

BIULETYN Konsultant



nr 32/33, czerwiec-sierpień 2014

Temat dnia

str. 2

Podejście do umów i sporów w inwestycjach transportowych

str. 3

Roboty budowlane niezbędne do wykonania obiektu budowlanego

str. 13

Zmiany dotyczące przedmiotu zamówienia w zamówieniach publicznych na roboty budowlane

str. 16

Rozbieżności w dokumentacji w procesie inwestycji budowlanej

str. 22

XX Konferencja Naukowo- Techniczna w Ciechoninku

str. 25

Studia podyplomowe na Politechnice Poznańskiej i Politechnice Gdańskiej

str. 26

**Czekają nas
kolejne zmiany
w Prawie zamówień
publicznych**

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE I INWESTYCJE BUDOWLANE W PRAWIE ORAZ ORZECZNICTWIE

27 i 28 listopada 2014

Konferencja organizowana przez Sąd Arbitrażowy przy SIDiR

(Organizator zastrzega możliwość wprowadzenia zmian i uzupełnień w programie Konferencji)

27 listopad 2014

9.30–10.00 – Powitalna kawa.

10.00–10.30 – Wystąpienia Gości.

10.30–11.10 – Rozstrzyganie sporów przez Sąd Arbitrażowy w świetle obowiązującego prawa – **Rafał Morek**, Adwokat, Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDiR.

11.10–11.50 – „Rozstrzyganie sporów z umów o roboty budowlane zawartych w zamówieniach publicznych”.

11.50–12.20 – Przerwa kawowa.

12.20–13.00 – „Warunki Kontraktowe FIDIC w inwestycjach budowlanych realizowanych w polskich placówkach dyplomatycznych”.

13.00–13.40 – Prawnie dopuszczalne zmiany umowy zawartej o realizację zamówienia publicznego (granice dopuszczalnego kompromisu z punktu widzenia zamawiającego publicznego).

13.40–14.20 – „Korekty finansowe za naruszenie procedur udzielania zamówień publicznych w projektach współfinansowanych ze środków POIiŚ”.

14.20–15.20 – Obiad.

15.20–16.00 – Zabezpieczenie roszczeń na wniosek stron umowy o roboty budowlane.

16.00–16.40 – Gwarancja zapłaty dla wykonawcy w świetle uregulowań prawnych i orzecznictwa – **Maciej Jamka**, Adwokat, Kancelaria K&L Gates Jamka sp.k.

28 listopad 2014

9.30–10.10 – Odbiór robót jako podstawa zgłoszenia obiektu do użytkowania – **Paweł Zejer**, Arbiter, Rozjemca, Członek Zarządu SIDiR, Członek Zarządu EFCA.

10.10–10.50 – Waloryzacja wynagrodzenia w zamówieniu publicznym (uregulowania i aspekty prawne) – **Andrzej Preiss**, Adwokat, Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDiR.

10.50–11.30 – Kary umowne w zamówieniach publicznych – element dyscyplinujący czy poprawa budżetu inwestycji? – **Agnieszka Suchecka**, Radca Prawny, Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDiR.

11.30–12.00 – Przerwa kawowa.

12.00–12.30 – Klauzula 13 Warunków Kontraktowych FIDIC, jako odmienny sposób wykonania robót a nie zmiana umowy – **Zbigniew J. Boczek**, Wiceprezes SIDiR, Arbiter i Wice Prezes Sądu Arbitrażowego przy SIDiR.

12.30–13.10 – Klauzula 20.1 Warunków Kontraktowych FIDIC w orzecznictwie sądowym – **Marcin Bałdyga**, doktorant w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.

13.10–13.40 – „Złote klauzule” które zamierza wprowadzić FIDIC, jako niepodlegające zmianom – **Tomasz Latawiec**, Prezes SIDiR, Arbiter i Wiceprezes Sądu Arbitrażowego przy SIDiR.

13.40–14.00 – Zmiany w Regulaminie Sądu Arbitrażowego przy SIDiR usprawniające postępowanie arbitrażowe – **Andrzej Kąkolecki**, Prezes Sądu Arbitrażowego przy SIDiR.

14.00–14.15 – Podziękowania i podsumowanie Konferencji.

14.15 – Obiad.



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: Tamara Małasiewicz, 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

PODEJŚCIE DO UMÓW I SPORÓW W INWESTYCJACH TRANSPORTOWYCH



Lukas
KLEE

Dyrektor departamentu prawnego Metrostav a.s., autor przygotowanej do druku książki „International Construction Contract Law”



Andrzej
WYBRANOWSKI

Radca prawny specjalizujący się w procesie budowlanym, członek SIDiR

Wprowadzenie

W państwach Europy środkowowschodniej, które w ostatnich dwudziestu kilku latach dołączyły do Unii Europejskiej, jakość zrealizowanych inwestycji miała w dużej mierze znaczenie wyłącznie dla państwa (jako głównego właściciela), nie była to wystarczająca zachęta do rozważania długoterminowych skutków różnych rozwiązań czy ich optymalizowania na projektach. Nie bez znaczenia był również fakt, iż większość społeczeństwa traktowała organy władzy publicznej jako narzucone, co potęgowało niechęć do większego zaangażowania się w proces inwestycyjny, nie mówiąc już o jego usprawnieniu. W związku z tym nikt nie przejmował się specjalnie podziałem ryzyka na projekcie ani skutkami ich ziszczenia.

Zupełnie inaczej wyglądało w tym okresie realizowanie inwestycji w krajach rozwiniętych, działających na zasadach wolnego rynku, gdzie chęć zysku wymuszała również na organach państwowych spełnianych wymagania swoich wyborców, optymalizowanie rozwiązań dotyczących realizowania inwestycji.

Część 1

1.1 Rozkład ryzyka w amerykańskich projektach transportowych

Na stronie internetowej Amerykańskiego Departamentu Transportu¹ możemy znaleźć wiele cennych uwag w zakresie poprawnego rozkładu ryzyka w umowach dotyczących realizacji projektów transportowych (ryzyka rozumiane są w niniejszym artykule jako negatywne konsekwencje zaistniałego zdarzenia w postaci kosztów i wydłużenia realizacji inwestycji):

„Celem optymalnego rozkładu ryzyka jest zminimalizowanie całkowitych skutków ryzyka powstałych na projekcie, niekoniecznie poniesionych oddzielnie przez każdą ze stron umowy. Z tych względów czasem może się wydawać, że jedna ze stron ponosi więcej ryzyka. Jednakże, jeżeli obydwie strony spojrzą na podział ryzyka w dłuższej perspektywie i uwzględnią korzyści, jakie niesie dla ich umowy oraz pozostałych umów w ramach branży konsekwentne stosowanie optymalnego podziału ryzyka, to zrozumieją, że taki optymalny podział ryzyka zwiększy konkurencyjność i zredukuje w dłuższej perspektywie koszty ponoszone przez strony umowy.”

Niewłaściwy podział ryzyka jest jednym z najczęstszych powodów sporów sądowych w Ameryce. Dlatego zamawiający z branży transportowej zazwyczaj tworzą umowy zgodnie z podręcznikami dotyczącymi standardowego podziału ryzyka. Przykładem takiego podręcznika jest *Przewodnik AASHTO dla Budowy Autostrad*², który jest szeroko stosowany w systemie generalnego wykonawstwa.

Szereg orzeczeń tworzących jednolitą obecnie linię orzeczniczą potwierdza korzyści z właściwego rozłożenia ryzyka, a także wyznacza granice zakresu dopuszczalnego przeniesienia ryzyka na wykonawcę. Tylko tytułem przykładu można wskazać na ostatnie orzeczenie Metcalf przeciwko Stanom Zjednoczonym, wydane 11 lutego 2014 roku przez Sąd Apelacyjny Stanów Zjednoczonych w Waszyngtonie (sąd federalny). W orzeczeniu tym Sąd wskazał, iż zamawiający, który nałożył na wykonawcę obowiązek zbadania terenu budowy przed złożeniem oferty, nie może przenosić na wykonawcę ryzyka związanych z odmiennymi warunkami gruntowymi w sytuacji, gdy wykonawca nie mógł odkryć tych odmiennych warunków przy dołożeniu należytej staranności przy badaniu terenu budowy.

¹ <http://international.fhwa.dot.gov>

² The AASHTO Guide Specifications for Highway Constructions



Standardowy podział ryzyk nie jest wystarczający do poprawnego rozłożenia ryzyk na danym projekcie. Konieczna jest każdorazowa szczegółowa analiza zagrożeń (zdarzeń) mogących wystąpić na danym projekcie, w celu ustalenia optymalnego rozłożenia ryzyk. Innymi słowy, korzystanie z dostępnych standardów nie zastąpi rozsądnego zamawiającego, który przygotowuje we właściwy sposób procedurę udzielenia zamówienia, przygotowuje dokumentację umowną z najwyższą starannością, w tym ustali priorytety inwestycji (takie jak szybkość prac, cena, etc).

Mając na uwadze stanowisko Amerykańskiego Departamentu Transportu, podział ryzyk powinien zawsze opierać się na następujących zasadach:

- A. Ryzyko powinno być alokowane po tej stronie umowy, która potrafi najlepiej je kontrolować / poradzić sobie z nim (np. jeżeli zamawiający dostarcza dokumentację projektową, to powinien ponieść negatywne konsekwencje błędów w tej dokumentacji oraz dostarczyć poprawioną dokumentację) albo jest w lepszej sytuacji od drugiej strony (np. wykonawca, z powodu zbyt krótkiego czasu na przygotowanie oferty, może nie być w stanie wycenić ryzyka wynikającego z nieprzewidywalnych warunków gruntowych, dlatego to zamawiający powinien ponieść związane z tym ryzyka, aby nie narażać wykonawcy na niedoszacowanie oferty a siebie na skutki z tym związane).
- B. Ryzyka powinny być lokowane zgodnie z priorytetami projektu. Jeżeli priorytetem jest krótki czas realizacji, to zamawiający może w takiej sytuacji alokować niektóre ryzyka po stronie wykonawcy, które standardowo są po stronie zamawiającego (np. uzyskanie pozwolenia na budowę, o ile uzyskanie takiego pozwolenia będzie łatwiejsze dla wykonawcy).
- C. Ryzyka powinny być dzielone między strony, gdy jest to zasadne. Często przykładem są nadzwyczajnie niekorzystne warunki klimatyczne, gdzie skutki w postaci wydłużenia czasu ponosi zamawiający a skutki w postaci dodatkowych kosztów ponosi wykonawca.

Niektóre (lub prawie wszystkie) ryzyka mogą być alokowane po stronie wykonawcy jeżeli uprzednio została przeprowadzona gruntowna analiza ryzyk, w wyniku której ustalono iż nie ma możliwości pojawienia się większych ryzyk w trakcie realizacji inwestycji, które zagroziłyby realizacji projektu. Trzeba jednak podkreślić, że w takiej sytuacji ryzyka muszą zostać zidentyfikowane lub musi być możliwe oszacowanie tych ryzyk w sposób transparentny. W przypadku bowiem wadliwego alokowania ryzyka spowodowanego złą analizą może nastąpić wadliwe oszacowanie ceny realizacji inwestycji, co może prowadzić do komplikacji na etapie udzielania zamówienia. Procedura przetargowa może bowiem znacząco się wydłużyć ze względu na dużą ilość zapytań oferentów, którzy w drodze wyjaśnień będą chcieli zdobyć dane niezbędne do oszacowania ryzyk. W wyjątkowych sytuacjach konieczne może być nawet unieważnienie procedury przetargowej. Z kolei udzielenie zamówienia zawierającego wadliwy podział ryzyk może prowadzić do wydłużonego i wadliwego wykonywania inwestycji, a koszty z tego tytułu poniosą nie tylko wykonawcy, ale również obywatele, jako użytkownicy inwestycji i podatnicy finansujący inwestycję.

1.2 Rozwiązania w projektach transportowych w Wielkiej Brytanii

W Wielkiej Brytanii od wielu lat starano się wypracować odpowiedni model udzielania zamówień na projekty transportowe. Starania te wynikały z problemów jakie napotymano w trakcie realizacji inwestycji (wydłużanie się realizacji inwestycji i wzrost kosztów), a także były podyktowane obawami branży budowlanej co do długoterminowych negatywnych skutków istniejącego stanu rzeczy. Efektem tych starań było podjęcie wielu strategicznych decyzji mających na celu rozwiązanie istniejących problemów.

A. Wzory NEC.

Jednym z głównych rozwiązań było wypracowanie w latach 80-tych nowego wzoru umownego, zwanego *New Engineering Contract* ('NEC'). Głównym celem NEC było zmotywowanie i zachęcenie uczestników procesu budowlanego do współpracy. Co więcej, wzory NEC dowiodły swojej roli jako skutecznego środka przeciwko „wojnom” zamawiającego z wykonawcą, które w każdym przypadku miały szkodliwy wpływ na realizację inwestycji.

Przygotowane przez inżynierów, wzory NEC są uważane za solidną podstawę poprawnego zarządzania projektami. Umowy te mogą być zastosowane do całego cyklu życia inwestycji – od fazy koncepcyjnej, poprzez projektowanie, budowę i zarządzanie użytkowaniem. Są one powszechnie stosowane w Wielkiej Brytanii przez publicznych zamawiających w dużych projektach infrastrukturalnych. Jako ostatni przykład stosowania wzorów NEC można podać budowę szeregu obiektów kolejowych oraz obiektów sportowych związanych z Igrzyskami Olimpijskimi 2012. Obecnie stosowana jest trzecia edycja wzorów, tzw. NEC3.

Istnieje ponad 10 wersji wzorów NEC3, przy czym każdy z wzorów ma zapisy podstawowe (nie ulegające zmianie) oraz zapisy opcjonalne, które należy wybrać, aby umowa była zupełna. Wśród zapisów opcjonalnych konieczne jest wybranie opcji wynagrodzenia, która będzie obowiązywać dla danej umowy. Jednym z rodzajów wynagrodzenia jest tzw. „cena docelowa” (*target price*). Jest to sposób rozliczenia inny od rozliczenia obmiarowego czy ryczałtowego. Mianowicie strony w trakcie negocjacji szacują cenę docelową, która jest następnie wpisywana do umowy. W trakcie realizacji robót wykonawca jest rozliczany za faktyczne koszty robót. Jeżeli w trakcie robót konieczne będzie dokonanie jakichś zmian w inwestycji (np. ze względu na błędy projektowe czy nieprzewidywalne warunki gruntowe) to uzgodniona cena wykonania tych zmian powiększa cenę docelową. Na końcu inwestycji dokonuje się porównania między ceną docelową (powiększoną o uzgodnione zmiany) a faktycznymi kosztami robót (w tym kosztami wykonanych zmian). Jeżeli faktyczne koszty robót będą mniejsze od ceny docelowej, to wykonawca i zamawiający dzielą się oszczędnościami w procencie ustalonym w umowie. Jeżeli faktyczne koszty przekroczą cenę docelową, to strony dzielą się stratami, choć zamawiający często ustalają limit przekroczenia ceny docelowej, powyżej którego odpowiedzialność za przekroczenie ceny ponosi wyłącznie wykonawca (*Guaranteed Maximum Price*). Taki rodzaj wynagrodzenia ma na celu zachęcenie stron do współpracy, gdyż obydwu stronom zależy na kontrolowaniu kosztów (za brak takiej kontroli obydwie strony ponoszą negatywne konsekwencje). Warto też

wskazać, że tego typu rozwiązanie zakłada, że zamawiający ma dostęp do danych rachunkowych wykonawcy w celu łatwego umożliwienia zamawiającemu weryfikowania bieżących wydatków wykonawcy (zasada tzw. „open books”).

W ramach formuł NEC3 przewidziany jest udział wykonawcy w procesie inwestycyjnym jeszcze na etapie przed zawarciem umowy na wykonanie robót (jest to przejaw tzw. wczesnego zaangażowania wykonawcy, polegającego na angażowaniu wykonawcy jeszcze przed zawarciem umowy na zaprojektowanie i wybudowanie robót). Mianowicie, z wykonawcą zawierane są umowy przed-wykonawcze na świadczenie usług przez wykonawcę, mające na celu pomoc zamawiającemu w przygotowaniu dokumentacji przetargowej. A zatem wykonawca, dzieląc się swoją wiedzą np. w zakresie technologii możliwych do zastosowania przy realizacji inwestycji, pomaga inwestorowi (projektantom) w takim przygotowaniu dokumentacji projektowej, aby uwzględniła ona zastosowanie tej technologii.

W przypadku wzorów NEC3, harmonogram robót jest kluczowym narzędziem do zarządzania projektem i ukazywania w jasny sposób wpływu zdarzeń zaistniałych w trakcie realizacji inwestycji na możliwość złożenia roszczeń o czas i koszty.

