwyczajny SIDiR
Adwokat

Niniejsza publikacja nawiązuje do artykułu apl. adw. Jana Maciejewskiego „Udzielanie informacji publicznej” jaki ukazał się w numerze 28, kwiecień 2013 Biuletynu Informacyjnego „Konsultant”, s. 15 i nast.

W artykule pragnę wskazać na jeszcze jeden aspekt praktycznego zastosowania ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. 2001 Nr 112, poz. 1198 zm.) w przypadku postępowania o zamówienie publiczne, w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 zm.), prowadzonego przez zamawiającego będącego podmiotem publicznoprawnym, gdy zamówienie dotyczy mienia publicznego. Mianowicie, chodzi tutaj o uzyskanie dostępu do kosztorysu inwestorskiego przez wykonawcę, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego.

Według art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Należy dodać w uzupełnieniu, iż kosztorys inwestorski stanowi podstawę określenia wartości zamówienia na roboty budowlane oraz metody i podstawy obliczania planowanych kosztów prac projektowych i planowanych kosztów robót budowlanych stanowiących podstawę określenia wartości zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (§ 1 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, Dz.U. 2004 Nr 130, poz. 1389).

Artykuł 8 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraża zasadę jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia (ust. 1), a zasada ta może doznać ograniczenia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2). Ograniczeniem wynikającym z ustawy jest jedynie termin otwarcia ofert, które to otwarcie jest jawne – por. art. 86 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 86

ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jest to ustawowy obowiązek zamawiającego. Jednakże, to czy zamawiający ujawni wartość zamówienia przed złożeniem ofert przez wykonawców, zależy od decyzji samego zamawiającego – por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2010 r., KIO/UZP 1385/10. Należy jeszcze nadmienić, iż kwoty pieniężne, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie należy utożsamiać z kwotą zadeklarowaną przez niego na dane zadanie w budżecie lub planie finansowym.

Zdaniem Jerzego Pieróg, dokumentu na podstawie którego ustalono wartość zamówienia na roboty budowlane nie ujawnia się wykonawcom ubiegającym się o zamówienie publiczne. W szczególności dotyczy to kosztorysu inwestorskiego. Zamawiający powinien natomiast udostępnić wykonawcom tzw. ślepy kosztorys. Jest on podstawą do sporządzenia oferty na roboty budowlane i umożliwia wykonawcom złożenie porównywalnych ofert – por. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie 11. Warszawa 2012, s. 176.

Według Emila Norek, poza jawnością protokołu wraz z załącznikami w rozumieniu art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych każdy ma prawo domagać się od zamawiającego gospodarującego mieniem publicznym udzielenia mu pełnej informacji o toczącym się postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego na zasadach określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej i to niezależnie od informacji, jakie może uzyskać za pośrednictwem prowadzonego zgodnie z art. 9 powołanej ustawy Biuletynu Informacji Publicznej na stronie <http://www.bip.gov.pl> – por. E. Norek, [w:] S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie 2. Warszawa 2011, s. 231.

We wskazanym wyżej duchu Naczelny Sąd Administracyjny w dniu 27 marca 2012 r. wydał wyrok, I OSK 155/12. W ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego art. 139 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie oznacza, że inne niż umowy dokumenty, dotyczące postępowań przetargowych i szeroko pojętej realizacji zamówień nie zawierają informacji publicznej i nie podlegają udostępnieniu. Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozciąga się również na inne dokumenty związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Z ustawy o dostępie do informacji publicznej wynika więc także obowiązek udostępniania innych, niż umowy dokumentów posiadających walor informacji publicznej, a dotyczących postępowań przetargowych i szeroko pojętej realizacji zamówień, skoro dostęp do informacji publicznej dotyczy sfery faktów. Do ta-

