

BIULETYN **Konsultant**

KONSULTANT nr 54 • MARZEC 2020

ISSN 1898-634X



Właściwa interpretacja





W NUMERZE:

SUBKLAUZULA 20.1 WARUNKÓW
KONTRAKTOWYCH FIDIC
W POLSKIM SYSTEMIE PRAWNYM

4

JAK MĄDRZE KORZYSTAĆ
Z UPRAWNIENIA WYNIKAJĄCEGO
Z KLAUZULI 6.9

8

PRZEDAWNIECIE ROSZCZEŃ
Z UMOWY O PRACĘ PROJEKTOWE

12

KONCYLIACJA.
CZY SZANSA ZOSTANIE
WYKORZYSTANA?

16

WYZWANIA WALORYZACYJNE
NA ROK 2020

20

SPRAWOZDANIE
Z KONFERENCJI WALORYZACYJNEJ

24

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 adiacji
tekstów i zmiany tytułów. Przedruki i wykorzystanie
opublikowanych materiałów może odbywać się
za zgodą Kolegium redakcyjnego.

Redakcja nie ponosi odpowiedzialności
za treść zamieszczanych reklam.

Skład i opracowanie graficzne:

Darek Krupicki

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

Koleżanki i Koledzy.

Poprzedni rok działalności Stowarzyszenia możemy zapisać do niezwykłe udanych. Zarówno na polu działalności statutowej, jak i gospodarczej. Jesteśmy wiarygodnym i uznanym partnerem promującym dobre praktyki i standardy realizacji inwestycji. Czynn timer włączyliśmy się w próbę rozwiązania skomplikowanego problemu toksycznych kontraktów w związku z nadzwyczajną zmianą okoliczności towarzyszących ich wykonaniu.

Nasza Konferencja przyciąga, z roku na rok, na większą liczbę uczestników, którzy dzieląc się z nami swoimi opiniami wskazują na bardzo wysoki poziom merytoryczny i organizacyjny.

Oczywiście samo „się nie robi”. Za wszystkim stoją konkretne osoby, którym należą się wyrazy uznania za ich zaangażowanie i poświęcony czas.

W ubiegłym roku przetłumaczyliśmy i wydaliśmy nowe Warunki Kontraktowe:

- „Warunki Kontraktu na Urządzenia i Budowę z Projektowaniem”, 1. Wydanie Polskie 2019 (tłumaczenie 2. Wydania 2017);
- „Warunki Kontraktu na Budowę”, 1. Wydanie Polskie 2019 (tłumaczenie 2. Wydania 2017);

Teraz przchodzi czas na ich promowanie i wdrażanie. Rynek jest w tej materii bardzo oporny i z trudem przchodzi nam tłumaczenie poszczególnym zamawiającym, że lepiej by stosowali nowe Warunki, bo są one bardziej dopasowane do zmieniających się warunków realizacji inwestycji, mniej jest w nich pola do nieuprawnionych interpretacji poszczególnych Klauzul oraz wprost przywołują 5 „złoty ch zasady” FIDIC. Ale nie tylko to przemawia za ich stosowaniem.

Przecież wszyscy zamawiający publiczni muszą stosować się do restrykcyjnych wymagań ustawy Prawo zamówień publicznych w kontekście zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców, co wynika z Art. 7. 1 uPzp:

„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.” A jak do tego się ma sytuacja, w której zamawiający załączają w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w Tomie II Warunki Szczególne i wskazują, że odnoszą się one do Warunków Ogólnych niedostępnych na rynku! Tak się dzieje, gdy przywołane są pierwsze wydania Cosmopoli. Nakład wydawnictw Cosmopoli się skończył i nikt nie ma prawa do ich wznawiania.

W związku z tym na rynku jest taka sytuacja, że zamawiający dysponują Warunkami Szczególnymi, ale wykonawcy nie mogą zaopatrzyć się w odpowiednie Warunki Ogólne. A jeżeli choćby jeden wykonawca nie dysponował takimi Warunkami Ogólnymi, to może czuć się nierówno traktowany, a zamawiający powinien być uznany za naruszającego zasady uczciwej konkurencji!

Dlatego też występujemy do różnych zamawiających z informacją o tym problemie oraz z propozycją, by stosowali nowe wydania, edycja SIDiR 2019, mając na względzie dobro wydatkowania środków publicznych na realizację zadań inwestycyjnych.

Oba wydawnictwa są dostępne w siedzibie naszego Stowarzyszenia, ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa.

Ponieważ PKP PLK S.A. stosuje Warunki Szczególne opracowane dla niedostępnych wydawnictw COSMOPOLI CONSULTANTS, to jesteśmy gotowi w trybie pilnym dostosować je do najnowszych wydawnictw SIDiR.

Tomasz Latawiec

Stowarzyszenie
Inżynierów Doradców
Rzeczoznawców (SIDiR),
Prezes Zarządu



Subklauzula 20.1 warunków kontraktowych FIDIC w polskim systemie prawnym

Aldona Pajor

Nie można z góry przesądzić o skuteczności zawierania w umowach o roboty budowlane subklauzuli 20.1 FIDIC dotyczącej terminu zgłaszania roszczeń, w szczególności gdy rygor wygaśnięcia roszczenia o dodatkową płatność lub o przedłużenie czasu na ukończenie robót, w razie niedochowania terminu 28 dni, zastrzeżony został wyłącznie dla jednej strony umowy.

Zanim podpiszesz umowę o roboty budowlane, której postanowienia będą odzwierciedleniem warunków kontraktowych FIDIC, powinieneś zastanowić się czy taka umowa (bazująca na FIDIC) rozwiązuje potencjalne problemy mogące pojawić się w trakcie jej realizacji, w szczególności dotyczące, np. warunków zgłaszania roszczeń czy też ustalenia momentu, w którym roszczenia te winny zostać zgłoszone do Zamawiającego.

Kilkuletnia współpraca w obsłudze prawnej inwestycji, której podstawę stanowi umowa o roboty budowlane oparta na warunkach kontraktowych FIDIC przekonała mnie, że nieprzemyślane stosowanie procedury FIDIC przez przedsiębiorców świadczących usługi budowlane na polskim rynku, prowadzi do ogromnych rozbieżności interpretacyjnych i w konsekwencji niekorzystnych skutków dla stron umowy. Wystarczy spojrzeć na budzącą w dalszym ciągu kontrowersję, dopuszczalność zawarcia subklauzuli 20.1 FIDIC w umowie o roboty budowlane, do której stosuje się polską ustawę kodeks cywilny – bowiem bardzo często warunki kontraktowe FIDIC są elementem umowy o roboty budowlane, do której właściwe, w pierwszej kolejności, są przepisy polskiego prawa.

Nowe warunki kontraktowe FIDIC z 2017 roku, zrównały rygorystyczne skutki niedotrzymania terminu zastrzeżonego w subklauzuli 20.1 FIDIC, dla obu stron (wykonawcy i zamawiającego) umowy o roboty budowlane. Obecnie, kontrowersyjny dotychczas, termin 28 dni na zgłoszenie roszczenia, może być w umowie o roboty budowlane zastrzeżony zarówno dla wykonawcy jak i dla zamawiającego, tzn., że już nie tylko wykonawca, ale i zamawiający może utracić swoje roszczenie o dodatkową płatność lub o przedłużenie czasu na ukończenie robót, jeżeli nie dochowa terminu 28 dni. Wydawałoby się tym samym, że sytuacja wykonawcy uległa poprawie, skoro już nie tylko wykonawca, jako jedyna strona umowy, będzie ograniczona terminem 28 dni na zgłoszenie swojego roszczenia, ale również zamawiający. Wydawałoby się również, że zrównanie w skutkach niedochowania terminu 28 dni, przekona zamawiających do unikania w umowach takiego terminu. Jednak wprowadzone zrównanie w skutkach niedotrzymania terminu zastrzeżonego w subklauzuli 20.1 FIDIC dla obu stron (wykonawcy i zamawiającego), przyniesie efekt wyłącznie, gdy strony w konkretnej umowie o roboty budowlane nałożą skutek w po-

staci utraty roszczenia, na obie strony. Bowiem w dalszym ciągu, w praktyce obrotu, nic nie stoi na przeszkodzie, aby w umowie o roboty budowlane zastrzec rygorystyczne skutki niedotrzymania 28 dniowego terminu (utrata roszczenia) tylko dla wykonawcy. Wyłącznie od stron stosunku prawnego zależać będzie finalny kształt postanowień zawartych w umowie, gdyż zgodnie z zasadą swobody umów (art. 353¹ k.c.), strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania.

W związku z powyższym, może okazać się, że sytuacja wykonawcy, jako zazwyczaj słabszej strony umowy, wcale nie ulegnie zmianie na lepszą. Zamawiający może nadal próbować przeforsować w umowie niekorzystny termin 28 dni na zgłoszenie roszczenia pod rygorem jego utraty, wyłącznie dla wykonawcy. Mimo, że zamawiający naraża się wówczas na zarzuty wykonawcy wobec takiego jego działania (dotyczące zaburzenia zasady ekwiwalentności świadczeń stron umowy, niedopuszczalności umownego skracania terminu przedawnienia roszczeń czy sprzeczności takiego zastrzeżenia z zasadą swobody umów), nie działa to odstraszająco



na zamawiającego. Reasumując, wyraźnie widać, iż zrównanie sytuacji wykonawcy i zamawiającego pod względem skutków niedochowania terminu 28 dni, nie oznacza automatycznie, że zawsze właśnie na obu stronach umowy będą ciążyć takie rygorystyczne skutki. Jeżeli ciążyć będą one wyłącznie na wykonawcy, nie zmienia to jego sytuacji jaką miał na gruncie dotychczasowych umów o roboty budowlane opartych o warunki kontraktowe FIDIC w wersji sprzed 2017 roku. Dlatego w niniejszym artykule skupię się na wykonawcy, jako zazwyczaj słabszej stronie umowy o roboty budowlane.

W świetle subklauzuli 20.1 FIDIC, **roszczenie wykonawcy o dodatkową płatność lub o przedłużenie czasu na wykonanie robót wygasa**, jeżeli wykonawca w bardzo krótkim terminie – 28 dni od dnia, w którym Wykonawca dowiedział się lub powinien był się dowiedzieć o okolicznościach stanowiących podstawę roszczenia, nie

zgłosi Inżynierowi powołanych okoliczności. Poważne wątpliwości wzbudza właśnie skuteczność zastrzeżenia takiego skutku w wypadku zaniechania zgłoszenia roszczenia w terminie 28 dni terminu.

Do 2017 roku, zdecydowana większość doktryny i orzecznictwa przyjmowała, iż termin w subklauzuli 20.1 FIDIC to termin przedawnienia, a co za tym idzie postanowienie FIDIC jest sprzeczne z art. 119 k.c., **tj. że takie zastrzeżenie jest nieważne**.¹ Wykonawca mógł więc wprost powołać się na niedopuszczalność pozbawienia go roszczenia o dodatkową płatność lub o przedłużenie czasu na wykonanie robót, nawet gdy przekroczył 28 dniowy termin. W związku z powyższym, stanowisko o niedopuszczalności skracania ustawowego terminu przedawnienia, a tym samym stosowania subklauzuli 20.1 warunków FIDIC w umowie o roboty budowlane, prezentowane było również przez autorów artykułów

publikowanych w pismach branżowych (budowlanych), w tym w Biuletynie Konsultant.²

W dniu 23 marca 2017 roku wyrok Sądu Najwyższego (sygn. V CSK 449/16) zmienił sytuację prawną wykonawcy. Sąd uznał, że subklauzula 20.1 FIDIC jest ważna, termin w niej wskazany ma charakter terminu zawitego (a nie terminu przedawnienia) i dopuszczalne jest ustalenie przez strony w umowie o roboty budowlane, opartej na FIDIC, umownego terminu zawitego, pod rygorem utraty określonych uprawnień przez stronę w wypadku jego niedochowania. Tym samym, Sąd Najwyższy dopuścił stosowanie subklauzuli 20.1 FIDIC w umowie o roboty budowlane, do której stosuje się polską ustawę Kodeks cywilny, a nadto opowiedział się niejako za dopuszczalnością kreowania przez strony w umowie długości terminu zawitego i skutków przekroczenia tego termi-

¹ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11.06.2012 r., sygn. akt: XXV C 567/11. Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17.12.2013 r., sygn. akt: XV C 1956/12. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29.04.2013 r., sygn. akt: VI ACa 1183/12. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 23.07.2014 r., sygn. akt: I ACa 238/14. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16.02.2005 r., sygn. akt: IV CK 502/04. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21.10.2003 r., sygn. akt: VI ACa 214/03.

Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 11.01.2002 r., sygn. akt: III CZP 63/2001.

² *Roszczenia w Warunkach Kontraktowych FIDIC*, M. Bałdyga, Biuletyn Konsultant Nr 26, 09.2012.



nu, która to koncepcja jest również sporna w prawie polskim.³

Choć Sąd Najwyższy wskazał w tym wyroku na pewne mechanizmy obrony dla wykonawcy, nie zmienia to faktu, że wykonawca użyje tych mechanizmów prawdopodobnie dopiero wtedy, gdy dojdzie do procesu sądowego. Przed wydaniem ww. wyroku, szanse wykonawcy na uzyskanie satysfakcjonującego go rozwiązania, na

etapie przedsądowego sporu z zamawiającym, były większe.

Sąd Najwyższy wskazał, że dopuszczalność zastrzeżenia umownego, które powoduje wygaśnięcie roszczenia wykonawcy po upływie terminu 28 dni, podlega każdorazowo badaniu na gruncie stosunku prawnego, w którym zastrzeżenie to zawarto, z punktu widzenia zasady swobody umów (art. 353¹ k.c. w zw. z art. 56 k.c.). Sąd

Najwyższy stwierdził, że wygaśnięcie uprawnień do dochodzenia roszczeń na podstawie subklauzuli 20.1 FIDIC, nie pozbawia wykonawcy możliwości dochodzenia zwrotu korzyści majątkowej, jaką uzyskał zamawiający jego kosztem w wyniku – przykładowo – wykonania robót dodatkowych, na podstawie art. 405 k.c. W głosie do ww. orzeczenia Sądu Najwyższego⁴ wskazano, że wykonawca, poprzez

³ Umowny termin zawity w świetle aktualnego orzecznictwa, r.pr. Marcin Skonieczny, Temidium.pl, Portal Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie, opublikowano w dniu 10.10.2017 r.

⁴ A. Szlęzak, *Dopuszczalność zastrzegania umownych terminów zawitych*, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23.03.2017 r., sygn. akt: V CSK 449/16. M. Łolik, *Dopuszczalność zastrzegania umownych terminów zawitych*, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23.03.2017 r., sygn. akt: V CSK 449/16.

analogię z art. 94 k.c., może powołać się na nieskuteczność zastrzeżenia tak krótkiego terminu w skomplikowanych procesach budowlanych, bądź też gdy formuła notyfikacji zamawiającemu jest nadmiernie rozbudowana, co utrudnia uprawnionemu zgłoszenie roszczeń. Wykonawca może powołać się również na art. 5 k.c. i wykazać w okolicznościach konkretnej sprawy, że wygaśnięcie roszczenia wykonawcy, zgłoszonego po upływie 28 dni, stanowi nadużycie prawa – przede wszystkim gdy rygor w postaci wygaśnięcia roszczenia został nałożony tylko na wykonawcę.

Choć nie można odmówić racji ww. orzeczeniu Sądu Najwyższego, to wyraźnie widać, że tezy w nim zawartej nie należy przyjmować jako zasady i odnosić do ogółu spraw, bowiem dopiero w konkretnym, indywidualnym stanie faktycznym można ocenić czy zastrzeżenie tak krótkiego terminu na zgłoszenie roszczenia pod rygorem jego utraty, rzeczywiście jest dopuszczalne. Mimo, że Sąd Najwyższy otworzył furtkę do zawierania w kontraktach budowlanych umownych terminów zawitych o ustalonych przez strony skutkach, to jednak nie pozostawił dowolności zamawiającemu, a wręcz zwrócił uwagę zamawiającego na to, że musi liczyć się z wykonawcą i traktować go równemu sobie.

Dopuszczalność zastosowania postanowienia 20.1 FIDIC w umowie o roboty budowlane może okazać się w konkretnej sprawie pozorna. Dlatego, zastosowanie warunków kontraktowych FIDIC, które przecież zostały stworzone na łamach obcego systemu prawnego, należy ocenić uprzednio, adekwatnie do celu umowy, relacji łączących strony na tle konkretnej umowy o roboty budowlane oraz skutku jaki strony chcą osiągnąć. Wykonawca powinien również zdawać sobie sprawę z powyższych problemów związanych ze zgłaszaniem roszczeń o charakterze majątkowym.