B. Protokół SCL

W Wielkiej Brytanii istnieje również wyjątkowe zestawienie zasad używanych do zarządzania opóźnieniami i zakłóceniami na projekcie, znane jako SCL Protocol (Protokół), które może być częścią umowy przez odwołanie się do niego³. Warto zwrócić uwagę, że Protokół przewiduje rozwiązania dla spotykanego często problemu równoczesnego opóźnienia (*concurrent delay*), a więc sytuacji, w której dwa lub więcej niezależnych zdarzeń powoduje opóźnienie przy czym co najmniej za jedno z tych zdarzeń odpowiada wykonawca, a co najmniej za jedno zamawiający. Ponadto, w Protokole można znaleźć wytyczne co do rzetelnego prowadzenia harmonogramu robót i dokumentowania postępu robót, jak i wzory zapisów umownych w tym zakresie.

C. Modelowanie Informacji o Budynku

Warto również wspomnieć o tzw. Modelowaniu Informacji o Budynku (Building Information Modeling – BIM), które dotyczy tworzenia za pomocą programu komputerowego wirtualnego odpowiednika inwestycji, co umożliwia lepsze przeanalizowanie poprawnego zaprojektowania inwestycji oraz znacznie ułatwia realizację procesu budowlanego wszystkim jego uczestnikom (projektantowi, inwestorowi, wykonawcy), a nawet zarządzanie wykonanym budynkiem. Ten wirtualny model inwestycji nie ogranicza się jednak do samego ukazania inwestycji w wymiarach 3D, ale zawiera w sobie szereg innych informacji (czas, koszt etc.), które mogą być wykorzystywane w trakcie cyklu życia projektu.

D. Rozwiązania ustawowe.

Szereg strategicznych decyzji zostało podjętych na szczeblu rządowym, włączając w to regulacje dotyczące prawa budowlanego. Przykładem jest *The Housing Grants, Construction and Regeneration Act (1996)* („Usta-

wa”). Ustawa, w art. 108, nakłada na strony umowy o roboty budowlane bezwzględny obowiązek skierowania sporu na drogę polubownego rozwiązania przez rozjemcę. W trakcie sporu rozjemczego strony muszą podejmować czynności w krótkich, określonych terminach. Przykładowo, spór musi zostać rozstrzygnięty przez rozjemcę w terminie 28 dni od notyfikacji o sporze. Jeżeli strona sporu nie zastosuje się do rozstrzygnięcia rozjemcy, to druga strona może skierować sprawę do sądu arbitrażowego (jeżeli został wybrany w umowie) albo do Sądu ds. Budowlanych i Technologii, sądu dedykowanego do rozwiązywania sporów w umowach budowlanych. W sprawie komisji rozjemczych będzie jeszcze mowa dalej w niniejszym artykule w pkt. 2.4.

1.3 Nieważne zapisy umowne w orzecznictwie niemieckim

Analizując kwestię efektywnego rozłożenia ryzyka nie sposób nie poruszyć kwestii zapisów umownych prowadzących do nierównomiernego ich rozłożenia. Niektóre z zapisów prowadzą do tak rażącego zachwiania równowagi stron, iż mogą zostać uznane za nieważne w pewnych porządkach prawnych. Jako przykład może posłużyć dorobek niemieckiego orzecznictwa, gdzie niemieccy sędziowie specjalizujący się w prawie budowlanym regularnie publikują nieważne postanowienia umowne. Poniżej przedstawionych jest kilka przykładów:

- A. „Dokumentacja projektowa, stanowiąca załącznik do umowy, została przekazana wykonawcy tylko w celach informacyjnych jako niewiążące propozycje; w tym zakresie wykonawca bierze na siebie odpowiedzialność za użyteczność i poprawność dokumentacji”. Innymi słowy umowa jest nieważna w zakresie w jakim przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za błędy w specyfikacji i dokumentach przygotowanych przez zamawiającego (Vygen 2013).
- B. „Wraz ze złożeniem oferty wykonawca gwarantuje, że oferta zawiera wszystko co jest niezbędne do wykonania prac”. Taki zapis jest nieważny, ze względu na brak jego transparentności. (05.06.1997 – VII ZR 54/96 BauR 1997, 1036, 1038 = NJW-RR 1997, 1513, 1514).
- C. „Ustalona cena jest niezmienna i nie może wzrosnąć ze względu na jakiegokolwiek roszczenia” oraz „zamawiający może żądać dodatkowych robót bez zapłaty dodatkowego wynagrodzenia, jeżeli takie prace są niezbędne do zakończenia robot”. Tego typu klauzule są nieważne także ze względu na brak przejrzystości (OLG Hamburg, Urt. v. 06.12.1995 – 5 U 215/94, Beschl. v. 05.06.1997 – VII ZR 54/96, ZfBR 1998, 35. 36 f.).
- D. „Wykonawca zapoznał się z warunkami geologicznymi i hydrologicznymi na terenie budowy i w związku z tym zrzeka się wszelkich roszczeń z tego tytułu”. Zapis ten jest nieważny, bowiem to po stronie zamawiającego leży obowiązek dostarczenia informacji co do warunków geologicznych i hydrologicznych, aby umożliwić przejrzystą procedurę oceny oferty wykonawcy (Vygen 2013).
- E. W umowach obmiarowych niedopuszczalny jest zapis umowny, zgodnie z którym „Wynagrodzenie nie może być wyższe niż zaakceptowana kwota umowna (cena

³ Pamiętać jednak należy, że Protokół powstał na gruncie prawa angielskiego, i nie wszystkie jego rozwiązania będą nadawały się do stosowania w umowie podlegającej prawu polskiemu



- oferty)". Taki zapis nie ma sensu, bowiem zamawiający nie wie w dniu zawierania umowy jakie ilości robót będą wykonane. Taki zapis umowny w sposób rażąco narusza równowagę stron (BGH, Urt. v. 14.10.2004 – VII ZR 190/03, BauR 2005, 94, 95 = NJW-RR 2005, 246 f.).
- F. Nieważne są zapisy w umowach opartych na wynagrodzeniu ryczałtowym, stwierdzające, że „jeżeli zajdą zmiany w ilościach robót, zostaną one obmierzone i zafakturowane na podstawie cen jednostkowych”. Taki zapis jest sprzeczny z naturą wynagrodzenia ryczałtowego (Vygen, 2013).
- G. Nieważne są zapisy umowne, które w sposób rażąco niekorzystny dla wykonawcy regulują kwestie związane z czasem na realizację robót, np.: „Wykonawca rozpocznie roboty niezwłocznie po uzyskaniu polecenia od zamawiającego; czas na ukończenie wynosi 5 miesięcy”. Taki zapis, ze względu na jego niejasność, jest nieważny. Wykonawca nie wie kiedy rozpoczną się roboty. Taki zapis byłby skuteczny tylko pod warunkiem, że wykonawcy przysługuje roszczenie o zwrot kosztów poniesionych w związku z faktem, iż nie jest w stanie ustalić początkowego momentu rozpoczęcia robót (*minimally the adjustments for changes in cost; see BGH, Urt. v. 10.09.2009 – VII ZR 152/08. BauR 2009, 1901, 1904 = NJW 2010, 522, 524*).
- H. „Wykonawca udziela gwarancji dotrzymania terminu. Wykonawca jest odpowiedzialny za wszelkie prawne i administracyjne koszty i żądania...”. Taki zapis jest nieważny, bowiem wykonawca na jego podstawie jest potencjalnie odpowiedzialny za opóźnienia w działaniach stron trzecich np. organów państwowych. W konsekwencji taki zapis jest rażąco niekorzystny dla wykonawcy (Vygen, 2013).
- I. „Zawieszenie umowy na okres przekraczający 3 miesiące nie upoważnia wykonawcy do odstąpienia od umowy, żądania zwrotu kosztów lub domagania się odszkodowania”. Zapis taki jest nieważny jako rażąco niekorzystny dla wykonawcy.
- J. Kolejnym zapisem nieważnym ze względu na rażące naruszenie równowagi stron, jest zapis zgodnie z którym „odbior robót w drodze faktycznego użytkowania robót przez zamawiającego jest wykluczony (zamawiający upoważnia swojego przedstawiciela do ustalenia daty odbioru bez konieczności wskazania terminu dokonania takiego ustalenia)”. Nie jest możliwe ustalenie kiedy dokładnie nastąpi odbiór robót (Vygen 2013).

1.4 Przekroczenie Budżetu

Nawet najbardziej wydajne rozlokowanie ryzyk, rzetelne przygotowanie dokumentacji projektowej i przeprowadzenie procedury przetargowej, nie zagwarantuje, iż nie dojdzie do przekroczenia budżetu (*cost overrun*) przewidzianego na zrealizowanie projektu. Przekroczenie budżetu następuje poprzez poniesienie kosztu nieprzewidzianego w budżecie na skutek niedoszacowania w nim aktualnych kosztów projektu. Przekroczenia budżetu nie da się kontrolować, dlatego należy je odróżnić od wzrostu kosztów, które zostały przewidziane w budżecie, np. przewidziane wzrosty kosztu na skutek inflacji.

Duże projekty budowlane są szczególnie podatne na przekroczenie budżetu. Powodów takiego stanu rzeczy jest kilka.

Po pierwsze, trudne może być przewidzenie całkowitego kosztu budowy ze względu na specyfikę projektu, bowiem w pewnych przypadkach zaawansowana technologia wykorzystywana do budowy lub stanowiąca jej element może powodować wiele komplikacji. Wiele technologii jest tak zaawansowanych, iż wykorzystujący je uczestnicy procesu budowlanego nie zawsze wiedzą w czym tkwi problem gdy technologia zawodzi. Podnosi się często, że trudności związane ze skomplikowanymi technologiami potęgują się, gdy prace wykonywane są w pośpiechu ze względu na napięty harmonogram.

Po drugie, nie można pominąć wpływu lokalnych polityków, którzy mogą zaniżać wartość budżetu, aby uzyskać zgodę odpowiednich instytucji państwowych na rozpoczęcie inwestycji. Ponadto, politycy tak lokalni jak i na szczeblu parlamentu kreują dodatkowe wymagania co do inwestycji będących w trakcie budowy, co znacznie podwyższa koszty ich wykonania.

Po trzecie, nierealne terminy realizacji inwestycji bądź jej etapów mogą prowadzić do zakończenia robót w pośpiechu, co może prowadzić do ich wadliwego wykonania i kolejnych kosztów związanych z ich usunięciem.

Przykłady przekroczenia budżetu można mnożyć. Jednym z nich jest budowa Eurotunelu, łączącego Wielką Brytanię z Francją, o długości 50,5 km. Projekt został zrealizowany w systemie BOT (buduj-eksploatuj-przekaż), gdzie wykonawcy robót udzielono koncesji na ich użytkowanie. Koszt budowy został pokryty ze środków prywatnych, przy czym szacowany koszt w 1985 roku wynosił 2,6 mld funtów, a w 1994 roku (zakończenie budowy) koszt wyniósł 4,65 mld funtów – ponad 80% przekroczenie budżetu. Głównymi powodami przekroczenia budżetu była konieczność zwiększenia bezpieczeństwa pracowników i robót, a także zwiększające się wymagania w zakresie ochrony środowiska.

Kolejnym przykładem może być budowa międzynarodowego lotniska Willego Brandta. W 2006 roku koszty budowy zostały oszacowane na 2 mld EUR, ale po czterech wydłużeniach terminu realizacji robót, koszty wzrosły do 4,4 mld EUR. Wiele z tych kosztów dotyczyło kosztów utrzymywania prawie zakończonych robót (ale nie oddanych do użytkowania z różnych powodów), w tym konieczności codziennego przejazdu kolei podmiejskiej 8 kilometrowym odcinkiem do nieukończonego lotniska, aby zapobiec rdzewieniu nowych torów kolejowych. Dodatkowo, na skutek działań polityków, mówi się o ok. 300 zmianach ad hoc (w tym żądanie w końcowej fazie budowy uwzględnienia w inwestycji realizacji centrum handlowego), które zaowocowały potężnym wzrostem kosztów i kilkoma przedłużeniami realizacji inwestycji.

Sala koncertowa w Hamburgu, której budowa miała zakończyć się w 2010 roku, jest kolejnym przykładem. Realizację projektu rozpoczęto w 2006 roku, przy szacowanym w 2005 roku budżecie w wysokości 186 mln EURO. Obecnie planuje się zakończenie tego obiektu w 2017 roku, a koszt całkowity szacuje się na 800 mln EUR.

Część 2 - Rozstrzyganie sporów

2.1 Dobre praktyki w rozstrzyganiu sporów

Specyfika umów o roboty budowlane wyraża się m.in. w znacznej ilości materializujących się ryzyk związanych z realizacją robót. Strony umawiające się z reguły alokują ry-

zyka po tej stronie, która najlepiej może kontrolować dane ryzyko. Nierzadko zdarza się, że strony mają rozbieżne stanowisko co do tego kto odpowiada na podstawie umowy za dane ryzyko. Powodem może być źle skonstruowana umowa lub jej nieznamość. Powodem może też być niechęć stron do ponoszenia danego ryzyka, brak doświadczenia czy nieuwzględnianie długoterminowych skutków właściwego podziału ryzyk.

Te jak i inne powody często stają się przyczyną powstawania sporów choć każda dobrze skonstruowana umowa o roboty budowlane zawiera postanowienia dotyczące ich rozstrzygania. Rozstrzyganie sporów w sprawach budowlanych, aby było efektywne, wymaga szybkości, nieformalnego podejścia oraz znajomości branży. Wynika to z prostego faktu, iż nierozstrzygnięty spór bardzo często hamuje realizację przynajmniej części inwestycji. Dlatego im szybciej nastąpi rozstrzygnięcie sporu tym większa jest szansa, że nie będzie on miał wpływu na finalne zakończenie robót. Aby spór mógł zostać rozstrzygnięty bez zbędnej zwłoki powinien on być rozstrzygany przez ekspertów nie muszących się uczyć szeregu zagadnień niezbędnych do rozstrzygnięcia sporu, a także powinien być on rozstrzygany w sposób nieformalny, aby skupić się na istocie sprawy, a nie tracić czasu na kwestie formalne.

Mając powyższe na uwadze, szybką i relatywnie tanią alternatywą dla sądownictwa powszechnego i arbitrażu jest coraz bardziej popularne rozjemstwo, w którym niezależna komisja rozjemcza, składająca się z ekspertów, rozstrzyga spory między stronami umowy.

2.2 Komisje rozjemcze

Koncepcja komisji rozjemczych powstała w USA, gdzie komisje systematycznie działają od ponad 30 lat. Jedną z najwcześniej zanotowanych inwestycji korzystającej z takiego rozwiązania była Tama Graniczna w Waszyngtonie, powstała w latach 60-tych XX wieku. Po sukcesie, jaki odnotowały komisje rozjemcze, zastosowanie ich we wzorach umów wprowadził Bank Światowy oraz FIDIC, co przyczyniło się do znaczącego ich rozwoju (Chern, 2010).

Komisja rozjemcza jest ciałem stworzonym do rozstrzygania sporów powstałych na tle realizacji inwestycji, zanim zostaną one skierowane do sądu bądź arbitrażu. Generalnie, można wyróżnić dwa rodzaje komisji: (1) komisje opiniujące (*dispute resolution boards*), które wydają niewiążące opinie oraz (2) komisje orzekające (*dispute adjudication board*) wydające wiążące decyzje.

W praktyce, nie ma zbyt wiele alternatyw dla komisji rozjemczych. Sądownictwu powszechnemu (państwowemu) brakuje z reguły doświadczenia i odpowiedniej wiedzy. Także sądy arbitrażowe mają problemy z szybkim rozstrzyganiem sporów budowlanych. Oczywiście, inaczej wygląda sytuacja w krajach, gdzie zostały stworzone odpowiednie wyspecjalizowane sądy państwowe – tak jak miało to miejsce w Wielkiej Brytanii czy Niemczech, albo został stworzony specyficzny system arbitrażowy specjalizujący się w sporach budowlanych – tak jak to miało miejsce w Holandii (Lloyd, 2009).

Co więcej, zarówno sądownictwo powszechne jak i niewyspecjalizowany arbitraż są kosztowne. Warto zwrócić uwagę na niewyspecjalizowany arbitraż, który staje się coraz bardziej niewydolny (choć pomimo tego sprawy bu-

dowlane wciąż stanowią duży udział spraw arbitrażowych, bowiem wg danych ICC, sprawy budowlane i inżynierskie stanowiły w 2010 roku prawie 17% wszystkich spraw rozstrzyganych przez Trybunał). W 2011 roku Instytut Biegłych Arbitrów zorganizował konferencję w Londynie pn. *Koszty w Międzynarodowym Arbitrażu*. Okazało się, że typowe koszty, które strona wydaje na proces arbitrażowy (z wyłączeniem egzekucji) wynosiły ok. 1.5 mln funtów przy czym średnia wartość roszczenia dochodzonego przez stronę wynosiła poniżej 10 mln funtów. W 25% spraw, gdzie wartość roszczenia wahała się między 10-50 mln funtów, koszty przekroczyły 5 mln funtów. W ponad 50% spraw, których wartość sporu przekraczała 100 mln funtów, koszty wynosiły ponad 5 mln funtów. Prawie 75% kosztów stanowiły koszty zewnętrznej obsługi prawnej.