kich dokumentów niewątpliwie należy sporządzony przez organ „kosztorys inwestorski”, zawierający szacunkową wartość przedmiotu zamówienia. Dokument ten stanowi podstawę do planowania wydatków podmiotu publicznego i określa sposób gospodarowania mieniem komunalnym, którego obowiązek sporządzenia wynika wprost z art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto, Naczelny Sąd Administracyjny zauważył, iż podnoszona w skardze kasacyjnej okoliczność, że ujawnienie tego kosztorysu może negatywnie wpłynąć na sytuację ekonomiczną zamawiającego podmiotu i niweczyć jedną z głównych zasad prawa zamówień publicznych, jaką jest dążenie do maksymalizacji konkurencji między wykonawcami, nie może być przesądzająca w przedmiocie udostępnienia informacji publicznej, której zakres przedmiotowy został określony w ustawie o dostępie do informacji publicznej bardzo szeroko i która obejmuje treść wszelkiego rodzaju dokumentów, odnoszących się do organu władzy publicznej, których używa przy realizacji przewidzianych prawem zadań. Na koniec Naczelny Sąd Administracyjny wskazuje, iż nie każdy kosztorys inwestorski będzie zawierał informację publiczną, gdyż może nie posłużyć do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i stanowić tym samym dokument wewnętrzny.

Podsumowując wskazany wyrok NSA, należy stwierdzić, iż NSA stanął na stanowisku, że sporządzenie przez podmiot publicznoprawny kosztorysu inwestorskiego, zawierającego szacunkową wartość zamówienia publicznego na poczet przeprowadzonego postępowania przetargowego, co do zasady spowodowało wytworzenie informacji mającej charakter publiczny.

Z kolei Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi w wyroku z dnia 12 czerwca 2012 r., II SA/Łd 356/12, uznał, iż kosztorys inwestorski jest dokumentem zawierającym informacje o wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia dotyczącego inwestycji planowanej przez organ administracji. Dokument ten stanowi podstawę do planowania wydatków podmiotu zamawiającego i określa sposób gospodarowania jego mieniem. Obowiązek sporządzenia kosztorysu wynika wprost z art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sporządza go zamawiający na poczet postępowania przetargowego. Dalej, Wojewódzki Sąd Administracyjny w uzasadnieniu wyroku podkreśla, że jeżeli, zamawiającym jest organ administracji publicznej, zamówienie dotyczy mienia gminnego, kosztorys służy wykonywaniu zadania publicznego, to stanowi on informację publiczną w rozumieniu art. 1 ust. 1 oraz art. 6 ustawy o dostępie do informacji publicznej, choć niespornie nie jest on dokumentem urzędowym w rozumieniu art. 6 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej. Reasumując, Wojewódzki Sąd Administracyjny stanął na stanowisku, że kosztorys inwestorski sporządzany przez organ administracji publicznej w toku postępowania o udzielenie zamówienia na realizację zadania publicznego stanowi informację publiczną w rozumieniu art. 1 i art. 6 ustawy o dostępie do informacji publicznej i podlega zatem udostępnieniu w trybie tej ustawy. Z kolei przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają takich regulacji, które a priori wyłączałyby w każ-

dym przypadku uwzględnienie wniosku o udostępnienie takiego dokumentu jak kosztorys inwestorski, zwłaszcza po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia.

Od wskazanego wyroku WSA w Łodzi skargę kasacyjną do Naczelnego Sądu Administracyjnego złożyło Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Łodzi. Naczelny Sąd Administracyjny wyrokiem z dnia 14 grudnia 2012 r., I OSK 2208/12, oddalił w całości skargę kasacyjną i tym samym utrzymał w mocy wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi. Obszerne uzasadnienie wyroku NSA można ująć w kilku punktach.

