BIULETYN
Konsultant

NUMER 51 • LISTOPAD 2018

ISSN 1898-634X

WALORYZACJA PROBLEMEM BRANŻY BUDOWLANEJ

W NUMERZE:

ISTOTNE ZAGADNIENIA DLA OBLICZEŃ KWANTUM ROSZCZEŃ O WZROST WYNAGRODZENIA 4

WALORYZACJA WYNAGRODZENIA W KONTRAKTACH BUDOWLANYCH W ŚWIETLE NAJNOWSZEGO ORZECZNICTWA 6

BANKRUCTWO BRANŻY BUDOWLANEJ W ZŁOTYCH CZASACH DLA INFRASTRUKTURY – FIKCJA CZY FAKT 8

NAJCZĘSTSZE PRZYCZYNY POWSTAWANIA SPORÓW W BRANŻY BUDOWLANEJ 10

NOWE WARUNKI KONTRAKTOWE FIDIC Z PERSPEKTYWY POLSKIEJ — WYBRANE ZAGADNIENIA *(ŻÓŁTA I CZERWONA KSIĘGA FIDIC 2017)* 14

RYZYKO ZMIANY KOSZTU W CZASIE NA UKOŃCZENIE I W PRZEDŁUŻONYM CZASIE NA UKOŃCZENIE – PRZYPISANIE ODPOWIEDZIALNOŚCI STRONOM KONTRAKTÓW 18

SKUTECZNE PLANOWANIE I ZARZĄDZANIE PROJEKTEM NA PRZYKŁADZIE BUDOWY WIADUKTU W CIĄGU AL. SOLIDARNOŚCI W LUBLINIE 24

UBEZPIECZAJĄCY JAKO PODMIOT UPRAWNIONY DO DOCHODZENIA ROSZCZEŃ W RAMACH OC OD ZAKŁADU UBEZPIECZEŃ 28

UTRATA ZDOLNOŚCI POZYSKIWANIA GWARANCJI UBEZPIECZENIOWYCH TO NIEMAL PEWNY WZROST KOSZTÓW INWESTYCJI 30

Biuletyn „Konsultant”

Wydawca: Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR)

ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa,
tel.: +48 22 826 16 72, biuro@sidir.pl

Kolegium redakcyjne: mec. Tomasz Darowski, inż. Tomasz Latawiec, mgr inż. Tamara Małasiewicz, mgr inż. Grzegorz Piskorz, mec. Tomasz Skoczyński, mec. Marcin Skromak

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

Redakcja nie ponosi odpowiedzialności za treść zamieszczanych reklam.

Skład: VIRBIT Przemysław Leśniewski · www.virbit.pl

Reklama w biuletynie: W sprawie szczegółowej oferty i cennika reklam prosimy o kontakt z biurem SIDiR

SIDiR jest członkiem:

Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils – FIDIC

European Federation of Engineering Consultancy Associations – EFCA

Szanowne Koleżanki i Koledzy!

Czas biegnie naprawdę szybko. Utwierdza mnie w tym przekonaniu fakt, że już za kilka dni spotkamy się na corocznej Konferencji Arbitrażowej organizowanej zwyczajowo w listopadzie. Prelegenci i paneliści V edycji skupiać się będą na tematyce związanej z waloryzacją wynagrodzenia umownego i nadzwyczajną zmianą stosunków, czyli potocznie mówiąc na „rebusie”.

Już teraz mogę stwierdzić, że trafiliśmy z temat przewodnim konferencji w „10”. Takiego zainteresowania konferencją nie mieliśmy nawet podczas obchodów 100-lecia konsultingu inżynierskiego. To zainteresowanie wynika w głównej mierze z sytuacji rynkowej. Nie trzeba być wybitnym specjalistą, żeby zauważyć, że źle się dzieje w budownictwie. Szalony wzrost cen usług podwykonawców, niektórych materiałów i robocizny jest odczuwalny aż nadto. Jak sobie z tym poradzić, co robić, by nie powtórzyła się sytuacja z lat 2011/2012, po której do dzisiaj sądy nie mogą się otrząsnąć z nawału pracy związanej z rozstrzyganiem sporów z kontraktów infrastrukturalnych, ale jak widać, nie wyciągnęliśmy, zarówno Zamawiający, jak i Wykonawcy, wniosków z poprzednich doświadczeń. Myślę, że uczestnicy V edycji Konferencji znajdą na niektóre pytania satysfakcjonujące odpowiedzi. Dlatego, mimo dużej ilości zgłoszeń, zapraszam tych z państwa, którzy jeszcze nie podjęli decyzji o tym, czy warto brać udział w Konferencji. Proszę Państwa – warto! To tyle o Konferencji.

Kolejne bardzo ważne wydarzenie, które nas czeka w najbliższym czasie, to Nadzwyczajne Walne Zgromadzenie (NWZ) Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców połączone ze spotkaniem integracyjnym członków SIDiR. Zarząd podjął decyzję o zwołaniu NWZ w związku z chęcią wprowadzenia zmian do statutu naszego Stowarzyszenia. Zmian, które powinny wpłynąć na obniżenie kosztów działalności – tak proszę Państwa, i na „unowocześnienie” organizacji jako takiej.

Nadzwyczajne Walne ma odbyć się w dniach 18,19 stycznia 2019 r. w gościnnych murach Pałacu w Łochowie (http://www.palacifolwarklochow.pl). Wkrótce wszyscy członkowie SIDiR otrzymają zaproszenie na NWZ z programem. Dla mnie najważniejsze – liczę, że każdy z Państwa pochyli się nad aktualnie obowiązującym statutem i zaproponuje jego korekty i zmiany. Przecież co trzy pary oczu, to nie to samo co dwie. A co trzysta par oczu, to nie to samo, co siedem.

Szanowni Państwo do zobaczenia na V edycji Konferencji, a potem na Nadzwyczajnym Walnym Zgromadzeniu.

Tomasz Latawiec

Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR)

Prezes Zarządu

V EDYCJA OGÓLNOPOLSKIEJ KONFERENCJI ARBITRAŻOWEJ

WALORYZACJA I NADZWYCZAJNA ZMIANA STOSUNKÓW – SPORY O ZMIANĘ WYNAGRODZENIA

CZY MOŻNA W PRAKTYCE UNIKNĄĆ ZBĘDNYCH SPORÓW I OSZCZĘDZIĆ ŚRODKI PUBLICZNE

2018-11-22

09:30 - 10:00
Rejestracja uczestników

10:00 - 10:15
Otwarcie konferencji
Prowadzący: Tomasz Skoczyński (SIDiR), Tomasz Latawiec (SIDiR)

10:15 - 10:45
Waloryzacja umowna wynagrodzenia a nadzwyczajna zmiana stosunków – referat wprowadzający
Prowadzący: Jacek Bendykowski (SIDiR)

10:45 - 11:30
Rebus sic stantibus w praktyce – analiza przypadków
Prowadzący: Przemysław Drapała (Jara, Drapała & Partners)

11:30 - 12:15
Jak jest, a jak być powinno - przykłady klauzul waloryzacyjnych
Prowadzący: Tomasz Skoczyński (SIDiR)

12:15 - 12:45
Przerwa kawowa

12:45 - 14:15
Debata - Tsunami sporów 2.0, czyli powrót do przeszłości

- Jak opisać waloryzację kontraktu w SIWZ, aby spełnić wymóg określoności i efektywności klauzuli waloryzacyjnej
- Granica odpowiedzialności Wykonawcy za wzrost kosztu vs. granica nieprzewidywalności;
- Nieefektywność Wykonawcy, a faktycznie niezbędne do poniesienia koszty, które powinny być waloryzowane;
- Warunki efektywnego zarządzania kontraktami w dobie nieprzewidywalnego wzrostu cen;

Uczestnicy: Michał Skorupski (SIDiR), Barbara Michalska (I Zastępca Prezydenta Miasta Świnoujście), Michał Lempkowski (SIDiR), Anna Stelmaszyk–Świerczyńska (Urząd Morski w Gdyni), Tomasz Latawiec (SIDiR), uczestnicy konferencji

14:15 - 15:00
Lunch

15:00 - 15:15
Rozstrzygnięcie Konkursu Młodych Profesjonalistów
Prowadzący: Grzegorz Piskorz (SIDiR)

15:15 - 15:45
Modyfikacje klauzuli 13.8 WK FIDIC – sukces czy porażka – analiza przypadków
Prowadzący: Tomasz Darowski (SIDiR)

15:45 - 16:15
Ryzyko zmiany Kosztu w Czasie na Ukończenie i w przedłużonym Czasie na Ukończenie – przypisanie odpowiedzialności Stronom kontraktów
Prowadzący: Krzysztof Wiśniewski (SIDiR)

16:15 - 16:45
Możliwość wprowadzenia waloryzacji w kontraktach, w których tego nie przewidziano - z punktu widzenia kwalifikowalności kosztów i procesu rozliczeń z UE
Prowadzący: Przemysław Wróbel (CUPT)

16:45 - 17:30
Kalkulacje kosztorysowe na roboty budowlane - aspekty praktyczne dla potrzeb zmiany wynagrodzenia
Prowadzący: Balbina Kacprzyk (SKB)

17:30 - 17:35
Podsumowanie pierwszego dnia konferencji
Prowadzący: Tomasz Latawiec (SIDiR)

19:30
Uroczysta kolacja

2018-11-23

09:30 - 10:00
Poranna kawa

10:00 - 10:30
Bankructwo branży budowlanej w złotych czasach dla infrastruktury – fikcja czy fakt
Prowadzący: Andrzej Puta (Euler Hermes)

10:30 - 11:00
Ryzyko utraty zdolności pozyskiwania gwarancji bankowych i ubezpieczeniowych = ryzyko wzrostu kosztów realizacji inwestycji budowlanych
Prowadzący: Grzegorz Romanowicz (STBU Brokerzy Ubezpieczeniowi), Karolina Pertkiewicz (STBU Brokerzy Ubezpieczeniowi)

11:00 - 11:45
Termin na wytoczenie powództwa waloryzacyjnego
Prowadzący: Paweł Lewandowski (Domański Zakrzewski Palinka sp. k.)

11:45 - 12:15
Przerwa kawowa

12:15 - 13:45
Debata Oksfordzka

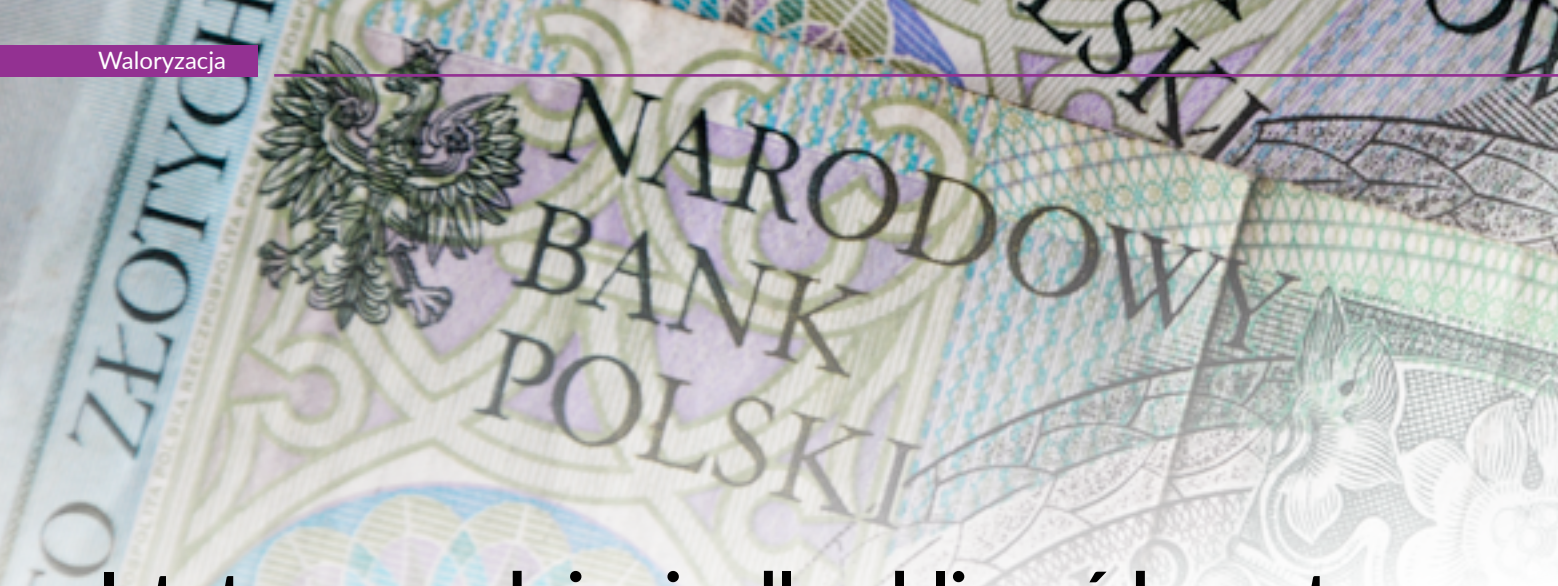
1. Za i przeciw waloryzacji kontraktów, w których nie przewidziano waloryzacji wobec obecnego wzrostu cen materiałów i robocizny.
2. Czy w obecnym systemie prawnym istnieje transparentny, wydajny, bezpieczny i sprawiedliwy sposób waloryzacji kontraktów publicznych?
3. Czy waloryzacja umowna wynagrodzenia może być skutecznym narzędziem zapobiegania sporom?
4. Czy powinno się wprowadzić systemowe rozwiązania w zakresie waloryzacji kontraktów z lat 2016 – 2018?

Uczestnicy:
strona Wykonawców: Andrzej Grabiec (SIDiR)
strona Zamawiających: Marcin Skromak (SIDiR)
moderator: Tomasz Skoczyński (SIDiR)
udział: uczestnicy konferencji

13:45 - 14:15
A jednak da się inaczej – warunki dla pozasądowych ścieżek załatwiania sporów w zamówieniach publicznych
Prowadzący: Honorata Łopianowska
(Sędzia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego)

14:15 - 14:30
Podsumowanie Konferencji

14:30
Lunch



Istotne zagadnienia dla obliczeń kwantum roszczeń o wzrost wynagrodzenia

Michał Skorupski

Od marca 2018 roku wykonawcy branży infrastrukturalnej zgłaszają narastający problem inflacji cen robót podwykonawczych, materiałów i robocizny. Kwestia ta nie została jeszcze dobrze zdiagnozowana. Interesariusze rynku budowlanego koncentrują się na tym, czy można wprowadzić rewaloryzację do już zawartych umów, nad ograniczeniami prawnymi i możliwymi mechanizmami w przyszłych umowach. Na razie jednak wobec braku postępu w opracowaniu uniwersalnego schematu rewaloryzacji pozostaje wykonawcom droga sądowa.

W sprawach o wzrost wynagrodzenia wybijają się następujące problemy kalkulacyjne:

1) Jaka cena, stawka czy koszt bazowy była uzasadniona do przyjęcia w okresie referencyjnym (podczas składania oferty)?

2) Jaka cena, stawka lub koszt wynikowy (z okresu faktycznego poniesienia kosztów) powinien być uznany za uzasadniony po uwzględnieniu nieefektywności procesu zakupowego lub innych okoliczności po stronie wykonawcy?

3) Od jakiego wzrostu danej ceny, stawki lub kosztu możemy mówić o zjawisku nadzwyczajnym, którego nie musiał uwzględniać wykonawca w swoim ryzyku kontraktowym?

Posłużmy się prostym przykładem. W przykładzie tym wszystkie odniesienia do cen i materiałów są fikcyjne i nie muszą w żadnym stopniu oddawać realiów obecnego rynku.

Wykonawca składa pozew o wzrost wynagrodzenia w zakresie wzrostu cen stali w kontrakcie obmiarowym, w którym miał wykonać 3000 ton konstrukcji stalowych z blach. Cenę zakupu stali w momencie składania oferty wykonawca przyjął jako 2000 zł za tonę blachy. Tyle też przyjął do wyceny oferty. Procedura wyłonienia wykonawcy i podpisania umowy trwała pół roku. W tym czasie cena stali najpierw spadła, a potem wzrosła szybko do poziomu początkowego 2000 zł za tonę. Natomiast w pół roku po podpisaniu umowy zaczęła rosnąć gwałtownie. W toku kontraktu okazało się, że w wyniku wykrytego błędu projektowego po stronie zamawiającego, wykonawca musiał wykonać 3500 ton konstrukcji. Strony podpisały na ten temat osobny aneks (mimo że kontrakt tego nie wymagał), ustalając cenę sprzedaży, do kalkulacji przyjęto koszt zakupu stali dla robót dodatkowych na 2600 zł za tonę. Ostatecznie ceny stali osiągnęły cenę 2800 zł za tonę.

Wykonawca twierdził w pismach do zamawiającego, że racjonalnie mógł uznać, że wzrost cen stanowiący jego ryzyko zakupowego wynosi 10%. Wiedział, że w przeszłości (10 lat wcześniej) ceny chwilowo osiągnęły 2800 zł, ale uznał tamto zdarzenie za wyjątkowe.

Wykonawca twierdził, że wykonał roboty podstawowe przy cenie zakupu stali średnio 2500 zł za tonę a roboty dodatkowe przy cenie zakupu średniej 2700 zł za tonę.

Obliczając wartość straty na tym kontrakcie należy wziąć pod uwagę:

1) **Czy wykonawca mógł racjonalnie przyjmować możliwość zakupu stali po 2000 zł za tonę w dacie złożenia oferty? Jeżeli nie, to jaka powinna być racjonalna stawka przyjęta za referencyjną?**

   W badaniu okazało się, że cena 2000 zł za tonę tego rodzaju stali była optymistyczna w całym okresie składania ofert i kontraktacji. Uzasadnioną do przyjęcia powinna być cena 2100 zł za tonę. Uwzględniając możliwe do uzyskania rabaty i warunki handlowe oraz należytą staranność w negocjacjach nie można było oczekiwać ceny zakupu niższej.