Chern (2010) w artykule dotyczącym roli komisji rozjemczych w inwestycjach budowlanych stwierdza:

„Statystyki pokazują, że gdyby na projekcie funkcjonowała stała komisja rozjemcza, ok. 99% spraw przekazywanych jej do rozstrzygnięcia kończyłaby się w okresie poniżej 90 dni przy kosztach rzędu 2% wartości roszczenia”.

Sami sędziowie przyznają, że alternatywne rozwiązywanie sporów (ADR) jest lepszym modelem dla rozstrzygania sporów budowlanych. Prawda jest jednak taka, że to nie sędziowie, a zamawiający wybiera metodę ich rozstrzygania.

2.3 Unikanie sporów

Uczestnicy procesu budowlanego są postrzegani jako podmioty często procesujące się między sobą. Chern (2010) podaje dane z Australii, gdzie 50% wszystkich kosztów prawnych związanych z budownictwem dotyczy właśnie sporów. W prawie 10% projektów, koszty prawne stanowiły 8%-10% ich wartości. Spory są naturalną częścią projektów budowlanych ze względu na ilość ryzyk, które potencjalnie mogą zaistnieć na projekcie. Sporów nie da się całkowicie uniknąć, ale uczestnicy procesu budowlanego powinni podjąć wszystkie możliwe środki w celu ich wyeliminowania. Pewnym utrudnieniem przy podejmowaniu tych środków może być fakt, iż często uczestnikami procesu są konsorcja, które muszą najpierw wewnątrz własnej struktury wypracować zgodne stanowiska, co często wydłuża proces decyzyjny. Unikanie sporów jest jednak możliwe poprzez należyte przygotowanie procedury realizacji inwestycji, uwzględniając w tym wybranie konsultantów, projektantów czy właściwej metody realizacji robót. Inne kluczowe aspekty pozwalające na unikanie sporów to: a) udzielenie zamówienia doświadczonemu wykonawcy, który zaoferował realną cenę za swoje prace, b) prawidłowe rozłożenie ryzyk między uczestników procesu budowlanego, c) ustalenie właściwych procedur w zakresie zarządzania czasem, zmianami, roszczeniami i sporami, a także rozstrzygania sporów (zwykle wyłonienie komisji rozjemczej może być jednym z najbardziej efektywnych narzędzi mających na celu uniknięcie sporów).

2.4 Ustawowe komisje rozjemcze

Ustawowe komisje rozjemcze zostały uregulowane w Wielkiej Brytanii, gdzie w 1998 roku wszedł w życie *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* ('Ustawa'). Poza kilkoma wyjątkami, Ustawa wyposaża każ-



dą ze stron umowy budowlanej w prawo do jednostronnego skierowania w dowolnym czasie jakiegokolwiek sporu na drogę rozjemstwa, które jest obowiązkowym etapem ustawowego rozstrzygnięcia sporu. Przed wprowadzeniem Ustawy, głównymi sposobami rozwiązywania sporów był albo sąd powszechny albo arbitraż. Obydwa te rozwiązania okazały się jednak niesatysfakcjonujące ze względu na czas potrzebny na wydanie wyroku, koszty i znaczną ilość przesłuchań świadków. Od późnych lat 70-tych przez lata 80-te XX wieku wzrosła liczba spraw budowlanych w sądach powszechnych, co spowodowało znaczne wydłużenie w rozstrzygnięciu sporów. Rozstrzygnięcia zapadały nawet po upływie dwóch lat. Podobnej ilości czasu potrzebowały sądy arbitrażowe. Co więcej branża budowlana znana była z opóźnień w płatnościach co nasiliło się w związku z recesją ekonomiczną na początku lat 90-tych. W takich okolicznościach, mając na uwadze fakt, iż sądownictwo państwowe i arbitrażowe niezbyt skuteczne egzekwowało zapłatę zasądzonych pieniędzy, rząd Wielkiej Brytanii wraz z przedstawicielami przemysłu budowlanego upoważnili lorda Michała Lathama do sporządzenia raportu na temat branży budowlanej. Opublikowany w 1994 roku raport rekomendował m.in. wprowadzenie ustawowego rozjemstwa.

Głównym celem rozjemstwa było polepszenie przepływu gotówki oraz wprowadzenie tymczasowych środków rozstrzygających kwestie sporne, ale wiążących do czasu wydania przez sąd państwowy lub arbitraż, zgodnie z maksymą: „najpierw płać, a potem się spieraj”.

W początkowej fazie rozjemstwa, jedną z obaw był brak chęci uczestniczenia w rozjemstwie przez słabszą stronę (w szczególności podwykonawców), bowiem mogłoby to zaowocować ograniczeniem możliwości zdobywania nowych kontraktów przez taką „kłótniawą” stronę. Obawy te okazały się jednak niezasadne, a rozjemstwo szybko stało się w Wielkiej Brytanii jedną z najbardziej popularnych metod rozwiązywania sporów w umowach budowlanych.

Dzisiaj, ogólnie przyjętym faktem jest, że rozjemstwo okazało się sukcesem i wciąż jest uważane za najlepszy sposób rozwiązywania sporów w Wielkiej Brytanii. Szybkość i koszty rozjemstwa pozostają w kontraście do problemów związanych z arbitrażem i sądownictwem państwowym. Co więcej, popularność rozjemstwa skutkowałą zmniejszeniem liczby spraw sądowych i arbitrażowych.

Kolejnym powodem do uznania rozjemstwa za sukces jest chęć sędziów brytyjskich do egzekwowania decyzji rozjemców. Strona przegrywająca nie może uciec przed wypełnieniem obowiązków nałożonych decyzją komisji rozjemczej (skuteczną do czasu innego rozstrzygnięcia sądu bądź arbitrażu), chyba że wykaże brak jurysdykcji sądów brytyjskich albo nadużycie podstawowych zasad prawa. Ta silna polityka egzekwowania decyzji rozjemców pomaga w osiągnięciu celu, jaki był stawiany komisjom rozjemczym, tj. przepływie gotówki w budownictwie.

2.5 Rozwiązywanie sporów na Węgrzech

Na Węgrzech przyjęto specyficzne rozwiązania w zakresie rozstrzygnięcia sporów zaistniałych na projekcie budowlanym. Mianowicie, 1 lipca 2013 roku weszła w życie ustawa o organie eksperckim poświadczającym wykonanie robót („UOE”), która utworzyła organ ekspercki (OE) oraz zasady jego funkcjonowania. Do kompetencji OE należy wyłącznie

rozstrzygnięcie sporów, przy czym strony niezadowolone z decyzji OE mogą odwołać się do sądu powszechnego albo arbitrażu, jeżeli ten ostatni został przewidziany w umowie. Powodem do wprowadzenia UOE był znaczący wzrost sporów sądowych dotyczących inwestycji budowlanych. Spory występowały przede wszystkim między zamawiającym a wykonawcą, ale również, w mniejszym stopniu, między wykonawcą a podwykonawcą. Rozstrzygnięcie sporów zajmowało lata. Przepisy UOE dotyczą wszystkich projektów budowlanych na Węgrzech. UOE stanowi, iż nieważne są zapisy umowne, które wyłączają lub ograniczają kompetencje OE albo przewidują negatywne konsekwencje dla strony inicjującej rozpoczęcie postępowania przed OE. Dlatego, jeżeli inwestycja budowlana jest wykonywana na terytorium Węgier, umowa o realizację tej inwestycji musi uwzględniać bezwzględnie obowiązujące przepisy UOE i nie jest możliwe ich ominięcie nawet przez wybranie prawa innego kraju jako prawa mającego zastosowanie do umowy.

Warto odnotować, że OE nie ma uprawnienia do rozstrzygnięcia wszelkich sporów zaistniałych na projekcie budowlanym. Jego jurysdykcja dotyczy spraw:

- a) związanych z wykonawstwem robót, gdy nie został wydany protokół odbioru;
- b) których przedmiotem jest spór co do tego czy został wydany protokół;
- c) w zakresie braku wymagalnej płatności;
- d) w których kwestionowane jest wykonanie praw z dodatkowych zabezpieczeń umowy (gwarancji, zastawu, poręczenia).

Część 3 – Praktyka w nowych krajach członkowskich UE

3.1 Wstęp

W ostatnich latach nowe kraje członkowskie UE („UE”), w związku z ich rozwojem oraz integracją z krajami rozwiniętymi, otrzymały znaczące wsparcie finansowe na realizację dużych inwestycji w zakresie projektów transportowych. Część środków otrzymanych przez te kraje pochodziła od międzynarodowych instytucji, takich jak Bank Światowy („BŚ”), a część od europejskich instytucji, np. z UE czy Europejskiego Banku Inwestycyjnego („EBI”).

Warto zwrócić uwagę, że właśnie takie instytucje jak EBI, Europejski Bank Rozwoju Regionalnego lub BŚ respektują i promują w swoich wytycznych zasady sprawiedliwego i wydajnego rozłożenia ryzyka. W dokumentach tych instytucji możemy znaleźć takie wytyczne jak: „warunki umowne winny być rozsądne i sprawiedliwe”, lub „warunki umowne powinny być konstruowane w ten sposób, aby ryzyka były alokowane w sposób sprawiedliwy z uwzględnieniem podstawowego celu jakim jest uzyskanie najlepszej ceny przy najbardziej wydajnym wykonaniu umowy (...). Jeżeli jest to odpowiednie, to umowy winny być oparte na uznanych międzynarodowych wzorach umownych”.

Co więcej, jeszcze przed akcesją do UE, w późnych latach 90-tych, został wprowadzony obowiązek stosowania przez kraje aspirujące do UE, warunków umownych FIDIC, a więc uznanych na świecie warunków, charakteryzujących się równym traktowaniem stron i optymalną metodą realizacji robót. Obowiązek ich stosowania nakładały międzynarodowe i europejskie instytucje finansowe, które pod tym warun-

kiem udzielały wsparcia finansowego (obecnie, w odniesieniu do krajów które stały się członkami UE, nie ma obowiązku stosowania tych warunków jeżeli środki finansowe pochodzą z UE, chyba że dany kraj członkowski wprowadzi taki obowiązek na mocy wewnętrznego ustawodawstwa, tak jak miało to miejsce w Rumunii). Autorzy warunków umownych FIDIC w sposób zamierzony ustalili w większości tych wzorów zbalansowany podział ryzyk (z wyjątkiem warunków na realizację EPC/pod klucz, ujętych w tzw. srebrnej książce, skierowanej do sektora prywatnego). W krajach rozwiniętych powszechnie uważa się stosowanie *warunków dla budowy* (czerwona książka) oraz *warunków dla urządzeń oraz projektowania i budowy* (żółta książka) za optymalne, jako dające w dłuższej perspektywie najlepsze rezultaty i najniższy koszt realizacji projektów transportowych.

Jednakże zamawiający z nowych krajów UE niechętnie stosują się do wytycznych instytucji finansujących inwestycje i zmieniają standardowy rozkład ryzyk zawarty w warunkach umownych FIDIC na niekorzyść wykonawców. Tym samym doprowadzają w istocie do tworzenia jednostronnych umów, w których równowaga stron zostaje w sposób rażący zmieniona na niekorzyść wykonawcy. Takie umowy są wypaczeniem celów, które przyświecały twórcom FIDIC i trudno w ogóle mówić, że przy umowie tak drastycznie zmieniającej warunki FIDIC, jest to jeszcze umowa oparta na tych warunkach.

W Zestawieniu Rozwiązań Zawartych w Jednostronnych Umowach (JICA, 2011⁴) („Zestawienie”), wskazano cztery typowe modyfikacje umów, tworzące jednostronne umowy:

- nieracjonalne ograniczanie uprawnień wykonawców;
- nieracjonalne rozszerzanie obowiązków wykonawców lub przerzucanie odpowiedzialności na wykonawców;
- ograniczanie uprawnień inżynierów do dokonywania określeń na podstawie subklauzuli 3.5 warunków FIDIC (dotyczy umów opartych na warunkach FIDIC);
- ingerowanie w decyzje komisji rozjemczych (dotyczy umów, które przewidywały w swoich warunkach działanie takich komisji).

Wiele jest powodów takiego przerzucania na wykonawcę większości ryzyk związanych z realizacją inwestycji (zarówno przy umowach opartych o warunki FIDIC jak i innych umowach). Część z tych powodów to sygnalizowane we wstępie dawne przyzwyczajenia, które wykształciły wciąż obecną wśród zamawiających postawę obojętności, realizowania inwestycji minimalnym wysiłkiem zamawiającego czy nie patrzenia na długoterminowe skutki podejmowanych decyzji.

Jako kolejny powód trzeba wskazać na odpowiedzialność zamawiających w stosunku do nadrzędnych jednostek za jakiegokolwiek wydatki powstające w związku z realizacją inwestycji. Przerzucenie ryzyk na wykonawcę, w ocenie zamawiających, spowoduje, że wszelkie wydatki powstałe na skutek zmaterializowania ryzyk, poniesie wykonawca w ramach wynagrodzenia uzgodnionego na etapie zawierania umowy, a zamawiający nie będzie musiał się tłumaczyć z wydatków ponad uzgodnione w umowie.

Niechęć do ponoszenia ryzyk przez zamawiającego może być też spowodowana negatywnymi doświadczeniami co do dotychczasowych projektów, które uległy znacznemu wydłużeniu i wzrostowi kosztów, a także brakiem inżyniersko-menedżerskiego know-how przy kontrolowaniu wykonywania inwestycji (Bianica 2013).

Kolejnym powodem przenoszenia ryzyk na wykonawców jest fakt, iż czasem zamawiający doprowadzają do rozpoczęcia robót za wszelką cenę, bez odpowiedniego przygotowania. Powody takiego działania mogą mieć charakter finansowy (warunki nałożone przez pożyczkodawców), polityczne (zakończenie projektu przed następnymi wyborami), ekonomiczny (niezbędna potrzeba wybudowania drogi czy tunelu), czy wynikający z nieuczciwości (korupcja) lub zobowiązań międzynarodowych (dwustronnych lub wielostronnych umów dotyczących rozwoju infrastrukturalnego, np. budowy transgranicznej autostrady) etc.

Ciekawą listę powodów, którymi kierują się zamawiający, gdy tworzą jednostronne warunki umowne, można znaleźć w powołanym wyżej Zestawieniu. W artykule ograniczymy się jednak do podania tylko tych powodów tworzenia jednostronnych umów zawartych w Zestawieniu, które wyżej jeszcze nie zostały wymienione:

- brak właściwego budżetu na realizację projektu;
- brak zrozumienia przez zamawiających potrzeby właściwego rozłożenia ryzyk, umiejętności zarządzania umową oraz zrozumienia roli jaka przypada zamawiającemu;
- brak szukania konstruktywnych interpretacji prawa (w granicach dopuszczalnych prawem), uwzględniających specyfikę procesu budowlanego.

Wszystkie powyżej wskazane powody nie uwzględniają krótko i długoterminowych skutków przerzucania ryzyk na wykonawców. W praktyce bowiem projekty realizowane na podstawie jednostronnych umów nierzadko nie zostają dokończone, a prawie na pewno kończą się sporami sądowymi. Wykonawca, który zaakceptował umowę z rażąco nierównym rozłożeniem ryzyk, będzie bronił swoich praw na podstawie ogólnych zasad prawa. Na przykład, w krajach opartych na systemie prawa cywilnego, będzie korzystał z instytucji bezpodstawnego wzbogacenia czy nienależytego wykonania umowy, co może zaowocować korzystnym dla wykonawcy rozwiązaniem sporu, ze względu na sprzeczne z naturą zobowiązania i ekwiwalentności świadczeń ograniczenie odpowiedzialności zamawiającego. Drugim, jeszcze gorszym rozwiązaniem dla zamawiającego, może być rozwiązanie umowy w sytuacji, gdy nastąpi ryzyko, którego wykonawca nie uwzględnił w swojej ofercie. Kolejnym scenariuszem jest upadłość wykonawcy ze względu na koszty wynikłe z zaistniałego ryzyka na umowie. W obydwu ostatnich przypadkach zamawiający musi przeprowadzić nowe postępowanie mające na celu wybór nowego wykonawcy, który dokończy przerwana inwestycję oraz rozstrzygnąć kwestie sporne z poprzednim wykonawcą.

Zamiast zrealizować projekt w podstawowym terminie, ulega on znacznemu wydłużeniu ze względu na spory lub wybór nowego wykonawcy. Oczywiście z wydłużeniem realizacji robót wiąże się też znaczny wzrost kosztów.

4 JICA (2011), Zestawienie Rozwiązań Zawartych w Jednostronnych Umowach, przeznaczone do wykorzystania wraz ze wzorami dokumentacji przetargowej używanej przez JICA w ramach instrumentu - Japońskiej Oficjalnej Pomocy w Rozwoju (Japan ODA): http://www.jica.go.jp/activities/schemes/finance_co/procedure/guideline/pdf/check_e.pdf (obowiązuje od 1 marca 2014 roku). Zestawienie to ma głównie na celu zweryfikowanie czy dana umowa została sporządzona właściwie (z zachowaniem równowagi stron) czy też została sporządzona w sposób jednostronnie korzystny dla zamawiającego.