Po pierwsze, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., w art. 61 ust. 1 (Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483 zm.) stanowi, że obywatel ma prawo do uzyskania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Prawo do uzyskania informacji obejmuje dostęp do dokumentów oraz dostęp na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów, z możliwością rejestracji dźwięku lub obrazu (ust. 2). Ograniczenie prawa, o którym mowa w ust. 1 i 2, może nastąpić wyłącznie ze względu na określoną w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego Państwa (ust. 3). Ustawa o dostępie do informacji publicznej służy realizacji konstytucyjnego prawa dostępu do wiedzy na temat funkcjonowania organów władzy publicznej. Używając w art. 2 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej pojęcia „każdemu” ustawodawca precyzuje zastrzeżone w konstytucji RP obywatelskie uprawnienie, wskazując, że każdy może z niego skorzystać na określonych w tej ustawie zasadach. Ustawa ta reguluje zasady i tryb dostępu do informacji, mających walor informacji publicznych, wskazuje w jakich przypadkach dostęp do informacji publicznej podlega ograniczeniu oraz kiedy żądane przez wnioskodawcę informacje nie mogą zostać udostępnione. Oczywiście ustawa znajduje zastosowanie jedynie w sytuacjach, gdy spełniony jest zakres podmiotowy i przedmiotowy, przy czym zakres podmiotowy wyznacza wykonywanie zadań publicznych przez adresata wniosku (art. 4 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej, zaś zakres przedmiotowy obejmuje pojęcie „informacji publicznej” (art. 1 ust. 1 i art. 6 ustawy o dostępie do informacji publicznej).

Po drugie, kosztorys inwestorski jest dokumentem zawierającym informacje o wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych. Dokument ten stanowi podstawę do planowania przez zamawiającego wydatków związanych z realizacją inwestycji, określając jej wartość i jednocześnie sposób gospodarowania jego mieniem. Z art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający ma obowiązek sporządzenia kosztorysu inwestorskiego dla potrzeb postępowania przetargowego, bowiem na jego podstawie ustala wartość zamówie-



nia na roboty budowlane. Kosztorys inwestorski jest tylko jednym z oficjalnych dokumentów, jakie zamawiający (organ administracji publicznej) tworzy w ramach realizacji inwestycji w trybie zamówienia publicznego, sporządzanym na etapie opracowania dokumentacji projektowej. Nie ma prawnego znaczenia to, że dokument ten stworzony jest, jak podano w skardze kasacyjnej, na zlecenie organu administracji publicznej, wszak powstały nawet w wyniku zlecenia kosztorys inwestorski nie traci wskutek tego swojego oficjalnego charakteru, jako że wszystko, co powstaje w imieniu i na rachunek organu administracji publicznej, tworzy po jego stronie sferę faktów publicznych związanych z wykonywaniem ustawowych kompetencji i zadań. Poprzez fakt, że dokument ten stanowi podstawę do ustalenia wartości zamówienia na roboty budowlane, jest częścią całości dokumentacji tworzonej na potrzeby udzielenia zamówienia publicznego, posiada więc walor dokumentu oficjalnego, stanowiącego informację publiczną; dotyczy bowiem sfery faktów, został wytworzony w ramach sfery działalności podmiotu zobowiązanego do udostępnienia informacji publicznej na gruncie ustawy, zawiera informację o planowaniu inwestycji i gospodarowaniu mieniem gminnym (majątkiem publicznym), etc., tworzy tym samym, zgodnie z art. 1 ust. 1 art. 6 ust. 1 pkt 2 lit. f i pkt 5 lit. c ustawy o dostępie do informacji publicznej, informację o sprawach publicznych. Dla spełnienia kryterium dostępności dokument taki nie musi być dokumentem urzędowym (art. 6 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej). Istotne bowiem jest, by zaistniała przesłanka oficjalności takiego dokumentu, odnoszona do jego treści. Pojęcie „informacji publicznej” jest pojęciem szerszym od pojęcia „dokumentu urzędowego”, ten bowiem zawiera się w pojęciu „informacji publicznej”. Dokument urzędowy pozostaje tylko jednym z rodzajów informacji publicznej.