LITERATURA:

1. *Conditions of Contract for Construction, Second Edition 2017*, ISBN978-2-88432-084-9 – [Warunki Kontraktowe FIDIC, Czerwona Księga w wersji z 2017 roku].
2. *Umowny termin zawity w świetle aktualnego orzecznictwa*, r.pr. Marcin Skonieczny, Temidium.pl, Portal Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie, opublikowano w dniu 10.10.2017 r.
3. A. Szlęzak, *Dopuszczalność zastrzegania umownych terminów zawitych*, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23.03.2017 r., sygn. akt: V CSK 449/16.
4. M. Łolik, *Dopuszczalność zastrzegania umownych terminów zawitych*, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23.03.2017 r., sygn. akt: V CSK 449/16.
5. *Roszczenia w Warunkach Kontraktowych FIDIC*, M. Bałdyga, Biuletyn Konsultant Nr 26, 09.2012.
6. *Nowe warunki kontraktowe FIDIC z 2017 roku z perspektywy polskiej*, *Zgłoszenie roszczeń – termin i skutki jego upływu – rozważania na podstawie warunków kontraktowych FIDIC w wersji z 1999 roku oraz z 2017 roku*, r.pr. Monika Leszko, opublikowano 1.06.2018 r., www.dlapiper.com.
7. *Zamówienia publiczne: czy można zastrzec termin zawarty w umowie*, r.pr. Tomasz Pleśniak, Wrocław, Rödl & Partner, <http://www.rp.pl/Firma/307209995-Zamowienia-publiczne-czy-mozna-zastrzec-termin-zawarty-w-umowie.html>.
8. Ustawa Kodeks cywilny z dnia 23.04.1964 r. [t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1145].
9. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11.06.2012 r., sygn. akt: XXV C 567/11.
10. Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17.12.2013 r., sygn. akt: XV C 1956/12.
11. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29.04.2013 r., sygn. akt: VI ACa 1183/12.
12. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 23.07.2014 r., sygn. akt: I ACa 238/14.
13. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21.10.2003 r., sygn. akt: VI ACa 214/03.
14. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16.02.2005 r., sygn. akt: IV CK 502/04.
15. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23.03.2017 r., sygn. akt: V CSK 449/16.
16. Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 11.01.2002 r., sygn. akt: III CZP 63/2001.

Aldona Pajor

Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

Aplikantka Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie.

Od ponad 2 lat współpracuje z Kancelarią Kopeć Zaborowski Adwokaci i Radcowie Prawni sp.p. z siedzibą w Warszawie

– Dział Obsługi Spółek Transakcji.

Specjalizuje się w prawie kontraktowym.



Jak mądrze korzystać z uprawnienia wynikającego z Klauzuli 6.9 [Personel Wykonawcy]

Tamara Małasiewicz

Nasze zawodowe życie pełne jest niespodzianek.

Nie spodziewałam się, że przyjdzie nam

– jako Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców

– interpretować, wydawałoby się tak oczywistą,

Subklauzulę jak 6.9 [Personel Wykonawcy]. Dlaczego tak się stało?

Zapewne dlatego, że co niektórzy asystenci Inżynierów (Kontraktów) jej nadużywają.

Przy czym, to nadużywanie może powodować poważne konsekwencje

zarówno dla Wykonawcy, jak i dla Zamawiającego, o czym się niestety zapomina.

W pierwszej kolejności chciałybyśmy zwrócić uwagę na ogólną zasadę rządzącą kontraktami, w których Zamawiający zdecydowali się stosować Warunki Kontraktowe FIDIC. Otóż należy pamiętać, że wykorzystując wzorce FIDIC, trzeba przestrzegać pewnej filozofii tych wzorców i reguł zawartych w każdej z „kolorowych” książek. Stąd też zarówno we *Wprowadzeniu do Warunków*, jak i we *Wskazówkach Do Przygotowania Warunków Szczególnych* czy *Przewodniku po wybranych kontraktach FIDIC*¹ powtarza się ostrzeżenie, że **stosując te Warunki powinien powierzyć przygotowanie kontraktu osobom posiadającym znajomość i doświadczenie w ich wdrażaniu**. Wyłącznie od Zamawiających zależy, czy te zasady w „ich” postępowaniach będą zachowane a reguły dotrzymane. Należy zauważyć bowiem, że to Zamawiający odpowiada za przygotowanie i treść dokumen-

tów przetargowych, do których zalicza się też wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jest to przede wszystkim istotne z uwagi na fakt, że przygotowana dokumentacja przetargowa jest odczytywana przez wykonawców, którzy są profesjonalistami oraz dysponują kadrą, która ma wiedzę i doświadczenie w zakresie stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC. Składając ofertę, taki wykonawca odczytuje treść dokumentów przetargowych, mając na uwadze zasady rządzące się kontraktami FIDIC. Stąd między innymi pewność, że wykonawcy, składając oferty na przeróżne postępowania przetargowe, odczytują dosłowną treść dokumentów przetargowych mając na uwadze zasady, o których była mowa powyżej. Tym bardziej, że do znajomości takich zasad Zamawiający wręcz zobowiązują wykonawców w treści zapisów poszczególnych składowych SIWZ.

Trzeba o tym pamiętać i założyć, że treść Kontraktu nie powinna być przedmiotem interpretacji poprzez badanie intencji Zamawiającego, gdy jego literalne brzmienie jest oczywiste, jak w przypadku np. Subklauzuli 6.9.

Standardowa Subklauzula 6.9 [Personel Wykonawcy] Warunków Kontraktowych w sposób jednoznaczny wskazuje na okoliczności, w jakich Inżynier może wymagać, aby Wykonawca usunął każdą osobę (lub spowodował jej usunięcie) zatrudnioną na Placu Budowy lub przy Robotach, włącznie z Przedstawicielem Wykonawcy. W kilku przypadkach analizowanych na potrzeby niniejszego artykułu w różnych Kontraktach Zamawiający zmodyfikowali tę Klauzulę, niemniej modyfikacje te nie zmieniały co do istoty jej przeznaczenia.

W dalszym ciągu Inżynier (lub Zamawiający)² może wymagać, aby

¹ Przewodnik po wybranych kontraktach FIDIC, Pierwsze wydanie polskie 2009, tłumaczenie pierwszego wydania angielskiego FIDIC, s. 10.

² Jeżeli tak zmodyfikowana jest ta Klauzula 6.9 [Personel Wykonawcy]



Wykonawca usunął każdą osobę (lub spowodował jej usunięcie) zatrudnioną na Placu Budowy lub przy Robotach, włącznie z Przedstawicielem Wykonawcy, która:

- a) uporczywie nieodpowiednio się zachowuje lub wykazuje brak staranności,
- b) wykonuje swoje obowiązki w sposób niekompetentny lub niedbały,
- c) nie stosuje się do jakichkolwiek postanowień Kontraktu, lub
- d) uporczywie postępuje szkodliwie dla bezpieczeństwa, zdrowia lub ochrony środowiska.

Katalog okoliczności dających prawo Inżynierowi (lub Zamawiającemu) do żądania, aby Wykonawca usunął daną osobę z Personelu Wykonawcy z Placu Budowy lub przy realizacji Robót za każdym razem jest katalogiem zamkniętym, niezależnie od różnych modyfikacji.

Co do tego katalogu przesłanek będących podstawą do żądania usunięcia kogokolwiek z Personelu Wykonawcy z Placu Budowy lub przy

Robotach – można odnieść wrażenie, że są one raczej „nieostre” i dają szerokie pole do interpretacji. Na szczęście to tylko wrażenie.

Moim zdaniem w każdym przypadku, gdy Inżynier (lub Zamawiający) ma zamiar skorzystać z prawa do żądania usunięcia kogokolwiek z Personelu Wykonawcy, to musi dokonać tego ze świadomością, że takie działanie może mieć negatywny wpływ na realizację Kontraktu, oraz że może narazić na szkodę strony kontraktu. Przy czym, należy pamiętać, że to Wykonawca ma usunąć osobę z Personelu Wykonawcy. Inżynier (lub Zamawiający) uzyskuje na mocy Subklauzuli 6.9 jedynie uprawnienie do wymagania, by Wykonawcą usunął daną osobę ze swego Personelu. Już na tym tle pojawiają się spory – z jaką datą osoba, której usunięcia z Placu Budowy lub przy realizacji Robót domaga się usunięcia Inżynier (lub Zamawiający) przestaje pełnić swoją funkcję na kontrakcie? Z datą potwierdzenia otrzymania polecenia przez Wy-

konawcę, czy z rzeczywistą datą, w której swoją funkcję przestała pełnić dana osoba z Personelu Wykonawcy? Sprawa wydaje się oczywista, gdy się zrozumie mechanizm działania tej Klauzuli: [...] *Inżynier może wymagać, aby Wykonawca usunął każdą osobę (lub spowodował jej usunięcie) zatrudnioną na Placu Budowy lub przy Robotach [...].* Czyli jest oczywiste, że to nie Inżynier usuwa daną osobę z Personelu Wykonawcy, tylko Wykonawca ma usunąć, jeżeli Inżynier będzie tego wymagał.

Analizując dalej brzmienie Subklauzuli 6.9, należy dojść do wniosku, że za każdym razem, gdy Inżynier (lub Zamawiający) chce skorzystać z uprawnienia nadanego tą Subklauzulą 6.9 [*Personel Wykonawcy*], to musi szczegółowo opisać w jaki sposób osoba, której usunięcia z Placu Budowy lub przy realizacji Robót usunięcia się domaga, uchybiła swoim obowiązkom, i która z przesłanek opisanych w pkt. a) do d) ma zastosowanie i w jaki sposób.

I co najistotniejsze – działanie Inżyniera musi być dokonane w trybie Klauzuli 3.3 [*Polecenia Inżyniera*].

Tu pojawia się pytanie – jak mają się do tego modyfikacje, które dają prawo do żądania usunięcia kogokolwiek z Personelu Wykonawcy Zamawiającemu – przecież on nie ma możliwości skorzystania z Klauzuli 3.3. niestety od czasu do czasu zdarza się, że Zamawiający żąda usunięcia kogoś z Personelu Wykonawcy. To tylko pokazuje jak bardzo należy uważać przy wprowadzaniu zmian do standardowych Warunków Kontraktowych Warunkami Szczególnymi.

Wracając do standardowych zapisów – z Subklauzulą 3.3 [*Polecenia Inżyniera*] wiąże się nierozdzielnie procedura, która daje Inżynierowi prawo do wydawania (w dowolnym czasie) polecenia koniecznego do wykonania Robót oraz usunięcia wad. Wykonawca ma przyjmować polecenia wyłącznie od Inżyniera lub od upoważnionego asystenta, który uzyskał odpowiednie pełnomocnictwo na mocy tej Klauzuli, i zastosować się do nich.

Istotne przy analizowaniu Subklauzuli 6.9 [*Personel Wykonawcy*] jest, że zarówno w niej, jak i w Klauzuli 3.3 [*Polecenia Inżyniera*] nie wskazuje się, w jakim terminie polecenie Inżyniera ma być wykonane. Należy zatem założyć, że termin na wykonanie polecenia powinien być wskazany w poleceniu, przy czym Inżynier (lub Zamawiający) musi brać pod uwagę możliwość spełnienia jego żądania przez Wykonawcę w wyznaczonym terminie. Tak więc, wyznaczony termin musi być racjonalny i możliwy do spełnienia, a wyznaczając termin Inżynier (lub Zamawiający) musi brać pod uwagę odnośne okoliczności i uwarunkowania.

Wyznaczając terminu na spełnienia wymagania Inżyniera (lub Zamawiającego) usunięcia z Placu Budowy kogokolwiek z Personelu Wykonawcy, w tym Przed-

stawiciela Wykonawcy, należy mieć na uwadze orzecznictwo dotyczące tej kwestii. I tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 2 kwietnia 1993 r. w sprawie o sygn. I ACr 121/93 stanowi, że „z treści zobowiązania może wynikać, że dłużnik obowiązany jest spełnić świadczenie, gdy będzie mógł, lub gdy będzie miał ku temu środki, a nawet strony mogą pozostawić termin spełnienia świadczenia wyłącznie dłużnikowi”.

Przywołuje w tym miejscu wyrok sądu powszechnego – dlatego, że Kontrakt realizowany jest zgodnie z prawem zdefiniowanym w Subklauzuli 1.4 [*Prawo i język*], a z tego wynika obowiązek stosowanie się do powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym do ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. Zgodnie z art. 6:

„Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne”.

Wynika z tego, że Inżynier (lub Zamawiający) powinien udowodnić swoje twierdzenie co do naruszenia przez osobę z Personelu Wykonawcy, której usunięcia wymaga od Wykonawcy, którejkolwiek z przesłanek opisanych w Klauzuli 6.9 [*Personel Wykonawcy*], pkt a) do d).

No i wreszcie na koniec – postępowanie Inżyniera (lub Zamawiającego), który korzysta z prawa do wymagania od Wykonawcy, by ten usunął z Placu Budowy jakąkolwiek osobę z Personelu Wykonawcy musi być obiektywne i wyważone. Inżynier (lub Zamawiający) przede wszystkim musi brać pod uwagę fakt, że Wykonawca ma prawo do odwołania się od każdego polecenia Inżyniera wydanego w trybie Subklauzuli 3.3. [*Polecenia Inżyniera*], zarówno w trybie kontraktowym, jak i na drodze cywilnej.

Warto przywołać w tym miejscu komentarz do Subklauzuli 6.9 z opublikowanego przez Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców „Przewodnika po wybranych kon-

traktach FIDIC”, który jest tłumaczeniem wydawnictwa Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów.

„Ponieważ Wykonawca może zechcieć sam podjąć odpowiednie działanie, to nie musi być konieczne żądanie usunięcia personelu na mocy tej klauzuli. Zazwyczaj łatwo jest nakłonić Wykonawcę do usunięcia osoby, a takie uzgodnione usunięcie jest korzystniejsze niż narzucanie na mocy tej klauzuli.

Jeżeli jednak żąda się od Wykonawcy usunięcia jakiegokolwiek osoby zatrudnionej na Terenie Budowy, to żądanie takie powinno być wydane w trybie Subklauzuli 3.3. [*Polecenia Inżyniera*]. Następnie, jeśli Wykonawca udowodni, że opinia Inżyniera była nieracjonalna lub bezpodstawna, to Wykonawca może być uprawniony do kompensaty na mocy właściwego Prawa.

Abstrahując od powyższego, zwracam uwagę na fakt, że niewłaściwie stosowana procedura ujęta w Subklauzuli 6.9 może narazić na szkodę zarówno Wykonawcę, jak i Zamawiającego. Jest to niezwykle istotne w przypadku postępowań na wybór oferty najkorzystniejszej, w których Zamawiający zdecydowali się zastosować jako kryterium pozacenowe doświadczenie osób z Personelu Wykonawcy.

Doświadczenie pokazuje, że wobec takich osób stawiane są bardzo wysokie wymagania co do doświadczenia zawodowego. Co się w takim razie dzieje, gdy Wykonawca ma zastąpić daną osobę, która była wskazana w ofercie, i „za którą” Wykonawca otrzymał określoną liczbę punktów przy ocenie oferty? Wykonawca ma zastąpić tę osobę inną, która ma nie mniejsze doświadczenie zawodowe. I znowu – analiza kontraktów realizowanych w ostatnich latach pokazuje, że nie jest łatwo znaleźć Wykonawcom osoby na zastąpienie kogoś z kluczowego Personelu Wykonawcy, bo przy tej podaży zamówień wszyscy są „zagospodarowani”.



Na koniec kilka pytań:

- Jak ma postąpić Zamawiający w przypadku, gdy Inżynier wymaga od Wykonawcy usunięcia osoby z kluczowego Personelu Wykonawcy, dla której to funkcji zastosowanie miały kryteria pozacenowe wyboru oferty najkorzystniejszej, gdy Wykonawca nie ma kim zastąpić takiej osoby?
- Jak ma postąpić Zamawiający w przypadku, gdy Inżynier wymaga od Wykonawcy usunięcia osoby z kluczowego Personelu Wykonawcy, dla której to funkcji zastosowanie miały kryteria pozacenowe wyboru oferty najkorzystniejszej, gdy Wykonawca nie zgodzi się z takim polecen-

- niem i w drodze kontraktowej lub prawnej skutecznie podważy takie polecenie, a w międzyczasie doznał on szkody z tytułu wykonania polecenia?
- Kto ma pokryć szkodę Wykonawcy z tytułu wykonania polecenia Inżyniera, który wymaga od Wykonawcy usunięcia osoby z kluczowego Personelu Wykonawcy w przypadku skutecznego podważenia przez Wykonawcę takiego polecenia i wykazania przez Wykonawcę związku przyczynowego powstania u niego szkody wynikającej z polecenia Inżyniera?