We wspomnianym wyżej Zestawieniu zostały także wskazane problemy wynikłe z tworzenia jednostronnych umów tj.:

- brak wyboru oferty lub problemy z jej wyborem;
- utrudnienia w realizacji projektu;
- brak udziału w postępowaniu przetargowym wykonawców świadomych ryzyk i zdolnych do zrealizowania projektu;
- udzielanie zamówienia oferentowi, który nie oszacował lub wadliwie oszacował ryzyka związane z realizacją projektu;
- słaba jakość robót i opóźnienia w ich realizacji ze względu na brak przewidzenia ryzyk;
- podważanie znaczenia szacunku i zaufania między stronami;
- nieudokumentowanie roszczeń przez wykonawców;
- częste spory między zamawiającym a wykonawcą;
- wyższe ceny oferentów lub/ oraz większe rozbieżności między ceną oferty a kosztami realizacji;
- w ekstremalnych sytuacjach – rozwiązanie umowy.

3.2 Niewydajne alokowanie ryzyk na umowach opartych o warunki FIDIC

Niektórzy zamawiający z krajów postkomunistycznych udzielają zamówień publicznych finansowanych z Unii Europejskiej w oparciu o warunki umowne FIDIC. Jednakże zamawiający w sposób rażąco przekształcają treść tych warunków, wypaczając rozkład ryzyk, jaki przyświecał twórcom tych warunków.

Główna tendencja polega na dostosowaniu umów opartych o tzw. żółtą lub czerwoną książkę do rozwiązań zawartych w srebrnej książce, w której ryzyka są w znaczący sposób przeniesione na wykonawcę. W ten sposób, zamawiający unikają podstawowych ryzyk, takich jak nieprzewidziane warunki gruntowe czy błędy w dokumentacji dostarczanej przez zamawiającego.

Trzeba zatem zwrócić uwagę, iż srebrna książka FIDIC, ze względu na specyfikę alokacji ryzyk przewidzianych dla umów EPC („pod klucz”), jest ze swojej natury nieodpowiednia do stosowania do dużych inwestycji transportowych. We wstępie do srebrnej książki FIDIC wskazał sytuacje, w których zasadne jest jej zastosowanie. Mianowicie, dla części inwestycji istotnym jest, aby cena, a często również termin zakończenia robót, były niezmiennie. Chodzi o inwestycje, w których zamawiający są skłonni zapłacić więcej, często znacznie więcej, jeżeli wykonawca jest w stanie zapewnić ich, że cena i termin zakończenia nie zostaną przekroczone. Wśród takich projektów znajdziemy przede wszystkim projekty realizowane przez inwestorów komercyjnych wymagających większej pewności co do ceny, niż jest to dopuszczalne przy żółtej i czerwonej książce (tradycyjnych wzorach FIDIC). Często inwestycje te są tylko częścią bardziej skomplikowanego przedsięwzięcia i niedotrzymanie terminu realizacji inwestycji opartej na srebrnej książce może zagrozić zrealizowaniu całej inwestycji. Ponadto, w celu osiągnięcia większej pewności ceny kontraktowej, częstym wymogiem stawianym wykonawcy jest obowiązek przyjęcia ryzyka nieoczekiwanych podziemnych

warunków oraz błędów w wymaganiach zamawiającego co do celu przez niego oczekiwanego. Oczywiście, jeżeli wykonawca ma wziąć na siebie takie ryzyka, to zamawiający musi umożliwić wykonawcy zweryfikowanie wszelkich niezbędnych informacji wymaganych do oszacowania ceny, w tym musi dać wykonawcy odpowiednio długi czas na wykonanie tych czynności. Zamawiający musi sobie również zdawać sprawę, iż żądanie od wykonawców poniesienia takich ryzyk musi się wiązać ze znacznym wzrostem ceny, co może czynić takie projekty nierentownymi.

Koniecznym jest, aby zamawiający byli w stanie rozróżnić między żółtą, czerwoną a srebrną książką. FIDIC wskazuje przypadki, kiedy należy zastosować czerwoną lub żółtą książkę (a tym samym kiedy nie stosować rozwiązań przyjętych w srebrnej książce):

- niewystarczająca ilość czasu dla oferentów do zweryfikowania wymagań zamawiającego lub zweryfikowania zakresu obowiązków, oszacowania ryzyk;
- jeżeli prace wymagają znacznych podziemnych prac lub będą na terenach, których oferenci nie mogą należyście zweryfikować;
- jeżeli zamawiający zamierza aktywnie nadzorować prace wykonawcy, w tym większość prac projektowych;
- jeżeli każda płatność przejściowa ma być poświadczana przez przedstawiciela zamawiającego.

Dlatego to właśnie żółta lub czerwona książka jest właściwą do zastosowania przy dużych inwestycjach transportowych. Przy takich inwestycjach teren budowy zajmuje znaczny obszar, którego gruntowne zweryfikowanie przed rozpoczęciem prac najczęściej nie jest możliwe. Co więcej, na tak dużym terenie budowy wzrasta szansa zajścia nieprzewidywalnych zmian w warunkach podpowierzchniowych w trakcie trwania inwestycji, które w żaden sposób nie mogły zostać uwzględnione w dokumentacji otrzymanej od zamawiającego. Ponadto, najczęściej zamawiający nie zapewniają wykonawcom wystarczającej ilości czasu potrzebnego do gruntownego zbadania terenu budowy czy dokumentacji dostarczanej przez zamawiającego.

Niestety, zamawiający nie biorą pod uwagę powyższych okoliczności i dokonują znaczącego przeniesienia ryzyk, które winni sami ponosić. W szczególności, zamawiający często uniemożliwiają wykonawcom żądanie dodatkowych kosztów bądź czasu w przypadku nastąpienia ryzyk w zakresie wytyczenia robót (subklauzula 4.7 warunków umownych [WK] FIDIC), złych danych dotyczących terenu budowy (subklauzula 4.10 WK FIDIC), nieprzewidywalnych warunków gruntowych (subklauzula 4.12 WK FIDIC) oraz błędów w wymaganiach zamawiającego (subklauzula 1.9 oraz 5.1 WK FIDIC żółta książka).

3.3 Stosowanie warunków FIDIC na przykładzie Rumunii

Wzory umowne FIDIC są często używane w Rumunii. Co więcej, rząd rumuński wprowadził niedawno warunki FIDIC jako część wewnętrznej legislacji⁵, ich stosowanie jest obecnie obowiązkowe przy większych projektach infrastrukturalnych. W zakresie projektów transportowych przetargi przeprowadzane są przez Rumuńską Generalną Dyрекcję Dróg

⁵ Ustawa nr 1405/2010 z 28 grudnia 2012 roku o obiektach inwestycyjnych w projektach infrastrukturalnych o znaczeniu narodowym, finansowanych z pieniędzy publicznych

Krajowych i Autostrad (RGDDKiA). Dla celów niniejszego artykułu RGDDKiA będzie nazywana zamawiającym.

Od 2000 do 2010 roku władze rumuńskie stosowały przede wszystkim czerwoną książkę ze względu na ustawodawstwo rumuńskie, które wymagało obmierzenia zakończonych prac przy użyciu niezmiennych jednostek oraz cen jednostkowych. Jednakże zamawiający bez przerwy napotykał problemy przy realizowaniu umów ze względu na:

- a) zbyt powolne procedury wywłaszczające właścicieli terenów pod drogi, od których zależne było przekazanie placu budowy (subklauzula 2.1 WK FIDIC);
- b) błędy w wytycznych (subklauzula 4.7 WK FIDIC);
- c) błędy w danych o placu budowy (subklauzula 4.10 WK FIDIC);
- d) konieczność poprawiania dokumentacji projektowej ze względu na inne warunki panujące na terenie robót niż wskazane w dokumentacji;
- e) powolne procedury w uzyskiwaniu zezwoleń na realizację robót (subklauzula 2.2 WK FIDIC).

W ostatnich latach, zamawiający zaczęli stosować żółtą książkę (zaprojektuj-wybuduj), w celu przerzucenia powyższych problemów na wykonawcę, w tym zminimalizowania ryzyk i błędów w dokumentacji projektowej dostarczanej wykonawcy, powstających na skutek przygotowywania ich w zbyt krótkim czasie. W ten sposób, odpowiedzialność za projektowanie została przeniesiona na wykonawcę. Takie rozwiązanie zostało przyjęte przez zamawiających, bowiem dzięki niemu przygotowanie dokumentacji przetargowej zajmuje mniej czasu oraz ze względu na sztywne i krótkie terminy rozpoczęcia inwestycji finansowanych przez podmioty zewnętrzne. Wprowadzając żółtą książkę, zamawiający dokonał jednocześnie znacznych zmian w rozłożeniu ryzyk, wypaczających ich standardową alokację. W szczególności, zamawiający ograniczył swoją odpowiedzialność w zakresie:

- a) ryzyka za opóźnione przekazanie terenu budowy np. z powodu przedłużających się procedur wywłaszczeniowych (subklauzula 2.1 WK FIDIC);
- b) ryzyka za błędy w wytyczeniu (subklauzula 4.7 WK FIDIC);
- c) ryzyka w zakresie błędów w informacjach o terenie budowy (subklauzula 4.10 WK FIDIC);
- d) wzrostu cen z tytułu nieprzewidywalnych fizycznych warunków (subklauzula 4.12 WK FIDIC), przy czym zmiana rozszerzyła zakaz żądania kosztów i czasu z tytułu nieprzewidzianych okoliczności lub zdarzeń.

Przy takim przeniesieniu ryzyk, zamawiający w istocie zastosował rozwiązania zawarte w srebrnej książce, które, o czym wcześniej pisaliśmy, nie są odpowiednie dla projektów transportowych.

Niezależnie od rozłożenia ryzyk w umowie, wykonawcy wciąż napotykają szereg problemów wynikających zarówno z zapisów umownych jak i z realiów panujących w Rumunii. Tytułem przykładu można wymienić:

- A. Rola inżyniera (przedstawiciela zamawiającego z uprawnieniami do samodzielnego określania istotnych kwestii w trakcie realizacji robót np. zasadności roszczeń wykonawcy i zamawiającego). Została ona drastycznie zredukowana do roli posłańca, który w zasadzie wykonuje polecenia zamawiającego, bowiem to ten ostatni akceptuje

wszelkie poczynania inżyniera. Przykładowym skutkiem jest to, iż metody kalkulacji kosztów czy zasady dokumentowania ich ponoszenia są bardzo często obszarem sporów między wykonawcą i zamawiającym przy biernym uczestnictwie inżyniera.

- B. Uzgodnienia z gestorami sieci. Jako spółki prywatne, gestorzy sieci mają prawo do decydowania o rozwiązaniach projektowych w zakresie przesunięcia ich sieci gazowych, elektrycznych czy wodociągowych (brak uwzględnienia ich wymagań oznacza brak zgody gestorów na zrealizowanie robót). W większości przypadków właścicielami gestorów sieci są spółki zagraniczne z zarządem znajdującym się poza terenem Rumunii. Ponieważ nie ma jasnej procedury dotyczącej uzgadniania rozwiązań projektowych z gestorami sieci, dlatego ci ostatni nakładają wymagania według swojego uznania, w tym w sposób naruszający prawo.
- C. Opóźnienia w płatnościach, wynikające z biurokracji i przepisów prawnych. Nie są wyjątkiem sytuacje, w których płatności poświadczane przez inżyniera odpowiednim świadectwem, następują po ponad pół rocznym opóźnieniu. W obecnych umowach RGDDKiA wprowadził zapis, zgodnie z którym płatność za roboty wykonane i poświadczane przez inżyniera następuje w terminie 80 dni od dnia zaakceptowania przez zamawiającego świadectwa płatności wystawionego przez inżyniera, przy czym zapisy umowy nie precyzują kiedy taka akceptacja przez zamawiającego nastąpi (odpowiednie zapisy zawarte we wzorze FIDIC zostały wykreślone przez warunki szczególne, które nie uregulowały tej kwestii).

Opisane powyżej praktyki owocują serią roszczeń kierowanych do komisji rozjemczych i ostatecznie – do arbitrażu.

Na skutek powyższych rozwiązań, nawet najbardziej profesjonalni wykonawcy są zmuszani do zatrudniania wyspecjalizowanych konsultantów od zarządzania roszczeniami i zamiast koncentrować się na realizowaniu robót, swoją uwagę poświęcają głównie kwestiom roszczeń. Długofalowym skutkiem jest fakt, iż wykonawcy konsekwentnie zmniejszają używane środki oraz skalę produkcji a inwestycje nie tylko ulegają przedłużeniom ale niejednokrotnie kończą się zerwaniem umowy, czego konsekwencje ponoszą ostatecznie podatnicy.

Podsumowanie

Praktyka krajów rozwiniętych pokazuje, że zbalansowana alokacja ryzyk przynosi bardzo pozytywne skutki nie tylko dla realizacji inwestycji, ale również dla całej branży, w której zamawiający stosują takie podejście przy tworzeniu umów. Zamawiający z takich krajów zdają sobie sprawę, że nieracjonalne przerzucanie ryzyk na wykonawcę daje tylko pozorny pozytywny efekt w postaci braku odpowiedzialności zamawiającego za problemy na projekcie. Opisane w artykule krótko i długoterminowe skutki nie pozostawiają wątpliwości, że jednostronna alokacja ryzyk jest nieracjonalna i szkodliwa nie tylko dla wykonawców ale i dla całego społeczeństwa.

Zamawiający publiczni powinni zdawać sobie sprawę z roli jaka im przypada oraz z długoterminowych skutków podejmowanych przez nich strategicznych decyzji w zakresie ustalania treści umów czy zasad rozstrzygania sporów.



Praktyka krajów rozwiniętych dostarcza im ponadto szeregu rozwiązań usprawniających proces inwestycyjny, takich jak wczesne zaangażowanie wykonawcy czy skorzystanie z ceny docelowej.

Zdając sobie sprawę z rozdziwki między indywidualnymi interesami zamawiających a interesami branży i społeczeństwa, pozostaje wyrazić nadzieję, że problem ten zostanie w końcu dostrzeżony.

Bibliografia:

Strony internetowe:

1. Delay & Disruption Protocol, dostępny na stronie: <http://www.scl.org.uk/resources>
2. Gillion, F.: *United Kingdom: Use And Misuse Of FIDIC Forms Of Contract In Central And Eastern Europe: The Worrying Trend Of Silver Book Provisions In Public Works Contracts* [Online], dostępne na: <http://fidic.org/sites/default/files/Frederickgil.pdf> [12 July 2013].
3. <http://international.fhwa.dot.gov>
4. EIB (2011), *Guide to procurement for projects financed by the EIB*, http://www.eib.org/attachments/thematic/procurement_en.pdf.
5. EBRD (2010), *Procurement Policies and Rules*, <http://www.ebrd.com/downloads/research/policies/ppr10.pdf>.
6. <http://www.europarl.europa.eu>
7. FIDIC: *Annual Report 2011-2012*, [Online], dostępne na stronie: <http://www.fidic.org> [12 July 2013].
8. FIDIC: *Statutes and By-Laws (October 2011)*, [Online], dostępne na stronie: <http://www.fidic.org> [12 July 2013].
9. World Bank (2011), *Guidelines procurement of goods, works, and non-consulting services*, http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/278019-1308067833011/Procurement_GLs_English_Final_Jan2011.pdf.
10. DRBF (2013) *Dispute Resolution Board Concept* [Online], dostępne na stronie: <http://www.drbb.org/concepts.htm> [20 Aug 2013].
11. *Guidance for Adjudicators, Construction Umbrella Bodies Adjudication Tasks Group* [Online], dostępne na stronie: http://www.scl.org.uk/files/GfA_0207.pdf [20 Aug 2013].
12. ICC (2012) *International Court of Arbitration Bulletin, VOL 23/Number 2 – 2012*
13. *Housing Grants, Construction and Regeneration Act (1996)* [Online], Available dostępne na stronie: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/53> [20 Aug 2013].
14. CUB: *Users' guide to adjudication* dostępne na stronie: http://www.scl.org.uk/files/CUB_Users_Guide_May_2003.pdf [20 Aug 2013].
15. CUB. *Guidance for Adjudicators* dostępne na stronie: http://www.scl.org.uk/files/GfA_0207.pdf [20 Aug 2013].
16. *Metcalfe vs U.S., Uninated States Court of Appeals for the Federal Circuit*, dostępne na: <http://www.ca9.uscourts.gov/images/stories/opinions-orders/13-5041.Opinion.2-7-2014.1.PDF>
17. *Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations 1998* [Online], dostępne na stronie: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/649/made> [20 Aug 2013].
18. Lloyd, H. (2009) *Some thoughts on NEC3 International Construction Law Review* [Online], dostępne na stronie: www.neccontract.com [12 April 2013].
19. Seppälä, S. R. (2012) *How Not to Interpret the FIDIC Disputes Clause: The Singapore Court of Appeal Judgment in the Persero Case* [Online], dostępne na stronie: <http://www.whitecase.com/files/Publication/36c4bf94-23c0-44df-85fb-d090c635ffb1/Presentation/PublicationAttachment/82c6372a-76f9-40ef-99d1-d2fc68a7f86b/article-How-not-to-interpret-FIDIC-Disputes-Clause-April2012.pdf> [Feb 2014]
20. *Users' Guide To Adjudication, Construction Umbrella Bodies Adjudication Task Group, April 2003 ("Users' Guide")* [Online], dostępne na stronie: http://www.scl.org.uk/files/CUB_Users_Guide_May_2003.pdf [20 Aug 2013].