Po trzecie, od jakiego momentu kosztorys inwestorski może być dostępny dla zainteresowanych, zważywszy że treść tego dokumentu i jego przedwczesne udostępnienie potencjalnym oferentom mogą mieć wpływ na kształtowanie ofert składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym, wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy kryterium decydującym jest cena? Jak wynika z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. W art. 8 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji publicznej związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego tylko w przypadkach określonych w ustawie. Ograniczeniem wynikającym z ustawy jest jedynie termin otwarcia ofert, które to otwarcie jest jawne (art. 86 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). Tak więc przyjąć należy, że po upublicznieniu informacji, jaką kwotę zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – bezpośrednio przed otwarciem złożonych ofert, a po ich otwarciu - do wiadomości publicznej mogą być przekazywane informacje wynikające z kosztorysu inwestorskiego, jak również udostępnieniu może

podlegać jego treść (a contrario – do chwili otwarcia ofert kosztorys inwestorski, jakkolwiek korzysta z przymiotu informacji publicznej, to jednak nie podlega udostępnieniu). Według NSA, Sąd I instancji trafnie zatem wskazał, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają takich regulacji, które a priori wyłączałyby w każdym przypadku uwzględnienie wniosku o udostępnienie takiego dokumentu, zwłaszcza po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych protokół postępowania o udzielenie zamówienia jest jawny. Również umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach ustawy o dostępie do informacji publicznej (art. 139 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). Kosztorys inwestorski od chwili otwarcia ofert podlega udostępnieniu w trybie i na zasadach określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej (co wypełnia dyspozycję art. 61 Konstytucji RP).

Po czwarte, przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej i przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych pozostają do siebie w relacji przepisu ogólnego do szczególnego. Wynika z tego, że do spraw wszczętych w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, podmiot zobowiązany do udzielenia informacji publicznej stosuje przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej przy uwzględnieniu szczególnych unormowań ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie oznacza to jednak, że ustawa Prawo zamówień publicznych, poprzez choćby czasowe ograniczenie możliwości udostępniania określonych informacji, odbiera przymiot informacji publicznej innym, niż umowy i protokoły, dokumentom posiadającym taki walor, a dotyczącym postępowań przetargowych i szeroko pojętej realizacji zamówień. Ustawa ta zawiera uregulowania szczególne, które należy uwzględnić przy stosowaniu trybu dostępu do informacji publicznej.

Podsumowując, należy uznać, iż ustawa o dostępie do informacji publicznej, na gruncie postępowania o zamówienie publiczne, zapewnia dostęp nie tylko do umów, jak tego chce ustawodawca w art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale również do wielu dokumentów, jak wskazuje to Mecenasek Jan Maciejewski, w tym także do kosztorysów inwestorskich, jak wynika to z niniejszej publikacji.

Konferencja – CIECHOCINEK 2013

O NAJWIĘKSZYCH RYZYKACH I BŁĘDACH W UDZIELANIU, REALIZACJI I ROZLICZANIU ZAMÓWIEŃ NA ROBOTY BUDOWLANE



Janusz
TRACZYK
Przewodzący Komitetu
Organizacyjnego Konferencji

Tegoroczna XIX Konferencja naukowo-techniczna w CIECHOCINKU – 9-11 października 2013 r. – poświęcona była analizie największych ryzyk i błędów popełnianych przez uczestników procesu inwestycyjnego, szczególnie w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych.

Patronat honorowy nad Konferencją objęli: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych Jacek Sadowy oraz Przewodniczący Komisji Infrastruktury Sejmu RP Poseł Stanisław Żmijan.

Po raz 19 Głównym Organizatorem Konferencji był Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa „PROMOCJA”.

Partnerem Głównym była Kancelaria Radców Prawnych ĆWIK i Partnerzy Sp. Partnerska z Warszawy, a współorganizatorami:

- Izba Projektowania Budowlanego,
- Komitet Ekonomiki Budownictwa ZG PZITB,
- Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców SIDIR,
- Stowarzyszenie Kosztorysantów Budowlanych,
- Fundacja Wszechnicy Budowlanej,
- Polcen Sp. z o.o.

Referaty zaprezentowane w trakcie obrad były szczególnie interesujące ze względu na ich praktyczne aspekty (z życia wzięte), co prawdopodobnie pozwoli wielu uczestnikom Konferencji znaleźć odpowiedzi na nurtujące ich pytania w codziennej pracy zawodowej.