Pytania pozostawiam bez odpowiedzi. Warto, aby każdy, a zwłaszcza Inżynierowie i jego asystenci

(lub Zamawiający), którzy korzystają z uprawnienia Subklauzuli 6.9 i wymagają usunięcia z Placu Budowy lub przy realizacji Robót kluczowej osoby z Personelu Wykonawcy, dla której to funkcji zastosowanie miały kryteria pozacenowe wyboru oferty najkorzystniejszej, sam poszukał odpowiedzi.

Tamara Małasiewicz

Inżynier Konsultant,
Dyrektor
Zarządzający SIDiR



Przedawnienie roszczeń z umowy o prace projektowe

Krzysztof Kowalczyk

W praktyce obrotu gospodarczego dość często pojawia się problem przedawnienia roszczeń przysługujących stronie zawierającej umowę o prace projektowe z projektantem.

Za projektanta na potrzeby niniejszego opracowania uważam przy tym nie tyle osobę posiadającą odpowiednie uprawnienia do prowadzenia prac projektowych i pełniącą na budowie funkcję techniczną, o której mowa w art. 20 prawa budowlanego, ale przedsiębiorcę, zawodowo trudniącego się działalnością w zakresie projektowania, który zawiera ze swoim kontrahentem umowę o wykonanie prac projektowych.

Problem przedawnienia roszczeń z umowy o prace projektowe może wystąpić zarówno w klasycznym modelu „buduj”, jak również modelu „zaprojektuj i wybuduj”. Różnica praktyczna jest jedynie taka, że w modelu „buduj” projektant zawiera umowę o prace projektowe z inwestorem, zaś w modelu „zaprojektuj i wybuduj” – z wykonawcą (lub też, co zdecydowanie rzadsze wchodzi w skład konsorcjum z wykonawcą). W modelu „buduj” roszczeń wobec projektanta wywodzonych z umowy o prace projektowe dochodzić może inwestor, zaś w modelu „zaprojektuj i wybuduj” – wykonawca. W niniejszym opracowaniu odwoływać się będę do układu podmiotowego właściwego dla modelu „buduj”, aczkolwiek uwagi w nim poczynione mają odpowiednie zastosowanie również w modelu „zaprojektuj i wybuduj”.

Rozważania w zakresie przedawnienia roszczeń z umowy o prace projektowe rozpocząć należy od określenia charakteru umowy o prace projektowe.

Ani kodeks cywilny, ani prawo budowlane, jak też żadna inna ustawa nie regulują umowy o prace projektowe jako odrębnego typu umowy. Zatem, umowa o prace projektowe zaliczana jest do umów nie-

nazwanych. Stanowi ona specyficzny rodzaj umowy o dzieło, do której znajdują zastosowanie przepisy regulujące umowę o dzieło (art. 627 – 646 k.c.).

W praktyce bardzo często spotyka się umowy o prace projektowe, które poza klasycznymi obowiązkami projektanta, polegającymi na sporządzeniu dokumentacji projektowej, nakładają na projektanta także dodatkowe obowiązki mające charakter wykonania określonych czynności faktycznych lub prawnych, mających na gruncie kodeksu cywilnego charakter umowy zlecenia lub umowy podobnej do zlecenia. Są to, na przykład: obowiązki w zakresie pozyskania przez projektanta prawa do terenu w imieniu inwestora, uzyskania uzgodnień projektu z gestorami sieci, uzyskania pozwolenia na budowę czy też zezwolenia na realizację inwestycji drogowej.

Wprowadzenie do umowy o prace projektowe takich, dodatkowych obowiązków projektanta nie zmienia jednak podstawowego charakteru umowy o prace projektowe i jej kwalifikacji jako umowy o dzieło.

Kwestie powyższe w praktyce orzeczniczej są rozumiane dość jednoznacznie. Wskazać tu można, przykładowo, na następujące orzeczenia: wyrok SN z 20 listopada 2008 (sygn.

akt: III CSK 184/08), wyrok SA w Krakowie z 18 września 2012 (sygn. akt: I ACa 785/12), wyrok SA w Katowicach z 29 maja 2013 (sygn. akt: V ACa 381/12) czy też wyrok SA w Białymstoku z 18 czerwca 2012 (sygn. akt: I ACa 232/13).

Rozważyć teraz należy najczęstsze roszczenia, jakie przysługują stronom umowy o prace projektowe.

Podstawowym roszczeniem przysługującym projektantowi wobec inwestora jest roszczenie o zapłatę wynagrodzenia.

Inwestor zaś podnosić może wobec projektanta, przede wszystkim, roszczenia z rękojmi za wady projektu budowlanego, roszczenia z udzielonej mu przez projektanta gwarancji jakości, roszczenia o zapłatę kar umownych za nieterminowe wykonanie prac projektowych lub ich niewłaściwą jakość, względnie roszczenia o charakterze odszkodowawczym.

Jeśli chodzi o roszczenia z rękojmi, to z mocy art. 638 § 1 k.c. odpowiednie zastosowanie znajdują tu przepisy o rękojmi przy sprzedaży (art. 556 – 576 k.c.). Oczywiście, strony w obrocie profesjonalnym mogą odpowiednio zmodyfikować zakres odpowiedzialności projektanta na podstawie przepisów o rękojmi.



Nie można jednak tracić z pola widzenia celu przepisów o rękojmi, którym jest usunięcie wad tkwiących w rzeczy (tu: opracowaniu projektowym), ewentualnie zaś obniżenie wynagrodzenia należnego projektantowi za dostarczenie inwestorowi wadliwego projektu. Możliwe jest również odstąpienie od umowy o prace projektowe wskutek wad opracowania (jednakże tylko w przypadku istnienia wad istotnych – w praktyce powodujących nieprzydatność przekazanych inwestorowi opracowań projektowych dla ich realizacji na budowie). O ile strony umowy o prace projektowe nie postanowią inaczej rękojmią obowiązuje w terminie dwu lat od daty wydania przedmiotu umowy inwestorowi.

Roszczenia z gwarancji jakości są roszczeniami dodatkowymi w stosunku do roszczeń z rękojmi. O ich treści rozstrzyga każdorazowo zakres udzielonej przez projektanta gwarancji. Przykładowo, gwarancja jakości może obejmować zobowiązanie projektanta do nieodpłatnego usunięcia na koszt projektanta ewentualnych wad i usterek dokumentacji projektowej w określonym terminie od powiadomienia o tym projektanta. Okres gwarancji jakości również wynikać musi z konkretnych zapisów umownych.

Roszczenia z tytułu kar umownych obejmują najczęściej roszczenie o zapłatę określonej kwoty za każdy dzień opóźnienia w przekazaniu poszczególnych elementów prac projektowych. W praktyce spotyka się również kary umowne za stwierdzone błędów lub wad opracowań projektowych.

Wszystkie te roszczenia są roszczeniami majątkowymi, a zatem wygasają lub przedawniają się w określonych terminach.

Określenie początkowego momentu biegu przedawnienia tych roszczeń nie powinno nastręczać problemu, albowiem art. 646 k.c. jasno stanowi, że roszczenia wynikające z umowy o dzieło (a zatem: również z umowy o wykonanie projektu) przedawniają się z upływem lat dwu od oddania dzieła, a jeżeli dzieło nie zostało oddane – od dnia, w którym zgodnie z treścią umowy miało być oddane.

Należy jednak zwrócić uwagę na to, że moment oddania dzieła nie jest tożsamy z momentem odbioru dzieła (podpisania protokołu odbioru). Oddanie dzieła to czynność projektanta, polegająca na przekazaniu inwestorowi rezultatu prac projektowych (projektu). Dla celów dowodowych fakt przekazania projektu

inwestorowi winien być potwierdzony w formie dokumentowej (pisemnej lub elektronicznej). O ile projekt ten nie jest dotknięty błędami istotnymi, o tyle oddanie go inwestorowi obliuguje inwestora do dokonania jego odbioru. Termin, w jakim należy dokonać odbioru winien być określony w umowie o prace projektowe. Jeśli termin ten nie został określony, przyjąć należy, że inwestor jest obowiązany odebrać projekt w rozsądnym terminie – takim, jaki przy dochowaniu należytej staranności jest niezbędny dla dokonania odbioru dzieła.

O ile inwestor odbiera dzieło bez zastrzeżeń, o tyle sam protokół odbioru (ściślej: fakt jego sporządzenia w określonej dacie) nie ma żadnego wpływu na bieg przedawnienia roszczeń z umowy o prace projektowe.

W sytuacji, gdy inwestor zgłasza projektantowi wady istotne projektu, które projektant następnie usuwa i ponownie przekazuje inwestorowi poprawiony przez siebie projekt, bieg przedawnienia roszczeń z umowy o prace projektowe rozpoczyna się z chwilą oddania inwestorowi poprawionego projektu.

Problem powyższy był przedmiotem jednego z niedawnych orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Warsza-

wie – wyroku z 4 marca 2019 roku (sygn. akt: VI ACa 1288/17) oraz poprzedzającego go wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 23 maja 2017 roku (sygn. akt: XXV C 1412/15). W sprawie tej projektant zobowiązany był do sporządzenia kompleksowej dokumentacji projektowej drogi ekspresowej. Dokumentacja ta została sporządzona i przekazana inwestorowi, aczkolwiek z uchybieniem terminowi umownemu. W związku z uchybieniami inwestor obciążył projektanta karami umownymi za opóźnienie w przekazaniu projektu. Pomiędzy oddaniem projektu a sporządzeniem protokołu odbioru upłynął jednak dość długi czas. Ponieważ projektant odmawiał zapłaty kar umownych, a kwota kar przekraczała pozostałą do zapłaty część należności projektanta, inwestor (jednostka sektora publicznego) zdecydował się na wystąpienie o zapłatę należności z tytułu kar umownych do sądu. Wystąpił on jednak już po upływie dwu lat od przekazania mu dokumentacji projektowej, choć przed upływem dwu lat od sporządzenia protokołu odbioru. W procesie pozwany projektant podniósł między innymi zarzut przedawnienia. Inwestor argumentował, że sporządzenie protokołu odbioru przerwało bieg przedawnienia roszczeń inwestora o zapłatę kar umownych. Argumentacja ta nie spotkała się jednak z uznaniem Sądu Okręgowego, który wskazał, że art.

646 k.c. jest w tym przypadku jasny i jednoznaczny, a początkiem biegu przedawnienia roszczeń z umowy o prace projektowe jest nie moment odbioru dokumentacji projektowej (potwierdzony protokołem odbioru, choćby i podpisanym przez obie strony umowy), ale już moment oddania przedmiotu umowy. Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego. Wyrok Sądu Apelacyjnego nie został zaskarżony skargą kasacyjną.

Innym rodzajem odpowiedzialności jakiej inwestor może dochodzić od projektanta jest odpowiedzialność o charakterze odszkodowawczym.

Przykładem takiej odpowiedzialności jest popełnienie przez projektanta błędu projektowego, skutkiem którego dochodzi do konieczności wykonania przez wykonawcę prac dodatkowych, za które następnie wykonawca uzyskuje dodatkowe wynagrodzenie od inwestora. Powstaje wówczas roszczenie regresowe inwestora wobec projektanta. Roszczenie to jednak również podlegać może przedawnieniu.

Pojawia się zatem pytanie praktyczne: czy roszczenia regresowe inwestora wobec projektanta przedawniają się z upływem lat dwu od daty oddania projektu, jakby wynikało to wprost z literalnego brzmienia art. 646 k.c., czy też, z uwagi na specyfikę tego rodzaju roszczeń, konieczne jest w ich przypadku przyjmowanie rozwiązań odmiennych.

Orzecznictwo nie jest jednolite w zakresie odpowiedzi na tak postawione pytanie.

Część orzecznictwa zakłada bowiem, że art. 646 k.c. dotyczy wszystkich roszczeń, których podstawę stanowi umowa o dzieło (w tym: również roszczeń odszkodowawczych i regresowych). Przykładowo, wskazać tu można na: postanowienie Sądu Najwyższego z 4 kwietnia 2019 roku (sygn. akt: V CSK 444/18), postanowienie Sądu Najwyższego z 9 marca 2018 roku (sygn. akt: I CSK 685/17), postanowienie Sądu Najwyższego z 24 sierpnia 2018 roku (sygn. akt: II CSK 182/18) i powołane w nich wcześniejsze orzeczenia Sądu Najwyższego – takie, jak: uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 1994 roku (sygn. akt: III CZP 136/94), wyrok Sądu Najwyższego z 25 listopada 1999 roku (sygn. akt: II CKN 581/98), wyrok Sądu Najwyższego z 20 kwietnia 2006 roku (sygn. akt: III CSK 2/06), wyrok Sądu Najwyższego z 6 lutego 2008 roku (sygn. akt: II CSK 421/07), wyrok Sądu Najwyższego z 7 października 2010 roku (sygn. akt: IV CSK 173/10) oraz wyrok Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2012 roku (sygn. akt: IV CSK 201/11).

Praktycznie we wszystkich tych orzeczeniach pojawia się odwołanie do literalnego brzmienia art. 646 k.c. i wskazanie, że skoro przepis ten nie czyni żadnych wyjątków, to wszystkie roszczenia wywodzone z umowy



o dzieło (w omawianym przypadku: z umowy o prace projektowe) niezależnie od ich charakteru, w braku przepisów szczególnych, przedawniają się z upływem lat dwu od oddania dzieła (tu: projektu).

Przedłużenie możliwości dochodzenia przez inwestora roszczeń poza okres dwu lat od momentu oddania dzieła (projektu) mogłoby przy takim rozumieniu być realizowane przez udzielenie przez projektanta gwarancji jakości o odpowiednim czasie trwania i o odpowiedniej treści.

W podobnym kierunku zdaje się iść GDDKiA, która w swoim wzorcowym projekcie umowy o prace projektowe dla systemu tradycyjnego zawiera postanowienie § 15 ust. 7, stanowiące, że: „w okresie rękojmi Wykonawca naprawi szkodę wyrządzoną Zamawiającemu wskutek realizacji robót budowlanych wykonywanych w oparciu o dokumentację projektową będącą przedmiotem Umowy, jeżeli w związku lub z powodu wad w tej dokumentacji powstała konieczność poniesienia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów, wykraczających poza 7% kwoty maksymalnego zobowiązania dla robót”. Okres rękojmi jest w tym przypadku odpowiednio przedłużony względem ustawowego okresu dwuletniego aż do „upływu okresu rękojmi za wady dla robót budowlanych realizowanych w oparciu o przedmiot Umowy” (§ 15 ust. 2 wzorca GDDKiA). Wprawdzie wydaje się, że postanowienie to winno być wprowadzone raczej w ramach gwarancji jakości niż rękojmi (treścią rękojmi nie jest bowiem zobowiązanie do naprawienia szkody – takie zobowiązanie winno być raczej treścią gwarancji jakości), to jednak jego wprowadzenie do wzoru umowy zmierza właśnie do eliminacji opisanego powyżej ryzyka przedawnienia roszczeń regresowych (które z uwagi na długotrwałość procesu budowlanego w oczywisty sposób mogą ujawniać się także po upływie dwu lat od oddania projektu).

Drugi prezentowany w orzecznictwie pogląd zakłada, że nie jest możliwe przedawnienie roszczeń odszkodowawczych jeszcze przed powstaniem szkody, stąd art. 646 k.c. nie może dotyczyć roszczeń odszkodowawczych, jakie mogą powstać wskutek nienależytego wykonania umowy o dzieło. W takim przypadku art. 646 k.c. należałoby wyklądać celowościowo, a nie językowo.

Przykładowo, można tu wskazać na wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 16 sierpnia 2018 roku (sygn. akt: I AGa 125/18), w którym Sąd Apelacyjny uznał za irracjonalne zastosowanie dyrektyw wykładni językowej omawianego przepisu w sytuacji, gdy roszczenie o naprawienie szkody powstaje po dniu w którym dzieło zostało oddane lub zgodnie z treścią umowy miało być oddane. Taka interpretacja art. 646 k.c. doprowadziłaby do sytuacji, w której początek biegu przedawnienia roszczenia wyprzedzałby powstanie samego roszczenia.

Podobny pogląd przedstawił Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 20 stycznia 2016 roku (sygn. akt: I ACa 1427/15), w którym przyjął, że początek biegu terminu przedawnienia roszczenia o zapłatę odszkodowania nie powinien być wiązany w każdym przypadku z datą odbioru dzieła, lecz należy go ustalać według reguł określonych w art. 120 k.c. W jego ocenie, w stosunku do roszczeń odszkodowawczych, art. 646 k.c. określa tylko termin przedawnienia, jednak początek jego biegu wskazuje ogólna reguła wymagalności tego roszczenia.

Bardzo ciekawym wyrokiem wśród tej linii orzecznictwa wydaje się być wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 16 stycznia 2013 roku (sygn. akt: I ACa 714/12), w którym uzależniono zastosowanie art. 646 k.c. od momentu powstania szkody w przedmiocie umowy o dzieło. W sytuacji, gdy zamawiający doznał szkody w wyniku niewykonania umowy przez wykonawcę przed

upływem terminu przewidzianego na realizację dzieła, zastosowanie będzie miał termin przedawnienia roszczenia z art. 646 k.c. Jeżeli jednak szkoda powstała w późniejszym czasie, zastosowanie znajduje art. 120 § 1 k.c.