   Dla ceny robót dodatkowych stwierdzono w badaniu, że była to cena zakupu wyższa niż możliwa do uzyskania w momencie podpisywania aneksu, gdyż można było wynegocjo-

wać z dostawcą 2500 zł za tonę. Więc przynajmniej w pierwszym momencie po zawarciu umowy dodatkowej wykonawca czerpał dodatkowy zysk na konstrukcji stalowej.

2) **Czy ceny zakupu podawane przez wykonawcę w pismach do zamawiającego w trakcie budowy były określone racjonalnie? Jeśli nie to jakie one powinny być?**

W badaniu okazało się, że w danym okresie zakupowym przy zachowaniu podobnych profesjonalnych warunków kontraktacji jak w p. 1) nie można było uzyskać kwot niższych. Potwierdzono też zgodność z faktami podawanych cen zakupu i cen średnich.

Ażeby dojść do powyższych wniosków, wykonawca musiał przedstawić swoje procedury zakupowe, warunki kontraktacji i dostawy, złożone oferty i podpisane umowy. Faktycznie okazało się, że wykonawca rzetelnie starał się wynegocjować jak najlepsze warunki zakupu we wszystkich postępowaniach zakupowych. Na szczęście wykonawca zdawał sobie sprawę, że może być konieczne dochodzenie wzrostu wynagrodzenia, zatem zachował dowody prowadzenia negocjacji handlowych. W wielu przypadkach ekspert obliczający kwantum ma do dyspozycji tylko dowody na zawarcie konkretnej umowy i żadnych dowodów na prowadzenie negocjacji w kierunku uzyskania warunków lepszych niż oferowane w ofercie, na podstawie której zawarto umowę.

Z rozumowania dotychczasowego wynikało, że strata wykonawcy na wzroście cen stali wyniosła średnio 400 zł za tonę dla zakresu podstawowego. Ponieważ cena średnia dla zakupu robót dodatkowych była prawidłowa, fakt przeszacowania kosztu zakupu cen stali w umowie dodatkowej nie zmienił tego, że strata na zakupie stali wynosiła średnio 200 zł za tonę.

Pozostało zatem określić jaki wzrost cen nie mieścił się w zwykłym ryzyku handlowym wykonawcy budowlanego działającego na rynku konstrukcji stalowych.

3) Tutaj oczywiście należy uwzględniać indywidualnie wiele czynników:

– zwyczaj i możliwości zawierania kontraktów terminowych typu future na dostawy stali.

Na rynku stali można zawierać kontrakty terminowe z dostawami do 60 miesięcy. Z tym że koszt ryzyka wzrostu może być (ale nie musi) uwzględniony w cenie.

– możliwość składowania zapasów na stanie magazynowym dla zapobieżenia fluktuacjom cen

Stal można składować (w odróżnieniu np. od mas bitumicznych).

– możliwość przewidzenia trendów

Tutaj oczywiście jest to całkowicie nieprzewidywalne. Przedsiębiorca nawet znający rynek stali nie może brać pod uwagę takich czynników jak decyzje o wprowadzeniu sankcji, embarga czy podatków na rynku międzynarodowym. Nie można tego przypisywać nawet międzynarodowym ekspertom tych rynków, a co dopiero przeciętnej firmie wykonawczej w Polsce.

W tym konkretnym przykładzie uznano, że za nadzwyczajny wzrost, który przekracza ryzyko wykonawcy na rynku stali to 15%.

Przy takiej kalkulacji uznano, że faktycznie wykonawca poniósł straty. Niemniej jednak tylko w zakresie kontraktu podstawowego spełniały one przesłanki nadzwyczajności, które nie mieściły się w jego ryzyku. Ostatecznie obliczono, że:

– zasadna do przyjęcia cena początkowa zakupu materiału dla robót podstawowych wyniosła 2100 zł a wzrost do 15% oznaczałby kwotę 2415 zł za tonę.

Czyli wzrost wynagrodzenia powinien odzwierciedlić stratę z tytułu robót podstawowych w wysokości 2500□2415 = 85 zł za tonę stali w zakresie podstawowym, czyli w tym przypadku 255000 złotych. W zakresie dodatkowym wykonawca przewidywał dalsze wzrosty i nawet się przed nimi w pewnym sensie zabezpieczył. Cena zakupu od podpisania umowy dodatkowej do zakończenia dostaw wzrosłą średnio tylko o sto złotych (czyli znacznie mniej nić 15%).

Powyższy przykład, z jakim rodzajem analiz powinniśmy mieć do czynienia w badaniu zmian cen. Dane w postaci zapłaconych faktur i złożonych ofert są zdecydowanie niewystarczające do nawet pobieżnej analizy zakresu należnego wzrostu wynagrodzenia.

Stopień komplikacji badania rośnie znacznie dla kontraktów typu design and build, gdzie w zakres badania wchodzi także:

określenie racjonalności projektowania przez wykonawcę i ewentualnego wpływu braku racjonalnych rozwiązań projektowych na stratę wykonawcy z tytułu wzrostu cen

– dotarcie do założeń materiałowych; wykonawca powinien wykazać, że właśnie taki, a nie inny materiał przewidywał do wykorzystania w kontrakcie i w takich, a nie innych ilościach.

Dlatego też sprawy o wzrost wynagrodzenia są i pozostaną bardzo trudne do udowodnienia.

Na zakończenie pozwolę sobie zauważyć, że nakład pracy na udowodnienie upoważnienia do wzrostu wynagrodzenia i jego wysokości jest nieporównywalnie większy do nakładu, jakie strony kontraktu miałyby ponieść przy ustalaniu zmiany cen o wskaźniki korekcyjne uzgodnione w umowie. Obecne zwyczaje w tym zakresie w Polsce prowadzą do wielkiej nieefektywności kontraktacji.

Michał Skorupski

Inżynier budowlany, członek SIDiR

Waloryzacja wynagrodzenia w kontraktach budowlanych w świetle najnowszego orzecznictwa

Kamil Pociecha, Weronika Sawik

Sytuacja branży budowlanej w wyniku niekorzystnych czynników ekonomicznych staje się coraz trudniejsza. Z początkiem 2017 roku radykalnie wzrosły ceny materiałów budowlanych, na co dodatkowo nakładają się deficyty siły roboczej i liczne problemy logistyczne. W najbardziej niepokojącej sytuacji są firmy realizujące długoterminowe kontrakty infrastrukturalne, zwłaszcza w formule typu „zaprojektuj i wybuduj". Firmy te oferty w przetargach składały w latach 2015–2017, tj. w okresie, w którym sytuacja na rynku ustabilizowała się na tyle, że nikt nie przewidywał tak gwałtownego wzrostu cen.

W obliczu powyższego całkiem realnym wydaje się ryzyko powtórzenia sytuacji z 2012 roku, w którym kumulacja inwestycji związanych z Euro 2012, gwałtowny wzrost cen materiałów budowlanych oraz światowy kryzys i wzrost cen surowców doprowadziły do upadku dużej części wykonawców z branży budowlanej. Aktualnie zarówno wykonawcy, jak i strona rządowa poszukują rozwiązania problemu waloryzacji kontraktów budowlanych, jednakże mało prawdopodobne jest, aby odgórne rozwiązania systemowe dotyczyły już zawartych i realizowanych kontraktów.

Nieprzychylna wykonawcom praktyka orzecznicza

W związku z brakiem innych rozwiązań branża budowlana z uwagą śledzi orzecznictwo sądowe w tzw. sprawach waloryzacyjnych. Są to postępowania prowadzone w przedmiocie ukształtowania stosunku prawnego przez sąd, w których wykonawcy domagają się zwiększenia wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane w związku ze zmianami otoczenia rynkowego w latach 2009-2012.

W dotychczasowej praktyce sądy najczęściej odmawiały zwiększenia wynagrodzenia w ramach zawartych kontraktów budowlanych, podnosząc brak spełnienia wszystkich ustawowych przesłanek waloryzacji. W szczególności składy zarzucały brak spełnienia przesłanki rażącej straty, którą, w ich ocenie, powinno odnosić się każdorazowo do zakresu (wielkości) działalności podmiotu, który podwyższenia żąda, a nie do wysokości oczekiwanego zysku (zob. wyrok SA w Szczecinie z dnia 17 marca 2016 roku, sygn. I ACa 894/15). Sądy zwracały uwagę także na przewidywalność zmian zachodzących na rynku, możliwość aneksowania kontraktów oraz zbyt późne wytoczenie powództwa, tj. dopiero po zakończeniu realizacji robót.

Jednocześnie, niektóre sądy wskazywały, że strony poprzez sposób ukształtowania stosunków umownych wyłączyły ustawowe mechanizmy adaptacji umów do zmieniającego się otoczenia. Na przykład opierając się o błędne założenie, że samo w sobie wykreślenie subklauzuli 13.8 Warunków Kontraktowych FIDIC oznacza umowne wyłączenie możliwości ustawowej waloryzacji wynagrodzenia kontraktowego. W praktyce uniemożliwiało to wykonawcom dochodzenie roszczeń waloryzacyjnych, a zamawiający kierując się orzecznictwem sądów, nie byli skłonni do negocjowania ugód lub aneksów mogących poprawić sytuację wykonawców.

Za pierwszy symptom nadchodzących zmian należy uznać orzeczenie zapadłe w tego rodzaju sprawie, w którym Sąd Apelacyjny nie wydał co prawda rozstrzygnięcia korzystnego dla wykonawcy, ale stwierdził, że zmiana cen asfaltu oraz paliw w latach 2009-2012 miała charakter nagłego skoku o kilkanaście i kilkadziesiąt procent i chociaż sytuacje wzrostów cen miały miejsce w przeszłości, wzrost ten miał charakter nadzwyczajny (nietypowy). Tym samym, w trakcie realizacji kontraktu doszło do niespodziewanego oraz nieprzewidywalnego dla przeciętnego przedsiębiorcy wzrostu cen, co wypełnia przesłankę nadzwyczajnej zmiany stosunków, o której mowa w art. 357 [1] k.c.

Sąd stwierdził także, że *podmiot wykonujący roboty drogowe jest przede wszystkim podmiotem profesjonalnie realizującym wykonawstwo w zakresie robót budowlanych, a nie graczem giełdowym. Nie można w związku z tym czynić pod jego adresem zarzutów o możliwości przewidzenia nagłych skoków cen tylko dlatego, że w historii takie skoki kiedyś już występowały* (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 4 lipca 2016 roku, sygn. VI ACa 569/15). Ograniczyło to tym samym możliwość powoływania się sądów w przyszłości na „przewidywalność" zmian na rynku, tworząc korzystniejsze perspektywy dla wykonawców poszkodowanych w „autostradowym kryzysie".

Zmiana orzecznictwa

Szczęśliwie dla wykonawców w ostatnim czasie możemy zaobserwować korzystną dla nich zmianę podejścia sądów rozpatrujących spory waloryzacyjne wynikłe ze zmian cen materiałów budowlanych w latach 2009-2012. Jako jedno z pierwszych prawomocnych orzeczeń dopuszczających zmianę wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych w związku z gwałtowną zmianą cen materiałów budowlanych należy wskazać Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 listopada 2017 roku (sygn. VI ACa 1462/13).

W uzasadnieniu powyższego wyroku Sąd Apelacyjny przesądził kilka istotnych kwestii, w szczególności potwierdzając, że wzrost cen asfaltu w latach 2009-2012

stanowił nieprzewidywalną i nadzwyczajną zmianę stosunków w rozumieniu art. 357 [1] k.c. i wskazując jednocześnie, że nie ma podstaw, aby przewidziana w art. 357 [1] k.c. „rażąca strata" miała być oceniana przez pryzmat wartości całej umowy.

Ponadto Sąd Apelacyjny dokonał właściwego rozróżnienia zakresu regulacji przewidzianej przez subklauzulę 13.8 Warunków Kontraktowych FIDIC regulującej zasady bieżącego korygowania kwot wynagrodzenia przez zamawiającego od ustawowej klauzuli *rebus sic stantibus*, uznając przy tym, że sama eliminacja postanowień umownych nie wpływa na uprawnienia wynikające z ustawy, jeśli nie towarzyszy jej wyraźne wyłączenie przepisu zawarte w umowie. Należy również podzielić pogląd skład orzekającego, że zmiana umowy kolejnymi aneksami, obejmującymi wyraźne lub dorozumiane potwierdzenie – niezmienionych danym aneksem – warunków umowy, w sytuacji, gdy powód, przynajmniej przy podpisywaniu aneksów, musiał już wiedzieć o wzroście cen asfaltu, nie ma wpływu na możliwość sądowej waloryzacji umowy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że cel, jakim strony kierowały się zawierając aneksy, wynika bowiem z ich treści, a pozwany nie wykazał, by wolą stron było nadanie ich postanowieniom innego znaczenia.

Sąd Apelacyjny uwzględniając częściowo powództwo, oparł się na opinii biegłego, który stwierdził, że nadzwyczajna zmiana cen asfaltu na polskim rynku, będąca konsekwencją nadzwyczajnych zmian cen ropy naftowej na rynkach światowych oraz zmian kursu złotego w stosunku do walut obcych, wpłynęła w istotny sposób na rozliczenie umowy, a powód poniósł rażącą stratę z zastrzeżeniem, że jej wyliczenie kształtuje się odmiennie, niż kalkulacja określona w pozwie.

Co istotne, oddalając powództwo w pewnym zakresie, Sąd podkreślił, że przepis art. 357 [1] k.c. nie może być wykorzystywany jako narzędzie służące do odzyskania przez wykonawcę tej części wynagrodzenia, która jego zdaniem miała stanowić zysk. Tezę tę można jednak uznać za dyskusyjną. Należałoby w szczególności rozważyć czy w niektórych przypadkach przywrócenie równowagi kontraktowej nie wymaga również przynajmniej częściowej rekompensaty utraconego zysku.

Kolejnym, jeszcze nieprawomocnym, wyrokiem Sądu pierwszej instalacji uwzględniającym częściowo żądanie waloryzacyjne wykonawcy jest wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 kwietnia 2018 roku (sygn. XXV C 1697/12).

Sąd w powyższym orzeczeniu potwierdził powyższe stanowisko Sądu Apelacyjnego w przedmiocie konieczności wyłączenia wprost zastosowania art. 357 [1] k.c., nawet pomimo wykreślenia z treści Warunków Kontraktowych FIDIC subklauzuli 13.8. Sąd stwierdził także, że zastosowanie subklauzuli 20.1 Warunków Kontraktowych FIDIC nie może prowadzić do wygaśnięcia uprawnień wykonawcy do dochodzenia roszczeń na podstawie art. 357 [1] k.c. stanowiący odrębną, pozakontraktową i ustawową podstawę, a jej wyłączenie w drodze umowy musi być wyraźne i jednoznaczne. W przypadku braku takiego wyłączenia terminy składania powiadomień o roszczeniu z subklauzuli 20.1 Warunków Kontraktowych FIDIC nie ograniczają możliwości wniesienia powództwa na podstawie art. 357 [1] k.c.

Ponadto Sąd wskazał, że dla zbadania istnienia przesłanek uzasadniających żądanie powoda w świetle art. 357 [1] k.c. nie jest niezbędne, by realizowana przez wykonawcę część świadczenia nie została spełniona do chwili zamknięcia rozprawy. Jednocześnie, wytoczenie powództwa po wykonaniu znacznej części robót budowlanych i otrzymaniu za wykonane roboty wynagrodzenia nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu art. 357 [1] k.c. do całej umowy.

Sąd wyraził także prowaloryzacyjne stanowisko w zakresie charakteru zmiany stosunków między stronami kontraktu, wskazując, że wzrost cen oleju napędowego i asfaltów, stanowiących podstawowe materiały wykorzystywane w budownictwie drogowym, który miał miejsce na rynku w okresie 2009-2012 i poniesione przez powoda dodatkowe koszty z tym związane wymykają się z jakimkolwiek możliwym kalkulacją ekonomicznym, prowadząc do straty powoda *wykraczającej zdecydowanie poza zwykłe ryzyko gospodarcze*. Tym samym, zmian tych nie dało się przewidzieć nawet przy zachowaniu należytej staranności przez powoda.

Jak wskazał Sąd, orzekając co do wysokości kwoty przyznanej waloryzacji, z uwagi na fakt, *„że obydwie strony przedmiotowej Umowy [...] profesjonalnie zajmują się realizacją drogowych inwestycji infrastrukturalnych (powód jako wykonawca, a pozwany jako inwestor), skutkami wzrostu kosztów realizacji przedmiotowej inwestycji na skutek zwyżek cen materiałów należy obciążyć obydwie strony. [...] Wobec tego dodatkowymi kosztami realizacji kontraktu niemożliwymi do przewidzenia, należało obciążyć strony w równych częściach. Taki sposób modyfikacji wynagrodzenia powoda odpowiadał będzie poczuciu słuszności i sprawiedliwości oraz uwzględniał będzie wskazane wyżej interesy obydwu stron kontraktu"*.

***

Pozostaje zastanawiać się, czy powyższe orzeczenia przyznające zaledwie częściową waloryzację wykonawcy już na tym etapie należałoby uznać za nowy kierunek linii orzeczniczej, a co za tym idzie tendencję przychylnego podejścia sądów do kwestii waloryzacji w obliczu aktualnych problemów na rynku. Wobec braku rozwiązań systemowych w przedmiocie odgórnej regulacji waloryzacyjnej należy mieć nadzieję, że pomimo oczywistych wad długoletnich procesów sądowych, orzecznictwo sądów pozostanie „deską ratunku" dla ponoszących straty wykonawców.

Kamil Pociecha

Associate w Praktyce Infrastruktury i Energetyki kancelarii Domański Zakrzewski Palinka sp. k.

Weronika Sawik

Associate w Praktyce Infrastruktury i Energetyki kancelarii Domański Zakrzewski Palinka sp. k.