W trakcie obrad podzielonych na trzy półdniowe sesje zostało wygłoszonych przez doświadczonych i uznanych autorów oraz przedyskutowanych 10 następujących referatów:

Anna PIECUCH – Rzetelny, efektywny, wykwalifikowany, doświadczony – jak wybrać takiego wykonawcę zamówienia zgodnie z Pzp?

Zbigniew BOCZEK – Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych i gwarancja zapłaty za roboty budowlane

Andrzej BOROWICZ – Ryzyka wynikające z ostatniej nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych

Dariusz ĆWIK, Piotr PŁACISZEWSKI – Rażąco niska cena – wynagrodzenie kosztorysowe a wynagrodzenie ryczałtowe

Krzysztof GRANAT – Typowe błędy i niedociągnięcia zamawiających publicznych przy tworzeniu umów na realizację robót budowlanych

Jerzy MAKALA – Ryzyka związane z budową lub modernizacją infrastruktury kolejowej realizowaną według modelu DBO

Rafał MOREK – Rozliczanie zamówień o roboty budowlane w postępowaniach spornych: Ryzyka i błędy w dochodzeniu roszczeń przed sądem i w arbitrażu

Waldemar PERNAK – Racjonalna granica przypisywania odpowiedzialności przez Zamawiających – Inżynierom kontraktu, Projektantom jak i Wykonawcom robót budowlanych

Maciej SZELĄG – Przyczyny konfliktów między Zamawiającym a Wykonawcą robót budowlanych

Paweł ZEJER – Koszty budowy, a nakłady na projektowanie – czy opłaca się oszczędzać na projektowaniu? Prezentacja doświadczeń międzynarodowych

Pierwszą sesję merytoryczną poprowadził organizator dziesięciu ostatnich konferencji ciechocińskich, dr inż. Janusz Traczyk.

Typowe błędy przy zawieraniu umów

Jak prawidłowo tworzyć zapisy umowy na realizację robót budowlanych i czy wskazane jest redagowanie wzoru umowy? – rozważał w swoim wystąpieniu mec. Krzysztof Granat z Kancelarii Radców Prawnych z Wrocławia. Autor czytelnie i jednoznacznie wskazał na typowe błędy popełniane przez strony w umowach i wskazał jak unikać ich w praktyce. Omówił m.in. problem ubezpieczeń OC Wykonawcy, mechanizmy rozliczania robót, warunki i przesłanki zmiany umowy, a także błędy w stosowaniu warunków kontraktowych FIDIC w naszym kraju poprzez głęboką ich modyfikację – co stanowi niedopuszczalny proceder.

Symetria odpowiedzialności stron umowy

Waldemar Pernak posiadający wieloletnie doświadczenie w zarządzaniu i kierowaniu realizacją dużych inwestycji w międzynarodowym przedsiębiorstwie budowlanym działającym w Polsce wskazał na problem odpowiedzialności poszczególnych uczestników procesu budowlanego. Podkreślił przy tym i wykazał iż w warunkach polskich, Zamawiający – niestety chcąc ograniczyć swoje ryzyko, dążą w umowach do nadmiernego przeniesienia



wszelkich ryzyk na każdego z pozostałych uczestników. Bardzo często są one nieadekwatne do przypisanego zakresu działań, co powoduje swoisty paraliż inwestycji (np. według propozycji Zamawiającego Wykonawca robót ma odpowiadać za kompletność i prawidłowość dokumentacji!!!).

Jak wybrać Wykonawcę – rzetelnego, wykwalifikowanego, doświadczonego?

Trzeci referat tej sesji, to wystąpienie mec. **Anny Piecuch** która rozważała problem wyboru właściwego Wykonawcy robót w świetle nowelizacji przepisów ustawy Pzp z dnia 12 października 2012 r. W szczególności zwróciła uwagę na brak odpowiednich narzędzi i instrukcji dla Zamawiającego, jak praktycznie stosować nowe kryteria oceny Wykonawców.