Dodatkowo, można tu wskazać jeszcze na: uchwałę Sądu Najwyższego z 22 listopada 2013 roku (sygn. akt: III CZP 72/13), wyrok Sądu Najwyższego z 10 kwietnia 2008 roku (sygn. akt: IV CSK 22/08), wyrok Sądu Najwyższego z 4 marca 2010 roku (sygn. akt: I CSK 407/09) czy też wyrok Sądu Najwyższego z 19 grudnia 2007 roku (sygn. akt: V CSK 340/07).

Jednoznaczna, wiążąca odpowiedź na pytanie, które z powyższych stanowisk jest prawidłowe nie jest w praktyce możliwa bez odwołania się do autorytetu uchwały Sądu Najwyższego (i to najlepiej w formie uchwały powiększonego składu tego Sądu).

Osobiście rozumiem zarówno jedno, jak i drugie stanowisko, aczkolwiek skłaniam się ku przyjęciu za prawidłowe stanowiska pierwszego, zakładającego literalną wykładnię art. 646 k.c. Jako instrument korekcyjny, zapewniający należyłą ochronę interesów inwestora, widzę w takim przypadku udzielenie odpowiedniej treści gwarancji jakości. Stanowisko drugie, w mojej ocenie, zbyt daleko odchodzi od brzmienia art. 646 k.c.

Mam jednak nadzieję, że zaistniały problem praktyczny zostanie w możliwie krótkim czasie rozstrzygnięty poprzez przyjęcie uchwały Sądu Najwyższego.

Krzysztof Kowalczyk

Radca prawny,
partner Kancelarii BSJP,
Arbiter Sądu
Arbitrażowego
przy SIDIR



Koncyliacja. Czy szansa zostanie wykorzystana?

Jacek Piliszek

Sejm w dniu 11 września 2019 r. uchwalił nową ustawę *prawo zamówień publicznych* (dalej p.z.p.), która ma wejść w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. Odbierając liczne sygnały o dużej ilości sporów, zarówno na etapie realizacji, jak i potem przed sądami ustawodawca postanowił do nowej ustawy p.z.p. wprowadzić przepisy o pozasądowym rozwiązywaniu sporów (art.: 591 – 595). Przepisy te są przepisami szczególnymi do funkcjonujących już w kodeksie postępowania cywilnego.

Przewidują one w sprawach majątkowych, w których zawarcie ugody jest dopuszczalne, polubowne rozstrzygnięcie sporów przez Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, wybranego mediatora albo osoby prowadzącej inne polubowne rozstrzygnięcie sporów. W tym miejscu zwracam uwagę na istotny zapis – polubowne rozstrzygnięcie sporów może się odbywać nie tylko przy Sądzie Polubownym przy Prokuraturii Generalnej RP, jak się wielu wydaje, ale także przy udziale wybranego mediatora lub inną osobę (fizyczną lub prawną) prowadzącą polubowne rozstrzygnięcie sporów. Tu widzę pole do działania Ośrodka Mediacji przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczników, a także dla Sądu Arbitrażowego przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczników w Warszawie.

Wracając do koncyliacji – koncepcja pozasądowego rozstrzygnięcia sporów powstałych w trakcie realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego ewoluowała w trakcie prac nad nową ustawą p.z.p. Początkowo w projekcie ustawy p.z.p. zapropo-

nowano postępowanie koncyliacyjne przed Krajową Izbą Odwoławczą. Następnie przypisano przeprowadzenie mediacji lub inne polubowne rozwiązywanie sporów wyłącznie do Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP. Ta propozycja poddała była silnej krytyce, w której wskazywano, że proponowane przepisy w zasadzie nie dają stronom możliwości swobodnego wyboru mediatora lub koncyliatora, stwierdzając w art. 593 ust. 1, że mediacja lub inne polubowne rozwiązanie sporu są prowadzone na podstawie regulaminu Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP, o którym mowa w art. 26 ust. 7 ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. o Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 2261, z 2018 r. poz. 723 i 1544, 1669 oraz z 2019 r. poz. 60), a więc czytaj przez mediatorów i koncyliatorów tego Sądu. Mimo że mediatorzy i koncyliatorzy w swoich działaniach kierują się niezależnością i bezstronnością – w tym wypadku niezależnością od Prokuraturii Generalnej RP, to biorąc pod uwagę jej kompetencje można było mieć wątpliwość czy nie będzie zachodzić, przy tak umoco-

wanej w przepisach mediacji i koncyliacji, szeroko rozumiany konflikt interesów. Uznanie za „jedynie słuszny” Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej RP przeczyłoby generalnej zasadzie arbitrażu i mediacji o swobodzie wyboru przez strony arbitra lub mediatora.

Co jest istotne dla pozasądowego rozstrzygnięcia sporów w zamówieniach publicznych i przepisów nowej ustawy p.z.p. – w międzyczasie w dniu 18.07.2019 r. rozszerzono kognicję Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP. O ile do tego dnia ten Sąd zajmował się sporami w sprawach pomiędzy: innymi niż Skarb Państwa osobami prawnymi, osobami prawnymi z udziałem Skarbu Państwa lub państwowych osób prawnych i tylko wskazane kategorie podmiotów mogły być stroną w postępowaniu przed tym Sądem, to od dnia 18.07.2019r. mediacja i inne polubowne formy rozwiązywania sporu mogą być prowadzone przez ten Sąd w przypadku sporów, w których jedną ze stron jest:

- Skarb Państwa,
- jednostka samorządu terytorialnego,



- państwowa osoba prawna,
- osoba prawna z udziałem Skarbu Państwa lub z udziałem państwowej osoby prawnej,
- spółka kapitałowa z udziałem wskazanych wyżej podmiotów.

Na szczęście podczas prac nad ustawą zmieniono niefortunne zapisy, i teraz strony mają w zasadzie swobodę w wyborze metody rozstrzygania sporów, mediatora lub innej osoby prowadzącej polubowne rozstrzyganie sporów. I choć faktem jest, że ostateczne regulacje zawarte w uchwalonej przez Sejm nowej ustawie p.z.p. usuwają tę pierwotną wadę, to moim zdaniem nie w pełni mankamenty wynikające ze wskazywania z „imienia i nazwiska” Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP jako jedyne podmiotu do pozasądowego rozwiązywania sporów. Zachowano w uchwalonej ustawie pewną przewagę pozasądowego rozwiązywania sporów przez Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej RP nad innymi mediatorami lub osobami prowadzącymi inne polubowne rozwiązywanie sporów. Przykładowo,

w art. 593 ust. 3 dla umów i sporów o wyższych wartościach szczegółowo tam zdefiniowanych, przy braku podjęcia przez strony próby mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu, sąd kieruje strony do mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu do Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP, chyba że strony wskazały mediatora albo osobę prowadzącą inne polubowne rozwiązanie sporu.

Myśl, że to przede wszystkim Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej RP będzie prowadził pozasądowe rozstrzyganie sporów jest tak silnie utrwalona u twórców ustawy z Ministerstwa Rozwoju, że w informacji z dnia 12.09.2019 r. o nowelizacji ustawy p.z.p. umieszczonej na stronie internetowej tego Ministerstwa jako jedyny podmiot do którego strony mogą się zwrócić w celu polubownego rozwiązania sporu, wymienia się wyłącznie Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej RP, cyt. „Przewidziano ponadto mechanizm koncyliacji, czyli ugodowego załatwiania największych sporów pomiędzy wykonawcą a za-

mawiającym na etapie wykonywania umowy. Strony będą mogły zwrócić się do Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP o szybkie rozstrzygnięcie sporu, zanim trafi on na drogę sądową. Koncyliacja jest tańsza i szybsza od sądu i umożliwi kontynuowanie realizacji umowy.”^[1]

W pierwszych projektach ustawy p.z.p. wprost przewidywano stosowanie koncyliacji jako jednej z form pozasądowego rozstrzygania sporów. Obecnie, przepisy nie odwołują się bezpośrednio do tej formy, przewidując stosowanie „innego polubownego rozwiązywania sporów”, ale Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej RP przewiduje już wprost oprócz mediacji stosowanie koncyliacji.

Koncyliacja jest pewnym *novum* w sporach gospodarczych w Polsce. Dotychczas głównie była znana i stosowana w sporach międzynarodowych. Koncyliacja to rodzaj aktywnej mediacji, w której koncyliator (lub komisja koncyliacji) po bezstronnym zbadaniu sporu, formułuje rozwiązanie sporu, przedkładając go ostatecznie

^[1] <https://www.gov.pl/web/rozwoj/sejm-uchwalil-nowe-prawo-zamowien-publicznych>



do akceptacji przez strony. Czyli jest to coś więcej niż mediacja, ale mniej niż rozjemstwo. Wprowadzenie koncyliacji należy uznać za dobry pomysł, nową szansę do rozwiązywania sporów przed podjęciem decyzji o długotrwałym i kosztownym sporze sądowym, często z trudnym do przewidzenia rozstrzygnięciem. Należy podkreślić, że dobrze wybrany koncyliator daje szansę dla stron na merytoryczną weryfikację ich stanowiska w sporze z drugą stroną w przeciwieństwie do mediatora, który w zasadzie nie zajmuje się merytoryczną oceną sporu.

Niestety konstrukcja prawna pozasądowego rozwiązywania sporów uchwalona w nowej ustawie p.z.p. może nie spełnić pokładanych w niej oczekiwań, szczególnie dla sporów budowlanych (ale również innych gospodarczych) z tego powodu, że pozasądowe rozstrzyganie sporów oddano praktycznie w ręce Sądu Polubownego przy Prokuraturze Generalnej RP, wyłącznie w ręce prawników działających z dala od terenu budowy. Sprzeczne jest to z doświadczeniem międzynarodowym, gdzie najskuteczniejsze pozasądowe rozstrzyganie sporów budowlanych opiera się na praktykach pracujących bezpośrednio na terenie budowy lub mających wieloletni kontakt z procesem budowlanym, ze zdobytym w ten sposób dużym doświadczeniem, a nie na powoła-

nym ad hoc osobach. Taki właśnie model pozasądowego rozstrzygania sporów stosowany jest w WK FIDIC w postaci Komisji Rozjemstwa w Sporach (w wydaniu angielskim z 1999 roku) lub Komisji Unikania Sporów i Rozjemstwa (w wydaniu angielskim z 2017 roku). Wprowadzenie do umów opartych na WK FIDIC koncyliacji w miejsce rozjemstwa, przy jednoczesnym zatrudnianiu praktyków jako koncyliatorów stwarza pewną szansę na skuteczniejsze i bardziej powszechne stosowanie pozasądowego rozstrzygania sporów. Może się do tego również przyczynić niejako odejście od często nieakceptowanego przez strony w rozjemstwie podejmowania przez zewnętrzny podmiot (rozjemcę) rozstrzygającej decyzji o rozstrzygnięciu sporu, bez wpływu stron na jej treść. W koncyliacji mimo dokonywania merytorycznej oceny sporu przez zewnętrzny podmiot (koncyliatora) strony zachowują pełną kontrolę nad ostatecznym rozwiązaniem sporu czego nie mają oddając, jak to jest w oryginalnych WK FIDIC, rozstrzygnięcie sporu w ręce rozjemcy (rozjemców).

Wprowadzenie koncyliacji w miejsce rozjemstwa może być dokonane dość prosto po wprowadzeniu odpowiednich zmian w Warunkach Ogólnych FIDIC za pomocą Warunków Szczególnych.

W Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców wio-
sna 2019 roku po pojawieniu się pierwszych projektów nowej ustawy p.z.p. przystąpiono, z mojej inicjatywy i pod moim kierownictwem, do prac nad wprowadzeniem koncyliacji – jako metody rozstrzygania sporów – do oferty Stowarzyszenia. Dobiegają końca prace nad stworzeniem Ośrodka Koncyliacji i treścią Regulaminu Postępowania Koncyliacyjnego prowadzonego w tym Ośrodku.

Mam nadzieję, że wyjątkowo doświadczone osoby w rozstrzyganiu sporów z naszego środowiska, będą chętnie wybierane przez strony, które wejdą w spór w związku z realizacją inwestycji budowlanych.

Zapraszam do odwiedzenia strony Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców: www.sidir.pl, gdzie można będzie się zapoznać z Regulaminem Postępowania Koncyliacyjnego oraz listą naszych koncyliatorów.

**Dr inż.
Jacek Piliszek**

Arbiter Sądu
Arbitrażowego przy SIDI,
Rozjemca
i Wykładowca SIDI





Wyzwania waloryzacyjne na rok 2020

Michał Siejda

W listopadzie 2019 po raz pierwszy miałem okazję wystąpić jako prelegent na ogólnopolskiej konferencji arbitrażowej SIDiR, podczas której omawiano strategie i sposoby dochodzenia roszczeń oraz obrony przed nimi. Wzorem roku 2018, spora część programu konferencji została poświęcona waloryzacji kontraktów w oparciu o klauzule „*rebus sic stantibus*” tj. art. 357 (1) KC oraz art. 632 § 2 KC.

W poprzednim numerze „Biuletynu Konsultant,” (listopad 2019) opublikowany został mój artykuł, w którym poruszałem kwestie waloryzacji i ryzyk. Tym razem chciałbym podzielić się swoimi przemyśleniami dotyczącymi wyzwań w kontekście wzrostu cen w roku 2020 i latach następnych. W pierwszej kolejności chciałbym zauważyć, że o waloryzacji opartej o wyżej wymienione artykuły Kodeksu Cywilnego możemy mówić, gdy dochodzi do sytuacji, w której w wyniku okoliczności niespodziewanej, niezależnej od woli stron dochodzi do rażącej zmiany równowagi stron. O ile taka sytuacja dotyczyła wielu kontraktów realizowanych w ubiegłych dwóch latach to wraz z upływem czasu wzrost cen o dynamice 5-10% w skali roku przestaje być sytuacją nagłą i nieprzewidywalną, a staje się rzeczywistą sytuacją rynkową, a tym samym jest istotnym składnikiem wycen robót budowlanych. Taki stan rzeczy doprowadza nas do (I) pierwszego pytania, które należy postawić w związku z wzrostem cen w najbliższym okresie.

Kto jest beneficjentem braku waloryzacji umownej?

Odpowiedź na to pytanie zależy od wielu czynników i na dzień dzisiejszy możemy jedynie przeanalizować kilka scenariuszy:

1. ceny dalej będą rosły, a wykonawcy będą uwzględniać wzrost cen w swoich ofertach;
2. ceny dalej będą rosły, a wykonawcy nie będą uwzględniać dalszego wzrostu cen w swoich ofertach, prognozując spadek dynamiki wzrostu cen (zmniejszenie rezerw finansowych przy jednoczesnym poprawieniu konkurencyjności);
3. ceny przestaną rosnąć, a wykonawcy będą uwzględniać wzrost cen w swoich ofertach;
4. ceny przestaną rosnąć, a wykonawcy nie będą uwzględniać dalszego wzrostu cen w swoich ofertach, prognozując spadek dynamiki wzrostu cen (zmniejszenie rezerw finansowych przy jednoczesnym poprawieniu konkurencyjności).

Hipoteza 1 oraz 4:

Te dwa scenariusze przedstawiają się podobnie. Wykonawcy prawidłowo prognozując zmiany cen dostosują swoje oferty do realiów rynkowych. Niezależnie od faktu czy

realna waloryzacja umowna zostanie wprowadzona czy nie, w takiej sytuacji zamawiający i wykonawcy zawrą kontrakt, w którym nie będziemy mieli do czynienia ze zmianą równowagi stron w trakcie realizacji.

Hipoteza 2:

Wykonawcy błędnie nie uwzględnią dalszego wzrostu cen w swoich ofertach. Będziemy mieli do czynienia ze zmianą równowagi stron w trakcie realizacji na korzyść zamawiających. Nie mniej jednak wykazanie zmiany równowagi stron może się okazać niemożliwe do udowodnienia przez wykonawców. W takiej sytuacji waloryzacja umowna będzie najprostszym sposobem na przywrócenie równowagi stron. Jest to wariant skrajnie niekorzystny dla wykonawców i może doprowadzić do fali upadłości podobnej do obserwowanej w latach 2012-2013. Dodatkowo analizując sumaryczne koszty związane z opóźnieniem w realizacji oraz wzrostem cen oferowanych w ponownie rozpisany przetargu może okazać się, że tracą wszyscy.