Bankructwo branży budowlanej w złotych czasach dla infrastruktury – fikcja czy fakt

Andrzej Puta

Kwestią kluczową dla budownictwa nie jest obecnie wielkość produkcji sprzedanej, ale jej opłacalność – bieżąca, jak i w najbliższej perspektywie. Wielkość sprzedaży nie świadczy jeszcze o hossie, gdyż na tej sprzedaży trzeba jeszcze solidnie zarobić... Duża skala trwających inwestycji wymaga adekwatnie dużej skali zaangażowania kapitałowego samych firm budowlanych, jak i firm współpracujących, przy czym bieżąca rentowność ich wykonawców, a wraz z tym potencjalne ryzyko dla dostawców (materiałów budowlanych, usług transportowych i specjalistycznych etc.) nie wyglądają najlepiej. Dostawcy oraz instytucje finansujące z większą uwagą analizują aktualne, nie najlepsze wyniki finansowe wielu firm budowlanych za 2017 i I półrocze 2018 roku. Sama branża doświadcza stałego wzrostu liczby niewypłacalności – dwucyfrowe tempo z I półrocza dla całego sektora już spadło (wyższa baza odniesienia w II półroczu 2017 roku, jak i niezła kondycja budownictwa mieszkaniowego), ale nadal jest to problem w sektorze infrastrukturalnym, gdyż firmy wyspecjalizowane w tych pracach stanowią obecnie 70% przypadków niewypłacalności.

Źródło: Monitor Sądowy i Gospodarczy, dane przeanalizowane przez Euler Hermes z grupy Allianz

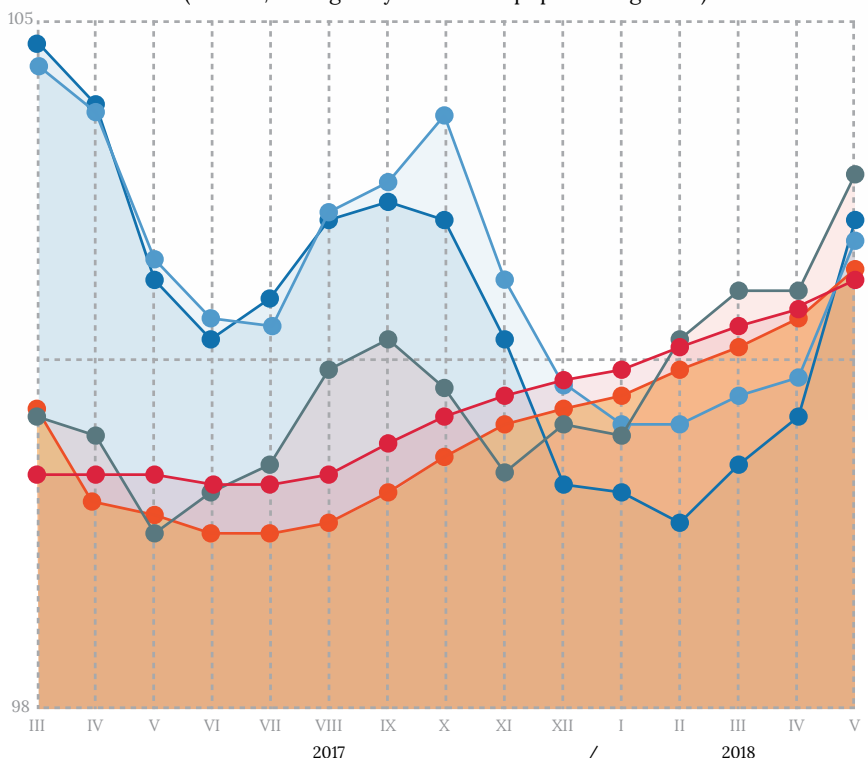
Pociągają za sobą na dno wiele zaopatrujących firm produkujących materiały budowlane (łącznie wiec budownictwo odpowiada za minimum 40% liczby niewypłacalności polskich przedsiębiorstw). Nie widzimy obecnie warunków, aby sytuacja miała się odwrócić, czyli między innymi kontrakty byłyby na większą skalę renegocjowane za zgodą zamawiających **(chodź rozmowy trwają już od dłuższego czasu)**, ceny materiałów i koszty pracy miałyby spaść, a dostępność pracowników i możliwości przewozowe materiałów zaopatrzeniowych miałyby się szybko zwiększyć.

Strona publiczna wskazuje, iż głównym problemem jest brak rozliczeń generalnym wykonawców z podwykonawcami. Już w trakcie poprzedniego szczytu budowlanego w 2012 r. i kryzysu, który się z nim wiązał, pojawiła się możliwość na podstawie tzw. specustawy (ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych), aby podwykonawcy mogli zwracać się bezpośrednio do inwestora o wypłatę należnych im pieniędzy za zrealizowane prace. Nie była to jednak procedura działająca szczególnie szybko i skutecznie, co wskazał w swoim raporcie NIK (28 kwietnia 2018 r. – link: https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/infrastruktura/inwestycje-drogowe-zabezpieczenie-interesu-skarbu-panstwa-i-podwykonawcow.html).

Dlatego obecnie także na mocy zapisów w zawieranych kontraktach inwestorzy publiczni tacy jak GDDKiA czy PKP PLK mogą realizować płatności za zrealizowane prace bezpośrednio na rzecz kwalifikowanych podwykonawców z pominięciem generalnego wykonawcy. Inwestorzy publiczni zapowiedzieli już, że będą korzystać z takiej możliwości w przypadku problemów z płynnością generalnego wykonawcy. Pojawiają się już na rynku informacje o takich działaniach, ale brak na razie szczegółów, a ponieważ jest to rozwiązanie nie stosowane szerzej do tej pory, to można założyć, że ponownie będzie to raczej procedura

długo, a nie krótkotrwała. Nie wiadomo więc, w jakim stopniu rozwiązać mogłoby to problem zatorów – braku płatności za wykonane przez podwykonawców prace.

Wskaźniki cen produkcji sprzedanej budownictwa na tle zmian cen w przemyśle ogółem, cen dóbr zaopatrzeniowych oraz mineralnych surowców niemetalicznych (w tym m.in. cegły i cement)
(za GUS, analogiczny okres roku poprzedniego=100)



Źródło: Biuletyn statystyczny GUS czerwiec 2018

Co więcej – firmy budowlane (z reguły) same dbają o swoich podwykonawców, bez nich nie są w stanie zrealizować swoich kontraktów, gdyż większość z nich w dobie problemów z wykwalifikowanymi pracownikami, a przy dużej zmienności skali prac (a wraz z tym – gwałtownie zmieniającym się zapotrzebowaniem na ludzi i maszyny) nie poradziłyby sobie bez sprawdzonych podwykonawców. Informacje o spadku zysku nawet największych graczy (w tym największej notowanej spółki budowlanej) nie świadczą też o tym, iż firmy te akumulują środki, nie rozliczając się z podwykonawcami. Odwrotnie – one także borykają się z problemami na rynku budowlanym, które leżą w związku z tym gdzie indziej.

Rozwiązaniem jest większa elastyczność zamawiających w dzieleniu się ryzykiem z wykonawcami (przede wszystkim ryzykiem zmiany cen materiałów budowlanych oraz kosztów pracy w czasie długo przecież trwającego procesu inwestycyjnego). Zbyt rzadko stosowane są już np. formalnie dostępne rozwiązania w tym zakresie (finansowanie zakupu materiałów budowlanych do 90% ich wartości jeszcze przed realizacją prac, do których są niezbędne, na plac – jak jest np. na kolei). Pozostaje pytanie, ile można na plac kupić vs koszty składowania? Inwestorzy w kontekście skracających się terminów na wydatkowanie środków publicznych z UE są wiadomo zainteresowani jak najszybszym ich wydaniem aby nie stracić tych środków co także leży w szerszym interesie Polski. Trudno mieć jednocześnie pretensje do wykonawców, iż konkurując ceną zbyt optymistycznie szacowali (lub mówiąc precyzyjnie – niedoszacowali) ryzyko zmiany cen, skoro formułę takiego konkurowania dyktuje de facto zamawiająca strona publiczna. Warto by również stosować kontrakty FIDIC w pełnym brzmieniu, nie kastrując ich z zapisów zapewniających równowagę stron, w szczególności nie wyłączać możliwości dochodzenia roszczeń przez wykonawców zgodnie z zapisami kodeksu cywilnego. Wyłączenie takiej możliwości, konsekwentnie wymagane przez niektórych publicznych zamawiających, w sposób ewidentny prowadzi do istotnej nierównowagi stron kontraktu.

Warto by również wprowadzić szybko realną indeksację cen bazującą na faktycznym wzroście kosztów, wynikającym z sytuacji rynkowej, nie zaś na dalece niedoskonałym indeksie GUS, bardzo odległym w swojej dynamice od rzeczywistej dynamiki rynku. Szczególnie że generalni wykonawcy deklarują przecież, że indeksacja może, a nawet powinna działać w obie strony, co wydaje się w dłuższej perspektywie korzystne również dla zamawiających.

Andrzej Puta

Dyrektor Biura Gwarancji Ubezpieczeniowych / Head of Insurance Guarantees

Najczęstsze przyczyny powstawania sporów w branży budowlanej

Michał Lempkowski

– komentarz dotyczący wyników ankiety i kluczowych ustaleń Ekspertów zawartych w Raporcie o sporach budowlanych w Polsce 2018[1]

Z obserwacji autora niniejszego artykułu wynika, że o rzeczywistych przyczynach powstawania sporów w branży budowlanej w Polsce. dyskutuje się zdecydowanie rzadziej niż o skutkach tego zjawiska. Szczególną uwagę branży przykuwają natomiast informacje dotyczące kolejnych wyroków orzekanych przez sądy powszechne w sporach dotyczących wzrostu cen materiałów w latach 2009-2012, czy chociażby obserwowane w ostatnim czasie pozytywne nastawienie strony publicznej do zawierania ugód sądowych. Pomimo że osobiście sam uczestniczyłem na jednym z większych projektów infrastrukturalnych w procesie dokumentowania i dochodzenia uprawnień Wykonawcy do podwyższenia wynagrodzenia z tytułu wystąpienia nadzwyczajnej zmiany stosunków po zawarciu umowy (który to spór obecnie również jest bliski pozytywnego rozstrzygnięcia w sądzie powszechnym), co do zasady wychodzę z założenia, że w świetle dobrze znanej maksymy *„lepiej zapobiegać, niż leczyć”*, warto, chociaż odrobinę uwagi poświęcić tematyce dotyczącej aktualnych przyczyn powstawania sporów w branży budowlanej w Polsce.

Ciekawą propozycją do rozpoczęcia rzetelnej dyskusji w tej kwestii są opublikowane w ostatnim czasie wyniki ankiety i kluczowe ustalenia poczynione przez Ekspertów w Raporcie o sporach budowlanych w Polsce 2018. Zanim przejdę do omówienia owych wyników oraz kluczowych ustaleń w pierwszej kolejności należałoby wskazać na podstawowe założenia i metodologię zastosowaną na etapie pozyskiwania danych do raportu. Jak wyjaśniają sami autorzy tego opracowania, największą grupę respondentów, którzy odpowiedzieli na rozesłane ankiety (łącznie ponad 600 zapytań), stanowili Wykonawcy robót – 64%. Jedynie 10% respondentów reprezentowało Zamawiającego lub Inżyniera, a 26% różne strony umowy. Odpowiedzi na zadane w ankiecie pytania dostarczyły z kolei głównie osoby z wykształceniem technicznym – 54% oraz prawniczym – 36%. Mając na uwadze profil zawodowy osób biorących udział w ankiecie, wszyscy respondenci zostali w raporcie określeni mianem „Profesjonalistów”.

Jakie zatem spojrzenie na problematykę sporów budowlanych prezentują obecnie Profesjonaliści działający w branży budowlanej, którzy na co dzień bezpośrednio zajmują się realizacją różnych inwestycji budowlanych w Polsce lub są z tym procesem w sposób pośredni związany (zarządzają projektami, obsługują spory, świadczą usługi doradcze i uczestniczą w negocjacjach stron)?

Brak podejmowania lub opóźnienie w podejmowaniu kluczowych decyzji najczęstszą przyczyną powstawania sporów w branży budowlanej w Polsce

Jak wynika z przeprowadzonej ankiety, jako główną przyczynę powstawania sporów w branży budowlanej wskazuje się czynnik ludzki, który związany jest z brakiem decyzyjności kluczowego personelu Zamawiającego (w tym zatem także i Inżyniera na projektach realizowanych w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC). Co to zatem może oznaczać dla nas konsultantów i całej branży budowlanej w Polsce? W mojej ocenie nic dobrego bowiem jeżeli najsłabszym ogniwem w procesie polubownego rozwiązywania sporów powstałych na etapie realizacji umów (niezależnie od ich przedmiotu – prace projektowe, prace projektowe i realizacja robót, wyłącznie realizacja robót) okazuje się być czynnik ludzki to niezależnie od tego jak poprawnie sformułowane i dokumentowane będą wnioski/roszczenia Wykonawców czy to o dodatkową płatność, czy też o przedłużenie terminu realizacji umowy, to i tak finalnie mogą być w ogóle nierozpatrywane bądź odrzucane w pełnym zakresie i to bez względu na ich zasadność. Obawa przed zarzutem podjęcia niekorzystnej dla Zamawiającego decyzji (wyłącznie jednak pozornej), wydaje się zatem nadal bardzo dużym problem naszego otoczenia biznesowego zwłaszcza w sferze zamówień publicznych.

Jedynym właściwym momentem na kompletowanie i tworzenie materiału dowodowego w jakiejkolwiek spornej sprawie jest etap realizacji przedmiotu zamówienia i występowania okoliczności stanowiącej podstawę roszczenia

Czy zatem warto w takim otoczeniu biznesowym w dalszym ciągu przykładać jakąkolwiek wagę do prawidłowego administrowania umową, jak również do dochowywania aktu staranności w postaci dotrzymywania terminów i procedur kontraktowych, skoro i tak swoich uprawnień

1 *Raport o sporach budowlanych w Polsce 2018, CAS Sp. z o.o., Warszawa, czerwiec 2018. Opracowanie ankiety oraz redakcja: Maciej Kajrukszto, Jan Gandziarowski, Maria Bańkowska, Marta Trynkowska, Kalina Wośkało.*

zasadniczo zmuszeni jesteśmy najczęściej dochodzić dopiero przed sądem powszechnym?

Pomimo że na nieprawidłowe administrowanie umową wskazuje jedynie 20% respondentów, zaś na źle sporządzane lub niekompletne i nieuzasadnione roszczenia zaledwie 10%, jest oczywiste, że wyłącznie właściwie udokumentowane i poparte dowodami roszczenia mogą zostać pozytywnie rozpatrzone na etapie procedury kontraktowej, bądź w ostateczności spotkać się z uznaniem sądu powszechnego (zwłaszcza w świetle planowanej przez Ministerstwo Sprawiedliwości reformy postępowania cywilnego, które ma zakładać przywrócenie postępowania gospodarczego dla rozstrzygania sporów cywilnych pomiędzy przedsiębiorcami, w którym obowiązuje prymat dowodu z dokumentu nad dowodem z zeznań świadków). Należy zatem pamiętać, że jedynym właściwym momentem na kompletowanie i tworzenie materiału dowodowego w jakiejkolwiek spornej sprawie jest etap realizacji przedmiotu zamówienia i występowania okoliczności stanowiącej podstawę roszczenia, a nie etap sporu, kiedy to materiał ten powinien już być zasadniczo skompletowany i odpowiednio wykorzystany (np. na potrzeby sporządzenia stosownej analizy terminowej bądź analizy kosztowej).

Na wadliwą dokumentację projektową przekazywaną przez Zamawiających w formule „buduj" jako jedną z głównych przyczyn powstawania sporów w branży budowlanej w Polsce nadal wskazuje aż 59% respondentów. Powyższe może oznaczać, że pomimo "przykrych" doświadczeń branży budowlanej z poprzedniej perspektywie unijnej (zwłaszcza branży drogowej), jakość dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia w postępowaniach dotyczących realizacji robót budowlanych projektowanych przez Zamawiającego, w dalszym ciągu pozostawia wiele do życzenia. Z pewnością przyczyną tego problemu nie są kwalifikacje naszych rodzimych projektantów, którzy zawsze byli bardzo cenieni za swoje wysokie kompetencje i to nie tylko na rynku lokalnym, ale również i na wielu rynkach zagranicznych. Istotnym problemem może być natomiast konieczność wprowadzania licznych zmian do dokumentacji projektowej narzucanych przez podmioty uzgadniające, czy też częste zmiany przepisów i/lub innych odnośnych dokumentów określających standardy projektowanych obiektów budowlanych (np. instrukcje kolejowe, wytyczne itp.), które wprowadzane są po podpisaniu umowy. Wszystkie te okoliczności mogą skutecznie opóźnić postęp prac projektowych, a więc zwiększyć ryzyko powstania presji czasowej związanej z obawą naliczenia przez Zamawiającego kar umownych za opóźnienie, co przyczynić się może do wystąpienia błędów projektowych oraz kolizji wynikających m.in. z ograniczonego czasu na koordynację międzybranżową.

Jakie są główne przyczyny powstawania sporów w branży budowlanej?

1	**Brak podejmowania lub opóźnienie w podejmowaniu kluczowych decyzji**	**71%**
2	**Dokumentacja przekazana przez zamawiającego w formie „wybuduj"**	**59%**
3	Odmienne warunki zastane na placu budowy	57%
4	Informacje i opis wymagań Zamawiającego w formule „zaprojektuj i wybuduj"	57%
5	Wzrost kosztu realizacji umowy	52%
6	Strona nie rozumie / nie przestrzega zobowiązań umownych	29%
7	Nieprawidłowe administrowanie umową	20%
8	Niekorzystne warunki pogodowe	12%
9	Brak lub nieterminowe płatności	12%
10	Źle sporządzone lub niekompletne i nieuzasadnione roszczenia	10%

Źródło: Raport o sporach budowlanych w Polsce 2018, str. 7

Jakie są najpopularniejsze metody rozwiązywania sporów?