Drugą sesję konferencji poprowadził bardzo sprawnie dr inż. **Olgierd Sielewicz** Przewodniczący Komitetu Ekonomiki Budownictwa ZG PZITB, a także prezes „WACETOB-u”.

Ryzyka w modernizacji infrastruktury kolejowej wg DBO

Sesję tą rozpoczął **Jerzy Makała** przedstawiając zasady i warunki budowy lub modernizacji infrastruktury kolejowej wg ciekawego i nieznanego w Polsce modelu realizacji inwestycji DBO (**Design – Build – Operate, co w języku polskim znaczy: Zaprojektuj – Wybuduj – Eksploatuj**).

Model ten umożliwia wybór jednego Wykonawcy całości przedsięwzięcia – jedna procedura przetargowa, możliwość uzyskania produktu wysokiej jakości z zastosowaniem nowoczesnej techniki i technologii (*Wykonawca zarówno robót jak i projektu będzie eksploatował ten obiekt przez umówiony okres, a więc nie będzie zainteresowany w sporządzeniu słabej jakościowo dokumentacji oraz w zaniżaniu standardu robót*). Umożliwi to także uzyskanie optymalizacji ekonomicznej realizacji projektu i jego eksploatacji na przestrzeni całego cyklu życia inwestycji.

Gwarancje rozliczenia z Podwykonawcami

Zbigniew Boczek wystąpienie swoje poświęcił problemowi podwykonawstwa w zamówieniach publicznych. W pierwszej kolejności zdefiniował pojęcie Podwykonawcy zgodnie z doktryną prawa, a następnie omówił kwestię wskazania zakresu prac zleczanych Podwykonawcom do realizacji (kto określa ten zakres, kiedy i w jakim dokumencie?), a w ostateczności wyboru i ewentualnej zmiany firmy spełniającej tę funkcję.

Na zakończenie ustosunkował się do przepisów Kodeksu cywilnego o gwarancji zapłaty za roboty budowlane wprowadzone w życie w dniu 16 kwietnia 2010 r., podkreślając iż ustawodawca zastosował wobec dalszych Podwykonawców ochronę prawną równorzędną jak dla samego Wykonawcy.

Dochodzenie roszczeń przed sądem i w arbitrażu

Problem rozliczania umów o roboty budowlane i dochodzenia roszczeń omówił dr **Rafał Morek**, podkreślając fakt iż istotą dobrze zawartych kontraktów jest zachowanie równowagi przy formułowaniu praw i obowiązków

stron oraz równomierne rozłożenie ryzyka między Zamawiającym a Wykonawcą. Sporą część wystąpienia mecnas R. Morek poświęcił m.in. przystosowaniu warunków kontraktowych FIDIC do warunków prawa krajowego i indywidualnych potrzeb danego projektu (Zamawiającego), przygotowaniu sędziów orzekających (sędziowie – generaliści) w zakresie Prawa budowlanego i ustawy Prawo zamówień publicznych, roli prywatnych ekspertów i opinii w postępowaniu dowodowym w stosunku do opinii biegłych sądowych, a także problemowi braku – sądom powszechnym w naszym kraju – odpowiedniego zaplecza kompetencyjnego i organizacyjnego.

Rażąco niska cena w kontekście składania wyjaśnień i rozwiewania wątpliwości Zamawiającego

Na zakończenie obrad 1-go dnia mec. **Dariusz Ćwik** i **Piotr Płaciszewski** przedstawili zebrany problem rażąco niskiej ceny i jego jednostronne nagłośnienie w mediach. W swoim wystąpieniu zwrócili uwagę na przepisy art. 55 ust. 1 „dyrektywy klasycznej” 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z tymi przepisami, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem oferty wydającej się rażąco niską, zwraca się na piśmie do Wykonawcy o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów tej oferty, które uważa za istotne!! (m.in. wyjaśnień dotyczących ceny, tzn. jak jego cena ofertowa została wyliczona?). I tutaj autorzy referatu wskazywali na fakt, że w przypadku robót budowlanych w zamówieniach publicznych występują dwa typy zapłaty wynagrodzenia należnego Wykonawcy – kosztorysowe oraz ryczałtowe, a to znaczy że każde z nich musi być inaczej badane pod kątem rażąco niskiej ceny (różne są elementy składowe oferty cenowej w tych typach wynagrodzenia).