Hipoteza 3:

Wykonawcy błędnie nie uwzględnią spadku dynamiki wzrostu cen



w swoich ofertach. Będziemy mieli do czynienia ze zmianą równowagi stron w trakcie realizacji na korzyść wykonawców. O ile w przypadku kontraktów przewidujących wynagrodzenie kosztorysowe zamawiający mają prawo do skorzystania z klauzuli art. 357 (1) KC to w większości dużych kontraktów, gdzie z wygody zamawiający wybierają rozliczenie ryczałtowe prawo to nie przysługuje. W takiej sytuacji waloryzacja umowna będzie najprostszym sposobem na przywrócenie równowagi stron. O ile jest to wariant niekorzystny dla zamawiających to nie doprowadzi on do ich upadłości, gdyż zawierając kontrakt są świadomi wynagrodzenia, które zobowiązują się zapłacić za jego realizację.

Wykonawcy, w celu zwiększenia swoich szans w pozwach waloryzacyjnych powinni zadbać o wprowadzenie jednolitej polityki określania ryzyka przy sporządzaniu ofert. Opisanie sposobu wyceny ryzyka ujętego w ofercie w procedurze wewnętrznej i jej konsekwentne przestrzeganie urealnia właściwe założenia ofertowe i tworzy obraz profesjonalnego wykonawcy. Ponadto w interesie wykonawców leży umieszczanie w ofertach informacji o czynnikach wziętych

pod uwagę przy wyznaczaniu poziomu ryzyka związanego z realizacją danego kontraktu. W mojej ocenie Wykonawcy powinni wystrzegać się zakładania braku ryzyka w swoich ofertach, gdyż w takiej sytuacji nie ma możliwości określenia typowego ryzyka gospodarczego w późniejszym pozwie, lub jest to skrajnie trudne do udowodnienia.

Na podstawie tej krótkiej analizy ciężko określić, kto jest beneficjentem braku waloryzacji. Choć w relatywnie krótkiej perspektywie jednego kontraktu wydaje się, że brak waloryzacji umownej jest korzystniejszy dla zamawiających to jednak oczywistym jest, że my jako społeczeństwo będziemy poszkodowani brakiem jego wprowadzenia, jeżeli scenariusz 2 lub 3 okaże się prawdziwy. Zarówno płacenie bonusu za ryzyko w hipotezie 3, jak i wizja upadłości wielu przedsiębiorstw budowlanych i likwidacja miejsc pracy są niekorzystne dla społeczeństwa. W tym miejscu pojawia się kolejne – (II) drugie pytanie:

Czy wzrost cen się utrzyma i co będzie wpływało na jego utrzymanie?

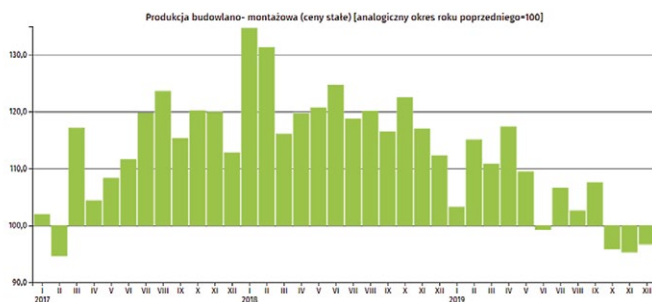
W mojej ocenie w najbliższym roku na wzrost cen będą wpływały dwa główne czynniki:

1. Dynamika produkcji budowlano-montażowej;
2. Koszty pracy.

Dynamika produkcji budowlano-montażowej jest niewątpliwie trudna do przewidzenia i można się spotkać z wieloma sprzecznymi opiniami ekonomistów dotyczącymi jej zmian w przyszłości. Z pewnością ostatni kwartał roku 2019 nie przyniósł pozytywnych informacji, gdyż jak podaje GUS przez trzy ostatnie miesiące 2019 produkcja budowlano-montażowa była na nieoczekiwanie niskim poziomie, o czym świadczy poniższy wykres (źródło: GUS) (rys. 1):

Z upływem czasu poznamy odpowiedź na pytanie czy jest to kwestia przejściowa czy wyraźna zmiana.

Odnosząc się do kosztów pracy to prognoza ich zmian wydaje się być znacznie łatwiejsza do oszacowania. 18 września 2019 zostało opublikowane Rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., z dnia 10 września 2019 r. (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1778). W rozporządzeniu przewidziano wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę do wysokości 2600 zł. Jest to znacznie większy



rys. 1

wzrost niż notowany do tej pory i może mieć istotny wpływ na wzrost kosztów robocizny jak i pośrednio kosztów prac powierzonych podwykonawcom, najmu sprzętu (z operatorem) oraz również materiałów, gdyż wzrost kosztów pracy dotyczy całego łańcucha dostaw na rzecz budownictwa. W związku z powyższym można się spodziewać, że ta zmiana ustawy może bezpośrednio wpłynąć na koszty realizacji. W celu przeprowadzenia dowodu można posłużyć się wyznaczeniem prognozy wzrostu przedstawionej na poniższym wykresie. W niniejszym artykule dane dotyczące robocizny kosztorysowej odnoszą się do robocizny kosztorysowej dla robót ogólnobudowlanych inwestycyjnych notowanych w publikacji Sekocenbud ZWW (Tab. 1. Lp. 1). Na wykresie ustawiono poziom odniesienia dla bieżących wartości (płacy minimalnej i robocizny kosztorysowej) przyjmując je jako 100% na koniec IV kw. 2019 (rys. 2):

Z przedstawionego wykresu wynika, że różnica pomiędzy płacą minimalną a płacami w budownictwie (zmiany odpowiadają zmianom robocizny kosztorysowej) sukcesywnie się zmniejsza. Płaca minimalna bez uwzględnienia najnowszej zmiany rosła średnio o 4,05% rocznie. Robocizna kosztorysowa rosła średnio o 2,37%. Tymczasem wprowadzona zmiana stawek minimalnych podniesie minimalne wynagrodzenie w 2020 roku o 15,56%. Odnosząc to proporcjonalnie do robocizny kosztorysowej można się spodziewać, że wywoła to presję na wzrost płac w wysokości rzędu 9,11%, co wynika z równania $(2,37\%) / (4,05\%) \times 15,56\% = 9,11\%$

Podobne wnioski zostały sformułowane w kwartalniku ekonomicznym opublikowanym przez bank PKO BP, w dniu 23 października 2019¹. Zgodnie z analizą przeprowadzoną przez ekonomistów banku PKO BP przyrost wysokości płacy nominalnej w gospo-

darce narodowej przyspieszy z 6,8% w roku 2019 do 8,8% w roku 2020 (r/r). Wzrost płacy minimalnej jest jednym z głównych czynników wymienianych obok PPK oraz zapowiadanej likwidacji 30-krotności, które w ocenie ekonomistów banku PKO BP wpływają na wzrost kosztów pracy.

Ostatnim (III) trzecim pytaniem, które chciałbym poruszyć jest:

O co oprócz roszczenie dotyczące wzrostu cen (robocizny)?

Możemy wyodrębnić co najmniej dwie podstawy podnoszenia roszczeń:

1. Wynikające wprost z umowy w oparciu o zmianę minimalnego wynagrodzenia
2. Ogólne dotyczące zmian prawa 13.7 FIDIC.

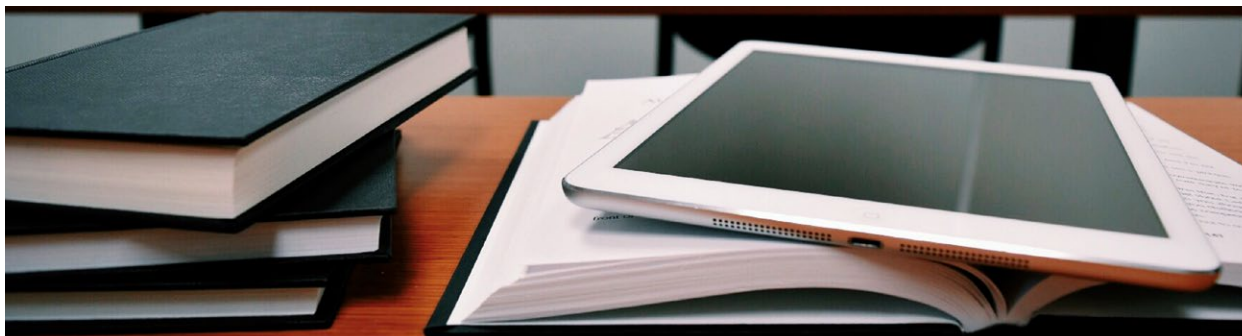
Zgodnie z art. 142 ust. 5. pkt 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) zamawiający w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Nie mniej jednak każda umowa jest inna. Zamawiający różnie opisują zasady wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Im bardziej szczegółowo są one opisane tym trudniej Wykonawcy będzie dochodzić swoich praw. Czytając różne wzorce umów można się spotkać zarówno z szczegółowym wykazem dokumentów wymaganych przez zamawiającego do wprowadzenia zmiany jak i z lakonicznym „wykonawca wykaże wpływ na koszt realizacji”. O ile w pierwszym wypadku zamawiający dążą do zawężenia zmiany wynagrodzenia do pracowników



rys. 2

¹ Źródło: PKO Bank Polski



bezpośrednio uczestniczących w realizacji (najlepiej tylko tych otrzymujących minimalne wynagrodzenie) to w tym drugim przypadku wykonawca ma pozostawioną swobodę dobierania dowodów w taki sposób, aby wykazać wpływ na koszt realizacji. W takim przypadku wykonawcy mogą posłużyć się metodą wskaźnikową zaproponowaną wyżej lub porównaniem ofert i rzeczywistych kosztów usług podwykonawczych.

Alternatywnym rozwiązaniem, z którego można skorzystać na kontraktach w oparciu o warunki FIDIC jest skorzystanie 13.7 FIDIC o ile przywołana Subklauzula nie została wykreślona lub diametralnie zmieniona. W takim przypadku to do wykonawcy ponownie należy swoboda dobierania dowodów i wykazywania wpływu na koszt.

Niezależnie od wybranej podstawy metoda wskaźnikowa wydaje się najprostszą metodą do oszacowania wpływu wzrostu kosztów realizacji w związku z wzrostem kosztu pracy. Korzystając z wyżej określonej prognozy tj. wzrost robocizny kosztorysowej o 9,11% można tą wartość przyrównać do sumarycznych kosztów robocizny uwzględnionej w kosztach realizacji. Wysokość zmiany spowodowanej tak wysoką zmianą stawek minimalnych powinna w wynikać z różnicy wysokości odpowiadającej wzrostowi robocizny kosztorysowej, który jest spowodowany nadzwyczajnym wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę względem średniego historycznego wzrostu robocizny kosztorysowej, tj. 6,74%, co wynika z równania $9,11\% - 2,37\% = 6,74\%$

W celu obiektywnego określenia bezpośredniego wpływu wzrostu minimalnego wynagrodzenia na koszty realizacji inwestycji prognozowany wzrost robocizny kosztorysowej powinien zostać przemnożony przez procentowy udział robocizny w Kontrakcie. Mając powyższe na uwadze można w swoich wyliczeniach posłużyć się danymi z oferty, jeżeli wysokość kosztów robocizny została tam określona lub można posłużyć się wskaźnikami robocizny określonymi w publikacjach branżowych, które nie uwzględniają kosztów wynagrodzeń za pracę pracowników nadzoru i kadry zarządzającej. Koszty kadry są ujęte w kosztach pośrednich i ogólnych, a więc zostały pominięte w poniższym wyliczeniu. Z dostępnych publikacji branżowych można skorzystać z publikacji Sekocenbud BCO (część I obejmuje obiekty kubaturowe, część II obiekty inżynierijne), gdzie w podsumowaniu struktury ceny w obiekcie podano udział robocizny w kosztach danego obiektu lub z publikacji „Wskaźniki ruchu cen obiektów i robót budowlanych” – Orgbud Serwis, gdzie w Części III. Procentowy udział składników kalkulacyjnych w cenach wybranych grup obiektów wyszczególniono kilka wybranych obiektów i wskazano strukturę ich cen.

Bazując na przywołanych publikacjach można stwierdzić, że dla obiektów handlowo-usługowych średni udział robocizny w kosztach kontraktu wynosi 22,3%. Zatem końcowa wartość zmiany wynagrodzenia wy-

nika z przemnożenia wysokości odpowiadającej wzrostowi robocizny kosztorysowej dla robót ogólnobudowlanych inwestycyjnych oraz procentowego udziału robocizny w Kontrakcie. W rozpatrywanym przykładzie przedstawia się to następująco:

$$6,74\% \times 22,3\% = 1,50\%$$

Mnożąc zaproponowany wskaźnik przez wysokość Wynagrodzenia otrzymujemy wysokość roszczenia, z którym może wystąpić Wykonawca.

Na koniec chciałbym jeszcze raz podkreślić konieczność wprowadzenia realnej, nie ograniczonej limitem, waloryzacji umownej. Przywołane wyżej dane statystyczne, zwłaszcza dotyczące produkcji budowlano-montażowej dają pierwsze sygnały wyhamowania inwestycji budowlanych. Tym samym, coraz bardziej realny staje się scenariusz, w którym ograniczony popyt na usługi może doprowadzić wykonawców do redukcji rezerw zawiązanych na okoliczność wzrostu cen. Przy stale rosnącej presji dotyczącej wzrostu wynagrodzeń wkrótce budownictwo może znaleźć się w sytuacji z lat 2012-2013, czego z pewnością wszyscy chcielibyśmy uniknąć.

Michał Siejda

Członek SIDIr,
Inżynier Konsultant.
Absolwent Wydziału
Inżynierii Lądowej
Politechniki Warszawskiej,
mgr inż. budownictwa.



Sprawozdanie z konferencji waloryzacyjnej

Marcin Bałdyga

W dniach 25 oraz 26 listopada 2019 r. odbyła się druga konferencja poświęcona waloryzacji kontraktów budowlanych pod nazwą „Roszczenia w Budownictwie. Strategie i sposoby dochodzenia roszczeń oraz obrony przez nimi.”

Jej organizatorem było Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców.

Konferencja odbyła się w Hotelu Sheraton w Warszawie. Partnerami konferencji byli ArchDesk, BIKTL sp. z o.o., kancelaria DZP, kancelaria JDP, kancelaria Jerzykowski i wspólnicy, kancelaria Radcy Prawnego Piotr Skrzypczak oraz STBU Brokerzy Ubezpieczeniowi. Honorowy patronat objął Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Poniżej przedstawiłem subiektywny wybór wątków poruszanych przez poszczególnych prelegentów, zatem przepraszam wszystkich tych, którzy po przeczytaniu poczną niedosyt, iż nie zostali dokładnie zacytowani lub pozostają w przekonaniu, że ich intencje odbiegają od zaprezentowanych w tym tekście.