1	**Sąd powszechny**	**78%**
2	**Metoda „poczekamy-zobaczymy"**	**65%**
3	Negocjacja stron	36%
4	Mediacje	4%
5	Arbitraż	4%
6	Rozjemstwo	3%

Źródło: Raport o sporach budowlanych w Polsce 2018, str. 10

Uniknięcie kolejnej fali upadłości i sporów sądowych w budownictwie drogowo-kolejowym leży również w interesie strony publicznej

Szczególnie aktualnym i nadal nierozwiązanym problemem całej branży budowlanej w Polsce jest wzrost kosztu realizacji umów (52% respondentów), związany głównie ze wzrostem cen materiałów i robocizny, czemu poświęcona została również istotna część raportu. Branża w dalszym ciągu oczekuje na wprowadzenie systemowych rozwiązań dotyczących waloryzacji kontraktów zawieranych w latach 2016 – 2017 r., które odzwierciedlać będą rzeczywiste wzrosty kosztów bezpośrednich obserwowane w tym okresie zwłaszcza w budownictwie drogowym i kolejowym. Pomimo że uniknięcie kolejnej fali upadłości i sporów sądowych w budownictwie drogowo-kolejowym również leży w interesie strony publicznej, perspektywa tsunami sporów 2.0 przynajmniej na chwilę obecną wydaje się bardzo realna. Zwiększony popyt na roboty budowlane i spiętrzenie inwestycji w zakresie infrastruktury drogowo-kolejowej z pewnością przyczyniły się do nadzwyczajnych wzrostów cen materiałów i robocizny w tym segmencie, a pierwsze przypadki rozwiązywania umów przez Wykonawców z tego tytułu są już za nami.

Opis przedmiotu zamówienia w postępowaniach dotyczących realizacji prac projektowych i robót budowlanych jest nadal często niejednoznaczny lub niewyczerpujący

W odniesieniu do pozostałych przyczyn sporów wskazanych w raporcie na szczególną uwagę zasługuje punkt dotyczący informacji i opisu wymagań Zamawiającego w formule 'zaprojektuj i wybuduj' (57% respondentów), co oznaczać może, że opis przedmiotu zamówienia w postępowaniach dotyczących realizacji prac projektowych i robót budowlanych, jest nadal często niejednoznaczny lub niewyczerpujący. Na nieprzestrzeganie zobowiązań umownych przez stronę umowy wskazało z kolei 29% respondentów. Świadczyć to zatem może, że niezależnie od możliwości wystąpienia czynników utrudniających proces budowlany, na które strony co do zasady mogą nie mieć wpływu (jak odmienne warunki zastane na placu budowy – 57% respondentów, czy niekorzystne warunki pogodowe – 12% respondentów), stosunkowo częstą przyczyną sporów w branży budowlanej w Polsce jest również nienależyte wykonywanie umowy przez jedną ze stron.

Ostatni element, na który wskazują autorzy raportu, dotyczy braku lub nieterminowych płatności – 12% respondentów. Można by rzec, że zatory płatnicze w budownictwie już nikogo nie dziwią, aczkolwiek należy pamiętać, że konieczność finansowania budowy przez Wykonawcę w sytuacji braku bieżących płatności od Zamawiającego może mieć bardzo daleko idące konsekwencje. Wykonawca zmuszony do poszukiwania alternatywnych metod finansowania budowy ponosi dodatkowy koszt, który z pewnością będzie stanowić przedmiot jego roszczenia, a w przypadku braku uznania przez Zamawiającego przedmiot kolejnego sporu pomiędzy stronami umowy. Oczywiście możliwy jest również scenariusz, w którym konsekwencją braku lub nieterminowych płatności na rzecz Wykonawcy będzie całkowita utrata jego zdolności finansowej, czego skutkiem bez wątpienia będzie wstrzymanie robót, a w konsekwencji nawet rozwiązanie umowy.

Podsumowując, wyniki ankiety i kluczowe ustalenia poczynione przez Ekspertów w Raporcie o sporach budowlanych w Polsce 2018 stanowią bardzo interesujący materiał wyjściowy do rozpoczęcia rzetelnej dyskusji w przedmiocie rzeczywistych przyczyn powstawania sporów w branży budowlanej w Polsce. Co najistotniejsze są to najbardziej aktualne dane w tym zakresie, jakie są obecnie dostępne na rynku. W ocenie autora niniejszego artykułu przedstawiają one rzeczywisty obraz problematyki sporów budowlanych w Polsce. Na rynku usług doradczych w branży budowlanej już od dłuższego czasu widoczna była swego rodzaju luka w dostępności aktualnych danych dotyczących m.in. przyczyn konfliktów budowlanych. Szczególnym impulsem do szerszego omówienia raportu właśnie na przykładzie wyników ankiety i kluczowych ustaleń Ekspertów poczynionych w przedmiocie przyczyn powstawania sporów w branży budowlanej w Polsce, była zaobserwowana w ostatnim czasie (jednak przed publikacją raportu) dyskusja w analogicznym temacie na jednym z zawodowych portali społecznościowych. Co do zasady intencja podmiotu rozpoczynającego dyskusję była słuszna, aczkolwiek podjęto ją w oparciu o ustalenia poczynione w Project Management Journal 26, 1995[2], a więc w opracowaniu sprzed ponad 20 lat. Publikacja raportu jest podsumowaniem prac zespołu Ekspertów CAS, pod kierunkiem Pana Macieja Kajrukszto – Partnera Zarządzającego CAS. Pełna treść raportu jest dostępna pod adresem https://www.caservices.pl/raport-spory-budowlane-2018/.

W którym z sektorów branży budowlanej dochodzi do największej liczby sporów w stosunku do realizowanych projektów?

1	**Budowa infrastruktury drogowej**	**87%**
2	**Budowa infrastruktury kolejowej**	**55%**
3	Budownictwo kubaturowe	20%
4	Budowa infrastruktury energetycznej	7%

Źródło: Raport o sporach budowlanych w Polsce 2018, str. 11

Michał Lempkowski

Niezależny Inżynier Konsultant

z wieloletnim doświadczeniem w zarządzaniu roszczeniami na dużych kontraktach infrastrukturalnych,

Członek SIDIR,

Claim and Risk Expert w CAS Sp. z o.o.

2 *Dikemann/Girard Construction Industry Attitudes Towards Disputes and Prevention/Resolution Techniques -Project Management Journal 26, 1995*

Stowarzyszenie Inżynierów
Doradców i Rzeczoznawców

Polska Krajowa
Organizacja Członkowska
International Federatio
of Consulting Engineers

Członek
European Federation
of Engineering
Consultancy Associations

Księgarnia SIDiR

Polskie tłumaczenia Warunków Kontraktowych FIDIC
oraz wydawnictwa dotyczące realizacji
inwestycji budowlanych

https://sidir.pl/ksiegarnia/

Nowe warunki kontraktowe FIDIC z perspektywy polskiej — wybrane zagadnienia *(Żółta i Czerwona Księga FIDIC 2017)*

Mikołaj Strojnowski, Piotr Olkowski

Wstęp

Druga edycja warunków kontraktowych FIDIC jest dostępna od grudnia 2017 r. Nowe wydania Ksiąg FIDIC przede wszystkim aktualizują dotychczasowe wzorce, przy czym zawierają również szereg daleko idących zmian. W niniejszym opracowaniu omówimy kilka zagadnień, które mogą mieć szczególne znaczenie z perspektywy polskiego rynku oraz polskiej praktyki sądowej.

Dłuższe umowy — mniej sporów?

Nowe warunki umowne FIDIC mają znacznie większą objętość w porównaniu z poprzednimi edycjami. Częściowo wynika to z wprowadzenia nowych regulacji proceduralnych, ale w znacznym zakresie jest to spowodowane wydłużeniem istniejących już wcześniej subklauzul. W nowych wzorcach FIDIC uregulowano bardziej precyzyjnie poszczególne zagadnienia. Taki kierunek zmian jest spójny z widoczną także na polskim rynku tendencją do tworzenia bardzo obszernych umów o roboty budowlane, regulujących kazuistycznie prawa i obowiązki stron. W założeniu mają one zapewniać większą pewność prawną i eliminować pole do potencjalnych sporów. Można mieć wątpliwości, czy jest to trafny kierunek rozwoju praktyki kontraktowej. Po pierwsze nadmiernie rozbudowana dokumentacja utrudnia stronom pełne zrozumienie kontraktu i posługiwanie się nim w codziennej pracy, a po drugie im bardziej skomplikowana umowa, tym większe ryzyko sporów interpretacyjnych co do jej treści.

Cechą charakterystyczną nowych warunków ogólnych FIDIC są liczne odwołania pomiędzy poszczególnymi postanowieniami umownymi. Może to utrudnić modyfikację wzorców FIDIC poprzez warunki szczególne kontraktu, a dotychczasowe polskie doświadczenia wskazują, że warunki ogólne podlegają w naszym kraju znacznie dalej idącym zmianom niż ma to miejsce np. w Wielkiej Brytanii. W związku z tym przynajmniej w początkowym okresie stosowania nowych warunków ogólnych, można spodziewać się problemów wynikających z nieprzemyślanych zmian wzorców FIDIC i braku spójności pomiędzy poszczególnymi subklauzulami kontraktu.

Proaktywny formalizm

Zmiany wprowadzone we wzorcu FIDIC z 2017 r. zmierzają do wymuszenia na stronach bardziej proaktywnego podejścia w zarządzaniu kontraktem. W szczególności nowa subklauzula 8.4 wymaga od stron wzajemnego informowania się z wyprzedzeniem o wszelkich okolicznościach i zdarzeniach, które mogą negatywnie wpłynąć na realizację kontraktu. Wymaga podkreślenia, że powyższy obowiązek dotyczy także zamawiającego i inżyniera.

Surowsze wymogi w zakresie bieżącego zarządzania projektem łączą się ze zwiększonym formalizmem nowego wzorca. Najbardziej jaskrawy przykład to kwestia powiadomień (notices), gdyż subklauzula 1.3 przewiduje szereg warunków, jakim musi odpowiadać pismo, żeby stanowiło ważne i skuteczne powiadomienie na podstawie umowy.

Pismo musi wyraźnie stwierdzać, że stanowi powiadomienie, a także wskazywać w treści, na podstawie której subklauzuli umowy zostało złożone. Zgodnie z intencjami autorów nowe wymogi formalne powinny przyczynić się do wprowadzenia większej pewności prawnej i wyeliminować zjawisko nieformalnych powiadomień zawartych np. w harmonogramach, raportach miesięcznych, czy protokołach rady budowy. W praktyce nowe regulacje mogą stanowić źródło dodatkowych problemów, ponieważ przykładowo, nie jest oczywiste, co stanie się w sytuacji, jeżeli pismo, którego treść będzie odpowiadała powiadomieniu o roszczeniu, nie zostanie wprost tak nazwane, albo jeżeli w piśmie zatytułowanym „powiadomienie" nie znajdzie się odwołanie do konkretnej subklauzuli umowy. Powstaje pytanie, czy w razie sporu przed sądem powszechnym lub arbitrażowym tego rodzaju uchybienie formalne będzie mogło przesądzić o oddaleniu powództwa.

Nowe obowiązki inżyniera kontraktu

Istotne zmiany dotyczą roli oraz obowiązków inżyniera kontraktu. Szczególną uwagę zwraca wynikający z subklauzuli 3.7 wzorca FIDIC z 2017 r. wymóg bezstronnego (neutrally) działania przez inżyniera przy dokonywaniu ustaleń. Niewątpliwie pożądane jest pełnienie przez inżyniera roli bezstronnego, profesjonalnego arbitra w sporach pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, ale nie należy zapominać, że inżynier jest związany odrębną umową o świadczenie usług z zamawiającym i co do zasady działa w czasie realizacji kontraktu w jego imieniu. Budzi zrozumiałe wątpliwości, czy w związku z tym można rozsądnie wymagać od inżyniera bezstronności. Oprócz tego należy zwrócić uwagę na wyzwania organizacyjne, które czekają inżynierów kontraktu w związku ze zmianami warunków ogólnych FIDIC. Nowe procedury nakładają na inżyniera obowiązek podejmowania działań w krótkich, ściśle określonych terminach, pod rygorem niekorzystnych z perspektywy zamawiającego skutków prawnych, co będzie wymagało od inżynierów jeszcze szybszego reagowania na wydarzenia na budowie. Podwyższony formalizm w komunikacji z wykonawcą i zamawiającym może wiązać się dla firm świadczących usługi inżyniera kontraktu z koniecznością zaangażowania większych zasobów w bieżącą obsługę projektów.

Obowiązek prowadzenia bieżących zapisów (*contemporary records*)

Skomplikowanie inwestycji budowlanych oraz zaangażowanie wielu podmiotów w ich realizację powodują, że niektóre wydarzenia trudno jest odtworzyć wraz z upływem czasu. Zebranie materiału dowodowego, który pozwoli stronie kontraktu na skuteczne dochodzenie roszczeń, niejednokrotnie jest sporym wyzwaniem. Szczególnie jeżeli dokonywane jest po dłuższym czasie od chwili zdarzenia będącego podstawą roszczenia. Takie niebezpieczeństwo dostrzegli twórcy drugiej edycji wzorców FIDIC, którzy nałożyli na strony obowiązek prowadzenia bieżących zapisów (contemporary records) dotyczących zdarzeń, które mogą być istotne w toku ewentualnego sporu. Subklauzula 20.2.3 wprowadza po raz pierwszy definicję contemporary records. Zgodnie z jej treścią, contemporary records oznaczają zapisy sporządzone lub wygenerowane w trakcie lub bezpośrednio po zdarzeniu, które daje podstawę do złożenia roszczenia. Obowiązek dokonywania bieżących zapisów stanowi zobowiązanie umowne, a jego niedochowanie może wiązać się dla strony z negatywnymi skutkami w toku procedur związanych z dochodzeniem roszczeń (subklazula 20.2.4).

W polskich realiach opisane powyżej ryzyko będzie o wiele poważniejsze w przypadku postępowania arbitrażowego, gdzie wola stron — wyrażona w tym wypadku poprzez akceptację modelowych klauzul wzorca FIDIC – ma zasadniczy charakter. W postępowaniu przed sądem powszechnym kwestię dopuszczalności dowodów regulują przepisy rangi ustawowej o charakterze bezwzględnie obowiązującym, niemniej jednak i w tym wypadku argumentacja oparta na naruszeniu obowiązków w zakresie prowadzenia bieżących zapisów może mieć znaczenie w świetle swobodnej oceny dowodów.

Moc wiążąca decyzji komisji rozjemstwa

Postępowanie przed komisją rozjemstwa (dispute board) jest jednym z etapów procedury rozstrzygania sporów uregulowanej w klauzuli 21 wzorca FIDIC z 2017 r. W praktyce stosowania warunków kontraktowych FIDIC w wersji z 1999 r. pojawiało się pytanie, w jaki sposób możliwe jest wyegzekwowanie mocy wiążącej decyzji wydanej przez komisję rozjemstwa i jaka jest właściwa ku temu procedura. Jeżeli strona umowy nie zastosuje się do decyzji komisji, to jednym z rozwiązań byłoby przejście „od nowa" przez całą procedurę rozstrzygania sporu z umowy w zakresie wyłącznie naruszenia umowy polegającego na niezastosowaniu się do decyzji komisji rozjemstwa (w umowach FIDIC procedura zaczyna się od powiadomienia inżyniera kontraktu). Drugie rozwiązanie to zgłoszenie bezpośrednio do arbitrażu sprawy ograniczonej jedynie do kwestii niezastosowania się przez stronę przeciwną do decyzji komisji. Wybór pomiędzy

pierwszym a drugim rozwiązaniem jeszcze kilka lat temu nie wydawał się jednoznaczny. Omawiany problem był, w latach 2009 – 2015, przedmiotem sporów w sądach państwowych oraz arbitrażowych w Singapurze w słynnych sprawach Persero I oraz Persero II. W wyroku w tzw. sprawie Persero II sąd państwowy w Singapurze stwierdził, że nie ma żadnego uzasadnienia, aby strona będąca beneficjentem decyzji komisji musiała kolejny raz przechodzić przez całą procedurę i od nowa zgłaszać kwestię związaną z niezastosowaniem się drugiej strony do decyzji. Sąd ten jednoznacznie opowiedział się za dopuszczalnością bezpośredniego zgłoszenia do odrębnego arbitrażu sprawy dotyczącej samego tylko niewykonywania decyzji komisji rozjemstwa. Orzeczenie Persero II spotkało się z powszechną aprobatą w środowisku międzynarodowego arbitrażu[1], a rozwiązanie zgodne z wyrokiem w sprawie Persero II zostało implementowane do wzorców FIDIC — subklauzula 21.7 wzorca z 2017 r.

Jeżeli strony umowy skorzystają z modelowej klauzuli dotyczącej rozstrzygania sporów, to w takim wypadku nieostateczna, ale wiążąca decyzja komisji rozjemstwa[2] może być podstawą do wydania tymczasowego wyroku sądu arbitrażowego (np. zasądzającego świadczenie pieniężne) lub może stanowić podstawę do udzielenia zabezpieczenia (np. przez polski sąd powszechny lub sąd arbitrażowy), nawet w wypadku, gdyby główne postępowanie arbitrażowe nie zostało rozpoczęte lub znajdowałoby się dopiero we wstępnej fazie.

Zasady odpowiedzialności odszkodowawczej stron

Pomimo wprowadzenia we wzorcu FIDIC z 2017 r. szeregu zmian w stosunku do poprzedniej edycji, nie doszło do istotnych modyfikacji podstawowych zasad oraz mechanizmów odpowiedzialności kontraktowej stron. Część zastosowanych w tym zakresie rozwiązań nadal wywodzi się z systemu common law, co na gruncie prawa polskiego może stanowić źródło wątpliwości interpretacyjnych.

W edycji z 1999 r. podstawowa regulacja dotycząca granic odpowiedzialności odszkodowawczej stron umowy była zawarta w subklauzuli 17.6. Obecnie te zagadnienia zostały przeniesione do subklauzuli 1.15, zgodnie z którą żadna ze stron nie odpowiada względem drugiej za (i) szkody wynikłe z utraty możliwości korzystania z robót, (ii) utratę zysku, (iii) utratę jakiegokolwiek kontraktu, ani (iv) jakiekolwiek straty oraz szkody pośrednie lub następcze, z wyjątkiem odpowiedzialności w zakresie zamkniętego katalogu przypadków opisanych we wzorcu.