Trzecią (kończącą) sesję poprowadził jak zwykle w sposób ciekawy i dynamiczny dyr. Euroinstytutu **Zbigniew Boczek**.

Nie opłaca się oszczędzać na projektowaniu

W pierwszym wystąpieniu tego dnia Pan Paweł Zejer, ze znaną powszechnie swadą, wykazał m.in. na bazie amerykańskich badań, że skutkami nadmiernych oszczędności w fazie projektowania są kosztowne zmiany w trakcie realizacji projektu, zwiększone koszty inwestycyjne czy też zawyżone koszty eksploatacji i użytkowania obiektu.

Przedstawił m.in. wyniki analizy przedsięwzięć drogowych i mostowych, z których wynika, że średni koszt dokumentacji technicznej dla projektów drogowych wynosi 1,96% kosztów całego przedsięwzięcia, a dla projektów mostowych jest to 7,61%.

Omówił też, że jedną z metod wyboru najlepszego, a niekoniecznie najtańszego projektanta, może być zastosowanie QBS (Quality Based Selection = Wybór na podstawie jakości).

Przyczyny konfliktów między Zamawiającym a Wykonawcą robót w ujęciu praktycznym

Drugi referat w sesji końcowej Konferencji, wygłoszony przez **Macieja Szelęga** pracującego od 6-ciu lat przy realizacji i rozliczaniu kontraktów infrastrukturalnych, to

szereg praktycznych przykładów przyczyn konfliktów między Zamawiającymi a Wykonawcami robót. Autor omówił m.in. następujące przyczyny konfliktów:

- zła jakość dostarczonej Wykonawcy Dokumentacji Projektowej, którą Zamawiający opisał przedmiot zamówienia (powoduje to spory na tle finansowym, a także wpływa na wydłużenie terminu zakończenia robót),
- duża zależność Inżyniera Kontraktu od Zamawiającego (Inżynier rozliczenia miesięczne uzależnia od kolejnych decyzji Zamawiającego),
- niejednoznaczne i mało precyzyjne zapisy w Umowach Kontraktowych, w Specyfikacjach Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (SSTWiORB),
- zapisy kontraktowe dotyczące Przejściowych
- Świadectw Płatności są nieprecyzyjne (zbyt ogólne).

Jakie ryzyka wynikają z nowelizacji ustawy Pzp, które weszły w życie 20 lutego 2013 r.

Na zakończenie Konferencji ostatni referat wygłosił Prof. dr hab. **Andrzej Borowicz** omawiając na wstępie stronę popytową oraz stronę podaźową na rynkach zamówień publicznych w latach 2000-2012, a następnie intensywność konkurencji cenowej w zamówieniach publicznych na wykonanie:

- dokumentacji urbanistycznej,
- dokumentacji projektowej,
- robót budowlanych,
- łącznego zaprojektowania i wykonania robót (zaprojektuj i wykonaj).

W dalszej części wystąpienia autor przedstawił duże prawdopodobieństwo wystąpienia problemów wynikających z dualizmu definicyjnego „obiekty budowlanego” w ustawie Prawo budowlane oraz w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Na zakończenie Pan Profesor odniósł się z dużą dozą pesymizmu do zmian w procedurze selekcyjnej zamówienia publicznego, która to procedura składa się aktualnie z dwóch odrębnych badań:

- badania podmiotowego Wykonawców (nowy przepis Pzp art. 22 ust. 5),
- badania ofert (jak dotychczas).