Otwarcia konferencji dokonali wspólnie członkowie zarządu SI-DiR-u, Panowie **Tomasz Latawiec** oraz **Tomasz Skoczyński**. Pierwszy referat wygłosił Prezes Urzędu Zamówień Publicznych Hubert Nowak. Poruszył on kwestię zmniejszającej się średniej ilości ofert składanych w postępowaniach przetargowych dotyczących zamówień publicznych. Przytoczył dane, iż w roku 2018 było tylko 2,9 oferty w postępowaniu, natomiast w aż 40% postępowań wpłynęła tylko jedna oferta. Przewiduje więc, że wkrótce dojdzie do odwrócenia sytuacji, iż to zamawiający będą poszukiwać wykonawców, a nie wykonawcy składać oferty w wielu postępowaniach. Podobne tendencje wskazał w przypadku Wielkiej Brytanii. Wyjaśnił, iż Urząd Zamówień publicznych już kilka lat temu zadał wykonawcom pytanie o powody malejącego zainteresowania ich udziałem

w zamówieniach publicznych. Wyjaśnił, iż deklarowanymi powodami są m.in. zawziętość i sztywność procedur, obawy przed dokonywaniem zmian umów oraz rozszerzaniem zamówień np.: o roboty dodatkowe oraz bardzo często występujące kryterium najniższej ceny, opis przedmiotu zamówienia wskazujący na konkretnych wykonawców lub produkt, konkurencja ze strony zamówień komercyjnych, a także zbyt krótki czas na przygotowanie oferty, niekorzystne postanowienia umowne, w tym zbyt wysokie kary umowne. Co więcej wykonawców mają odstręczać zbyt wysokie wymagania wobec nich, a także zbyt duża obszerność dokumentacji i brak jej powtarzalności, skutkująca koniecznością ponownego jej analizowania za każdym razem. Istotne są także niejasność opisu przedmiotu zamówienia oraz długotrwałość postępowania przetargowego. W reakcji na te uwagi i postulaty, Prezes UZP wskazał, iż ograniczenie kar umownych zostało wprowadzone do nowej ustawy o zamówieniach publicznych. Ustawa przewiduje również zaliczki oraz poprawę szeroko rozumianego *cash flow* a także szersze możliwości prowadzenia negocjacji i dokonywania

zmian umów. Służyć temu mają m.in. zniesienie obligatoryjności wadium. Jeśli jednak zamawiający będzie jego oczekiwał to w przypadku zamówień podprogowych jego maksymalna wartość wyniesie 1,5% szacunkowej wartości zamówienia, a wartość zabezpieczenia należytego wykonania ograniczona zostanie do 5% wartości umowy. Wskazał ponadto, iż zgodnie z nauką zarządzania wykładaną np.: na studiach typu MBA, zamawiający powinni przed rozpisaniem postępowania usiąść i zastanowić się w jakiś sposób chcą przeprowadzić postępowania, a także przemyśleć koszt życia projektu m.in. jego utrzymania w trakcie eksploatacji. Prezes poinformował także o wprowadzeniu publikacji w Biuletynie Zamówień publicznych o rocznym planie zamówień, które mają być obowiązkowo na bieżąco aktualizowane. Próbował również „odczarować” rozmowy zamawiających z wykonawcami, które są prowadzone np.: w ramach dialogu technicznego określając je jako „naturalna rzecz”. Konsultacje te mają być prowadzone już nie tylko na etapie przygotowywania zamówienia, ale jeszcze wcześniej, bo już na etapie planowania. W dalszej części swojej wypowiedzi, Prezes wskazał



szereg innych zmian wprowadzonych w nowej ustawie Prawo zamówień publicznych. Z ciekawszych należy również wymienić wpisanie w ustawę obowiązku współdziałania przez zamawiającego z wykonawcą. Przywołał przykład wadliwej dokumentacji projektowej, prawa dostępu do placu budowy, co powoduje roszczenia wykonawców, a zamawiający zwykle nie reagują lub próbują przerzucić ich konsekwencje na wykonawców. Powstać ma również lista umownych klauzul zakazanych, których umieszczać w umowach nie wolno np.: skutkujących przerzucaniem pełnej odpowiedzialności na wykonawców. Również terminy realizacji zamówień mają być określone wyłącznie w postaci czasookresu realizacji przedmiotu zamówienia. Zapowiedział waloryzację nowych zamówień, w reakcji na postulaty uczestników rynku. Zauważył jednak, że postulaty te są sprzeczne z postulatami innych instytucji m.in. zamawiających, domagających się zmniejszenia liczby regulacji prawnych. Zamawiający mają także sporządzać raport z realizacji zamówienia, a ujawnione w nich pozytywne doświadczenia mają być przenoszone na kolejne zamówienia. Poinformował również, że Wyko-

nawcy będą mogli również zaskarżyć brak objęcia konkretnego zamówienia regułami zamówienia publicznego a koszt wpisu wnoszonego przy skierowaniu odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej zostanie obniżony o 40% w stosunku do stanu obecnego. W przypadku niezadowolenia z rozstrzygnięcia KIO, wykonawca będzie miał 14, a nie jak obecnie 7 dni na wniesienie skargi do sądu powszechnego. Ustawa Pzp ma również przewidywać polubowne metody rozstrzygania sporów.

Kolejną prezentację przedstawił mecenas **Jacek Bendykowski**, który zaprezentował ogromną ilość informacji, statystyk i liczb. Całość przedstawiona została w tak ciekawy i przystępny sposób, iż sala słuchała wypowiedzi w skupieniu. Na wstępie ocenił, iż kryzysy na rynku infrastrukturalnym z roku 2012 oraz 2018 miały podobną genezę tj. nieszanowanie istoty warunków kontraktowych FIDIC, których treść została w istotny sposób zmodyfikowana przez zamawiających, w sposób niekorzystny dla wykonawców. Jego zdaniem kryzys roku 2018 dotknął zamawiających po raz pierwszy, w ten sposób, iż zaczęli oni otrzymywać oferty znacznie wyżej wycenione, niż byli na to przy-

gotowani. Miało się tak dziać z powodu wyższej wyceny ryzyka przez wykonawców, a także pewnego „rolowania długów” z poprzednich, nierentownych kontraktów. Wskazał, że budownictwo zapewnia Skarbowi Państwa ok 10% sumy wpływ podatkowych, a zatem manipulowanie przy tej branży ma kolosalne znaczenie dla gospodarki. Suma zadłużenia firm budowlanych wzrosła już do ok 5 mld zł. Zadłużenie narasta w małych firmach, a maleje w dużych, których rentowność wzrosła z 2 do 4%. Niemniej to nadal nie jest poziom dochodów pozwalający na inwestycje firm, ale także nie pozwala to branży na pozyskiwanie niezbędnych kredytów obrotowych oraz wymaganych zabezpieczeń finansowych w postaci gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych. Wskazał, że zapowiedziane przez Prezesa UZP zaliczki i poprawa *cash flow* wykonawców to nie jest gest w stronę rynku, ale niezbędna potrzeba, aby w ogóle otrzymywali jakieś oferty. Wskazał, że rynek deweloperski ma się znakomicie, producenci materiałów budowlanych utrzymują rentowność ok 4%, ale rentowność 21 firm budowlanych notowanych na GPW spadła do poziomu -0,7%. Wskazał, że wprowadzie 3 z tych firm mają

dodatnią rentowność, ale to dlatego, iż zajmują się również budownictwem deweloperskim oraz kubaturowym. Złożyły się to wzrost cen materiałów, produktów ropopochodnych oraz presja płacowa, najwyższa ze wszystkich branż gospodarki. Poinformował, iż poziom kontraktacji środków unijnych w projekty infrastrukturalne jest obecnie nieco niższy w stosunku do analogicznego okresu poprzedniej perspektywy unijnej i wynosi 35% wobec 41%. Odnośnie regionalizacji inwestycji komercyjnych zauważył, że koncentrują się one na zachodzie kraju. Za to na wschodzie mają miejsce zintensyfikowane inwestycje drogowe. Oceniał, że jakość dróg krajowych w Polsce, swój szczyt osiągnęła 5 lat temu wynosząc ok 66%, a do dziś drogi uległy już częściowej degradacji i wskaźnik ten spadł, co stanowi dobrą wiadomość dla drogowców, którzy będą mieć pracę związaną z ich remontem. Uznał za istotne zagadnienie kwestię waloryzacji, której koszt branża oszacowała na poziomie ok 2,7 mld zł, a w przypadku braku jej dokonania, branża ocenia tak powstały koszt na ok 19 mld zł. Wskazał, że jedno z województw przygotowało pulę ok 5% wartości realizowanych inwestycji z przeznaczeniem na koszt waloryzacji, w szczególności na zwrot kosztów ogólnych poniesionych przez wykonawców. Są to wprawdzie koszty niekwalifikowane, niemniej jednak nie powodują zagrożenia utraty dofinansowania unijnego. Inny zamawiający będący metropolią przeciwdziałal roszczeniom waloryzacyjnym uciekając się do modelu umów jednorocznych, zawierając umowy przekazu celem bezpośredniej płatności podwykonawcom przez zamawiających, a także ustalając zaliczki dla poprawy *cash flow* wykonawców. Wobec tych działań odeszli jednak od klauzul waloryzacyjnych. GDDKiA trzykrotnie próbowała ustalić właściwy wzór waloryzacji, dobierając sobie koszyk cen, posiłkując się wskaźnikami górowskimi. Najważniejsze, że GDDKiA

oraz PKP PLK S.A. zdecydowały się na wykreślenie kontraktowych klauzul abuzywnych zabraniających waloryzacji. W dalszej części wykładu przeanalizował pismo prezesa UZP dotyczące m.in. kryteriów oceny zdarzeń z kategorii „nieprzewidywalnych”, które nie muszą mieć waloru nieprzewidywalności intelektualnej w ogóle, ale nieprzewidywalności rozumianej jako takiej, której prawdopodobieństwo wystąpienia jest niskie i nie powinno się czynić zarzutu z tego faktu, iż wykonawca lub podwykonawca tego nie przewidzieli. To raczej zamawiający winien był to przewidzieć i zastosować w kontrakcie odpowiednie klauzule, zgodnie z dyspozycją art. 144 ust. 3 ustawy Pzp. Taka zmiana jest możliwa, kiedy występuje obiektywna konieczność jej wprowadzenia. Na koniec zadał pytanie do branży budowlanej odnośnie zastanowienia się, czy jeśli niektórzy wykonawcy złożyli oferty droższe o 10, 15 czy 30% to czy przypadkiem oni nie wycenili w prawidłowy sposób ryzyk płynących z zamówienia? Przypomniat, że występując z roszczeniem waloryzacyjnym w oparciu o klauzulę *rebus sic stantibus* należy uczynić to jeszcze przed zrealizowaniem przedmiotu umowy.

Tomasz Skoczyński omówił tematykę roszczeń pozafinansowych, w szczególności czasowych tj. o wydłużenie terminu realizacji umowy. Jako przyczyny wskazał okoliczności zależne od zamawiającego, niezależne od niego oraz wystąpienie siły wyższej. Wymienił niektóre okoliczności zależne od zamawiającego jak na przykład błędy w dokumentacji projektowej, nieścisłości lub sprzeczności. Przypomniat, że do obowiązków zamawiającego należy właściwe przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, nawet, jeśli faktycznie zlecił jej przygotowanie zewnętrznym projektantom. Umieszczanie przez niektórych zamawiających zapisów umownych o próbie przenoszenia odpowiedzialności za dokumentację projektową na wykonawców nazwał

skrajnie nieuczciwą i zwrócił uwagę, że istnieje szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, kwestionujących ich skuteczność. Podniósł jednak, że nie każdy brak w dokumentacji projektowej jest jej błędem, co czasem ma być podstawą nadużycia przez wykonawców. Oceniał, że nie może się zgodzić z taką postawą, aby każdą, nawet najmniejszą wadę dokumentacji wykorzystywać do formułowania roszczeń. Przywołał przykład swojego ok. 20-letniego doświadczenia zawodowego, że nie spotkał się jeszcze z idealną jakością i kompletnością takiej dokumentacji. Innym przykładem powodów do roszczeń wykonawców jest przerzucanie na nich przez zamawiających obowiązku pozyskania prawa do nieruchomości, zwłaszcza w inwestycjach o charakterze liniowym. Często zdarza się, że właściciele nieruchomości oczekują wysokich, nawet kilkuset tysięcy odszkodowań, co wykonawca musi przenieść na zamawiającego. Zamawiający powinien również odpowiadać za swój personel, w tym za inżyniera kontraktu, projektanta m.in. sprawującego nadzór autorski. Jako czynniki niezależne od zamawiającego określił m.in. przedłużające się postępowanie przed organami administracyjnymi, włączając w to sytuację, gdy organem jest miasto, a innym organem, uprawnionym m.in. do wydawania uzgodnień drogowych jest zarządca dróg miejskich, a więc *de facto* to ten sam organ. Inną sytuacją może być brak akceptacji lokalnej społeczności dla przeprowadzenia inwestycji ze względów środowiskowych, która uaktywnia się na etapie rozpoczęcia robót budowlanych, zamiast zareagować w odpowiednim czasie, w trakcie procedury administracyjnej. Jako inny powód do takich roszczeń wskazał przykład, gdy zamawiający w dokumentacji projektowej wskazał na konkretny materiał budowlany, który był trudno osiągalny. Przypomniat jak ważne jest pisemne dokumentowanie rosz-



czeń i ich właściwe dokumentowanie, zwłaszcza w obliczu zbliżającego się przywrócenia reguł postępowania cywilnego ograniczających poza piśmienne źródła dowodowe. Przytoczył przykład braku dostępności materiałów budowlanych, co powinno obligować wykonawcę do wysłania zapytań ofertowych drogą mailową do kilku dostawców i zarchiwizowania negatywnych odpowiedzi. Takie działania pozwolą na uzyskanie przedłużenia czasu na ukończenie i obronę przed karami umownymi, a także dają szansę na uzyskania dodatkowego wynagrodzenia lub odszkodowania z tego tytułu. Zakwestionował logikę niektórych wykonawców oczekujących przedłużenia czasu na ukończenie równego okresowi trwania przeszkody w prowadzeniu robót, posługując się przykładem robót, które miały być wykonane jesienią, ale z powodu wystąpienia nawet dość krótkiej przeszkody, trzeba je przesunąć na wiosnę – z przyczyn technologicznych. Przestrzegł także przed polityką nie wchodzenia w konflikt z zamawiającym, gdy wykonawca w bieżącej

korespondencji ocenia występujące okoliczności jako nie związane z winą lub ryzykiem zamawiającego, a później wykonawca pragnie domagać się np.: przedłużenia czasu.

Tomasz Darowski wygłosił referat o roszczeniach finansowych związanych z czasem realizacji zamówienia. Zwrócił uwagę, że określenie inżyniera kontraktu np.: w zakresie uprawnienia do przedłużenia czasu na ukończenie nie zastępuje aneksu, a może stanowić jedynie oświadczenie wiedzy. Wymienił kategorie kosztów, których zwrotu od zamawiającego może się domagać wykonawca takie jak: koszty ogólne budowy (związane bezpośrednio z budową i na niej ponoszone), koszty ogólne zarządu (pozostałe koszty związane z budową, ale pośrednio). Na slajdach zaprezentował formułę obliczania tych kosztów. Przytoczył przykłady ciekawych i istotnych orzeczeń sądowych m.in. zawierających tezę, iż koszty ogólne budowy wykonawca miał wliczone w pozycje jednostkowe kosztorysu robót, zatem nie ma on prawa do uzyska-

nia ich zwiększenia w przypadku wydłużenia terminu realizacji kontraktu. Zajął stanowisko, iż usunięcie z warunków kontraktowych FIDIC licznych uprawnień do uzyskania przez wykonawcę zwrotu poniesionych dodatkowych kosztów nie zamknie mu drogi do ich odzyskania, ale ją utrudni i będzie oznaczała konieczność ich dochodzenia w formie odszkodowania. W tym przypadku musi dojść do działania lub zaniechania przez zamawiającego, które wyrządziło szkodę wykonawcy. Zwrócił uwagę na wprowadzenie przez GDDKiA zryczałtowanego odszkodowania w wysokości 0,007% wartości wynagrodzenia za każdy dzień pracy w przedłużonym czasie, wskazując, że stanowi to uproszczenie kalkulacji wartości dodatkowego wynagrodzenia. W odniesieniu do robót dodatkowych wskazał, iż możliwe jest dochodzenie zwrotu poniesionych nakładów finansowych w drodze wykazania zubożenia wykonawcy oraz wzbogacenia zamawiającego o ich wartość, jednak przestrzegł, że nie jest to pewna ścieżka odzyskania tych nakładów.

W dalszej części omówił możliwości znalezienia podstaw kontraktowych do wystąpienia przez wykonawcę z roszczeniem waloryzacyjnym, upatrując jego podstawy m.in. w subklauzuli 13.8 i innych. W przypadku innych umów wskazał na możliwym wykorzystaniu art. 357 kodeksu cywilnego, ale zauważył, iż zamawiający może się bronić brakiem związku przyczynowo – skutkowego. Poruszył również zagadnienie roszczeń związanych z przyspieszeniem realizacji robót, wskazując, że anglojęzyczna literatura jest w tym zakresie bardzo obszerna, a w Polsce jeszcze jej brak. Celem uzyskania dodatkowego wynagrodzenia z tego tytułu przed sądem powszechnym, za konieczne uznał ściśle dokumentowanie poniesionych w związku z tym kosztów. Na zakończenie zwrócił uwagę na potrzebę rozszerzenia zdefiniowania przepisów dotyczących umowy o roboty budowlane, które w obecnej formie określił jako szcztąkowe. Zatem orzecznictwo musi punktowo uzupełniać istniejące braki.