Z zastrzeżeniem wyjątków wynikających z kolejnego zamkniętego katalogu wskazanego w subklauzuli 1.15 odpowiedzialność wykonawcy względem zamawiającego nie może przekroczyć łącznej maksymalnej kwoty określonej w umowie, a jeżeli takiej kwoty wprost nie określono, wysokości zaakceptowanej kwoty kontraktowej. Co istotne, podobne ograniczenie kwotowe nie zostało przewidziane w przypadku odpowiedzialności zamawiającego względem wykonawcy.

Warto również zwrócić uwagę na zagadnienie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie w realizacji umowy, które zostało uregulowane w subklauzuli 8.7 wzorca FIDIC z 1999 r., a obecnie w odpowiadającej jej subklauzuli 8.8 drugiego wydania z 2017 r. Zawarte w nich zobowiązanie do zapłaty przez wykonawcę na rzecz zamawiającego określonej kwoty za każdy dzień opóźnienia stanowi przykład kary umownej, w związku z czym znajdą tutaj zastosowanie art. 483 i 484 k.c. We wzorcu FIDIC nie przewidziano możliwości dochodzenia przez zamawiającego odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych, w związku z czym w świetle art. 484 § 1 zd. drugie k.c. zamawiającemu będą przysługiwały tego typu roszczenia, tylko jeśli odpowiednia regulacja zostanie zawarta w warunkach szczególnych umowy.

Wynikające ze wzorca FIDIC z 2017 r. ograniczenia odpowiedzialności nie dotyczą szkód powstałych na skutek oszustwa, rażącego niedbalstwa lub umyślnego niewykonania zobowiązania przez którąkolwiek ze stron. Takie podejście jest zgodne z wymogiem art. 473 § 2 k.c., a nawet dalej idące, bowiem wedle modelowych subklauzul 1.15 i 8.8 odpowiedzialność dłużnika jest nielimitowana nie tylko w przypadku umyślności, ale również w razie wystąpienia rażącego niedbalstwa (gross negligence, reckless misconduct).

Zgłoszenie roszczeń — termin i skutki jego niedotrzymania

Jednym z bardziej kontrowersyjnych zagadnień w polskiej praktyce było do tej pory zastrzeżenie terminu na zawiadomienie o roszczeniu i skutki jego niedochowania w postaci utraty roszczenia na mocy subklauzuli 20.1 wzorca FIDIC z 1999 r. Podczas gdy wydawało się, że w judykaturze ugruntowało się już dość zdecydowane stanowisko o nieważności postanowień opartych na modelowej subklauzuli 20.1, w roku 2017 Sąd Najwyższy wydał orzeczenie[3] o dopuszczalności tego typu rozwiązań. Jednocześnie jednak SN zaproponował wykonawcom środki prawne umożliwiające dochodzenie roszczeń, które byłyby spóźnione w świetle dotychczasowej subklauzuli 20.1.

W nowym wzorcu FIDIC w wersji z 2017 r. omawiana kwestia została uregulowana w subklauzuli 20.2.1. Zasadnicza różnica w stosunku do edycji z 1999 r. jest taka, że teraz procedurze notyfikacji w terminie 28 dni podlegają roszczenia zarówno wykonawcy, jak i zamawiającego. Również sankcja w postaci zwolnienia strony przeciwnej z odpowiedzialności w razie uchybienia powyższemu terminowi jest tożsama zarówno dla wykonawcy, jak i dla zamawiającego. Takie podejście stanowi wyraz zasady wyważenia ryzyk i korzyści[4], na której (przynajmniej w teorii) powinien być oparty każdy kontrakt bazujący na wzorcu FIDIC.

Dążenie do zrównoważenia sytuacji obydwu stron umowy w tak istotnej kwestii, jaką jest dochodzenie roszczeń finansowych

1 *Np. Christopher R Seppälä, An Excellent Decision From Singapore Which Should Enhance the Enforceability of Decisions of Dsipute Adjudication Boards – the Second Persero Case before the Court of Appeal, Construction Law Review, Issue 7 (2015), str. 367, Frédéric Gillon, Persero II: „Pay now, argue later" in the context of DAB decisions – what approach best advances the purpose of the FIDIC's security of payment regime?, The International Construction Law Review, 2015, str. 26.w*

2 *Tj. decyzja komisji rozjemstwa, co do której złożono powiadomienie o niezadowoleniu (notice of dissatisfaction).*

3 *Wyrok SN z 23.03.2017, V CSK 449/16.*

4 *Jedna z tzw. Złotych Zasad FIDIC – szerzej na ten temat R. Morek, Złote Zasady FIDIC w nowych Warunkach Kontraktowych FIDIC z 2017 r., Biuletyn Konsultant 48□49, Styczeń-Luty 2018, s. 18 – 21.*

i czasowych, należy ocenić pozytywnie. Jednocześnie jednak można spodziewać się, że modelowe klauzule dotyczące omawianych kwestii będę modyfikowane przez zamawiających. Gdyby zmiany wprowadzane na mocy warunków szczególnych zmierzały do odtworzenia dysproporcji, z jaką mieliśmy do czynienia na gruncie subklauzuli 20.1 wzorca FIDIC z 1999 r., aktualność zachowają poglądy orzecznictwa dotyczące sprzeczności tego typu postanowień z zasadą swobody umów (art. 3531 k.c.) i zasadą ekwiwalentności świadczeń (art. 487 § 2 k.c.) w kontekście sankcji bezwzględnej nieważności z art. 58 § 1 i 2 k.c.[5].

Jednostronne rozwiązanie umowy

Z perspektywy polskiej kierunek zmiany subklauzul 15.2 oraz 16.2 jest jak najbardziej zasadny, bowiem stanowi odejście od koncepcji wypowiedzenia na rzecz odstąpienia od umowy. Pomimo że wzorzec z 2017 r. nadal posługuje się sformułowaniem *termination*[6], zastosowano w nim mechanizm odstąpienia (od niewykonanej części umowy), na co wskazuje natychmiastowy skutek w postaci rozwiązania umowy z chwilą doręczenia drugiej stronie stosownego oświadczenia. Należy podkreślić, że odstąpienie pozostaje na gruncie prawa polskiego jedynym właściwym sposobem jednostronnego rozwiązania umowy o roboty budowlane[7]. W porównaniu ze wzorcem z 1999 r. nie ma już zatem problematycznego na gruncie prawa polskiego okresu wypowiedzenia[8].

Co jest jednak najistotniejsze, subklauzule 15.2 oraz 16.2 pozostają niezgodne z art. 395 § 1 k.c., bowiem nie zawierają terminu na wykonanie uprawnienia do odstąpienia od umowy. W świetle jednolitego orzecznictwa sądów polskich skutkiem powyższego braku jest bezwzględna nieważność, a w konsekwencji bezskuteczność czynności prawnych zmierzających do zerwania stosunku prawnego w oparciu o podstawę umowną. W związku z powyższym podmioty odpowiedzialne za treść umowy powinny dążyć do dostosowania omawianych klauzul do wymogów prawa polskiego na mocy warunków szczególnych. Jeżeli jednak do odpowiedniej modyfikacji nie dojdzie, to w sytuacji, gdy zaistnieje konieczność jednostronnego zerwania współpracy, należy opierać się na ustawowych podstawach odstąpienia, a nie na modelowych subklauzulach wzorca FIDIC.

Powyższe uwagi można podsumować stwierdzeniem, że nowe, udoskonalone wzorce FIDIC w edycji z 2017 r. muszą podlegać dalszym zmianom na mocy warunków szczególnych celem dostosowania umowy do potrzeb konkretnego projektu i konkretnych stron, a także celem uzyskania spójności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa krajowego. W uniknięciu przynajmniej części sporów sądowych może pomóc kierowanie się w toku tego procesu tzw. Złotymi Zasadami FIDIC, które zostały opublikowane w drugich wydaniach wzorców kontraktowych FIDIC z 2017 r.

5 *Wyrok SN z 23.03.2017, V CSK 449/16, wyrok SA w Warszawie z 04.07.2016, VI ACa 569/15.*

6 *W zależności od wersji tłumaczenia wzorca FIDIC z 1999 r. sformułowanie termination było przekładane na język polski jako wypowiedzenie albo jako odstąpienie.*

7 *Wynika to wprost z przepisów art. 6492 § 2 k.c., art. 6494 § 1 k.c., art. 656 § 1 k.c. i art. 657 k.c.*

8 *Wedle angielskiego brzmienia subklauzuli 15.2 wzorca FIDIC z 1999 r.: [...] the Employer may, upon giving 14 days' notice, terminate the Contract, odpowiednio w subklauzuli 16.2 odnośnie uprawnienia wykonawcy.*

Mikołaj Strojnowski

radca prawny w Kancelarii DLA Piper

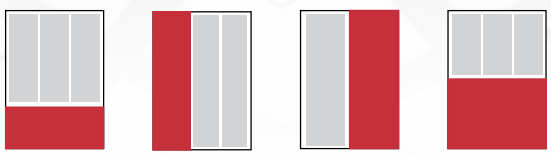
Piotr Olkowski

adwokat w Kancelarii DLA Piper

BIULETYN Konsultant

SIDiR Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców

TU MOŻE BYĆ TWOJA REKLAMA



1/3 strony poziom | 1/3 strony pion | 1/2 strony pion | 1/2 strony poziom

Kontakt w sprawie reklamy: biuro@sidir.pl

Ryzyko zmiany Kosztu w Czasie na Ukończenie i w przedłużonym Czasie na Ukończenie – przypisanie odpowiedzialności Stronom kontraktów

Krzysztof Wiśniewski

Ryzyko zmiany kosztu i jego alokacja

Zmiana kosztu w kontraktach o roboty i roboty budowlane z projektowaniem zarówno w Czasie na Ukończenie, jak i w przedłużonym Czasie na Ukończenie jest jak najbardziej realna, natomiast alokacja związanego z tym ryzyka polegająca na rozłożeniu skutków finansowych materializacji takiego ryzyka pomiędzy strony umowy jest zagadnieniem daleko bardziej dyskusyjnym i zniuansowanym.

Jedną z istotnych okoliczności wpływających na możliwości alokacji ryzyka zmiany kosztu którejkolwiek ze stron jest struktura właścicielska podmiotów zawierających umowę a właściwe podmiotu będącego zamawiającym. Drugą taką okolicznością wpływającą znacząco na możliwość alokacji ryzyka zmiany kosztu jest rodzaj przyjętego w umowie sposobu określania wynagrodzenia wykonawcy, w formie rozliczenia ryczałtowego bądź kosztorysowego.

Specyfika zamawiających publicznych, wynikająca między innymi z przepisów dotyczących dyscypliny finansów publicznych i prawa zamówień publicznych oraz dość restrykcyjnej interpretacji przepisów wydatkowania środków unijnych, stanowi poważne wyzwanie dla stron umowy w przypadku wystąpienia okoliczności zmiany kosztu niedającej się przyporządkować do konkretnego zapisu umowy.

W przypadku rozliczenia kosztorysowego ryzyko zmiany kosztu jest z natury rzeczy podzielone na ryzyko zmiany ilości prac niezbędnych do ukończenia robót, które ponosi zamawiający (przygotował przedmiar robót) oraz ryzyko zmiany kosztów prac (w tym wzrostu cen lub innych elementów kosztowych wpływających na wysokość wynagrodzenia), które w większości ponosi wykonawca.

Przyjęcie w umowie ryczałtowego sposobu rozliczenia stron, zgodnie z krajowym orzecznictwem, przerzuca na wykonawcę całe ryzyko związane zarówno z ilością robót niezbędnych do realizacji przedsięwzięcia, jaki kosztu bez względu na to, czy w czasie zawarcia umowy istniała możliwość przewidzenia zakresu jak i kosztów realizacji przedsięwzięcia, którego się podjął. Czy jest to praktyka rozsądna i zasadna? Oceny są i będą diametralnie różne w zależności, czy o opinię pytamy zamawiającego, czy wykonawcę.

W przypadku zamawiających będących podmiotami prywatnymi kwestia alokacji zaistniałego ryzyka zmiany kosztu i jego finansowych skutków jest, mimo trudności jaką stanowią same decyzje finansowe, stosunkowo prosta. Zarówno wykonawca, jak i zamawiający działają na rynku w oparciu podobne zasady i podobne strategie podejścia do ryzyka oraz podobne rozumienie realiów rynku. Jeśli tylko obu podmiotom zależy na ukończeniu przedsięwzięcia, uzgodnienie rozsądnej alokacji ryzyka jest w zasięgu ręki, co oczywiście nie znaczy, że wykonawca będzie zwolniony od przedstawienia dobrze udokumentowanego roszczenia z podaniem wszystkich niezbędnych szczegółów i danych oraz wyczerpującym chronologicznym opisem okoliczności doń prowadzących.

Nieco inaczej sytuacja wygląda w przypadku realizacji zamówień publicznych. W przypadku materializacji ryzyka zmiany kosztu alokacja tego ryzyka i skutków finansowych nie jest prosta, niezależnie od tego, jak bardzo stronom zależy na zrealizowaniu przedsięwzięcia. Ograniczenia swobody działania podmiotów publicznych, które wspomniano powyżej, jak i awersja do ryzyka charakterystyczna dla podmiotów publicznych, pod każdą szerokością geograficzną, wynikająca z niezrozumienia realiów rynkowych stanowi poważną barierę w rozwiązaniu kwestii tego rodzaju.

Inną zagadnieniem, które jak na razie w polskiej rzeczywistości wymaga szczegółowej analizy, jest sprawa podejścia do rozliczenia ryczałtowego w przypadku umowy na podstawie żółtej książk FIDIC, gdzie mamy szereg klauzul expressis verbis mówiących o zmianie wynagrodzenia wykonawcy oraz o przedłużeniu czasu na ukończenie. Czy w przypadku takiej umowy można uznać, że wynagrodzenie ryczałtowe w umowie FIDIC jest tożsame z wynagrodzeniem w ramach umowy ryczałtowej przewidzianej w Kodeksie Cywilnym?

Zmiany kosztu w warunkach kontraktowych FIDIC

Warunki kontraktowe FIDIC charakteryzują się zbilansowanym podziałem ryzyka. Alokacja ryzyka i związana z tym odpowiedzialność jest przypisywana tej stronie, na którą z założenia strona ta ma największy wpływ. Alokacja ryzyka w warunkach ogólnych FIDIC bazuje na wieloletniej obserwacji międzynarodowej praktyki budowlanej i w poszczególnych książkach warunków kontraktowych FIDIC została dopasowana do zakresu obowiązków przynależnego każdej ze stron. Taki podział ryzyka może być jednak mocno zmieniony postanowieniami warunków szczególnych, co zdarza się nagminnie w przetargach publicznych.

We wzorach warunków kontraktowych FIDIC, zarówno w czerwonej, jak i żółtej książce, w samych definicjach kwota uzgodniona pomiędzy stronami przy zawieraniu umowy jest odróżniana od kwoty ostatecznej. Zgodnie z sub-klauzulą 1.1.4 [Pieniądze], wyróżnia się:

Zatwierdzoną Kwotę Kontraktową – czyli początkową kwotę ustaloną w umowie;

- Cenę Kontraktową – czyli cenę określoną w sub-klauzuli 14.1 [Cena Kontraktowa], która obejmuje wszelkie korekty dokonane w sposób przewidziany Kontraktem, oraz

- Koszt — czyli wszelkie uzasadnione wydatki poniesione przez wykonawcę na Terenie Budowy lub poza nim, włącznie z narzutami i innymi obciążeniami, lecz z wyłączeniem zysku

Cena kontraktowa to zatem ostateczna kwota, jaką zamawiający będzie musiał zapłacić wykonawcy, włączając wszelkie zmiany i korekty w tym potrącenia, jeśli zgodne z Kontraktem oraz dokonane w sposób przewidziany Kontraktem, jakie mogą się pojawić w trakcie realizacji, a także wszelkie uzasadnione wydatki, jakie wykonawca mógł ponieść na Terenie Budowy lub poza nim, włączając w to wszelkie kwoty wynikające z rozstrzygnięcia w ramach Kontraktu ewentualnych roszczeń podniesionych w trakcie realizacji robót. Roszczenia, których nie udało się rozstrzygnąć w trybie kontraktowym, stają się sporem, dopóki nie zostaną rozstrzygnięte w trybie polubownym, sądowym lub też nie zostaną zaniechane, przez stronę zgłaszającą roszczenie.

Zgodnie z zapisami warunków kontraktowych FIDIC w przypadku wystąpienia okoliczności bądź zdarzenia powodującego zmianę kosztu, **każda ze stron**, która ponosi skutki finansowe tego zdarzenia, ma prawo do zgłoszenia odpowiedniego roszczenia. Formułując roszczenie, strona musi się odnieść do odpowiednich klauzul warunków kontraktu, bądź jeśli nie jest to możliwe do innej podstawy, ale związanej z Kontraktem.

W przypadku kontraktów typu zaprojektuj i zbuduj (żółta książka), jeśli wykonawca jest stroną wnosząca roszczenie, musi wziąć pod uwagę zapisy sub-klauzuli 4.1 [*Ogólne zobowiązania Wykonawcy*], stanowiące, że jakiekolwiek roszczenie, bądź jego pośrednie następstwa nie mogą skutkować tym, że po ukończeniu Roboty nie będą odpowiednie do celów, do których są przeznaczone, zgodnie z Kontraktem.

Roszczenia dotyczące zmiany kosztu, jeśli nie wynikają bezpośrednio z zapisów żadnej sub-klauzuli warunków kontraktu, stanowią w przypadku przedsięwzięć kontraktowanych przez podmiot publicznych, przypadek wyjątkowo trudny i zwykle przekształcają się w spór, którego rozstrzygnięcie, kończy się najczęściej na sali sądowej w wyniku nagminnego wykreślania przez zamawiających publicznych klauzul rozjemczych i arbitrażowych, w warunkach szczególnych. Jak już wspomniano powyżej, jest to następstwo specyficznych uwarunkowań zamawiających publicznych, jak i ogólnej awersji do ryzyka podmiotów publicznych.