Po wygłoszeniu referatów rozpoczęła się długa i ciekawa dyskusja. Właśnie ta dyskusja oraz treści merytoryczne referatów, pozwoliły na sprecyzowanie następujących ciekawych i oryginalnych praktycznych wniosków. Oto niektóre z nich:

- a) należy upowszechnić generalną zasadę, iż wysoka efektywność realizacji zamówień jest możliwa tylko wtedy, gdy ryzyka są właściwie i równomiernie rozłożone na strony kontraktu (*przerzucanie większości ryzyk na Projektanta i Wykonawcę powoduje m.in. obniżenie jakości wykonanych robót i projektów, obciążanie tym ryzykiem podwykonawców, wydłużanie terminów sporządzania dokumentacji projektowej, a także zakończenia realizacji zamówienia, a w konsekwencji wzrostu kosztów budowania*),
- b) głosy w dyskusji wskazywały jednoznacznie na złe przygotowanie służb Zamawiającego do prawidłowe-

go stosowania procedur organizacji przetargów i wyboru Wykonawcy, a następnie do kontroli realizacji robót i rozliczania kosztów budowania (*wskazane jest permanentne szkolenie tych służb i szerokie upowszechnianie wzorców m.in. projektu umowy o prace projektowe oraz o wykonanie robót, opisu sposobu obliczenia ceny kontraktu czy procedur odbioru i rozliczania za roboty – płatności przejściowe*),

- c) ze względu na bardzo duży front inwestycyjny, a tym samym dużą ilość spraw spornych należy poszerzać wiedzę Sędziów z obszaru umów o roboty budowlane, zamówień publicznych, a także prawa budowlanego (*w Polsce tradycyjnie obowiązuje model sędziego – generalisty*),
- d) duże obciążenie sądów (sędziów), powinno wywołać większe upowszechnienie „instytucji” rozjemcy i sądów polubownych (*są to rozwiązania tańsze i są w nich zaangażowane osoby o lepszej wiedzy merytorycznej, tzn. zawodowcy*),
- e) bardzo ciekawe i oryginalne wnioski praktyczne dotyczyły także:
- oceny rzetelności, doświadczenia i efektywności Wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne (w świetle nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 12 października 2012 r.),
 - wdrażania warunków kontraktowych FIDIC na obszarze Polski oraz krytyczna ocena amatorszczyzny w ich głębokiej modyfikacji na potrzeby tylko Zamawiającego,
 - wzorców treści kontraktów o wykonanie robót i roli załączników do umów,
 - gwarancji zapłaty za roboty i rozliczania z podwykonawcami.

W części uroczystej Konferencji tradycyjnie wręczono nagrody laureatom dorocznego – już XVI Rankingu Biur Kosztorysowych (wyniki sprzedaży za 2012 rok).

Oto laureaci XVI Rankingu Biur Kosztorysowych'2013:

- I.** Kosztorysowanie i Doradztwo Inwestycyjne „ANGRA” s.c., 02-554 Warszawa, Al. Niepodległości 132/136 lok 64, tel. (22) 646-79-63, (22) 848-28-33;
- II.** „BUD-MAR”, Bogumił Stanisławek, 90-030 Łódź, ul. Nowa 29/31, tel. 792-007-520;
- III.** K.I. FIĄCEK Izabela Fiącek, 53-662 Wrocław, ul. Śródkowa 3/4, tel. (71) 790-18-64.

Konferencję podsumował i zamknął Janusz Traczyk – Przewodniczący Komitetu Organizacyjnego Konferencji – **CIECHOCINEK'2013**.

Uwaga. Referaty z Konferencji – CIECHOCINEK'2013 opublikowane zostały w wydawnictwie SEKOCENBUD zatytułowanym „Największe ryzyka i błędy w procedurach udzielania, realizacji i rozliczania zamówień na roboty budowlane” i są do nabycia za 20 zł/sztukę w firmie OWEOb „PROMOCJA”, Warszawa ul. Migdałowa 4, Dział Obsługi Klienta, tel. (22) 24-25-450.



S ą d A r b i t r a ż o w y
przy
S t o w a r z y s z e n i u
Inżynierów Doradców
i Rzeczoznawców w Warszawie



**DEDYKOWANY SPOROM
W SPRAWACH
BUDOWLANYCH**

www.arbitraz-sidir.pl