Książki, artykuły:

1. Banica, C. (2013). *Standard forms of construction contracts in Romania. Urbanism. Arhitectură. Construcții Vol. 4, Nr. 4.*
2. FIDIC (2000). *The FIDIC Contracts Guide*. First Edition. Laussane.
3. FIDIC (2011). *FIDIC Procurement Procedures Guide*. First Edition. Laussane.
4. FIDIC (1999). *Conditions of Contract for Construction*. First Edition 1999.
5. FIDIC (1999). *Conditions of Contract for Plant and Design-Build*. First Edition 1999.
6. FIDIC (1999). *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. First Edition 1999.
7. FIDIC (2010). *Conditions of Contract for Construction*. MDB Harmonised Edition 2010.
8. FIDIC (2009). *Conditions of Subcontract for Construction*. Test Edition 2009.
9. FIDIC (2008). *Conditions of Contract for Design, Build and Operate Projects*. First Edition 2008.
10. Klee, L. (2013), Teodorescu, C. A. *Romanian Experience with FIDIC Forms in Roads and Bridges Construction*, International Construction Law Review, Informa, London.
11. Knutson, R. (2005) *FIDIC An Analysis of International Construction Contracts*. Kluwer Law International, London.
12. Flyvbjerg, B. and Stewart, A. (2012) *Olympic Proportions: Cost and Cost Overrun at the Olympics 1960-2012* [Online], Available: <http://papers.ssrn.com> [3 January 2014].
13. Hartley, K., Liljenbøl, M.W. (2013) *Changes to Existing Contracts Under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need for a New Tender Public Procurement Law Review*. Issue 2 2013. Sweet & Maxwell
14. Hoffman, S. L. (2008) *The Law and Business of International Project Finance: A Resource for Governments, Sponsors, Lawyers, and Project Participants*. Cambridge University Press.
15. Klee, L. (2012) *Smluvní vztahy výstavbových projektu*. Wolters kluwer. Prague.
16. Winch G. (2010), *Managing construction projects*. Oxford, Wiley-Blackwell.
17. Kleine-Möller, N., Merl, H. (2009) *Handbuch des privaten Baurechts*. Verlag C.H. Beck. München.
18. Vygen, K. and Joussen, E. (2013) *Bauvertragsrecht nach VOB und BGB Handbuch des privaten Baurechts*. Fifth Edition. Werner Verlag. Köln.
19. Balazs, T. Klee, L. Gulyas, T. (2014) „*FIDIC Contracts and Hungarian law: Important aspects of using FIDIC Contracts in Hungary*” [2014] ICLR 138.
20. Butera, G. (2014) “*Untangling the Enforcement of DAB Decisions*” [2014] ICLR 036. Volume 31, 2014 - Part 1.
21. Chern, C. (2010) *The Law of Construction Disputes*. London: Informa, 2010.
22. Chern, C. (2012). *Chern on Dispute Boards, 2nd Edition*. London: Wiley
23. Klee, L. (2012) *Smluvní vztahy výstavbových projektu*. Wolters kluwer. Prague.
24. LLOYD, H. and JONES, D.S. (2014) „*Introduction*” [2014] ICLR 001. Volume 31, 2014 - Part 1.
25. ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol 22/Number 1-2011.
26. C. Chern, *The Dispute Board Federation and the Role of Dispute Boards in Construction – Benefits without Burden*, *Revista del Club Español del Arbitraje*, Volume 2010, Issue 9.
27. Jamka, M., Morek, R. (2013) *Dispute Avoidance and Resolution under FIDIC Rules and Procedure: Polish Experience, presented at the seminar Making a Success out of a Construction Project: International FIDIC Standards and their Implementation in Ukraine*. Kiev

ROBOTY BUDOWLANE NIEZBĘDNE DO WYKONANIA OBIEKTU BUDOWLANEGO



Marcin BAŁDYGA
Członek SIDIr
doktorant w Instytucie
Nauk Prawnych PAN

I. Opis przedmiotu zamówienia

Przedmiar robót w zamówieniach publicznych występuje wyłącznie w przypadku wynagrodzenia obmiarowego, a to, jak dowodzi praktyka, z reguły ma zastosowanie w przypadku systemu „buduj” o którym mowa w art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 1994 r. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.) – (dalej Pzp), który stanowi, iż *Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych*. W skład dokumentacji projektowej dla wykonania robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, zgodnie z § 4 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.) – (dalej Rozporządzenie o dokumentacji projektowej) wchodzi w szczególności: projekt budowlany w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych, projekty wykonawcze (doprecyzowane w § 4 Rozporządzenia), przedmiary robót (doprecyzowany w § 6 Rozporządzenia) i informacja dotycząca bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach, gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów. Projekt budowlany musi być sporządzony zgodnie z wymogami Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej (t.j. Dz.U. z 2013 poz. 762) – (dalej Rozporządzenie o projekcie budowlanym). Jednocześnie art. 29 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za

pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia przez wszystkie podmioty działające np.: na rynku robót budowlanych. Zapisy kodeksu cywilnego odnoszą się do zamówień publicznych na podstawie dyspozycji art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych. Od zamawiających roboty budowlane w trybie zamówień publicznych wymagać zatem należy, aby przygotowywali specyfikację istotnych warunków zamówienia w sposób kompleksowy, tak aby nie powstawały wątpliwości dotyczące zakresu zleconych robót budowlanych. Odpowiedzialność za prawidłowe przygotowanie zamówienia, zgodnie z art. 18 Pzp ponosi kierownik jednostki publicznego zamawiającego. W poniższym opracowaniu bardziej szczegółowo zostaną omówione projekt budowlany i jego zawartość oraz przedmiar robót i jego zawartość, a także znaczenie w sporządzaniu przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w świetle postawionego problemu dotyczącego ewentualnej konieczności wykonania robót budowlanych niezbędnych do ukończenia obiektu budowlanego, a nie ujętych w przedmiarze robót.

II. Umowa o roboty budowlane

W systemie „buduj” Zamawiający jest odpowiedzialny m.in. za dostarczenie dokumentacji projektowej, przekazanie terenu budowy, odbiór robót budowlanych i zapłata za nie. Wykonawca jest odpowiedzialny za wykonanie robót budowlanych zgodnie z przekazanym m.in. projektem budowlanym i zasadami wiedzy technicznej. Konstrukcja ta odpowiada umowie nazwanej jaką jest umowa o roboty budowlane uregulowana w art. 647 i kolejnych kodeksu cywilnego. Umowa o roboty budowlane wywodzi się historycznie z umowy o dzieło i tego powodu ma do niej zastosowanie część przepisów regulujących umowę nazwaną jaką jest umowa o dzieło. Do przepisów tych odsyła art. 656 kc. Zasadniczym kryterium rozróżnienia umowy o dzieło od umowy o roboty budowlane jest ocena realizowanej inwestycji przez pryzmat wymagań ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.) – (dalej Pb). Wykonywanie robót budowlanych prowadzi do powstania obiektu



budowlanego lub jego części np.: w przypadku rozbudowy lub modernizacji. Pewne pojęcia pojawiające się w kodeksie cywilnym dotyczące umowy o roboty budowlane, takie jak: roboty budowlane, obiekt budowlany, teren budowy zasadniczą odnoszą się do wymaganiach płynących z ustawy Prawo Budowlane, niemniej jednak zawsze należy starannie zweryfikować, czy w konkretnym przypadku obie regulacje mają te same znaczenie w poszczególnych aspektach. Należy mieć bowiem na uwadze, że dziedzina prawa cywilnego różni się od prawa administracyjnego do której to domeny należy ustawa Prawo Budowlane. W przypadku zamówień publicznych należy także zwracać uwagę na regulacje płynące z Pzp m.in. art. 2 pkt 8 stanowi, iż *przez pojęcie roboty budowlane należy rozumieć wykonanie (...) robót budowlanych (...), a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego*. W zamówieniach publicznych często spotykane są wzory umów o roboty budowlane, gdyż regulacje kodeksu cywilnego są dalece niewystarczające i mają charakter wyłącznie ramowy. Stąd na podstawie art. 3531 kc w związku z art. 386 kc oraz z uwagi na art. 139 Pzp publiczni zamawiający wykorzystują różne wzorce umowy, przy czym najbardziej popularnym są Warunki Kontraktowe FIDIC. Systemowi „buduj” odpowiada „czerwona” książka FIDIC.

III. Wynagrodzenie Wykonawcy

Za swoją pracę, wykonawca powinien otrzymać umówione wynagrodzenie. Wynagrodzenie może mieć postać wynagrodzenia obmiarowego, gdzie można przyjąć, że rozliczenie obmiarowe nastąpi za potwierdzone przez nadzór inwestorski wykonanie w danym okresie ilości rozliczeniowych. Ilości te, zwane obmiarem odnosi się do pozycji, które wcześniej zamawiający podał w przedmiarze robót będącym elementem dokumentacji projektowej. Wykonawca zatem otrzymuje wynagrodzenie za faktycznie wykonane ilości robót. Wynagrodzenie może mieć także postać wynagrodzenia ryczałtowego, gdzie można przyjąć, że płatności są zaliczkami na poczet ceny ryczałtowej a potwierdzone są poprzez oszacowanie narastającego zaawansowania np.: w odstępach miesięcznych, kwartalnych lub po osiągnięciu pewnego opisanego przez zamawiającego etapu inwestycji. **W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, wykonawca otrzymuje stałe, z góry umówione wynagrodzenie, bez względu na rozmiar i koszt prac. Jego zmiana może nastąpić wyłącznie w przypadku zmiany zakresu zleconych prac lub nadzwyczajnej zmiany stosunków (m.in. przepisów powszechnie obowiązującego prawa).**

Jak wyżej wskazano, wynagrodzenie może przyjąć charakter wynagrodzenia obmiarowego, a więc zapłata ma nastąpić za faktycznie wykonane przez Wykonawcę zakres robót. W zamówieniu publicznym wycena kosztu robót w znacznej mierze opiera się na zapisach przedmiaru robót, który jest opracowaniem zawierającym zestawienie przewidywanych do wykonania robót w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem, miejscem wykonania lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis, z wyczeniem i zestawieniem ilo-

ści jednostek miar robót podstawowych oraz wskazaniem podstaw do ustalenia cen jednostkowych robót lub jednostkowych nakładów rzeczowych. Przedmiar robót przygotowuje się na podstawie zakresu i rodzaju robót wynikającego z projektu budowlanego i projektu wykonawczego. Tabele przedmiaru robót powinny zawierać pozycje przedmiarowe odpowiadające robotom podstawowym, natomiast nie uwzględnia się w nich robót tymczasowych tj. robót, które są projektowane i wykonywane jako potrzebne do wykonania robót podstawowych, ale nie stanowią elementu docelowego obiektu budowlanego lub jego części, gdyż zwykle są usuwane po wykonaniu robót podstawowych. Roboty tymczasowe to m.in. wykopy, szalunki, rusztowania i wszystkie te prace, które są wymagane do wykonania robót podstawowych. Ponadto poza projektem budowlanym i wykonawczym, przedmiar odnosi się także do specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, które determinują m.in. standard robót stałych, użyte materiały oraz przyjęte metody i jednostki obmiarowe oraz doprecyzowuje, co wchodzi w skład poszczególnych jednostek przedmiaru. Z kolei jednostki miary podane w przedmiarze, powinny być wyliczone na podstawie rysunków i opisów z projektu budowlanego i wykonawczego i powinny być sporządzone w sposób zgodny z zasadami podanymi w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.

Jak wskazano powyżej, podstawowymi elementami dokumentacji projektowej, która podlega wycenieniu przez wykonawcę na etapie konstruowania oferty w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia publicznego jest projekt budowlany podlegający uszczegółowieniu poprzez rysunki i opisy projektu wykonawczego. Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych również bazuje na tych dwóch opracowaniach projektowych. Dokumentem, który jest tworzony w procesie przygotowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako ostatni - jest przedmiar robót, który zawiera zestawienie robót budowlanych do wykonania, ale nie opisuje przedmiotu zamówienia. Jego podstawową funkcją jest dokonanie wyceny robót. Przedmiot zamówienia, zgodnie z art. 31 ust. 1 Pzp opisany jest poprzez dokumentację projektową, a więc projekt budowlany i wykonawczy oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych. W toku realizacji robót budowlanych w ramach zamówienia publicznego może dojść do sytuacji, gdy zajdzie potrzeba wykonania robót wynikających z projektu budowlanego, a nie ujętych w przedmiarze robót, a więc nie wycenionych w ofercie wykonawcy. Często wycenę brakujących pozycji przedmiaru udaje się wywieść z innych pozycji przedmiaru. Jednakże bywa, że pojawia się problem braku pozycji przedmiaru, które mogłyby służyć wycenieniu brakującego rodzaju robót koniecznych do wykonania obiektu budowlanego lub zamówionych robót, a nie ujętych w przedmiarze.

IV. Roboty wykraczające poza umowę

1. Zamówienia dodatkowe

Możliwe jest wystąpienie nieznanego na etapie tworzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i opisu przedmiotu zamówienia kolizji i innych koniecznych do

wykonania robót budowlanych wynikających np.: z uzyskanych uzgodnień, opinii i pozwoleń. W takim przypadku dochodzi do konieczności poszerzenia zamówienia publicznego o roboty dodatkowe o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp. Możliwość jego udzielenia wystąpi w przypadku, gdy są to roboty dla których nie został podpisany protokół odbioru (świadcstwo przejęcia w przypadku WK FIDIC), robót tych nie dało się przewidzieć na etapie formułowania SIWZ i jednocześnie musi zostać spełniony co najmniej jeden warunek:

- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia na ich wykonanie od umowy wymagałoby niewspółmiernie wysokich kosztów lub
 - b) wykonanie umowy jest uzależnione od ich wykonania.
- Należy pamiętać, aby wartość wszystkich robót dodatkowych nie przekroczyła 50% wartości umowy.

2. Zamówienia uzupełniające

Niekiedy zdarza się, że należy udzielić zamówienia uzupełniającego. Będzie to miało zastosowanie w sytuacji, gdy spełnione łącznie są poniższe warunki:

- a) wartość robót została ustalona w chwili szacowania wartości zamówienia podstawowego objętego umową;
- b) postępowanie na udzielenie zamówienia podstawowego objętego umową było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego;
- c) roboty polegają na powtórzeniu tego samego rodzaju robót co roboty objęte umową;
- d) w ogłoszeniu przewidziano możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego;
- e) nie upłynął okres 3 lat od podpisania umowy;
- f) łączna wartość wszystkich udzielonych zamówień na wykonanie robót spełniających warunki a nie przekracza wartości szacunkowej zamówienia uzupełniającego przyjętej do obliczenia wartości zamówienia, na który zawarto umowę.

V. Kwalifikowalność wydatków

Ponadto, zgodnie z Wytocznymi Ministra Rozwoju Regionalnego Wytoczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko z dnia 21 czerwca 2011 r. (dalej Wytoczne), robót dodatkowych nie zawsze należy utożsamiać z pojęciem zamówień dodatkowych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp. Wytoczne wskazują, że są to prace, które nie były przewidziane w pierwotnej umowie lub prace, które były przewidziane w pierwotnej umowie zawartej pomiędzy beneficjentem a wykonawcą umowy, ale istnieje konieczność ich wykonania w większych ilościach, po wyższej cenie, w innej technologii lub zmienionych parametrach niż to zostało określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podstawowym warunkiem, aby wydatki mogły zostać uznane za kwalifikowalne jest to, aby zostały dochowane wymogi wynikające z Pzp oraz aby suma wartości wydatków wraz z wartością zamówienia podstawowego mieściła się w kwocie wydatków określonej w umowie o dofinansowanie.