Michał Skorupski opowiedział o metodach wycen roszczeń i skrytykował jakość roszczeń składanych przez wykonawców, którzy przykładają dużą uwagę do argumentacji prawnej i robią ją dobrze, ale kulę argumentacja faktyczna, strona dowodowa. Przytoczył historię, która jego zdaniem doprowadziła do konieczności rozmów o waloryzacji. Oto w roku 2016, wykonawcy mieli domagać się nowych kontraktów oraz informować o posiadanym potencjale. Ministerstwo Infrastruktury wychodząc naprzeciw, w terminie 2 miesięcy zaoferowało około 100 kontraktów. W kontraktach w formule projektu i buduj z początku wszystko szło dobrze. W roku 2017 kiedy na dobre rozpoczęły się już roboty budowlane, przyspieszyła inflacja w budownictwie. Wracając do roszczeń zwrócił uwagę na opóźnienia równoległe, które powodują wzajemne znoszenie się roszczeń wykonawców i zamawia-

jących. Zwrócił uwagę na potrzebę dokumentowania m.in. polityki zakupowej, która wskazała stawki zakupu w okresie zamykania oferty oraz obecnie, wraz z wykazaniem, że taniej nie można tych dóbr nabyć. Zastanawiał się nad wskazaniem punktu nadzwyczajnej zmiany cen w przypadku paliw, gdy w ostatnich latach cena surowca tj. ropy naftowej na światowych rynkach wahała się pomiędzy 26 a 120 dolarów za baryłkę. Z kolei koszt kruszyw jest, jego zdaniem, wprost zależny od kosztów transportu, czyli paliw napędowych oraz kosztów transportu kolejną. Przytaczał fragment rozmowy z zarządzającym dużą kopalnią kruszyw, który miał go poinformować, iż cena towaru „na bramie” nie uległa znaczącej zmianie w przeciągu ostatnich 3 a nawet 5 lat. Wskazał również na trudności z postawieniem granicy do której sięga zwykła strata kontraktowa, a po przekroczeniu której dochodzi do rażącej straty i w ślad za wypowiedzią Pawła Zejera wskazał, iż być może chodzi o perspektywę czasową, dającą się racjonalnie przewidzieć. Poza nią zaczyna się już spekulacja typowa dla innych rodzajów przedsiębiorców niż wykonawcy budowlani. Podniósł również kwestię wzrostu wynagrodzeń, a także kwestię zwiększonych oczekiwań finansowych przez podwykonawców i dalszych podwykonawców, którzy mają obecnie „swoją czas”. Zauważył również, że wykonawcy w pozwach winni wskazywać, że jeśli w momencie składania oferty dali zniżkę od całości ceny wynoszącą pewien procent jej wartości to obecnie zgłaszając roszczenie waloryzacyjne winni uwzględnić taką samą zniżkę. W przypadku robót zamiennych, ocenił je jako potencjalnie korupcjogenne w przypadku wyceny ich po bieżących tj. wyższych cenach niż te ujęte w ofercie. Następnie wymienił cztery metody oceny wpływu opóźnień na czas na ukończenie. Ocenił, iż trzy z nich wymagają porównania do aktualnego harmonogramu. Dlatego

też uczulał, aby wykonawca zawsze miał szczegółowy harmonogram, co pozwoli udowodnić roszczenie czasowe. Skomentował również zdarzenia opóźniające na części placu budowy to w przypadku zawierania aneksu do umowy lub porozumienia winno się weryfikować, jaka część budowy była z tego powodu opóźniona i być może odpowiednio dostosować wartość wypłacanego dodatkowego wynagrodzenia lub odszkodowania. W przypadku przeszkód pogodowych, jego zdaniem, zamawiający winien pokrywać jedynie koszty, bez uwzględniania marży lub zysku. Jako istotną kwestię poruszył jeszcze zagadnienie dowodów poniesienia kosztów do czego wykonawca może wykorzystać np.: ustawę o rachunkowości. Przykładowo faktura lub inny dokument księgowy winny zostać przyjęte przez przykładową spółkę za pośrednictwem biura podawczego lub w inny przyjęty w danej spółce sposób. Ponadto w odniesieniu do kosztów alokacji kosztów ogólnego zarządu, którego wykonawca zamierza domagać się w swoim pozwie to najprościej jest wykorzystać politykę rachunkowości stosowaną w jego przedsiębiorstwie np.: procentowe przyporządkowanie do danego kontraktu lub też próbujemy określić faktyczne zaangażowanie przedsiębiorstwa w realizację danego kontraktu. Na zakończenie wskazał kilka propozycji przyszłych roszczeń m.in. wzrost płacy minimalnej, wzrost wynagrodzeń osób kończących 26 lat, które zaczynają płacić podatek PIT, skutki wojny handlowej na rynkach międzynarodowych, w tym zamknięcie huty Accelor Mittal w Krakowie, do tego wpływ PPK.

Jakub Troszyński przedstawił kwestię roszczeń wykonawców, w tym waloryzacji z perspektywy zamawiających i ich obrony przed roszczeniami. Wskazał, że w oczach zamawiającego, roszczenie jest problemem generującym pytania typu dla czego wystąpił brak dostępności terenu budowy lub też błąd

w dokumentacji projektowej? Kto jest za to odpowiedzialny? Ile trzeba zabezpieczyć w budżecie środków finansowych oraz kto podejmie decyzję? Zauważył, że proces podejmowania decyzji sprawia wiele trudności, pociąga za sobą odpowiedzialność i podlega kontroli. Jego zdaniem marzeniem zamawiającego jest podpisanie kontraktu, przecięcie wstęgi i zakończenie budowy. Zwykle zamawiający nie mają uprządkowanej strategii radzenia sobie z roszczeniami. Dotyczy to w szczególności zamawiających sporadycznie realizujących inwestycje, podczas gdy zamawiający zawodowo tym się trudniący, w reakcji na roszczenia dokonują wykreślenia zapisów umowy, które były podstawą zgłoszonych roszczeń. Wpisują szereg oświadczeń, że wykonawca zapoznał się, przeanalizował, akceptuje wszystkie warunki terenu budowy oraz dokumentacji projektowej. Ponadto strategia radzenia sobie z roszczeniami ma wymagać również odpowiednich zasobów ludzkich, posiadających doświadczenie. Do tego jeśli roszczenie prowadzi do zmiany umowy to wiąże się z uruchomieniem szerokich działań prawnych, analiz i procedur związanych m.in. z dofinansowaniem unijnym lub też zabezpieczeniem własnych środków finansowych. Jego zdaniem zamawiający powinni prowadzić własne procedury roszczeniowe np.: GDDKiA korzysta z usług Inżynierów Kontraktów, którzy sporządzają Raporty Inżyniera, korzystają też z usług innych specjalistów. Wskazał ponadto, iż założenie stanowiące ujęcie procedur roszczeniowych w kontrakcie owocuje otrzymaniem niższych ofert, co jednak nie zawsze się potwierdza. Część zamawiających ma przeciwnie doświadczenia. Wskazał, że jeśli zamawiający nie jest w stanie merytorycznie odnieść się do wszystkich roszczeń wykonawcy to może chociaż częściowo prowadzić własną korespondencję wskazującą na zagad-

nienia, które obciążają wykonawcę, aby choć trochę polepszyć swoją pozycję procesową wykazując ewentualne przyczynienie się wykonawcy do powstania roszczeń.

Następnie odbyła się debata w której udział wzięli dyrektor Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych **Bogdan Arty-mowicz**, Członek Rady Zamówień Publicznych **Dariusz Koba**, sędzia Wojewódzkiego sądu Administracyjnego **Honorata Łopianowska** oraz była dyrektor departamentu prawnego w PKP PLK S.A. **Zrinka Percic** obecnie konsultant, a także mecenas **Marcin Skromak**. Moderatorem dyskusji był Pan **Jacek Bendykowski**.

Pierwsza zabrała głos Honorata Łopianowska, która wskazała, że zamawiający podlegają reżimowi finansów publicznych, mimo to przepisy pozwalają zawierać umowy pozasądowe, dzięki czemu doceniając wartość pieniądza w czasie może powodować zainteresowanie wykonawcy otrzymaniem nawet niższej kwoty, ale szybciej, zamiast przejścia żmudnego i długotrwałego procesu sądowego. Wskazała, iż dobrze się stało, że ustawodawca znowelizował ustawę o finansach publicznych dodając zapisy o możliwości zawierania umów. Postulowała, aby jeden z organów państwa np.: prezes Urzędu Zamówień Publicznych wydał wytyczne odnośnie zawierania umów ws. waloryzacji, co mogłoby dać zielone światło zamawiającym.

Następnie Pani Zrinka Percic zauważyła, iż zamawiający zwykle działają pod presją czasu, są gonięni przez terminy dofinansowania unijnego, nie mają czasu na wprowadzenie niezbędnych zmian. Zamiast tego tworzą harmonogramy rzeczowo-finansowe z napiętymi terminami. W sprawie waloryzacji istnieją dwa istotne problemy. Pierwszym jest ustalenie w tzw. toksycznych kontraktach, uprawnień do waloryzacji o określony procent np.: 0,007 lub 1,00, które wymagają spełnienia

rygorystycznych wymogów. Rozważenia wymaga w każdym przypadku, czy zawarcie umowy jest dla niego rozwiązaniem optymalnym. Drugim jest fakt, iż w krótkim czasie zostało „wrzucone na rynek” wiele postępowań, co wywindowało koszty robót, których wykonawcy nie przewidzieli. Opowiedziała również historię związaną z okresem pracy w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A, które dostrzegły potrzebę waloryzacji i ustaliły jej maksymalny poziom w wysokości 1%. Po rozpoczęciu pracy, zapytała współpracowników, czy w którymś kontrakcie przeprowadzono zmianę wskutek zastosowania tego mechanizmu. Odpowiedź była negatywna. Następnie miała zapytać, czy na którymś kontrakcie w ogóle zaistniały warunki do jej uruchomienia, ale tu odpowiedź również była negatywna.

Marcin Skromak zauważył, że wielu zamawiających dostrzega potrzebę waloryzacji, ale nie posiadają żadnych procedur. Zatem racjonalny zamawiający nie będzie dążył do waloryzacji, nawet widząc rosnące oczekiwania finansowe podwykonawców. Dysponuje on bowiem publicznymi pieniędzmi, których wydawanie jest kontrolowane przez różne instytucje i to wielokrotnie. Czekają one, aby go na czymś „złapać”. Zamiast waloryzacji, niektórzy zamawiający wybierają więc roboty dodatkowe lub inne metody. Mecenas zwrócił uwagę ile dobrego zrobiła nowelizacja ustawy o finansach publicznych podającą podstawę oraz procedurę do zawierania umów, co pozwoliło na rozwiązanie może nawet połowy sporów. W dalszej części wypowiedzi przytoczył historię budowy odcinka drogi ekspresowej S8 Konotopa-Powązkowska na przestrzeni m.in. lat 2006-2008, kiedy to miało dojść do unieważnienia postępowania o wartości szacunkowej 1,3 mld zł z uwagi na zbyt wysokie wartości otrzymanych ofert. Następnie GDDKiA zwróciła się do jednej z międzynarodowych firm doradczych

z pytaniem, ile powinna kosztować ta inwestycja, a jej odpowiedź wskazywała, iż ok 2 mld zł m.in. z uwagi na brak klauzuli waloryzacyjnej, a rynek budowlany w owym czasie był mocno rozgrzany, ceny wykonawstwa rosły ok 20% rok do roku. GDDKiA ogłosiła budżet inwestora na poziomie 1,8 mld zł. W przetargu otrzymała najtańszą ofertę za ok 2,1 mld zł i ta oferta została wybrana. W tzw. międzyczasie upadł bank Lehman Brothers w USA, co spowodowało światowy kryzys, który w Polsce objawił się m.in. poprzez szybko spadające ceny wykonawstwa, a zatem szacuje się, iż wykonawca wydał na budowę ok 1,1 mld zł. Reszta ceny stanowiła zysk wykonawcy, który zdaniem prelegenta, mógłby być niższy o niemal 1 mld zł. W dalszej części wypowiedzi skrytykował stanowisko UZP ws. waloryzacji kontraktów twierdząc, iż jego treść nie wnosi nic nowego i nie wprowadza niezbędnych procedur.

Dyrektor Departamentu Prawnego UZP zauważył, iż jak zwykle problem nie jest w prawie, ale w jego stosowaniu. W prawie nie ma miejsca na wskazywanie dosłownych procedur, ale przepisy winny mieć ogólne brzmienie celem zapewnienia ich elastyczności w stosowaniu. Zwrócił uwagę na obciążenie zamawiających licznymi kontrolami i to w znacznym stopniu. Skrytykował podniesione przez mecenas Marcina Skromaka praktyki stosowania rozwiązań pozwalających na uwzględnienie roszczeń waloryzacyjnych pod innymi tytułami. W kwestii waloryzacji odesłał do Ministerstwa Finansów, wskazując ten podmiot jako właściwy do wydania interpretacji stosowania art. 54a ustawy o finansach publicznych w zakresie zawierania uгод. Przypomniat, iż Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa współpracuje z zamawiającymi m.in. w zakresie zawierania uгод. Przywołał stanowisko UZP ws. waloryzacji dotyczące kontraktów zawartych przed 16 lipca 2016 r. w którym

wskazano, iż waloryzacja jest możliwa gdy zamawiający ją przewidział w umowie i tu postawił pytanie, dlaczego tego nie robili.

Po dyskusji doszło do pytań z sali, a jako pierwszy głos zabrał mecenas Jan Styliński, który wskazał, że obecnie najbardziej właściwa droga dochodzenia waloryzacyjnego jest sąd powszechny. Niemniej podziękował również prezesowi UZP za wykanie stanowiska w tej sprawie, które nazwał małym zielonym światełkiem i zachęcił inne instytucje do zajęcia głosu, tak aby powstała kompletna procedura wskazująca zamawiającym, iż do zadośćuczynienia wymogom art. 54a ustawy o finansach publicznych niezbędnym jest pozyskaniem przez nich opinii czy analizy kogoś patrzącego na całe zagadnienie z boku, po przeprowadzeniu szerokiej analizy technicznej i finansowej. Analizę tę powinien wykonać podmiot niezależny od wykonawcy i zamawiającego.

W trakcie pytań z sali, wrócił Prezes UZP ze spotkania z przedstawicielami Unii Metropolii Polskich. Powiedział, że jest zdruzgotany tym co tam usłyszał, bowiem skarbnicy i prezydenci miast jednym głosem stwierdzili, że chcą, aby wszystkie ryzyka były przerzucone na wykonawcę, który powinien je sobie wycenić i uwzględnić w cenie ryczałtowej. Nie ma miejsca na waloryzację czy zmianę – a więc odpada kwestia kwalifikowalności wydatków. Celem uniknięcia problemu waloryzacji miasta zamierzają zawierać umowy trwające jeden rok. Prezes UZP ze smutkiem skonstatował, iż można pięknie rozmawiać na takiej jak ta konferencja, co zrobić, aby było lepiej, ale rzeczywistość wygląda inaczej, co go smuci.

Głos ponownie zabrała sędzia, która przytoczyła przykład miasta Radomia, w którym z budowy zszedł wykonawca miejskiego ośrodka sportu i rekreacji, zostawiając budowę zrealizowaną w 80%. Postawiła pytanie, jak czuje się skarbnik tego

miasta, któremu przyjdzie ponownie szukać innego wykonawcy dla dokończenia robót i co odpowie mieszkańcom, którzy czekają na inwestycję miejską?

Następnie do tego głosu dołączył Prezes SIDI Pan Tomasz Latawiec, który poinformował, iż jego firma, BIKTL przygotowuje białą księgę niedokończonych inwestycji. Jej zamknięcie opóźnia się z powodu, iż zapytani na wstępie, dwaj najwięksi zamawiający w kraju tj. GDDKiA i PKP PLK S.A. nie potrafili podać rozmiaru kosztów koniecznych do poniesienia na dokończenie nieukończonych inwestycji.

Później wypowiedział się Michał Skorupski, który wskazał, że dla zamawiających istnieje niebezpieczeństwo w postaci uznania roszczenia waloryzacyjnego jednemu z wykonawców pracujących dla niego, co może zachęcić następnych do pójścia w jego ślady. Oceniał, że uczciwy zamawiający nie boi się zawierania uгод, ale boi się, że zawierając ugodę niejako sprowokuje kontrole, które będą się chciały przyjrzeć okolicznościom jej zawierania, a w trakcie kontroli mogą wyjść na jaw jakieś kwestie nawet sprzed kilku lat, za które ktoś może zostać pociągnięty do odpowiedzialności.

Głos zabrał również prof. Rafał Drapała, który przysłuchując się dyskusji zauważył, że większość tych argumentów była przez niego podnoszona na Radzie Ekspertów, gdzie zachęcał do wypracowania wytycznych do zawierania uгод na podstawie art. 54a ustawy o finansach publicznych. Polegać to miało na badaniu każdego z kontraktów z osobna. Porażki tego projektu upatrywał w całościowym koszcie dla Skarbu Państwa przeprowadzenia waloryzacji kontraktów zawartych przed 2017 rokiem. Oceniał, że z tego powodu nie dojdzie do zawierania uгод, a tym bardziej nie powstanie żaden powszechny system waloryzacji tych „toksycznych” kontraktów.