Odpowiedzialność stron

Głównym źródłem obowiązków i odpowiedzialności stron jest dokumentacja przetargowa (specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ)) ze wszystkimi dokumentami towarzyszącymi, oferta wykonawcy oraz warunki kontraktowe. W warunkach kontraktowych FIDIC przewidziano szereg formalnych przesłanek przyznania wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia, przy czym należy zaznaczyć, że katalog klauzul, który uprawnia wykonawcę do uzyskania dodatkowej zapłaty, nie jest zamknięty, a wykonawca może wywodzić roszczenie o dodatkową zapłatę z innych okoliczności niż te wyraźnie przewidziane w kontrakcie, jeżeli pozostają w związku z Kontraktem.

Co prawda w polskiej praktyce kontraktowej zmiany warunków ogólnych FIDIC wprowadzane przez zamawiających warunkami szczególnymi często przerzucają na wykonawcę odpowiedzialność za wystąpienie okoliczności i zdarzeń, na które wykonawca nie ma żadnego wpływu.

Dokonywanie zmian w warunkach ogólnych FIDIC, dostosowujących te warunki do specyfiki danego przedsięwzięcia, jest z reguły działaniem jak najbardziej zasadnym po to, aby dostosować zapisy kontraktu do specyficznych wymagań przedsięwzięcia, niemniej nie powinno to prowadzić do arbitralnego i jednostronnego przerzucania wszelkich ryzyk na jedną ze stron umowy, bo może to w wyniku niekorzystnego splotu okoliczności stać się przesłanką obciążającą stronę odpowiedzialną za przygotowanie SIWZ.

Zgodnie z sub-klauzulą 1.4 [*Prawo i język*], prawem właściwym dla Kontraktu jest prawo kraju ustalone w Załączniku do Oferty, czyli w przypadku kontraktów publicznych prawo polskie, zatem w przypadku braku odpowiednich i bezpośrednich zapisów w klauzulach kontraktu lub w przypadku gdy takie zapisy zostały zniesione w warunkach szczególnych, strony mają prawo skonstruować swoje roszczenia kontraktowe na podstawie odpowiednich przepisów prawa polskiego, a przede wszystkim:

- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r., Kodeks cywilny
- Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r., Prawo budowlane
- Inne przepisy prawa mogące mieć zastosowanie.

Prawo zamówień publicznych (PZP) nie formułuje żadnych specyficznych wymagań dotyczących sposobu przygotowania oferty przez wykonawcę, natomiast w Art. 22 PZP, określa, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy niepodlegający wykluczeniu oraz spełniający warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Wymaga natomiast od zamawiającego w zapisach Art. 29 PZP, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z interpretacją dokonaną przez Urząd Zamówień Publicznych[1] ustawa PZP dopuszcza zmianę umowy o zamówienie publiczne w sytuacji wzrostu cen materiałów budowlanych oraz kosztów robocizny, a więc zmiany ceny ryczałtowej, oczywiście pod warunkiem zgody obu stron na zmianę zapisów umowy.

Po pierwsze zapisy art. 139 ust. 1 PZP wskazują, że, do umów w sprawie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (KC). W świetle KC strony umowy cywilnoprawnej mają swobodę w zakresie jej modyfikacji. Odmiennie zaś ustawa PZP dopuszcza dokonywanie zmian umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego tylko i wyłącznie w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 144 ust. 1. PZP. Zgodnie z tym zapisem, zamawiający w porozumieniu z wykonawcą mogą zmienić umowę o zamówienie publiczne w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, gdy konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Zasadniczo podwyższenie wynagrodzenia wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest uważane za korzystne dla zamawiającego, jeśli rozpatrujemy je wyłącznie w ramach zawartej umowy, a nie całościowo zakończonej inwestycji. W konsekwencji konieczne jest poszukiwanie uzasadnienia dla przedmiotowej zmiany w drugiej przesłance, tj. sytuacji, gdy konieczność ich wprowadzenia wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

Tym samym, w sytuacji zmiany kosztu w postaci wzrostu cen materiałów budowlanych czy kosztów robocizny, bądź też innej przyczyny, na którą strony nie miały wpływu, niezbędne jest ustalenie, czy przytoczonych zdarzeń nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy zdarzeń lub okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nieprzewidywanego przez strony, lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne.

Obowiązek przewidywania takich zdarzeń przez strony zawierające umowę powinien być postrzegany w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować dłużnik w świetle art. 355 KC. Niemożność przewidzenia okoliczności powodujących konieczność zmiany umowy powinna być oceniana także **z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności konkretnego zamawiającego oraz wykonawcy**, będącego co do zasady, przedsiębiorcą.

A zatem w przypadkach, kiedy można wywieść, że zmiana wynika z okoliczności, przed którymi dochowując należytej staranności, nie można było się zabezpieczyć w chwili zawierania umowy, na gruncie ustawy PZP można rozwiązać problem wzrostu kosztów bez powstania sporu przez wprowadzenie zmian zapisów umowy.

W przypadku KC, *tytuł* XVI *Umowa o roboty budowlane*, odnosi się w zasadzie wyłącznie do przypadku wykonywania robót na podstawie projektu przygotowanego przez zamawiającego (inwestora), natomiast w przypadku umów o budowę z projektowaniem przyjęło się stosować zapisy tytułu XV umowa o dzieło. Wydaje się to z inżynierskiego punktu widzenia rozwiązaniem co najmniej nieodpowiednim, albowiem poziom skomplikowania oraz związany z tym poziom i zakres ryzyka formuły zaprojektuj i zbuduj daleko wykracza poza ramy zamówienia o dzieło, które jest odpowiednie dla niewielkich robót zlecanych rzemieślnikowi, bo takie jest w zasadzie historyczne tło tego rozdziału.

Najistotniejszymi zapisami Kodeksu cywilnego odnoszącymi się do ryzyka zmiany kosztu jest, art. **632** KC. Mówi on, że jeśli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie (wykonawca) nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów tych prac, niemniej, jednak jeśli wskutek

1 *https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/dopuszczalnosc-zmian-umowy-o-zamowienie-publiczne*

zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

Należy zwrócić szczególną uwagę na tę część art.632 KC, który mówi, że wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Zdaniem piszącego zapis ten winien być rozpatrywany w świetle art. 29 PZP, a zatem wykonawca ponosi odpowiedzialność zgodnie z art. 632 KC, jeśli nie dochował należytej staranności, przygotowując swoją ofertę, nie powinien natomiast, w opinii piszącego, ponosić tej odpowiedzialności, jeśli niemożliwość przewidzenia rozmiaru lub kosztów tych prac, przy dochowaniu przez wykonawcę należytej staranności w analizowaniu SIWZ wniknęła z niejasnych bądź dających się błędnie interpretować (zgodnie ze sztuka budowlaną i przepisami) zapisami SIWZ.

Roszczenia i spory o zmianę kosztu

Przy dochodzeniu roszczeń o zmianę kosztu wykonawca musi każdorazowo wykazać, że kontrakt przewiduje podstawę do formułowania takiego żądania. A zatem jak postępować w przypadku materializacji zmiany kosztu szczególnie w kontraktach o roboty budowlane z projektowaniem, których czas realizacji mieści się zwykle w przedziale ok. 3 a czasami i więcej lat.

Jeśli zamawiający publiczny mimo złożenia roszczenia zgodnie z procedurą kontraktową nie jest w stanie, łącznie z inżynierem podjąć decyzji w myśl art. 144 PZP, bądź roszczenie odrzuca, natomiast strata, której doświadcza wykonawca jest rażąca, pozostaje wyłącznie droga sądowa właśnie na podstawie przepisów Kodeksu Cywilnego. Wykonawca, przystępując do procesu sądowego winien przeanalizować czy istnieją przesłanki świadczące o tym, że zamawiający mógł uchybić zapisom art.471 KC należytego wykonania zobowiązań wynikających z Kodeksu cywilnego i zawartej umowy musi mieć też na uwadze, że podobnej analizy dokona zamawiający.

Co należy uważać za rażącą stratę można wywieść z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z 19.11.2014 r., sygn. akt II CSK 191/14[2]. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy dokonał m.in. wykładni zwrotu „**rażąca strata**", użytego w przepisie art. 3571 kodeksu cywilnego (w tzw. klauzuli rebus sic stantibus). Sąd Najwyższy uznał, iż pojęcia straty, którym posłużył się ustawodawca w tym przepisie, nie można utożsamiać z pojęciem strat użytym w przepisie art. 362 § 2 KC, a oznaczającym zmniejszenie się majątku. Modyfikacja albo rozwiązanie umowy przez sąd może nastąpić także wówczas, gdy ze względu na nadzwyczajną zmianę stosunków korzyści osiągnięte przez jedną ze stron okazują się zdecydowanie niższe, niż te, **jakich strona ta mogła się zasadnie spodziewać**.

Powyższe uzasadnienie jednoznacznie sugeruje, że odwołanie się do art. 3571 KC, daje wykonawcy większe szanse na uzyskanie zasądzenia wyższych kwot roszczenia niż w przypadku powoływania się wyłącznie na zapisy art. 632 KC. Niemniej należy pamiętać, że przywołany art. 3571 KC stanowi wyjątek od zasady pacta sunt servanda. Celem zapisów art. 3571 KC jest, najogólniej biorąc, przywrócenie zachwianej niespodziewanymi zdarzeniami ekwiwalentności świadczeń i nie może stanowić podstawy do zdjęcia z wykonawcy ryzyka prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Może on służyć wyłącznie do zapobieżenia powstania po stronie wykonawcy rażącej straty. Ponadto, aby można było zastosować art. 3571 KC muszą zaistnieć wszystkie z wymienionych poniżej przesłanek:

- nastąpiła nadzwyczajna zmiana stosunków,
- zmiana ta powoduje nadmierne trudności w spełnieniu świadczenia albo grozi jednej ze stron rażącą stratą,
- **strony nie przewidywały wpływu nadzwyczajnej zmiany stosunków na zobowiązanie**, przy czym istotny jest brak przewidzenia nie tyle samej zmiany stosunków, ile jej wpływu na zobowiązanie.

Wzrost cen rynkowych w budownictwie, jaki obserwujemy od końca 2017 r., wydaje się, że spełnia wyżej wymienione przesłanki. Nadzwyczajny wzrost cen, jak nastąpił po wieloletnim okresie stabilności, nie był do przewidzenia na etapie składania przez wykonawców ofert w latach 2014, 2015 ani w 2016 r.

Oczywiście zawsze można powiedzieć, że wzrost cen musiał kiedyś nastąpić i odrzucić takie roszczenie, to prawda niemniej to, że nastąpił właśnie teraz i teraz wpływa na zobowiązanie jest już mniej oczywistym do odrzucenia. Niezależnie od czynników stricte rynkowych można wskazać na przestrzeni kilku ostatnich lat działania rządu RP i Komisji Europejskiej, które pośrednio wpłynęły na zmiany cen rynkowych, są to:

1) W dniu 29.01.2016. KE nałożyła tymczasowe cło antydumpingowe na chińskie stalowe pręty zbrojeniowe HFP w wys. od 9,2% do 13% w zależności od producenta, a rozporządzeniem 2016/1246 z dnia 28.07.2016 ustalono ostateczne cła antydumpingowe w zakresie od 18,6% do 22,5%, na okres 5 lat.

2) W dniu 29 kwietnia 2016 r., rozporządzeniem wykonawczym 2016/670 Komisja Europejska wprowadziła uprzedni nadzór unijny nad przywozem niektórych wyrobów z żelaza i stali pochodzących z niektórych państw trzecich. Według KE system ma na celu wsparcie sektora stalowego w UE i monitorowania importu jego wielkości i następujące w nim zmiany. System ma obowiązywać przez 4 lata. Mechanizm ten powinien zahamować napływ z krajów trzecich stali oraz przyspieszyć proces wprowadzania ceł, a w konsekwencji powinien doprowadzić do wzrostu cen stali na rynku.

3) W dniu 20 grudnia 2016 r. KE rozporządzeniem wykonawczym 2016/2303 nałożyła tymczasowe cło antydumpingowe na przywóz niektórych sztab i prętów zbrojeniowych pochodzących z Republiki Białorusi. Stawka tymczasowego cła antydumpingowego została ustalona na poziomie 12,5%. Następnie rozporządzeniem 2017/1019 z dnia 16.06.2017 r., zostało nałożone ostateczne cło antydumpingowe. Wysokość stawki została ustalona na poziomie 10,6%.

4) Od 1 stycznia 2017 r. weszła w życie ustawa z dnia 1 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw, wprowadzając tzw. odwrócony VAT w rozliczeniach pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą.

2 *http://legeartis-mkl.pl/index.php? mact=-News, cntnt01,print, 0&cntnt01articleid=261&cnt-nt01showtemplate=false&cntnt01returnid=95*

5) Od 01.06.2018 r, zaczęły obowiązywać amerykańskie cła na stal i aluminium z EU.

6) W dniu 22.06.2018 r. KE rozporządzeniem wykonawczym nr 2018/885, wprowadziła cła odwetowe na niektóre towary z USA w tym również stal.

7) W okresie od lipca 2015 do września 2017 ceny uprawnień do emisji CO2 utrzymywały się w przedziale 6 do 8 EUR/t natomiast w okresie od października 2017 do lipca 2018 r., wzrosły dwukrotnie od ok 8 EUR/t do 16 EUR/t, stabilizując się we wrześniu w zakresie 20 do 21 EUR/t.

8) Notowany przyrost produkcji budowlano montażowej o 16,4% w okresie styczeń wrzesień 2018 r. stanowi dodatkowo obok wyżej wymienionych czynników, silną presję na wzrost cen podstawowej produkcji budowlanej i usług podwykonawczych.

Wyżej wymienione zdarzenia miały bezsprzecznie wpływ na ceny rynkowych w budownictwie, ogólnie rzecz biorąc, niemniej trudno znaleźć i wykazać bezpośredni związek przyczynowo skutkowy. Wykazanie natomiast związku pośredniego wymaga profesjonalnej analizy ekonomicznej. Trudno jest również przewidzieć jak sąd odniesie się do takich analiz.

W wyniku postępowania sądowego w zależności od przypadku, strony mogą zawrzeć ugodę przedsądową, co jest wyjściem dla obu stron najprawdopodobniej najrozsądniejszym, lub też zdać się na werdykt sądu. Pozostaje dręczące pytanie co ma robić wykonawca w obliczu braku zgody na rozwiązanie polubowne przed sądem przez zamawiającego i koniecznością kontynuowania prac mimo ponoszenia rażącej straty? **Czy w takiej sytuacji wykonawca, może oczekiwać, że sąd na jego wniosek zawiesi wykonywanie robót?**

Ryzyko zmiany kosztu w przedłużonym czasie na ukończenie

Podobnie wygląda kwestia podejścia do zmaterializowania się ryzyka zwiększenia kosztu w przedłużonym czasie na ukończenie. Z analizy zagranicznej literatury dotyczącej warunków kontraktowych FIDIC, wynika, że jeżeli wykonawca otrzymuje przedłużenie czasu na ukończenie, jest także uprawniony do uzyskania dodatkowej płatności związanej z przedłużeniem czasu pobytu i działania na terenie budowy (o ile oczywiście taki koszt ponosi), poza przypadkami wystąpienia tak zwanego opóźnienia współbieżnego (*concurrent delay*), opisywanego w literaturze angielskojęzycznej, czyli opóźnienia, najogólniej rzecz ujmując, do którego przyczyniły się obie strony. W takim przypadku wykonawca uprawniony jest wyłącznie do przedłużenia czasu na ukończenie, natomiast zamawiający odstępuje od naliczania kar umownych.

Na gruncie warunków kontraktowych FIDIC nie ma określonego bezpośredniego związku pomiędzy sub-klauzulą 8.4 [*Przedłużenie Czasu na Ukończenie*] a ewentualną dodatkową płatnością.

Co prawda w praktyce projektów drogowych realizowanych przez GDDKiA, zamawiający jest skłonny wypłacać wykonawcy, w okresie przedłużonego czasu na ukończenie tzw. koszty wymagań ogólnych związane z zapleczem budowy i utrzymaniem terenu budowy. Jednakże jakikolwiek inny koszt ponad koszty wymagań ogólnych, o którego zwrot może domagać się wykonawca, będzie uzależniony od szczególnych okoliczności będących przyczyną takiego roszczenia i specyficznych uwarunkowań projektu.

Warunki kontraktowe FIDIC dają możliwość roszczenia przez wykonawcę w przypadku zarówno żółtej, jak i czerwonej książki, klauzule dające takie uprawnienia mają co do zasady jednolitą budowę i przewidują, że w razie wystąpienia opóźnienia z przyczyn niezależnych od wykonawcy to wykonawca będzie uprawniony zarówno do przedłużenia czasu na ukończenie robót (punkty a), jak i do pokrycia kosztu lub też kosztu oraz umiarkowanego zysku (punkty b).

W warunkach szczególnych sporządzanych przez polskich zamawiających często dochodzi do wykreślania podpunktów (b) w klauzulach dających uprawnienia wykonawcy do roszczeń kosztowych w związku z doznanym przez wykonawcę opóźnieniem. Prowadzi to do znaczącej zmiany podziału ryzyk przewidzianego w warunkach ogólnych FIDIC.

W takiej sytuacji roszczenie wykonawcy o dodatkową zapłatę mogłoby zostać uznane za zasadne tylko w przypadku, gdyby możliwym było udowodnienie wyrządzenia przez zamawiającego szkody spowodowanej z winy umyślnej na podstawie zapisów art. 473 KC. Artykuł ten zakazuje bowiem wyłączania odpowiedzialności stron umowy za działanie umyślne.

Roszczenia i spory o zmianę kosztu w przedłużonym czasie na ukończenie

Jak już nadmieniono powyżej przy dochodzeniu roszczeń o zmianę kosztu wykonawca musi każdorazowo wykazać, że kontrakt przewiduje podstawę do formułowania takiego żądania. W warunkach kontraktowych FIDIC poszczególne klauzule przyznające wykonawcy uprawnienie do domagania się dodatkowej zapłaty rozróżniają sytuacje, w których wykonawca może dochodzić tylko kosztu, oraz sytuacje, w których wykonawca może domagać się kosztu oraz „rozsądnego zysku" o ile te zapisy nie zostały zmienione w warunkach szczególnych.