Wydatki na zamówienia dodatkowe i uzupełniające co do zasady, zgodnie z Wytocznymi, uznawane są za niekwalifikowalne, jednakże wyjątkowo mogą zostać uznane za kwalifikowalne, pod warunkiem:

- a) uzyskania zgody właściwej Instytucji Pośredniczącej,
- b) w przypadku zamówień z wolnej ręki, obligatoryjnego zamieszczenia przez beneficjenta ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy zgodnie z Pzp,
- c) przedłożenia protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia wraz z pełnym uzasadnieniem faktycznym i prawnym dla wyboru trybu niekonkurencyjnego,
- d) w przypadku zmian do umów (aneksów), które zwiększają cenę umowy w stosunku do ceny określonej w dniu zawarcia umowy o zamówienie publiczne, przedstawienia przez beneficjenta uzasadnienia prawnego i faktycznego we wniosku o uznanie wydatków za kwalifikowalne,
- e) wydatek zostanie pozytywnie oceniony przez instytucję weryfikującą wniosek beneficjenta o płatność pod kątem zgodności z prawem krajowym i wspólnotowym w dziedzinie zamówień publicznych,
- f) roboty zamienne zostaną zrealizowane na podstawie podpisanego przez strony aneksu do umowy, dofinansowaniem będą objęte wyłącznie wydatki do wartości ujętych w kosztorysie ofertowym, zostanie utrzymany cel i określenie przedmiotu umowy.

Zmiany dotyczące przedmiotu zamówienia w zamówieniach publicznych na roboty budowlane



Jacek
PILISZEK
członek zarządu SIDiR
Ekspert i Rozjemca SIDiR/FIDIC.
Autoryzowany Wykładowca SIDiR

Stan obecny

Warunki Kontraktowe FIDIC zakładają, że zmiany są nieodłącznym elementem każdego realizowanego kontraktu budowlanego. Stąd poświęcona jest nim cała klauzula 13, która w sposób logiczny, praktyczny i pragmatyczny umożliwia Inżynierowi zarządzanie zmianami. Przede wszystkim najważniejszy jest cel kontraktu a więc zrealizowanie obiektu budowlanego zgodnie z przyjętymi wymaganiami a możliwość wprowadzania zmian ma umożliwić osiągnięcie tego celu.

Takie podejście do wprowadzania zmian jest naturalne i zrozumiałe dla wszystkich zarówno dla początkujących jak i doświadczonych osób w realizacji procesów inwestycyjno – budowlanych. Osoby takie mogą poczuć się zdezorientowane gdy przychodzi im realizować umowę zamówienia publicznego. Rygorystyczny zapis ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. z późn. zm. (upzp) w zakresie wprowadzania zmian wynikający z konieczności dbałości o finanse publiczne jest duży a dodatkowo potęgują go często różne interpretacje przepisów biorące pod uwagę jedynie ich literalne brzmienie a nie ich „duch”.

Biorąc pod uwagę ustawę prawo zamówień publicznych zmiany opisane w kl. 13 Warunków Kontraktowych FIDIC można podzielić na następujące:

1. Zmiany prowadzące do możliwości udzielenia zamówień dodatkowych, często nazywane niepoprawnie robotami dodatkowymi.

W przypadku zamówień na roboty budowlane możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego z wolnej ręki

dotychczasowemu wykonawcy, który realizuje zamówienie podstawowe zachodzi jeśli spełnione są następujące warunki (art. 67 ust. 1 pkt 5 upzp).

Gdy łączna wartość zamówienia (zamówień) nie przekracza 50% wartości zamówienia podstawowego, i zamówienie dodatkowe, niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, i jeżeli:

- z przyczyn technicznych lub gospodarczych podzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmierne wysokich kosztów, lub
- wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Należy tutaj zauważyć, że niezwykle rzadko zachodzą faktycznie wszystkie okoliczności dające podstawę do udzielenia zamówienia dodatkowego z wolnej ręki, przede wszystkim z reguły nie występuje prawie nigdy sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia skutkująca koniecznością udzielenia zamówienia dodatkowego.

2. Zmiany prowadzące do możliwości udzielenia zamówień uzupełniających.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 upzp możliwe jest udzielenie zamówień uzupełniających „z wolnej ręki”, jeżeli udziela się ich dotychczasowemu wykonawcy, który realizuje (zrealizował) podstawowe zamówienie, w ramach określonych warunków:

- w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego
- gdy łączna wartość zamówienia (zamówień) nie przekracza 50% wartości zamówienia podstawowego i polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień,
- zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego
- zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Zamawiający już w przewiduje ogłoszeniu o zamówieniu musi przewidzieć, że udzieli w ciągu najbliższych lat zamówienia na określone, znane mu roboty w momencie wszczęcia postępowania. Ogólne sformułowanie zakresu przyszłych zamówień uzupełniających przykładowo jako: „instalacje elektryczne” lub „instalacje sanitarne” może być potraktowane jako omijanie przepisów upzp.

3. Zmiany polegające na odstąpieniu od części umowy.

Zgodnie z ust. 1 art. 145 upzp w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. Konieczne jest wystąpienie w takim przypadku okoliczności braku interesu publicznego i dochowanie terminu 30 dniowego na dokonanie tej czynności. to ponieważ dochodzi do odstąpienia od niewykonanej części umowy, *ex nunc* to w takim przypadku, wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy (ust. 2 art. 145 upzp).

4. Zmiany umowy.

Możliwość zmiany umowy zamówienia publicznego może nastąpić zgodnie z przepisami zawartymi w ust. 1 art. 144 upzp.

W dalszej części artykułu skoncentrujemy się jedynie na przypadku 4, tj. zmiany – modyfikacji umowy dotyczących przedmiotu zamówienia w zamówieniach na roboty budowlane.

Brzmienie ust. 1 art. 144 upzp zmieniło się dwukrotnie od momentu uchwalenia nowej ustawy prawo zamówień publicznych implementującej dyrektywy europejskie dotyczące zamówień publicznych. Tak więc przepis ten zmieniał się jak przytoczone jest niżej:

- **ustawa pzp z dnia 29 stycznia 2004 r.** – Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego.
- **zmiana ustawy pzp z dnia 4 września 2008 r.** – Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.
- **zmiana ustawy pzp z dnia 5 listopada 2009 r.** – Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Pierwotnie jedynie: wystąpienie okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, albo przesłanka korzystności zmiany dla zamawiającego były wystarczające do wprowadzenia zmiany. Przepis ten jednak jako niezgodny z dyrektywami europejskimi dotyczącymi zamówień publicznych, przede wszystkim z powodu niezachowania konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, został zmieniony w nowelizacji

z dnia 4 września 2008 r. Nowe brzmienie ust. 1 art. 144 ustawy pzp nakazywało niefortunnie przewidywanie możliwości dokonania zmiany postanowień umowy w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określenia warunków takiej zmiany. Literalne odczytywanie tego przepisu prowadziło do wniosku, że zapis ten dotyczy wszystkich przewidywanych możliwości zmian umowy. Skutkowało to umieszczaniem długich spisów w SIWZ lub ogłoszeniach o zamówieniu zawierających: okoliczności dające podstawy do zmian i zmiany jakie te okoliczności mogą powodować. Ten zwyczaj utrzymał się do dzisiaj, mimo że wymóg przewidywania możliwości dokonywania zmiany w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu ograniczono w nowelizacji ustawy pzp z dnia 5 listopada 2009 roku jedynie do istotnych zmian postanowień umowy.

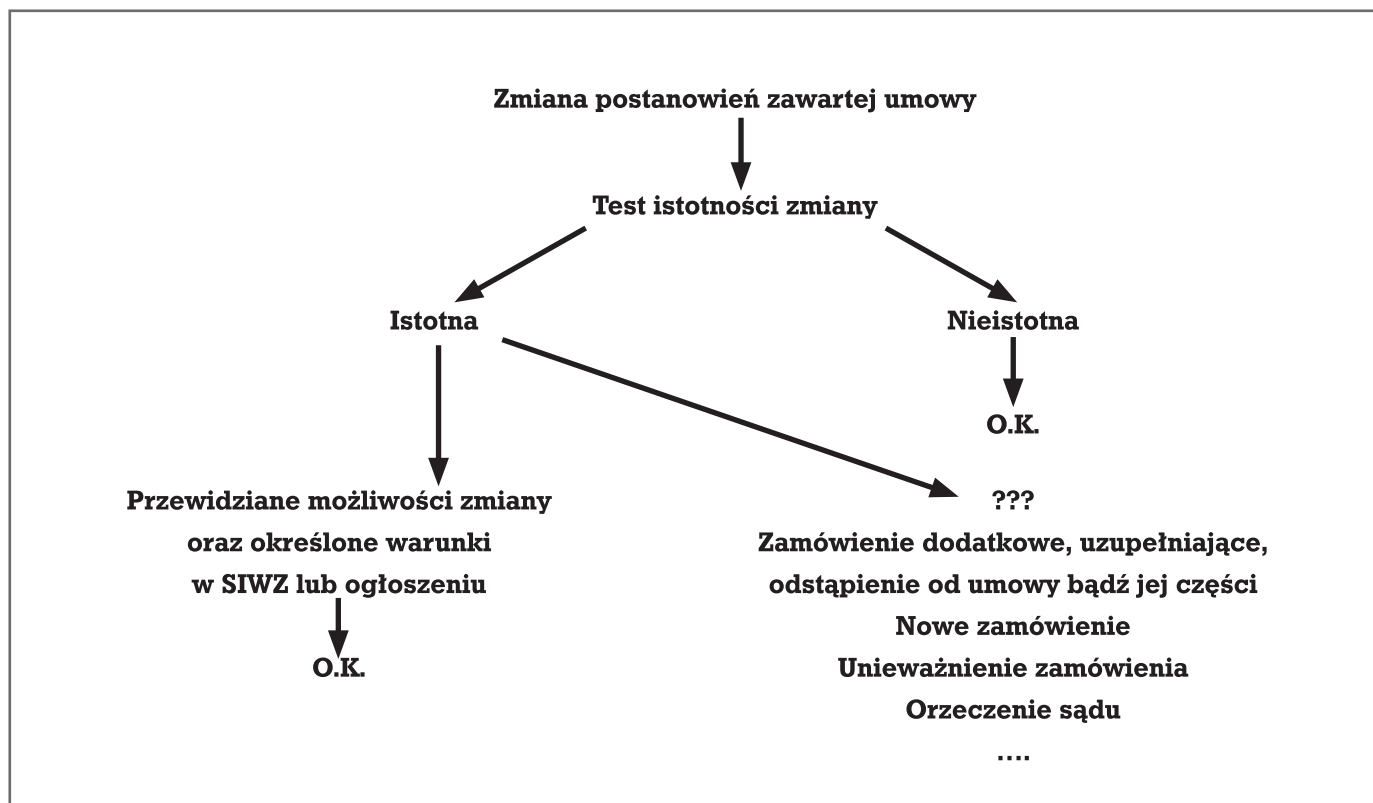
W dalszej dyskusji o zmianach umowy warto najpierw zwrócić uwagę, że doktryna wyróżnia pojęcie istotnych postanowień umowy (*essentialia negotii*) zaliczając do nich przede wszystkim: podmioty stosunku zobowiązaniowego, termin, świadczenie lub świadczenia, ich strukturę (przedmiot zamówienia - art. 2 ustawy pzp), etc jak i też wg niektórych wynagrodzenie. Należy dalej zauważyć, że artykuł 144 ust. 1 upzp w obecnym brzmieniu mówi o istotności zmian umowy niezależnie od tego czy zmiany te dotyczą istotnych postanowień czy też nieistotnych postanowień umowy. *A contrario* wywodzi się dalej z brzmienia ust. 1 art. 144 upzp, że skoro są istotne zmiany umowy to muszą być również nieistotne, czyli wszystkie pozostałe, które niezakwalifikowane zostały jako istotne. Czym należy się więc kierować przesądzając w kwalifikowaniu, że zmiany są istotne bądź nie. Bezpośrednich wskazówek udzielają nam wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości mówiące kiedy **zmiany są istotne**:

Wyrok C-454/06 presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung.

1. Wskazują one na wolę ponownego negocjowania warunków zamówienia
2. Modyfikują krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia
3. Dopuszczają inne oferty niż pierwotnie wybrana
4. Dochodzi do znacznego poszerzenia zakresu zamówionych usług, które nie było wcześniej przewidziane.
5. Ma miejsce modyfikacja równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany w jej pierwotnej treści
6. Dochodzi do zastąpienia kontrahenta, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia, przez inny podmiot.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości C-91/08 Wall AG v. Frankfurt nad Menem).

1. Zastąpienie kluczowego podwykonawcy może w wyjątkowych przypadkach stanowić zmianę istotną, zwłaszcza jeśli skorzystanie z jego usług było czynnikiem rozstrzygającym o zawarciu umowy pomiędzy stronami.



Rys. 1 Zmiana postanowień zawartej umowy

Wprowadzając więc jakąkolwiek zmianę w umowie trzeba przede wszystkim przesądzić o jej istotność przeprowadzając test istotności wg kryteriów opisanych powyżej a dalej postępować wg schematu pokazanego na rys. 1.

Największe trudności w realizacji umów o roboty budowlane w zamówieniach publicznych wywołują zmiany dotyczące przedmiotu zamówienia. Niepowtarzalność obiektów budowlanych, powodująca faktycznie, że każda realizacja robót budowlanych jest tworzeniem prototypu jak i też niska jakość projektowania powodują konieczność wprowadzania licznych zmian w przedmiocie zamówienia podczas realizacji umowy. Ustawa prawo zamówień publicznych nie daje żadnych przywilejów z wspomnianego wyżej powodu w publicznego zamówieniach publicznych na roboty budowlane. Co więcej dokonując zmian umowy dotyczącej przedmiotu zamówienia szczególnie trzeba mieć również na uwadze brzmienie art. 140 upzp:

- zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem w ofercie (art. 140 ust. 1),
- umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 140 ust. 3).

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że przepisy upzp różnicują takie pojęcia jak: określenie przedmiotu zamówienia, opis przedmiotu zamówienia i wielkość lub zakres zamówienia, przez odwołanie się do:

- określenia przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia w: art. 41 ust. 1 pkt 4, art. 48 ust. 2 pkt 3, art. 63 ust. 2 pkt 2, art. 75 ust. 2 pkt 3 dotyczących ogłoszeń o wszczęciu postępowania,

- opisu przedmiotu zamówienia w: art. 29, 30, 31 oraz Rozporządzeniu z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.

Dalej należy zauważyć, że w ustawie pzp **opis przedmiotu zamówienia** jest szczegółowo zdefiniowany jedynie dla robót budowlanych (por. wyżej przytoczone przepisy). Dla **określenia przedmiotu zamówienia** można przytoczyć wyłącznie treść z Komentarza do Prawa zamówień publicznych Urzędu Zamówień Publicznych str. 147 wydanie trzecie z roku 2007 dotyczącą art. 29 upzp „Treść przepisu wskazuje na potrzebę rozróżnienia dwóch pojęć: „opis” i „określenie” przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia ma dwojakie znaczenie: po pierwsze pozwala na identyfikację przedmiotu zamówienia, po drugie, spełnia doniosłą funkcję normatywną jako składnik SIWZ. Przez określenie przedmiotu zamówienia należy rozumieć skrótowe zdefiniowanie przedmiotu (skrótowe wskazanie co jest przedmiotem zamówienia).”.

Przepis ust. 3 art. 140 upzp jednoznacznie definiuje granicę do jakiej możliwa jest zmiana umowy, zarówno nieistotna jak i też istotna, tj. taka dla której zgodnie z ust. 1 art. 140 upzp możliwość została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określone zostały warunki takiej zmiany.

Poza nakazem umieszczania **wielkości lub zakresu zamówienia** w ogłoszeniu o zamówieniu ustawodawca odwołuje się jeszcze w art. 140 ust. 1 upzp do **zakre-**

su świadczenia cyt. „Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jako tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie”. W konsekwencji brzmienia tego przepisu można wywieść, że zakres świadczenia jest określony przez opis przedmiotu zamówienia, a więc dokumentację projektową i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (dla uproszczenia ograniczymy się dalej do umowy typu „Buduj”). Może również dochodzić do zmiany zakresu świadczenia w porównaniu do zakresu świadczenia zawartego w opisie zamówienia jeśli zmiana taka została przewidziana w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Tak złożone postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia prowadzą do różnic interpretacyjnych przy wprowadzaniu zmian w umowach zamówienia publicznego dotyczących przedmiotu zamówienia. Zdefiniowano niżej na potrzeby tego artykułu dwa możliwe skrajne podejścia:

1. Podejście konserwatywne

Podstawowe założenia:

- Przedmiot umowy jest ściśle utożsamiany z opisem przedmiotu zamówienia.
- Nie rozróżnia się określenia przedmiotu zamówienia od opisu przedmiotu zamówienia.
- Każda zmiana wykraczająca poza opis przedmiotu zamówienia traktowana jest jako niezgodna z art. 140 ust. 3 upzp a więc potencjalnie mogąca prowadzić do unieważnienia umowy.

Konsekwencje i ryzyka:

- Brak jakichkolwiek możliwości zmian przedmiotu umowy w ramach zawartej umowy.
- Nie występują praktycznie tzw. roboty zamienne, tj. nieistotne zmiany umowy dotyczące przedmiotu umowy,
- Brak zastrzeżeń ze strony organów kontrolnych.
- Konieczność wielokrotnego udzielania zamówień „dodatkowych” lub niemożliwość realizacji świadczenia ?.