W przypadkach dla których trudno znaleźć odpowiednie klauzule warunków kontraktowych FIDIC wykonawcy mogą skorzystać z przepisów polskiego prawa, o czym wzmiankowano powyżej, w zależności od konkretnego przypadku i okoliczności.

Krzysztof Wiśniewski

Członek SIDiR

Inżynier

DORBUD Krzysztof Wiśniewski

Sąd Arbitrażowy przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców w Warszawie

DEDYKOWANY SPOROM W SPRAWACH BUDOWLANYCH

SPORY W BUDOWNICTWIE JUŻ NIE MUSZĄ TRWAĆ LATAMI!

Dlaczego warto wybrać Sąd Arbitrażowy przy SIDiR?

- Wysoką jakość postępowań arbitrażowych. Strony mają prawo wyboru arbitrów. Składy orzekające mogą być dobierane w zależności od rodzaju sprawy z przewagą na aspekty techniczne lub prawne, ale zawsze arbitrzy są profesjonalistami w zakresie rozstrzygania sporów i odpowiednio doświadczeni

- Szybkość i efektywność postępowań. Wyrok powinien być wydany przed upływem 9 miesięcy od dnia ustanowienia Zespołu Orzekającego

- Z uwagi na krótszy przebieg postępowania niższe koszty arbitrażu w porównaniu z sądownictwem powszechnym

- Postępowanie jest proaktywne, oparte na określonym współdziałaniu arbitrów ze stronami. Pozwala to nierzadko uniknąć zbędnej zwłoki czy nietrafnych decyzji proceduralnych

- Miejsce postępowania przed sądem arbitrażowym wskazują strony

- Sąd Arbitrażowy może przeprowadzić dowód z przesłuchania świadków, z dokumentów, oględzin, a także uznać inne konieczne dowody, nie może jednak stosować środków przymusu

- W postępowaniu dowodowym w arbitrażu dopuszcza się pisemne zeznania świadków co oszczędza czas i koszty

Sąd Arbitrażowy przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców jest niepaństwowym sądem polubownym powołanym przez Strony do rozstrzygnięcia ich sporu.

Wyrok sądu arbitrażowego lub ugoda przed nim zawarta mają moc prawną na równi z wyrokiem sądu powszechnego lub ugodą zawartą przed sądem powszechnym.

www.arbitraz-sidir.pl sekretarz@arbitraz-sidir.pl +48 22 826 16 72

Skuteczne planowanie i zarządzanie projektem na przykładzie budowy wiaduktu w ciągu al. Solidarności w Lublinie

Grzegorz Piskorz

Słowo wstępne Przewodniczącego Koła Młodych Profesjonalistów

Szanowni Państwo,

Zamierzeniem SIDiR jest, aby Krajowy Konkurs dla Młodych Profesjonalistów na stałe zagościł w kalendarzu branżowych wydarzeń i stał się platformą promocji młodych talentów. Dlatego też na początku br. została ogłoszona III edycja Krajowego Konkursu dla Młodych Profesjonalistów 2018, którego rozstrzygnięcie będzie miało miejsce podczas tegorocznej Ogólnopolskiej Konferencji Arbitrażowej. W tym miejscu zapraszamy i zachęcamy wszystkich Młodych Profesjonalistów do udziału w kolejnych edycjach Krajowego Konkursu dla Młodych Profesjonalistów organizowanych przez SIDiR.

W listopadzie ubiegłego roku podczas IV Ogólnopolskiej Konferencji Arbitrażowej rozstrzygnięto II edycję Krajowego Konkursu dla Młodych Profesjonalistów.

Organizowany przez Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców konkurs wyróżnia osoby, które w przyszłości staną się liderami branży budowlanej, a także promować zawód inżyniera/konsultanta jako różnorodną i atrakcyjną ścieżkę kariery. Do konkursu zgłosić się mogli wszyscy Młodzi Profesjonaliści, czyli osoby aktywne zawodowo, które w 2017 roku nie miały ukończonego 35 roku życia oraz wniosły ciekawy wkład w projekt, nad którym pracowały w zakresie swojej specjalności. Ocenie podlegały dotychczasowe osiągnięcia kandydatów, zakres oryginalności i innowacyjności zrealizowanego projektu, aktualność i waga problemu oraz przydatność praktyczna opisanego rozwiązania. Jury Konkursu kładło szczególny nacisk na aspekty innowacyjności i umiejętność komunikacji.

Pierwsze miejsce w II edycji konkursu zdobył Pan Arkadiusz Frączek, które to zostało uhonorowane nagrodą pieniężną. Poza wymiernymi korzyściami materialnymi Pan Arkadiusz Frączek w dłuższej perspektywie ma również możliwość zaistnienia w szerokim gronie wysokiej klasy specjalistów, zrzeszonych przez SIDiR i wielu innych, do których dociera Konsultant.

Pan Arkadiusz Frączek, pełniący obowiązki jednego z Kierowników Robót na projekcie wykazał się dużym zaangażowaniem w realizację projektu, szeroką wiedzą techniczną, przepisów prawa budowlanego oraz z zakresu zarządzania projektami co przełożyło się na nawiązanie dobrych relacji zawodowych z Inwestorem opartych na wzajemnym zaufaniu i wiedzy eksperckiej.

W trakcie realizacji inwestycji służył wsparciem, podejmując inicjatywę w zakresie ciągłych usprawnień, mając na względzie potrzeby i cele Inwestora.

Pan Arkadiusz wykazał się umiejętnością komunikacji w sposób kompetentny, zwięzły i zrozumiały w różnorodnych sytuacjach. Dzięki dobrej organizacji pracy koordynował i realizował budowę obiektów mostowych w sposób bezpieczny i w oczekiwanym przez Inwestora terminie.

Państwa zapraszam do lektury zwycięskiej pracy konkursowej, specjalnie na potrzeby Konsultanta opracowanej w formie artykułu, a Panu Arkadiuszowi Frączkowi gratuluję zdobycie pierwszej nagrody i życzę dalszych sukcesów zawodowych.

Arkadiusz Frączek

Laureat II edycji Konkursu dla Młodych Profesjonalistów 2018,

Absolwent Politechniki Rzeszowskiej im. Ignacego Łukasiewicza na kierunku Budownictwo w specjalności Drogi i Mosty.

Posiada 5-letnie doświadczenie w wykonawstwie, realizując projekty oparte o Prawo Zamówień Publicznych.

„Skuteczne planowanie i zarządzanie projektem na przykładzie budowy wiaduktu w ciągu al. Solidarności w Lublinie"

Projekt pn. „Przebudowa skrzyżowania ulic: al. Solidarności, al. Sikorskiego i ul. Gen. B. Ducha w Lublinie" został zrealizowany przez Skanska S.A. w ramach Programu Operacyjnego Polska Wschodnia na lata 2014 – 2020. Zakres inwestycji obejmował: przebudowę drogi krajowej nr 19 – al. Solidarności, al. Sikorskiego wraz z budową w al. Solidarności wiaduktu, budowę murów oporowych, budowę kładki dla pieszych nad al. Solidarności, budowę ekranów akustycznych, przebudowę drogi wojewódzkiej nr 809 – ul. Gen. B. Ducha oraz równoległej do niej drogi serwisowej, przebudowę i budowę nowej infrastruktury technicznej.

Generalnym Wykonawcą projektu była firma Skanska S.A. na zlecenie Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie. Prace zostały zrealizowane w terminie od 26 stycznia 2016 r. do 23 listopada 2017 r. Specyficznym wyzwaniem przy realizacji projektu były ro-

boty prowadzone przy czynnych szlakach komunikacyjnych z bardzo dużym natężeniem ruchu, a w szczególności proces budowy ustroju nośnego wiaduktu w ciągu al. Solidarności.

Nowo wybudowany obiekt mostowy to dwuprzęsłowa żelbetowa konstrukcja belkowa, sprężona, o długości całkowitej ustroju nośnego 101,70 m oraz szerokości całkowitej 22,14 m. Rozpiętość teoretyczna każdego z przęseł wiaduktu wynosi 50,0 m. Ustrój niosący wiaduktu stanowią dwie odrębne konstrukcje nośne pod każdą z jezdni al. Solidarności – nitka północna oraz nitka południowa. W przekroju poprzecznym zastosowano dwie belki o zmiennej wysokości konstrukcyjnej od 1,90 m (w przęśle) do 3,20 m (nad filarami) i rozstawie osiowym 5,20 m. Szerokość belek wynosi 1,40 m. Dodatkowo nad podporami zaprojektowano poprzecznice. Podpory skrajne obiektu stanowią żelbetowe przyczółki pełnościenne, natomiast podpory pośrednie stanowią żelbetowe filary dwusłupowe o przekroju okrągłym i średnicy 1,80 m. Posadowienie podpór wykonano jako pośrednie na palach wielkośrednicowych zwieńczonych ławą fundamentową. Dojazdy do wiaduktu wykonano jako mury oporowe w technologii gruntu zbrojonego.

Innowacyjne aspekty projektu

Ze względu na złożoność projektu oraz konieczność utrzymania przejezdności dla ruchu publicznego na przebudowywanym skrzyżowaniu, przy ograniczonej ilości miejsca na placu budowy w obrębie skrzyżowania, bardzo duże znaczenie miało odpowiednie dobranie technologii budowy ustrojów nośnych wiaduktu. Dla zapewnienia szybkości i łatwości montażu deskowania wybrano technologię budowy na rusztowaniach stacjonarnych.

Konstrukcję nośną deskowania stanowił ruszt stalowo-drewniany zaprojektowany z elementów systemowych – rygli stalowych oraz dźwigarów drewnianych. Bezpośrednio na wykonanym ruszcie średnio 15-osobowa brygada cieśli wykonywała połać ze sklejki szalunkowej. Na krawędziach poszczególnych sekcji deskowania zaprojektowano barierki bezpieczeństwa chroniące przed upadkiem z wysokości w trakcie wykonywania prac ciesielskich, zbrojarskich oraz betonowania ustroju nośnego. W celu umożliwienia przejazdu samochodów pod budowanym obiektem mostowym zaprojektowano bramkę przejazdową o rozpiętości 11 m. Do budowy

bramki użyto dźwigarów IPE 550 o długości L = 14,75 m. Podparcie bramki wykonano ze stężonych ze sobą słupów stalowych. Podpory ustawiono na podwalinach z belek HEB 320 i zwieńczono oczepem z takich samych belek.

Szczególną zaletą przyjętego rozwiązania była możliwość montażu poszczególnych segmentów deskowania na poziomie zerowym, dzięki czemu zapewniono bezpieczne warunki montażu. Kiedy poszczególne jednostki deskowania zostały zmontowane, kolejnym krokiem było przetransportowanie ich, a następnie umieszczenie na wcześniej zmontowanych podporach za pomocą podnośnika teleskopowego z widłami lub za pomocą dźwigu, w zależności od lokalizacji danej sekcji.

Najistotniejszym założeniem przyjętego rozwiązania budowy ustrojów niosących wiaduktu było przeprowadzenie ich budowy w sposób dwuetapowy. W pierwszym etapie wykonano nitkę południową wiaduktu, natomiast etap drugi obejmował budowę nitki północnej. Rozwiązanie to posiadało wiele zalet oraz przyniosło szereg korzyści. Podstawową zaletą była możliwość zorganizowania placu montażowego odpowiedniej wielkości. Do wykonania montażu segmentów deskowania na poziomie gruntu kluczowe było zapewnienie wystarczającej ilości miejsca.

Kolejną zaletą jest fakt, że zamontowany na podporach ruszt stalowo-drewniany był podwieszony do konstrukcji wiaduktu. Po wykonaniu nitki południowej wiaduktu umożliwiło to wykorzystanie zmontowanych wcześniej elementów deskowania bez potrzeby ich rozbiórki i wykonania ponownego montażu. Rusztowania stanowiące podporę całości deskowania przesunięto spod nitki południowej wiaduktu i ustawiono na odpowiednio przygotowanym podłożu dla wykonania nitki północnej wiaduktu. Poszczególne segmenty deskowania, pokryte połacią ze sklejki szalunkowej, zostały opuszczone pod wykonaną konstrukcję południowego ustroju nośnego za pomocą specjalnie przeznaczonych do tego wózków z wciągarkami linowymi. Następnie należało opuszczone sekcje deskowania przewieźć w odpowiednie miejsce i ustawić na podporach ustawionych pod wykonanie nitki północnej wiaduktu.

Zastosowane rozwiązanie przyniosło korzyści w postaci oszczędności czasu i skrócenia terminu realizacji. Ponadto, wpłynęło na koszty realizacji inwestycji, ponieważ dwuetapowe wykonanie budowy wiaduktu pozwoliło na ograniczenie ilości elementów deskowania oraz pracochłonności wykonania jego montażu. Fakt, że montaż segmentów deskowania odbywał się na poziomie gruntu, przełożył się na zwiększenie wydajności i jakości robót budowlanych, a przede wszystkim na zwiększenie bezpieczeństwa wykonywanych prac.

Grzegorz Piskorz

Przewodniczący Koła Młodych Profesjonalistów przy SIDiR, członek Zarządu SIDiR, Inżynier Projektu w Skanska S.A.

Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców

Polska Krajowa Organizacja Członkowska International Federatio of Consulting Engineers

Członek European Federation of Engineering Consultancy Associations

Szkolenia i warsztaty
Cykliczne szkolenia w naszej warszawskiej siedzibie oraz na zlecenie w biurze klienta

Księgarnia
Polskie tłumaczenia warunków kontraktowych FIDIC oraz wydawnictwa dotyczące realizacji inwestycji budowlanych

Doradztwo i ekspertyzy
w zakresie realizacji inwestycji i procedur FIDIC

Biuletyn „Konsultant"

Konferencje

www.sidir.pl
biuro@sidir.pl

POLSKIE TŁUMACZENIA WARUNKÓW KONTRAKTOWYCH FIDIC

Ośrodek Mediacji przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców w Warszawie

http://mediacje-sidir.pl/
biuro@mediacje-sidir.pl

Sąd Arbitrażowy przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców w Warszawie

http://arbitraz-sidir.pl/
sekretarz@arbitraz-sidir.pl

DWIE WYSPECJALIZOWANE INSTYTUCJE DEDYKOWANE ROZSTRZYGANIU SPORÓW W BUDOWNICTWIE

Ubezpieczający jako podmiot uprawniony do dochodzenia roszczeń w ramach OC od zakładu ubezpieczeń

Jacek Kalinowski

Roszczeń od ubezpieczyciela o wypłatę odszkodowania w związku z doznaną szkodą może dochodzić podmiot poszkodowany. To w jego majątku powstał bowiem uszczerbek, którego naprawy może żądać od sprawcy jego powstania, czy też od ubezpieczyciela, który udziela ochrony ubezpieczeniowej jego odpowiedzialności cywilnej.

Z życia wzięte

Często bywa tak, że poszkodowany, po pierwsze może nie mieć świadomości powstania szkody w jego majątku, po drugie zaś, szkoda zostaje naprawiona bezpośrednio przez jej sprawcę.

Tego typu sytuacje mogą mieć miejsce w przypadku przedsiębiorstw, które udostępniają (w drodze umowy najmu, dzierżawy) swoje mienie podmiotom chcącym z niego korzystać. Wskutek tego nie znajduje się ono pod ich bezpośrednią kontrolą, a nadzór nad nim pełni korzystający, jako tzw. posiadacz zależny. Wymienione wyżej umowy często są kontraktami wieloletnimi, zaś zasadniczo interes właściciela mienia sprowadza się do terminowego inkasowania czynszu oraz zadbania, by mienie po zakończeniu kontraktu powróciło do niego w stanie niepogorszonym (pominąwszy naturalne zużycie).

Z kolei drugi przypadek, jest niejako „wymuszony" specyfiką obrotu gospodarczego — posiadacz mienia jest zainteresowany przede wszystkim jak najszybszą jego naprawą tak, by mogło ono być z powrotem przez niego użytkowane i przynosić dochód. Nie jest zatem w jego interesie oczekiwanie na kontakt ze strony właściciela mienia, czy też wyczekiwanie na reakcję ubezpieczyciela na zgłoszenie szkody jeszcze przed jego naprawą. Pamiętać przy tym należy, iż umowa ubezpieczenia OC nakłada na ubezpieczającego pewne obowiązki, jeżeli chodzi o zachowanie się po szkodzie, w tym np. udostępnienia mienia do oględzin.

Jak pogodzić sprzeczne interesy

Czyli nic innego jak pogodzić chęć najszybszego przywrócenia mienia do stanu używalności przez jego użytkownika z dość sformalizowanym podejściem zakładów ubezpieczeń do procesu likwidacji szkody.

Z literalnego brzmienia art. 822 § 4 Kodeksu cywilnego wynika, że bezpośrednio od ubezpieczyciela, swych roszczeń może dochodzić uprawniony do odszkodowania, tj. poszkodowany. Tego typu uprawnienie określa się mianem *actio directa*. Wybór drogi dochodzenia roszczeń pozostaje tutaj po stronie poszkodowanego i może on np. chcieć dochodzić roszczeń bezpośrednio od sprawcy. Zaletą actio directa jest przede wszystkim pewność uzyskania odszkodowania, gdyż ubezpieczyciel zazwyczaj jest podmiotem wypłacalnym, posiadającym stosowne rezerwy założone na poczet wypłaty odszkodowania.

Orzecznictwo i miejsce dla ubezpieczającego

Chcąc przybliżyć i wyjaśnić zagadnienie warto przywołać instytucję wstąpienia w prawa wierzyciela unormowaną w art. 518 k.c. Zgodnie z pkt 1 przywołanego artykułu, osoba trzecia, która spłaca wierzyciela, nabywa spłaconą wierzytelność do wysokości dokonanej zapłaty, jeżeli płaci cudzy dług, za który jest odpowiedzialna osobiście albo pewnymi przedmiotami majątkowymi.

Uważny czytelnik na pewno zauważy, iż przepis ten nie do końca „pasuje" do tematyki będącej przedmiotem niniejszych rozważań. Przecież ubezpieczający nie płaci poszkodowanemu cudzego długu, tylko dług własny, trudno mu też nadać przymiot „osoby trzeciej", skoro bardziej pasuje do niego miano dłużnika.