2. Podejście liberalne:

Podstawowe założenia:

- Przedmiot umowy traktowany jest jako rezultat umowy, tj.:
 - obiekt budowlany w rozumieniu ustawy pb, tj. budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, obiekt małej architektury, albo
 - obiekt budowlany w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE, tj. wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną, albo
 - część obiektu budowlanego,
- Ograniczenia wynikające z art. 140 ust.3 upzp odnoszą się jedynie do określenia przedmiotu umowy a nie do opisu przedmiotu umowy.

Konsekwencje i ryzyka:

- Możliwa kwalifikacja zmiany umowy jako nieistotnej (mimo braku wcześniejszego przewidzenia możliwo-

ści dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz braku określenia warunków takiej zmiany) bo nie prowadzi do znacznego poszerzenia zakresu zamówionych robót i spełnione są inne przesłanki świadczące o braku istotności zmiany.

- Trudność rozróżnienia określenia przedmiotu zamówienia od opisu przedmiotu zamówienia.
- Trudność w kwalifikacji ile wynosi znaczne poszerzenie zakresu zamówionych robót.
- Trudność ustalenia zmiany wysokości wynagrodzenia jeśli umowa nie zawiera wystarczająco dokładnych uregulowań odnośnie zmiany wynagrodzenia.
- Możliwa kwalifikacja zmiany przez organy kontrolne jako naruszenie przepisów upzp jak i też ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Przyjrzymy się dalej na kilku przykładach na czym polegają trudności interpretacyjne przy wprowadzaniu zmian dotyczących przedmiotu zamówienia w zamówieniach publicznych na roboty budowlane.

Przykład 1:

Umowa dotyczy wykonania sieci kanalizacji sanitarnej o znacznej wartości. Cena za wykonanie zamówienia ok. 30 mln zł. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający nie przewidział możliwości dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty oraz nie określił warunków takiej zmiany. Opis przedmiotu zamówienia (dokumentację projektową i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych) przygotował zamawiający. Zamawiający nie przewidział udzielenia zamówień uzupełniających. Na skutek błędu pominięto na rysunkach w dokumentacji projektowej studnię rozprężną stanowiącą niezbędny element sieci kanalizacji łączący sieć kanalizacji tłocznej z siecią grawitacyjną. Zachodzi pytanie jakie podstawy formalno-prawne umożliwiają wybudowanie tej studni? Przedyskutujmy dalej dwa skrajne możliwe podejścia wg wyżej wprowadzonej wyżej klasyfikacji:

1. Podejście konserwatywne – zmiana wykracza poza określenie przedmiotu zamówienia

- Zamówienie dodatkowe – niespełnione kryterium nieprzewidywalności.
- Zamówienie uzupełniające – nie zostało przewidziane w zamówieniu.
- Możliwe zamówienie poniżej wartości 30.000 EUR poza ustawą pzp lub w trybie konkurencyjnym ustawy pzp.

2. Podejście liberalne – zmiana nie wykracza poza określenie przedmiotu zamówienia

- Zmiana zostaje uznana jako nieistotna po przeprowadzeniu testu istotności zmiany.
- Określenie wynagrodzenia za dodatkowy element:
 - Wynagrodzenie ryczałtowe – Zwiększenie wynagrodzenia możliwe jest jedynie jeśli zwiększony jest zakres świadczenia. Zgodnie z §1 art. 632 cyt. „Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe,



- przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac". Mając na uwadze, że Wykonawcy podjął się w zakresie świadczenia wykonania obiektu budowlanego - kanalizacji spełniającej warunki techniczne, dodatkowe wynagrodzenie jest nienależne.
- Wynagrodzenie kosztorysowe (lub obmiarowe FIDIC).
 - jeśli ceny jednostkowe za studnie rozprężne są w umowie to zwiększenie wynagrodzenia równe jest cenie studni rozprężnej z oferty wykonawcy,
 - jeśli brak jest cen jednostkowych do określenia dodatkowego wynagrodzenia to zwiększenia wynagrodzenia należy wyliczyć na podstawie innych cen jednostkowych lub w inny obiektywny sposób.

Przykład 2:

Zawarto umowę zamówienia publicznego na budowę kolektora sanitarnego wraz z tłoczną ścieków. Kolektor przesyłać będzie ścieki do oczyszczalni ścieków, gdzie planowana jest budowa zbiorczej komory żelbetowej o wymiarach ok. 5m x 5m w rzucie i głębokości ok. 7m. Do komory planowane jest również podłączenie istniejących rurociągów ze ściekami biegnącymi z innych kierunków do oczyszczalni. Cena za zamówienie ok. 5 mln zł, w tym za komorę ok. 300 tys. zł. Konieczne jest nieznaczne przesunięcie komory i przekonstruowanie co będzie wymagać zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę, ponieważ:

- projektant zaprojektował komorę zbyt blisko istniejących obiektów co praktycznie uniemożliwia jej wykonanie w pierwotnie planowanym miejscu, oraz
- po dokonaniu odkrywek stwierdzono inny przebieg uzbrojenia podziemnego niż pokazany na podkładach geodezyjnych (w planie i wysokościowo) co pociąga za sobą konieczność całkowitego przekonstruowania komory.

W umowie nie przewidziano wprowadzenia istotnych zmian postanowień umowy jak i też możliwości udzielenia zamówień uzupełniających.

Wartość tzw. „robót dodatkowych” z powodu wprowadzenia ww. zmian szacuje się na kwotę nieznacznie przekraczającą równowartość 30.000 EUR

Możliwe scenariusze:

1. Odstąpienie od części umowy na mocy art. 145 ust 1 upzp, tj. wykonania komory żelbetowej wg. pierwotnego projektu budowlanego a następnie udzielenia zamówienia na wykonanie komory wg. zmienionego projektu budowlanego w trybie konkurencyjnym. Występuje trudność wykazania przesłanek wymienionych w tym artykule tj., że takie odstąpienie leży w interesie publicznym i upłynęło nie więcej niż 30 dni od powzięcia wiadomości przez zamawiającego o okolicznościach dających podstawę do odstąpienia.
2. Udzielenie zamówienia dodatkowego. Istnieje trudność wykazania, że wykonanie robót dodatkowych stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia (błąd projektanta nie może być zakwalifikowany jako sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia) jak i też trudność

w określeniu przedmiotu zamówienia dla zamówienia dodatkowego (będzie wykonywane coś za coś).

3. Nieistotna zmiana umowy po wykazaniu, że zmiana polegająca: na budowie komory w innym miejscu i w inny sposób oraz na zwiększeniu wynagrodzenia wykonawcy spełnia test nieistotności zmiany.

Przyszłość

Parlament Europejski i Rada Unii Europejskiej w dniu 26 lutego 2014 roku przyjęły trzy nowe dyrektywy europejskie dotyczące zamówień publicznych: dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE uchylającą dyrektywę 2004/18/WE w sprawie procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (tzw. dyrektywa klasyczna), dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (tzw. dyrektywa sektorowa), dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywy te weszły w życie 17 kwietnia 2014 r. Państwa członkowskie mają 24 miesiące od tej daty na dostosowanie swojego prawa do nowych przepisów. Ponieważ zmiany wprowadzone dyrektywami do zamówień publicznych są istotne, wysoce prawdopodobne jest, że implementacja tych przepisów w Polsce nastąpi przez uchwalenie nowej ustawy prawo zamówień publicznych a nie tylko przez jej kolejną nowelizację.

O zmianach umowy traktuje art. 72 nowej dyrektywy klasycznej oraz art. 89 nowej dyrektywy sektorowej, oba zatytułowane – modyfikacja umów w okresie obowiązywania. Dla potrzeb tego artykułu omówimy planowane zmiany opierając się na przepisach dyrektywy klasycznej zostawiając na boku dyskusję nad drobnymi różnicami w brzmieniu treści tych dwóch artykułów.

W preambule do nowej dyrektywy klasycznej dotyczącej zamówień publicznych podkreśla się z jednej strony konieczność uelastycznienia możliwości modyfikacji zmian umowy w okresie jej obowiązywania, tym samym na ograniczenie konieczności udzielania zamówień dodatkowych a z drugiej strony konieczność doprecyzowania w jakich przypadkach jest to możliwe. Tym samym przepisy dotyczące zmian umowy (modyfikacji umowy w trakcie jej obowiązywania) uległy istotnemu doszczegółowieniu w porównaniu do dotychczasowych.

Przede wszystkim należy podkreślić, że nowe przepisy w ust. 4 art. 72 dyrektywy implementują przytoczone powyżej wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczące istotności modyfikacji umowy.

Następnie w ust. 1 art. 72 wymienione jest pięć przypadków gdy można modyfikować zamówienia i umowy ramowe bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:

1. Gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości pieniężnej, zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach zamówienia w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych, które mogą

obejmować klauzule zmiany ceny, lub opcje. Tego rodzaju klauzule podają zakres i charakter możliwych modyfikacji lub opcji, a także warunki, na jakich można je stosować. Nie mogą one przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej.

2. W przypadku dodatkowych robót budowlanych, usług lub dostaw wykonywanych przez pierwotnego wykonawcę, które stały się niezbędne i które nie były uwzględnione w pierwotnym zamówieniu, jeżeli zmiana wykonawcy:
 - (i) nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, takich jak wymogi dotyczące zamienności lub interoperacyjności w odniesieniu do istniejącego sprzętu, usług lub instalacji zamówionych w ramach pierwotnego zamówienia; oraz
 - (ii) spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla instytucji zamawiającej.

Niemniej jednak ewentualny wzrost ceny nie przekracza 50 % wartości pierwotnej umowy w sprawie zamówienia. W przypadku wprowadzania kilku kolejnych modyfikacji ograniczenie to ma zastosowanie do wartości każdej z nich. Takie kolejne modyfikacje nie mogą mieć na celu obejścia niniejszej dyrektywy.

3. Gdy spełnione są wszystkie następujące warunki:
 - (i) konieczność modyfikacji spowodowana jest okolicznościami, których instytucja zamawiająca, działająca z należytą starannością, nie mogła przewidzieć;
 - (ii) modyfikacja nie zmienia ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia;
 - (iii) ewentualny wzrost ceny nie jest wyższy niż 50% wartości pierwotnej umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. W przypadku wprowadzania kilku kolejnych modyfikacji ograniczenie to ma zastosowanie do wartości każdej z nich. Takie kolejne modyfikacje nie mogą mieć na celu obejścia przepisów niniejszej dyrektywy;
4. Gdy nowy wykonawca zastępuje wykonawcę, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia, w wyniku:
 - (i) jednoznacznej klauzuli przeglądowej lub opcji zgodnych z punktem 1;
 - (ii) sukcesji uniwersalnej lub częściowej w prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy, w wyniku restrukturyzacji, w tym przejęcia, połączenia, nabycia lub upadłości, przez innego wykonawcę, który spełnia pierwotnie ustalone kryteria kwalifikacji podmiotowej, pod warunkiem że nie pociąga to za sobą innych istotnych modyfikacji umowy i nie ma na celu obejścia stosowania niniejszej dyrektywy; lub
 - (iii) sytuacji, gdy instytucja zamawiająca sama przyjmuje zobowiązania głównego wykonawcy względem jego podwykonawców, gdy możliwość taką przewidują przepisy krajowe;
5. Gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości, są nieistotne w rozumieniu ust. 4 art. 72 dyrektywy.

W ust. 2 art. 72 dyrektywy 2014/24/UE dopuszczona jest ponadto i bez konieczności sprawdzania, czy warunki określone w ust. 4 lit. a)–d) (przytoczone wyżej w punktach 1-5) zostały spełnione, również możliwość modyfikowania umowy bez konieczności przeprowa-

dzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z tą dyrektywą, gdy wartość modyfikacji jest niższa niż obie następujące wartości:

- (i) progi określone w art. 4 (5 186 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane i odpowiednio dla usług i dostaw); oraz
- (ii) 10 % pierwotnej wartości umowy w przypadku zamówień na usługi i dostawy oraz niższa niż 15 % wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na roboty budowlane.

Niemniej jednak modyfikacje nie mogą zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. W przypadku gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość tę należy oszacować na podstawie łącznej wartości netto kolejnych modyfikacji.

Podsumowanie

Bez większego trudu można ocenić, że zmiany omawiane w przykładach w pierwszej części artykułu można by wprowadzić jako modyfikacja umowy w okresie jej obowiązywania na podstawie art. 72 nowej dyrektywy klasycznej dotyczącej zamówień publicznych, bez konieczności udzielania nowego zamówienia. Należy więc mieć jedynie nadzieję, że nie będzie trzeba czekać aż 24 miesiące na implementację nowych dyrektyw UE dotyczących zamówień publicznych w prawie polskim, a ustawodawca wprowadzając nowe przepisy usunie również wielość i dwuznaczność pojęć dotyczących przedmiotu zamówienia istniejących w aktualnie obowiązujących przepisach ustawy prawo zamówień publicznych. Zmiany te są zgodne z powszechnymi oczekiwaniami i usprawnią realizację zamówień, w szczególności zamówień na roboty budowlane.

„Rozbieżności w dokumentacji w procesie inwestycji budowlanej”



Inż. Stanisław
KACZMAREK
Niezależny inżynier konsultant,
Arbiter Sądu Arbitrażowego
przy SIDiR



Mgr Monika
KACZMAREK-NOWAK
Prawnik, niezależny konsultant

Dokonane zmiany ustrojowo – gospodarcze a nadto technologiczne w budownictwie wymagają zmiany spojrzenia na sposób przygotowania dokumentacji technicznej przeznaczonej do inwestycji polegających na realizacji obiektów budowlanych. Wymagają tego przede wszystkim zamówienia publiczne które przysparzają w tym zakresie największe problemy.

Ustawodawca w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego Dz. U, Nr. 202 poz. 2072 z roku 2004, przedstawił sposób przygotowania dokumentacji niezbędnej do przygotowania i przeprowadzenia inwestycji budowlanej nie zmieniając jednocześnie prawa budowlanego w którym pozostawiono zapisy dotyczące uzyskania pozwolenia na budowę w tym wykonanie projektu budowlanego.

Wobec powyższego powoduje to duże rozbieżności w interpretacji oraz w sposobie przygotowania opisu

przedmiotu zamówienia, gdyż w obowiązującym systemie prawnym wymagane są dwa rodzaje dokumentacji:

- projekt budowlany wymagany przepisami prawa budowlanego dla postępowania administracyjnego
- oraz dokumentacja wymagana przepisami rozporządzenia Dz. U, Nr. 202 poz. 2072 z roku 2004 stanowiący element opisu przedmiotu zamówienia dla postępowania przetargowego i realizacji zamówienia publicznego

Powyższa rozbieżność stwarza istotne problemy z rozpoczęciem procesu budowy oraz sposobu przygotowania inwestycji pod względem dokumentacji a tym bardziej utrzymaniem hierarchii dokumentów.

Uważam, że w zaistniałej sytuacji tylko głębokie i konstruktywne zmiany pozwolą na ułożenie stosunków prawnych pomiędzy uczestnikami procesu inwestycji. Jako Niezależny Konsultant oraz Biegły sądowy zaobserwowałem liczne sprzeczności w sposobach tworzenia dokumentacji dla potrzeb Zamówień Publicznych. We wszystkich przypadkach Zamawiający ograniczyli opis przedmiotu zamówienia do wykonania tylko projektu budowlanego, pomijając stawiane wymogi przez Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. Dz. U, Nr. 202 poz. 2072 z roku 2004. Powyższa sytuacja stwarza konflikty w interpretacji, co skutkuje przesuwaniem terminów zakończenia realizacji inwestycji, sposobu jej wykonania, nagminnie wprowadzanymi poprawkami do już istniejącej dokumentacji, odstąpienia od umów, co w rezultacie prowadzi do wydatkowania nadmiernych środków publicznych.

Aby uzyskać pozytywne rezultaty należało by zlikwidować podział na dokumentację komercyjną i dokumentację wymaganą dla Zamówień Publicznych – czyli przez podmioty administracji publicznej, poprzez ujednolicenie przepisów w nowo tworzonej zasad w „Kodeksie Budowlanym”. Dlatego uważam, że przy tworzeniu kodeksu budowlanego należy bezwzględnie wziąć to pod uwagę rozporządzenie Dz. U, Nr. 202 poz. 2072 z roku 2004.

Wobec powyższego istotnym staje się uświadomienie i nałożenie na projektantów obowiązku projektowania rozpoczynającego się od stworzenia STWiOR, a najlepiej by opisy były tworzone równolegle z powsta-

jącymi rysunkami (projektami). STWiOR nie może być oddzielnym dokumentem, sporządzany niejednokrotnie po za biurami projektowym.

Dokładność sporządzenia STWiOR wynika z uwzględnienia następującej literatury:

- Polskich Norm
- Norm Europejskich
- Aprobatach technicznych
- Warunków technicznych dla obiektów budowlanych
- Uwzględnienie słownika CPV.

Zastosowanie powyższego stanowi o jakości przygotowanej dokumentacji do realizacji a rysunki umiejscawiają opisane zdarzenia w określonej przestrzeni czyli - bryle obiektu. STWiOR jest opisem elementem przedmiaru robót, a więc zakresem prac do wykonania przez Wykonawcę oraz sposobu ich wykonania wraz z określeniem materiałów użytych do wykonania inwestycji. Dyscyplinują Zamawiającego co do zasad odbioru i sposobu płatności.

Na poparcie powyższego należy przytoczyć broszurę wydaną przez Oficynę Wydawniczą Politechniki Wrocławskiej (ISBN 83-7085-122-3) autorstwa mgr. inż. Janusza Ziolkę pod tytułem „*Dokumenty w Zarządzaniu Inwestycjami*” w którym przedstawiono iż proces tworzenia dokumentacji dla zamówień publicznych winien na wzór Norwegii zaczyna się od opisu z uwzględnieniem Norm które dzielą się na:

- NS 3419 – Przygotowanie i prowadzenie placu budowy
- NS 3420 – Teksty do opisu robót budowlanych i inżynierskich
- NS 3421 – Teksty do opisu robót instalacyjnych
- NS 3450 – Dokumenty projektowe dla budownictwa i robót inżynierskich
- NS 3451 – Tablica części Budynków
- NS 3452 – Tablica konstrukcji inżynierskich
- NS 3453 – Koszty inwestycji
- NS 3459 – Elektroniczne przekazywanie dokumentów projektowych
- NS 8311 – Oznaczenia w budynkach i częściach budynków
- NS 8312 – Numerowanie pomieszczeń.

Z cytowanego artykułu wynika iż dla przedsiębiorcy norma jest podstawą poprawnego obliczenia przetargu, gdyż otrzymuje on dokument przetargowy zakodowany zgodnie z NS 3420, z którego jasno wynikają oczekiwania inwestora.

Natomiast klasy tolerancji określają stopień oczekiwanej dokładności, a zatem i cenę poszczególnych produktów częściowych.

Następnie autor wskazuje iż Norma określa jakie materiały i usługi muszą być wliczone w każdą pozycję dokumentu przetargowego a w fazie wykonawczej norma jest podstawą kontroli robót.

Autor jednoznacznie wskazuje więc iż Norma NS 3420 reprezentuje interesy obu: inwestora i wykonawcy.

Powyższe publikacja zasługuje na zainteresowanie choć budowa wskazanego systemu zarządzania doku-

mentami wymaga długotrwałego procesu, nie mniej jednak powinna być rozpoczęta w celu ujednolicenia opisu przedmiotu zamówienia.

Proponowane rozwiązania przez Sekocenbud oraz Orgbud z zakresu opisu STWiOR powodują zbyt duże różnice pomiędzy dokumentacjami. Poprawny opis robót i przedmiaru winien spełniać następujące wymogi oraz ograniczyć opis techniczny do wyjątków odbiegających od ogólnie przyjętych norm:

- ma być przydatny do obliczania przetargu
- umożliwić Wykonawcy w sposób jednoznaczny zrozumienie przebiegu robót
- dać dobrą podstawę do przygotowania harmonogramu robót
- umożliwić prawidłowe rozliczenie budowy
- zawierać szczegółowe informacje dla Wykonawcy
- opis nie powinien być zbyt obszerny, ale za to dokładny
- w swoich zapisach dać podstawę dla utrzymania gotowego budynku.

Ty samym STWiOR oraz przedmiar stają się głównymi dokumentami przetargowym - opisem przedmiotu zamówienia. Opis razem z przedmiarem staje się podstawą obliczenia wartości przetargu oraz załącznikiem do umowy zawartej pomiędzy Inwestorem a Wykonawcą. Natomiast rysunki wizualnie określają obiekt i są środkiem przekazywania informacji pomiędzy uczestnikami procesu realizacji obiektu.

Precyzyjnie wykonany opis umożliwia Wykonawcy w jak najkrótszym czasie zapoznanie się z zakresem i sposobem wykonania przyszłej inwestycji oraz dokonania wyceny wartości jego nakładów związanych z realizacją planowanej inwestycji.

Nadmienić należy, że zgodnie z obowiązującym Prawem Zamówień Publicznych w art. 18 osobom którym powierzono sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia są odpowiedzialne materialnie za jego jakość i błędy w nim zawarte. Ponieważ w drodze przetargu wyłania się przyszłego Projektanta to zgodnie z art. 18 Prawem Zamówień Publicznych to jemu powierza się wykonanie dokumentacji która jest opisem przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego wybrany projektant jest zobligowany realizacją zamówienia zgodnie z PZP art. 29;30;31; a jednocześnie obowiązują go przepisy Dz. U, Nr. 202 poz. 2072 z roku 2004 oraz Prawa Budowlanego w celu uzyskania pozwolenia na budowę. Powyższe stwarza podstawy do różnych interpretacji – idących nawet w kierunku zaprzeczenia konieczności stworzenia opisu przedmiotu zamówienia „skoro wszyscy wiedzą jak mają wykonać zadanie”. (stanowisko biegłego z Pomorza), i twierdzenia, że projekt budowlany jest wystarczający.

Niedawno otrzymałem dokumentację na przełożenie linii energetycznej kolidującą z budowaną drogą typu S. Projektant przygotował dokumentację zgodnie z obowiązującym Prawem Budowlanym, jednakże nieprecyzyjnie został wykonany opis przedmiotu zamówienia, gdyż do każdego z 9 punktów jest zapisane zaledwie kilka zdań, natomiast opis techniczny obejmuje to co ma być w specyfikacjach.



W tak krótkich terminach wymaganych przez Zamawiających na składanie ofert Wykonawca nie ma możliwości pełnej analizy dokumentacji. Dlatego tak ważnym zadaniem jest ujednolicenie, standaryzacja dokumentacji aby zapewnić w krótkim czasie możliwość prawidłowo wyliczonej wartości robót z uwzględnieniem sposobu wykonania zadania z zachowaniem wymogów zapisanych w Specyfikacji Wykonania i Odbioru Robót.

Wbrew zaleceniom Izby Projektowania Budowlanego, która mówi, że Specyfikacje są oddzielnym zadaniem, uważam, że do podstawy wyceny wartości prac projektowych winno wliczać się wartości sporządzenia STWiOR ponieważ razem z przedmiarem oraz z rysunkami stanowi komplet dokumentacji wymaganej Pzp. Dlatego optuję za wykonaniem kompleksowym dokumentacji, ponieważ uważam, że projektant wykonuje zamówienie publiczne na sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia (art. 18 ust 3 Pzp), który składa się z kilku dokumentów. Rozdzielenie tych dokumentów stanowi o rozmyciu odpowiedzialności za jakość i sposób wykonania dokumentacji. Ponadto w dalszym ciągu jako podstawę wyceny przedmiaru robót wykorzystuje się nieaktualne od 2001r katalogi KNNR.

Przy tworzeniu nowego prawa należy wprowadzić nową zindywidualizowaną symbolikę, która odpowiadałaby poszczególnym etapom realizacji obiektów z podziałem na elementy w powiązaniu z ich specyfikacją. Pod danym symbolem winien zostać opisany sposób realizacji danego elementu wraz z użytymi do jego realizacji materiałami. Powyższe umożliwiłoby precyzyjne ustalenie wartości planowanych robót budowlanych. Należy podkreślić iż wyłącznie dokładnie sporządzony opis przedmiotu zamówienia z ściśle sprecyzowanym zakresem i sposobem wykonania inwestycji zapewnia zminimalizowanie ryzyka powstania sporów oraz pozytywnie wpłynie na wydatkowanie środków publicznych.

Tworząc jeden z elementów dokumentacji inwestycyjnej jakim jest przedmiar należy pamiętać iż winien on zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej wraz z ich szczegółowym opisem zgodny z kolejnym niezbędnym elementem dokumentacji jakim jest Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru robót. Przy jego tworzeniu należy koniecznie uwzględnić Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3.12.2012 dotyczące wykazu robót budowlanych oraz Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2004 z późniejszymi zmianami, w celu stworzenia nowych dookreślonych symboli bądź norm stanowiących podstawę opisu przedmiotu zamówienia wymaganego przez Prawo Zamówień Publicznych.

Przykładowo „Nowe Katalogi Opisu Robót Budowlanych” (KORB – proponowana nazwa robocza) zawierałyby zasoby – materiał zbiorczy umożliwiający szczegółowe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia. W nowych katalogach należałoby ustalić działy jako główne z następującym układzie zgodnym z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 3.12.2012:

1. Przygotowanie terenu pod budowę – kod 45100000.
2. Roboty budowlane w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów – kod 45200000.

3. Wykonanie instalacji budowlanych – kod 45300000.
4. Wykończeniowe roboty budowlane – kod 45400000.
5. Usługi wynajmu sprzętu budowlanego do wyburzeń z obsługą operatorską – kod 45500000.

Każdy dział powinien być podzielony na elementy, tak by projektant mógł opisać sposób wykonania, wybrać żądany materiał z opisem parametrów, transportu, zasad odbioru i wynagrodzenia, punkty dostosowane do wymogów zapisanych w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2004 Dz. U 202 poz. 2072 art. 14 ust 1 od punktu 2 do 10. Katalog powinien być tak opracowany aby w trakcie projektowania tworzyć specyfikacje techniczne oraz exportować zasoby do programu umożliwiającego wykonanie harmonogramu.

Tworzone prawo winno uporządkować zaistniałą sytuację i zlikwidować „rozbieżności dokumentacji”, stworzyć nowe precyzyjne określenia oraz jasno określić zakresy odpowiedzialności wszystkich uczestników procesu budowlanego umożliwiając zarówno projektantom, inwestorom jaki i wykonawcom precyzyjne określenie planowanych robót oraz ich koszt.



PRAWIDŁOWA WYCENA ROBÓT BUDOWLANYCH W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

– problemy, przykłady, narzędzia wspomagające

Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno - Organizacyjnych Budownictwa „Promocja” Sp. z o.o. – autor i wydawca informacji Systemu SEKOCENBUD – serdecznie zaprasza na kolejną, jubileuszową **XX KONFERENCJĘ NAUKOWO-TECHNICZNĄ**. Coroczne ciechocińskie spotkania już na stałe wpisały się do kalendarza najważniejszych wydarzeń dla specjalistów, zajmujących się przygotowaniem, realizacją i rozliczaniem inwestycji.

Każdy jubileusz jest doskonałą okazją do podsumowań, lecz także sprzyja perspektywicznemu spojrzeniu przed siebie. Tematyka dwudziestej konferencji będzie więc idealnym połączeniem dzisiejszej aktualności z perspektywą nowych rozwiązań najbliższej przyszłości. W dwóch tematycznych blokach zaprezentowane zostaną – z jednej strony – zawsze aktualne problemy prawidłowej wyceny robót budowlanych w zamówieniach publicznych, z drugiej zaś – wykorzystanie nowoczesnych narzędzi nie tylko na etapie wyceny ale również podczas realizacji całego procesu inwestycyjnego.

BLOK I: Wycena robót budowlanych w zamówieniach publicznych – prawo i praktyka

- metody obliczania ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane,
- kosztorys inwestorski – czy może stanowić kontrolę realizacji zamówienia zgodnie z ustaloną ceną,
- ryzyka związane z wyborem oferty z najniższą ceną,
- od projektu do wykonania – wpływ kolejnych etapów na koszt inwestycji,
- zmiany wynikające z nowej Dyrektywy Parlamentu Europejskiego w sprawie zamówień publicznych,
- orzecznictwo sądowe i Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) – przykłady.

BLOK II: Nowoczesne narzędzia wspomagające proces inwestycyjny

- kosztorysowanie przyszłości – jakich zmian należy się spodziewać,
- zastosowanie technologii BIM (Building Information Modeling) a oczekiwania uczestników procesu inwestycyjnego,
- wykorzystanie BIM przy wycenie kosztów realizacji robót budowlanych.

ORGANIZATOR KONFERENCJI:



PARTNERZY:



PATRONAT MEDIALNY:



Instytut Konstrukcji Budowlanych Politechniki Poznańskiej

zaprasza na Studia Podyplomowe nt.

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

**Studia Podyplomowe przewidziane są dla osób
chcących pogłębić wiedzę z zakresu realizacji inwestycji,
a w szczególności stosowanych zasad FIDIC
w umowach międzynarodowych i skierowane jest
do wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego.**

Czas trwania Studium obejmuje 2 semestry.

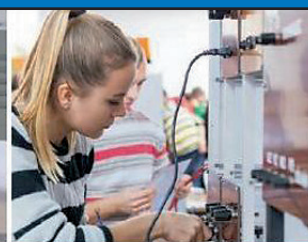
Termin rozpoczęcia zajęć: październik 2014 r.

Dodatkowe informacje znajdują się na stronie **www.ikb.poznan.pl**



**POLITECHNIKA
GDAŃSKA**

**110
LAT**



Wydział Inżynierii Lądowej i Środowiska Politechniki Gdańskiej

**ogłasza nabór na roczne podyplomowe studia pt.
„Kontrakty na roboty budowlane według polskich
i międzynarodowych procedur”
(edycja V), rok akademicki 2014/2015**



Studia skierowane są do wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego – osób chcących podnieść swoje kwalifikacje zawodowe oraz poszerzyć wiedzę z zakresu przygotowania i realizacji inwestycji budowlanych zgodnie z przepisami prawa polskiego, procedurami FIDIC i Banku Światowego.

Program studiów obejmuje m.in. następujące zagadnienia: międzynarodowe procedury realizacji inwestycji budowlanych a prawo polskie, warunki realizacji kontraktu wg procedur FIDIC, procedury przetargowe w Pzp, zarządzanie kontraktami inwestycyjnymi na roboty budowlane, zapewnienie jakości i zarządzanie ryzykiem w realizacji przedsięwzięć budowlanych.

Szczegóły: <http://www.wilis.pg.gda.pl> – Studia podyplomowe

Termin przyjmowania zgłoszeń: do 5.09.2014 r.

Kontakt Politechnika Gdańska,
Wydział Inżynierii Lądowej i Środowiska,
ul. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk,

tel. (58) 347-26-96, (58) 347-20-83,
fax (58) 347-26-96
e-mail: podyplomowe-wilis@pg.gda.pl

SZKOLENIA OTWARTE

skierowane do wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego

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

Koszt szkolenia od osoby obejmuje:

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

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

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



HARMONOGRAM SZKOLEŃ

III kwartał 2014

Karta zgłoszenia uczestnictwa w szkoleniu otwartym SIDiR

20–21.08.2014 r.	☐ Inżynier (kontraktu) – kluczowa rola w sprawnej realizacji kontraktów opartych o Warunki Kontraktowe FIDIC (szkolenie 2–dniowe)	1000 PLN + 23% VAT
27–28.08.2014 r.	☐ Umowy w procesie inwestycyjno – budowlanym: umowy budowlane, o prace projektowe, nadzór inwestorski, pełnienie funkcji Inżyniera, z uwzględnieniem przepisów prawa budowlanego, prawa zamówień publicznych i orzecznictwa (szkolenie 2–dniowe)	1000 PLN + 23% VAT
02–03.09.2014 r.	☐ Wprowadzenie do Warunków Kontraktowych FIDIC (szkolenie 2–dniowe)	1000 PLN + 23% VAT
04–05.09.2014 r.	☐ Przygotowanie i realizacja inwestycji budowlanej wymagania prawa krajowego i praktyka realizacyjna (szkolenie 2–dniowe)	1000 PLN + 23% VAT
10.09.2014 r.	☐ Ryzyka w procesie budowlanym – zarządzanie i ubezpieczenia (szkolenie 1–dniowe)	500 PLN + 23% VAT
11.09.2014 r.	☐ Zmiany i korekty w umowach zamówienia publicznego, w szczególności opartych na wzorach kontraktowych FIDIC (szkolenie 1–dniowe)	500 PLN + 23% VAT
17–18.09.2014 r.	☐ Zarządzanie budową na podstawie warunków kontraktowych FIDIC (szkolenie 2–dniowe)	1000 PLN + 23% VAT
22–23.09.2014 r.	☐ Przygotowanie i realizacja zamówienia publicznego na roboty budowlane z wykorzystaniem Warunków Kontraktowych FIDIC (szkolenie 2–dniowe)	1000 PLN + 23% VAT
24.09.2014 r.	☐ Roszczenia i spory w kontraktach realizowanych na Warunkach Kontraktowych FIDIC (szkolenie 1–dniowe)	500 PLN + 23% VAT
25.09.2014 r.	☐ Praktyczne aspekty przygotowania i rozstrzygania roszczeń – warsztaty (szkolenie 1–dniowe)	500 PLN + 23% VAT

Dane	uczestnika	Nazwisko i imię			
		Firma			
		Adres			
		Telefon	Fax	e-mail	
		Stanowisko			
	do faktury	Nazwa firmy			
		Adres			
		NIP			

więcej znajdziesz na: www.sidir.pl/szkolenia

PŁATNOŚĆ:

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