Wydaje się jednak, iż – pomimo pewnych różnic – ww. przepis można na zasadzie analogii stosować do sytuacji, w której dłużnik spłaca swój dług wierzycielowi, a następnie kieruje roszczenie o zwrot zapłaconej sumy do swojego ubezpieczyciela OC.

Znajduje to potwierdzenie w tezie wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 10 lipca 2015 roku (I ACa 100/15), zgodnie z którą: „*przepis art. 822 § 4 k.c. stanowi, że uprawniony do odszkodowania, w związku ze zdarzeniem objętym umową ubezpieczenia OC, może dochodzić roszczenia bezpośrednio od ubezpieczyciela. Przez „uprawnionego do odszkodowania" należy rozumieć właśnie poszkodowanego. Z treści powołanego przepisu wynika, że jeżeli osoba ponosząca odpowiedzialność cywilną za szkodę jest ubezpieczona w zakresie odpowiedzialności cywilnej, poszkodowany ma dwóch dłużników: osobę ponoszącą odpowiedzialność cywilną za szkodę oraz ubezpieczyciela. Przepis ten nie wyklucza możliwości żądania przez poszkodowanego odszkodowania wyłącznie od osoby odpowiedzialnej za szkodę. Jeżeli ubezpieczyciel zapłaci poszkodowanemu należne mu odszkodowanie, to ustaje obowiązek odszkodowawczy ubezpieczonego. Jeżeli natomiast roszczenie poszkodowanego zaspokoi ubezpieczony ponoszący odpowiedzialność cywilną za szkodę, to może on następnie (na podstawie art. 518 § 1 pkt 1 k.c.) kierować do ubezpieczyciela roszczenie o zapłatę na jego rzecz odszkodowania ubezpieczeniowego, równego odszkodowaniu, które zapłacił on uprzednio poszkodowanemu*" (podkr. moje J.K.).

Ww. teza koresponduje z poglądami doktryny (Andrzej Kidyba, Kodeks Cywilny Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część szczególna, wyd. II, LEX 2014). W tezie 12 komentarza do art. 822 k.c. wskazuje się dodatkowo, że „*ubezpieczyciel będzie zobowiązany zapłacić odszkodowanie ubezpieczonemu, który samodzielnie zaspokoił roszczenia poszkodowanego, w takim zakresie, w jakim roszczenia te były zasadne*".

Druga strona medalu

Tym sposobem dotykamy drugiej strony medalu, a mianowicie jak wyżej opisana problematyka wygląda od strony zakładów ubezpieczeń? To znaczy, czy zakład ubezpieczeń może kwestionować wyżej opisane uprawnienie ubezpieczającego?

W mojej ocenie, co do zasady, brak po stronie ubezpieczycieli możliwości oddalenia roszczeń ubezpieczającego o refundację zapłaconych poszkodowanemu kwot tylko dlatego, iż nie zostało sformułowane roszczenie ze strony poszkodowanego. Tego typu ograniczenia nie są spotykane w zawieranych umowach ubezpieczenia. Oznacza to, że jeśli zachodzą obiektywne przesłanki odpowiedzialności cywilnej ubezpieczającego, nie można odmawiać przyjęcia odpowiedzialności z przyczyn natury formalnej (np. przez brak zgłoszenia roszczenia przez poszkodowanego). Należy jednak zwrócić uwagę na pewne mechanizmy zawarte w ogólnych warunkach ubezpieczeń OC, które znajdują zastosowanie w przypadku każdej zgłoszonej szkody (niezależnie od podmiotu roszczącego). Chodzi tu przede wszystkim o możliwość weryfikacji zgłoszonego roszczenia, czy też obowiązek zabezpieczenia materiału dowodowego celem ustalenia, czy zachodzi odpowiedzialność cywilna ubezpieczającego za szkodę i konsekwentnie odpowiedzialność gwarancyjna ubezpieczyciela.

Interpretacja ubezpieczycieli

Posłużmy się tu dla przykładu Ogólnymi Warunkami Ubezpieczenia OC STU Ergo Hestia S.A. o symbolu OC/OW034/1601 (dalej: „OWU").

Ubezpieczający zatem ma np. w razie powstania wypadku podjąć aktywną współpracę z Ubezpieczycielem w celu wyjaśnienia wszelkich okoliczności i przyczyn powstania (§22 ust. 1 pkt 2 OWU).

Ponadto ubezpieczający ma obowiązek zaniechania działań zmierzających do zaspokojenia poszkodowanego, uznania jego roszczeń, bądź zawarcia z nim ugody, do czasu uzyskania pisemnej zgody Ubezpieczyciela. Zaspokojenie lub uznanie przez Ubezpieczającego roszczenia osoby poszkodowanej bez wymaganej pisemnej zgody nie ma wpływu na odpowiedzialność Ubezpieczyciela wobec Ubezpieczającego (§23 OWU).

Co więcej, w granicach udzielonej ochrony Ubezpieczyciel ma obowiązek dokonania oceny sytuacji faktycznej i prawnej oraz podjęcia decyzji o uznaniu roszczenia i wypłacie odszkodowania albo prowadzeniu obrony Ubezpieczającego przed nieuzasadnionym roszczeniem (§24 OWU), zaś suma odszkodowania wypłacona przez Ubezpieczyciela nie może być wyższa od poniesionej szkody (§27 ust. 1 OWU).

Powyższe oznacza prawo i obowiązek Ubezpieczyciela do poczynienia własnych ustaleń w przedmiocie odpowiedzialności gwarancyjnej począwszy od tego, czy zachodzi odpowiedzialność cywilna ubezpieczającego co do zasady (ubezpieczający może przecież naprawić szkodę niezależnie od tego, czy ponosi winę w jej wyrządzeniu, zaś przy odpowiedzialności na zasadzie ryzyka – np. w przypadku, w którym szkoda powstała z wyłącznej winy osoby trzeciej), skończywszy na uprawnieniu do weryfikacji kwoty roszczenia. Ubezpieczający może bowiem kierując się chęcią jak najszybszego usunięcia skutków szkody dokonać naprawy uszkodzonego mienia na podstawie zawyżone stawki.

Temat warty konsultacji

Opisane wyżej mechanizmy „obronne" ubezpieczycieli zapobiegają sytuacjom, w których umowa ubezpieczenia OC staje się de facto umową serwisową użytkowanego mienia (w znaczeniu, iż ubezpieczyciel jest stawiany przez ubezpieczającego przed faktami dokonanymi, tj. poniesionymi kosztami naprawy bez możliwości ich weryfikacji). Sprawia także, że pomimo braku roszczenia ze strony poszkodowanego szkoda likwidowana jest tak jak każda inna, „klasyczna", szkoda w ramach OC.

Ubezpieczyciele często opierają się przeciwko wyrażeniu zgody na opisany w niniejszym artykule schemat likwidacji szkód. Dlatego też warto powierzyć negocjacje warunków ubezpieczenia profesjonalnemu doradcy ubezpieczeniowemu, który jest w stanie wprowadzić pożądane rozwiązania wprost do postanowień umowy ubezpieczenia.

Jacek Kalinowski

Radca prawny STBU Brokerzy Ubezpieczeniowi Sp. z o.o.

Utrata zdolności pozyskiwania gwarancji ubezpieczeniowych to niemal pewny wzrost kosztów inwestycji

Barbara Piekarek, Karolina Pertkiewicz

W ostatnich tygodniach obserwujemy zaostrzenie warunków udzielania gwarancji ubezpieczeniowych. Regulują je nowe wytyczne albo zmiany w dotychczasowych procedurach ubezpieczycieli. Coraz częściej spotykamy się również odmowami udzielenia gwarancji, w szczególności dla nowych wykonawców.

W pierwszym półroczu 2018 zanotowano wzrost w branży budowlano – montażowej o blisko 24% w porównaniu do analogicznego okresu 2017 roku. Niestety pomimo tego płynność sektora budowlanego jest bardzo niezadowalająca i wskazuje na duże ryzyko.

Z punktu widzenia ubezpieczycieli obecna sytuacja jest bardzo podobna do tej z 2012 roku, kiedy to między innymi bankructwa, obok problemów finansowych podmiotów z branży budowlanej spowodowały zaostrzenie polityki udzielania gwarancji. W ostatnich latach doszła to tego także spadająca rentowność kontraktów budowlanych mająca bezpośredni wpływ na płynność finansową przedsiębiorstw.

Polityka ubezpieczycieli

Pogarszająca się lub słaba kondycja firm to główne przyczyny odmowy udzielania gwarancji finansowych powodująca konieczność złożenia przez wykonawców zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu w formie gotówki, lub potrącenia z faktur. To z kolei rzutuje na zakupy materiałów, wypłatę wynagrodzeń itd. co w efekcie może doprowadzić do niewykonania lub nieterminowego zakończenia prac budowlanych.

Jednak nawet w przypadku gdy firma złożyła gwarancję ubezpieczeniową, pogarszająca się płynność i brak możliwości realizacji kontraktu w terminie, czy też opuszczenie placu budowy to powód dla inwestora (beneficjenta gwarancji) do jej uruchomienia. Takie działanie dla wykonawcy (wnioskodawcy gwarancji) powoduje z kolei konieczność oddania wypłaconych środków ubezpieczycielowi, ponieważ do każdej wydanej gwarancji zawsze pobiera on zabezpieczenie roszczeń regresowych.

Zmieniająca się sytuacja w branży ma więc bezpośredni wpływ na to, w jaki sposób ubezpieczyciele podchodzą do udzielania gwarancji. Obecnie praktycznie każdy wniosek, bez znaczenia, czy w ramach umowy generalnej, czy jako gwarancja indywidualna jest bardzo skrupulatnie rozpatrywany. Analizowana jest szczegółowo umowa kontraktu, portfel zamówień klienta, czy „moce przerobowe" firmy (pracownicy, podwykonawcy, zaplecze, finansowanie itd.). Przede wszystkim jednak oceniana jest jej sytuacja finansowa. Spotykamy się także z praktyką, kiedy ocena beneficjenta jest częścią składową ogólnej analizy wniosku o gwarancję. Zdarzają się bowiem przypadki, że ubezpieczyciele odmawiają udzielenia gwarancji na rzecz konkretnego beneficjenta z powodu wcześniejszych negatywnych doświadczeń, w tym w kwestiach roszczeń.

Zmiana podejścia ma więc miejsce również w odniesieniu do stałych klientów, a zaostrzenie procedur przejawia się także poprzez:

- obniżenie przyznanych limitów przy utrzymaniu dotychczasowych zabezpieczeń w postaci weksli in blanco lub utrzymanie ich obecnej wysokości przy uzupełnieniu zabezpieczeń o dodatkową ochronę roszczeń regresowych, np. w postaci poręczenia, hipoteki, lokaty itp.,
- podniesienie stawek za gwarancje,
- wprowadzenie limitów ograniczających kwoty dla poszczególnych rodzajów gwarancji w stosunku do głównego limitu umownego,
- wstrzymanie udzielania gwarancji w ramach zawartej umowy generalnej.

Błędne koło

Brak możliwości otrzymania gwarancji to dla wykonawcy bardzo duży problem, zarówno organizacyjny, jak i finansowy. Niejednokrotnie niezłożenie zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu, czy to w formie gwarancji ubezpieczeniowej, czy też gotówkowej powoduje niepodpisanie umowy, a także uruchomienie gwarancji wadium (zgodnie z PZP to m.in. fakt niewniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy powoduje zatrzymanie wadium). W przypadku wypłaty odszkodowania z wadium ubezpieczyciel występuje z roszczeniem regresowym do wykonawcy o zwrot wypłaconej kwoty.

Przed taką sytuacją firmy ratują się, składając właśnie zabezpieczenie gotówkowe lub zgadzają się na potrącenia określonego procentu wynagrodzenia z faktur, co uszczupla ich zasoby finansowe. Niejednokrotnie wiąże się ona także z koniecznością zewnętrznego finansowania w formie kredytu, co dodatkowo powoduje wzrost kosztów, obniżając tym samym marżę na kontrakcie.

Wyczerpane limity na gwarancje finansowe powodują swoisty „strach przed wygrywaniem" przetargów, gdyż tam, gdzie firmy mają wolne limity, ubezpieczyciele niestety wstrzymali wydawanie gwarancji właśnie

z uwagi na niską płynność finansową. Nie pomaga tu nawet fakt, że np. przedsiębiorstwo osiąga zyski. Kłopoty z otrzymywaniem gwarancji nie dotyczą także tylko wykonawców. Również inwestorzy borykają się z tym problemem, gdyż coraz częściej nie otrzymują ofert z uwagi na niemożność złożenia zabezpieczenia. A to z kolei uniemożliwia wykonywanie zaplanowanych inwestycji. Dodać należy także, że limity na gwarancje wyczerpują się nie tylko u klientów, ale także u ubezpieczycieli, ponieważ są one określane przez umowy reasekuracyjne.

Jak ograniczyć negatywne skutki?

Należy zatem szukać odpowiedzi, jak poradzić sobie w zaistniałej sytuacji. Na pewno wskazane jest aby ustalone zostały zasady wzajemnej współpracy pomiędzy inwestorami, a wykonawcami, choćby w kwestii wysokości zabezpieczenia. Standardowo inwestorzy wymagają 10% kwoty wynagrodzenia jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Tymczasem przepisy przewidują jego poziom w granicach od 3 do 10%.

Kolejnym elementem utrudniającym zdobycie gwarancji jest termin obowiązywania gwarancji usunięcia wad i usterek. Tutaj wymagane są możliwie najdłuższe okresy, nawet do 10 lat, gdzie takie terminy są praktycznie niemożliwe do uzyskania na naszym rynku. Ponadto tak długie okresy nie dla każdej inwestycji są rzeczywiście potrzebne.

Inwestorzy winni więc podchodzić indywidualnie do ryzyka związanego z realizacją kontraktów, a co za tym idzie określać swoje wymagania gwarancyjne na realnych i elastycznych poziomach. Dzięki temu pojawi się szansa na płynny rozwój rynku budowlano montażowego, wzrost prowadzonych inwestycji i ich realne ceny, a także poprawę rentowności firm budowlanych.

Z praktyki

W odniesieniu do zapisów treści gwarancji ubezpieczyciele bardzo często nie zgadzają się na udzielenie zabezpieczenia wg przedłożonej (np. dołączonej do SIWZ) przez beneficjenta treści. Proponowane są w zamian gwarancję wg standardowych zapisów stosowanych przez ubezpieczycieli, a ich ewentualna modyfikacja możliwa jest dla stałych klientów o dobrze ocenianej kondycji finansowej.

W tym miejscu pamiętać należy, że treść gwarancji inaczej będzie postrzegał inwestor (beneficjent), a inaczej wnioskodawca, czyli wykonawca prac kontraktowych.

Każda ze stron powinna w pełni zabezpieczyć swój interes, przy czym wykonawcy – po to, żeby otrzymać do wykonania kontrakt – z reguły zgadzają się na propozycje zmian ze strony beneficjenta. Beneficjenci najczęściej oczekują gwarancji bezwarunkowych, nieodwołalnych i płatnych na pierwsze żądanie. Gwarancja opatrzona takimi zapisami to abstrakcyjne zobowiązanie gwaranta wobec beneficjenta, niezależne od stosunków wewnętrznych łączących gwaranta z wnioskodawcą oraz wnioskodawcę z inwestorem. Gwarant nie jest ani zobligowany, ani nawet upoważniony do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji. Dlatego też wnioskodawca winien być w pełni świadomy, jakie mogą być konsekwencje złożenia gwarancji według konkretnych zapisów, tzn. w przypadku gwarancji bezwarunkowych, nieodwołalnych i płatnych na pierwsze żądanie gwarant praktycznie zawsze wypłaca należną kwotę gwarancji, chyba że złożone roszczenie nie spełni warunków formalnych wskazanych w treści (np. złożone zostanie po określonym w gwarancji terminie). Po wypłacie kwoty gwarancji beneficjent zwróci się do wnioskodawcy z roszczeniem regresowym o zwrot wypłaconego odszkodowania.

Niejednokrotnie zdarzają się sytuacje, kiedy wykonawca nie zgadza się ze złożonym przez beneficjenta roszczeniem, ponieważ wg jego zdania wszelkie prace zostały wykonane prawidłowo, a jeżeli nie, to doszło do tego z winy inwestora. W takich spornych sytuacjach sprawy bardzo często mają swój koniec w sądzie...

Karolina Pertkiewicz

Kierownik Zespołu Brokerskiego STBU Brokerzy Ubezpieczeniowi Sp. z o.o.

Barbara Piekarek

Kierownik Zespołu Brokerskiego, STBU Brokerzy Ubezpieczeniowi Sp. z o.o.

Standardy Realizacji Inwestycji

NOWOŚĆ 2018

Dobre praktyki w zakresie wszystkich aspektów przygotowania, prowadzenia i rozliczenia inwestycji.

SZKOLENIA SIDiR

PROFESJONALNE SZKOLENIA OTWARTE PROWADZONE PRZEZ EKSPERTÓW FIDIC

SKIEROWANE DO WSZYSTKICH UCZESTNIKÓW PROCESU INWESTYCYJNEGO

Najbliższe szkolenia otwarte

05-06.12.2018	Praktyczne aspekty przygotowania i rozstrzygania roszczeń
12-13.12.2018	Zarządzanie budową na podstawie warunków kontraktowych FIDIC – kontraty typu „buduj" oraz „projektuj i buduj"

więcje informacji, aktualne trerminy na https://sidir.pl/harmonogram-szkolen/

Brak czasu na szkolenie w Warszawie? Potrzebujesz szkolenia zamkniętego w swojej firmie lub z innej tematyki? Napisz do nas, zorganizujemy je specjanie dla Ciebie - biuro@sidir.pl

Sprawdź pełną ofertę szkoleń które możemy zorganizować w firmie klienta lub w Twoim mieście, jeśli zbierze się odpowiednia liczba uczestników.

Szczegóły na https://sidir.pl/pelna-lista-szkolen/

SIDiR

FIDIC