Następny referat wygłosił prof. **Rafał Drapała**. Powołując się na orzeczenie Sądu Najwyższego poinformował, iż dopuszczalne jest wyłączenie możliwości zgłaszania roszczenia waloryzacyjnego tylko w umowach zawieranych w trybie negocjacyjnym, a nie adhezyjnym, jak np.: w zamówieniach publicznych. Porównał obecny wzrost cen, który skutkował wzrostem kosztu robocizny o ok 20% oraz wzrostem kosztu usług o ok 40% z tym obserwowanym przed Euro 2012, który dotyczył przede wszystkim materiałów. Sumarycznie przełożyło się to na wzrost kosztów podwykonawców. Zauważył, że tylko opierając się na informacjach publicznie dostępnych, można dostrzec istotny wzrost liczby tego rodzaju pozwów sądowych. Ponadto wskazał na około 14 przypadków odstąpienia od umów o roboty budowlane dokonanych w ostatnim roku, które dotyczyły rynku kolejowego i drogowego o łącznej wartości ok 6 mld zł, co w jego ocenie świadczy o dużej skali problemu. Odstąpien nie dokonywały jednak największe firmy wykonawcze, w ocenie profesora, być może obawiające się późniejszych wykluczeni z przyszłych postępowań o zamówienia publiczne. Wskazał, że z jego doświadczenia wynika, iż firmy te wolą dokończyć zadanie inwestycyjne i dopiero w następnej kolejności wystąpić z roszczeniem waloryzacyjnym. Zwrócił również uwagę, iż istota instytucji waloryzacji polega na rozłożeniu ciężaru wzrostu kosztów wykonania na obie strony transakcji, wobec czego nie należy oczekiwać pełnej rekompensaty poniesionej straty. Przed złożeniem pozwu waloryzacyjnego, pojawiają się mity, w tym te dotyczące lęku przed badaniem przez sąd czy nie doszło do zaniżenia wartości oferty, ale doświadczenie procesowe tej obawy nie potwierdza. Jego zdaniem gdyby miało do tego dojść, to nastąpiłoby podważenie zasady pacta sunt servanda, a przecież mechanizm ba-

dania rażąco niskiej ceny może mieć zastosowanie wyłącznie przed podpisaniem umowy. Innym mitem jest przekonanie o stałości wynagrodzenia ryczałtowego, a przecież istnieje odpowiedni przepis kodeksu cywilnego, który wprowadza odpowiedni mechanizm waloryzacji. Obawy te w szczególności dotyczą kontraktów typu projektu i buduj, w których wykonawca ma pewien wpływ na kształt obiektu, a więc i koszty jego wykonania. Zatem ten mechanizm trzeba odpowiednio dostosować, co nie oznacza, że ryczałt nie podlega zmianie, ale nie oznacza także dowolnej zmiany ceny umowy, ale jej zmiany na podstawie par. 2 (art. 632 kc przyp. autora). Trzecim mitem jest przekonanie, że wykreślenie klauzuli np.: 13.8 w kontrakcie „fidukowskim” skutkuje brakiem możliwości stosowania mechanizmu waloryzacji. Nie stanowiło to jednak przeszkody w uwzględnieniu pozwów waloryzacyjnych i akceptacji tego przez sądy apelacyjne w Warszawie. Podobnie nie ma znaczenia pozostawienie tego zapisu zmodyfikowanego do limitu waloryzacji wskazanego w umowie np.: 1,0%. W takim przypadku sąd po prostu zalicza na poczet roszczenia waloryzacyjnego ustawowego, kwotę ustaloną na podstawie zapisów umowy. Czwartym mitem jest przekonanie odnośnie aneksów zawierających zdanie „pozostałe postanowienia umowy nie ulegają zmianie”, które to niektórzy chcieliby czytać jako zrzeczenie się roszczenia waloryzacyjnego. Prelegent zanegował również to przekonanie. Piątym mitem lub wątpliwością jest pytanie, czy można waloryzować wynagrodzenie wypłacone? Było to również przedmiotem wypowiedzi Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, co traciłoby sens, gdyby roszczenie waloryzacyjne było ograniczone wyłącznie do części wynagrodzenia wypłaconego. Waloryzuje się całe wynagrodzenie, również do tej pory wypłacone. Odnosił się również do momentu złożenia rosz-

czenia waloryzacyjnego i dostrzegł jego dwa modele. Jedni wykonawcy czekają na zakończenie realizacji aby mieć wyliczenie pełnej straty a inni wykonawcy składają pozew w trakcie realizacji, a następnie uzupełniają go po zakończeniu realizacji. Przyznał, że dla prawników jest jasne, że na moment orzekania przez sąd, strata musi być już poniesiona i precyzyjnie wyliczona, a nie być jedynie estymacją, którą można się posługiwać np.: w chwili składania pozwu. Przyznał z ubolewaniem, z uwagi na poświęcony osobiście czas, iż ugód sądowych jak i pozasądowych szybko nie będzie. Jednocześnie zaapelował do strony publicznej, aby wzięła pod uwagę, że koszty ugodowego rozwiązania sporów byłyby mniejsze. Zarówno te w bliskiej perspektywie, jak i te długofalowe. Powoli zbliża się etap materializowania się strat, bowiem dobiegają końca realizacji kontraktów typu projektu i buduj, a po drugie ze względu na przepisy Kodeksu Spółek Handlowych zarządy mają obowiązek minimalizowania strat i sięgania po narzędzia to umożliwiające. Tego oczekują zarówno właściciele spółek jak i finansujące ich banki. Wreszcie zmusza do tego perspektywa przedawnienia roszczeń. Przestrzegł także, że tam, gdzie kontrakty nie zostaną zwaloryzowane, będzie dochodziło do np.: opóźnień w realizacji, będą próby skompensowania roszczeń waloryzacyjnych innymi roszczeniami lub podobnymi działaniami.

Kolejny referat wygłosił **Andrzej Grabiec**, który na wstępie poinformował, iż cała branża budowlana dotknięta jest problemem wzrostu cen i potrzebą waloryzacji, a problem zaczął się w roku 2017. Wówczas to panowała narracja, iż problemy dotyczą wyłącznie tych firm, które są nierzetelne i które przeszarżowały w obniżaniu wartości ofert. Tymczasem czas pokazał, iż dotyczy to wszystkich. W przypadku umów typu projekt i buduj, zwykle proces uzyskiwania

decyzji ZRiD trwa 210-220 dni. Cały proces do rozpoczęcia robót zamyka się w okresie prawie 2 lat. Wykonawca w tym okresie jest w stanie kontraktować podwykonawców, ale często zdarzało się, iż do podpisania kontraktu upływało ponad pół roku z powodu badania ofert. Zatem roboty budowlane rozpoczynają się nawet 2,5 roku po dacie złożenia oferty, a kończą się prawie 4,5 roku po podpisaniu umowy. Raporty giełdowe pokazują więc, że od 4 kwartału 2017 roku, giełdowe firmy wykonawcze są na minusie. Poinformował, że w ramach Rady Ekspertów przy Ministerstwie Infrastruktury funkcjonowała Komisja Tematyczna, której był członkiem. Jednym z jej zadań było wypracowanie modelowego roszczenia waloryzacyjnego. Wydawało się, że nastawienie wszystkich stron było pozytywne, ale prace zakończyły się fiaskiem. Niestety, dziś nie działają już oba ciała. Ministerstwo uznało, iż nie bardzo istnieje prawna możliwość aby zadziałać na polu waloryzacji w już zawartych kontraktach. GDDKiA i PKP PLK S.A. zaproponowały wspólne rozwiązanie, różniące się jedynie koszykiem dóbr, potrzebnych do realizacji przedmiotu umowy. Waloryzacja miała obejmować 50% wartości kontraktu, aby podzielić ryzyko z wykonawcą po połowie, ale z dodatkowym ograniczeniem do 5% wartości kontraktu. Dodatkowo, waloryzacją mieli być objęci podwykonawcy. Porównanie wyniku ćwiczenia wykonanego według powyższego modelu oraz wykonanego według modelu w przyszłej ustawie o zamówieniach publicznych dało różnicę jedynie ok 1,0%, w przeciwieństwie do dawniej proponowanych modeli. Jednakże to kwestia przyszłości. To co najbardziej boli wykonawców to obecne kontrakty będące w realizacji. Strategie postępowania z roszczeniami waloryzacyjnymi podzielił na trzy grupy. Pierwsza miała polegać na szybkim cięciu strat i odstępowaniu od umów przed pogłębieniem strat i był to model dość często stosowa-

ny. Większość firm wybrała drugi model strategii, polegający na zaciśnięciu zębów i doprowadzeniu budowy do końca, kiedy to skład roszczenia i pozwy, których rozpatrywanie toczy się latami z różnym efektem. Dotyczy to przede wszystkim większych firm, będących silniej zakorzenionych na polskim rynku, nawet, jeśli część ich kapitału pochodzi z zagranicy. Bowiem zerwanie umów można uznać, że jest poza ich zasięgiem z uwagi na możliwe konsekwencje np.: wykluczenia z przyszłym postępowań przetargowych. Trzeci model strategii polega na zmaksymalizowanych staraniach o realizację kontraktu, które prowadzą do bankructwa firm, które mają wyłącznie polski kapitał, brakuje im rezerw finansowych, a także działają krócej na dużym rynku wykonawczym. Zdarzył się co najmniej jeden taki przypadek.

Kolejnym referentem pierwszego dnia konferencji był mecenas **Piotr Skrzypczak**. Przytoczył on definicję roszczenia jako żądanie zmiany umowy i podzielił je na zasadnicze dwie kategorie tj. finansowe i czasowe. Pracując również dla zamawiających, ma możliwości oceny jakości roszczeń wykonawców, którym ma wiele do zarzucenia. Przykładowo zanegował roszczenie, którego uzasadnieniem były wielokrotne błędy w dokumentacji projektowej. Brak było jednak analizy ścieżki krytycznej harmonogramu. Poinformował, że zamawiający znacznie przychylniej patrzą na roszczenia opatrzone szczegółową analizą ścieżki krytycznej. Skrytykował również teoretyzowanie w kwestii wartości finansowej roszczenia, które określił jako oderwane od realiów kontraktu, nie uwzględniające sytuacji rynkowej a oparte jedynie o elementy wskaźnikowe. Z praktyki zawodowej, sądowej wywodzi wniosek, iż najlepiej jest wyliczać roszczenie analogicznie do sposobu obliczania wartości szkody. Kolejnym istotnym punktem jest terminowość powiadomienia o roszczeniu, co wywołuje liczne spory w kon-

tekście dyspozycji art. 651 kodeksu cywilnego w związku z subklauzulą 20.1 warunków kontraktowych FIDIC. Zostały one rozstrzygnięte przez Sąd Najwyższy, który uznał, że uchybienie przez wykonawcę obowiązku niezwłocznego powiadomienia inwestora o terminowych przeszkodach w realizacji robót budowlanych nie może skutkować odpowiedzialnością wykonawcy za ich powstanie. Wykonawca może uwolnić się od takiego zarzutu wykazując, że nie był w zwłocie. Odnośnie subklauzuli 20.1 przytoczył stanowisko biegłego, które sąd bezkrytycznie przyjął, iż jest to procedura wniosku o zmianę umowy. W przypadku jej niedotrzymania powinna determinować kwestię badania zwłoki wykonawcy. Analogicznie jak w przypadku analizy zwłoki w kontekście kar umownych. Brak złożenia powiadomienia w określonym terminie, może być poczytane za brak chęci dokonania zmiany umowy np.: w zakresie jej terminu, co może prowadzić do naliczenia kar umownych. Rekomendował zatem zgłosić roszczenie przez wykonawcę natychmiast po dowiedzeniu się o okolicznościach faktycznych. To samo działanie jest pożądane przez zamawiającego, który tylko wówczas może dokonać zmiany umowy. Jednocześnie zalecił dokonywanie powiadomień o przeszkodach także w dzienniku budowy, który przez sądy traktowany jest jako prawda objawiona.

Ostatnim prelegentem tego dnia był **Grzegorz Romanowicz**, który opowiedział o ochronie ubezpieczeniowej realizacji kontraktów. Takimi przykładami jest nieprzewidziane wydłużenie terminu realizacji lub też zwiększenie wartości kontraktu, a także ewentualne rozwiązanie kontraktu. Może to pozbawiać ochrony ubezpieczeniowej. Zaapelował więc do zamawiających, aby to oni dokonywali ubezpieczenia budowy. Dzięki czemu ich interes będzie lepiej chroniony, zwłaszcza w sytuacji prowadzenia robót budowlanych



bez formalnego aneksowania terminu realizacji. Ponadto będąc uczestnikiem zamówienia publicznego, ubezpieczyciel starałby się nie pozbawiać zamawiającego ochrony, z obawy przed ewentualnym wykluczeniem z przyszłych postępowań.

Drugiego dnia konferencji pierwsze wystąpienie wygłosił mecenas **Jarosław Jerzykowski**. Poinformował, iż w umowach o roboty budowlane nie musi zostać ściśle określona wartość wynagrodzenia, ale może wystarczyć wskazanie podstaw do jego obliczenia lub też zawarcie mechanizmów je korygujących. Jednocześnie polecił mieć na uwadze, iż kodeks cywilny w części dotyczącej zobowiązań, na samym jej początku zawiera zapisy dotyczące możliwości zmiany stosunku zobowiązaniowego. Często nie jest bowiem możliwe z góry przewidzenie wszystkiego co się w jego trakcie wydarzy. Jego realizacja może zostać zakłócona m.in. przez ryzyka kursowe, wahania cen paliw, zmiany stanu prawnego i podobne zdarzenia. Dlatego praktyka pokazuje, iż koniecznym jest zawieranie klauzul waloryzacyjnych, opartych o np.: koszyki dóbr lub inne mechanizmy odzwierciedlające zmiany kosztów. Jego zdaniem najlepszym mechanizmem jest waloryzacja kontraktowa, bowiem to strony umowy mogą mieć największą wiedzę, co się może wydarzyć w trakcie realizacji kontraktu, a zamawiający ma pełną swobodę kształtowania kształtu umowy. Waloryzację sądową określił jako fajerwerki, efektowne, ale rzadko używane. Przypomniat, że dyrektywy unijne dotyczące zamówień publicznych zawierają zapisy nakładające obowiązek ustawowej indeksacji umów, a ponadto zapisy rewizyjne, dotyczące kontraktowej waloryzacji. Pochwalił klauzulę waloryzacyjną zawartą w kontraktach autorstwa PKP PLK S.A. za stosowanie koszyka dóbr, wskazując jednocześnie, iż jest ona niewystarczająca z powodu jej limitu procentowego. Zwrócił uwagę,

iż ustawa prawo zamówień publicznych od roku 2014 zawiera ustawowe przesłanki zmiany umowy w zakresie zmiany umowy dotyczącej wysokości wynagrodzenia, które wymagają jedynie wykazania skali wzrostu kosztów w przeciwieństwie do klasycznej klauzuli waloryzacyjnej z kodeksu cywilnego, która wymaga wykazania związku pomiędzy wystąpieniem zdarzenia, a kontraktem i wpływem na wartość wynagrodzenia. Na podstawie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej postawił tezę, iż roszczenia oparte o art. 142 ust. 5 ustawy Pzp powinny być zgłaszane niezwłocznie po wejściu w życie zmian wskazanych w powyższym przepisie. Ponadto przepis ten ma umożliwiać przenoszenie kosztów zgłaszanych przez podwykonawców, bez marży, ale z możliwości powiększenia o koszty przeniesienia roszczenia. Orzecznictwo KIO pozwala domniemywać, że możliwe jest przeniesienie całości takich odpowiednich kosztów z wykonawcy na zamawiającego, ale wyłącznie kosztów osobowych. Nie ma znaczenia rodzaj wynagrodzenia tj. kosztorysowego lub ryczałtowego.

Następnie wykład dotyczący sposobu wyliczenia wartości roszczeń waloryzacyjnych wygłosił **Michał Lempowski**. Wskazał, iż obok uzasadnienia prawnego roszczenia waloryzacyjnego, nie mniej istotnym jest przeprowadzenie analizy techniczno-ekonomicznej, a jej niezbędnym elementem jest porównanie finalnego kosztu z bazą kosztową, powstałą na etapie konstruowania oferty przez wykonawcę. Analizy wymaga przesłanka nadzwyczajnego wzrostu cen, a także przesłanka nadmiernej trudności spełnienia świadczenia i groźba rażącej straty dla wykonawcy. Analiza zmienności cen na etapie konstruowania oferty wiąże się z dokonaniem analizy retrospektywnej cen z etapu poprzedzającego złożenie oferty. Pewien problem sprawia ustalenie długości trwania tego okresu. Analiza orzecznictwa wskazuje, że

powinien on odpowiadać co najmniej okresowi realizacji kontraktu, a nawet sięgać 10 lat wstecz przed datą złożenia oferty. Wprawdzie dostrzega możliwość złożenia roszczenia waloryzacyjnego w trakcie realizacji kontraktu, ale zarekomendował jego złożenie po zrealizowaniu przedmiotu kontraktu, dzięki czemu wykonawca może już podliczyć wszystkie poniesione koszty. Poza wartością poniesionych kosztów, uznał za istotne również dynamikę ponoszonych kosztów w poszczególnych latach realizacji kontraktu. Za bardzo istotne uznał również charakter wzrostu cen i identyfikacja nagłych, skokowych wzrostów tych cen. Badanie straty może dotyczyć poniesienia kosztów na poszczególnych kategoriach kosztów m.in. robociznie, materiałach, kosztach wykonania obiektów mostowych itd. oraz straty na całym kontrakcie. Ta ostatnia jest niezbędną przesłanką do powstania roszczenia waloryzacyjnego, a nie przedmiot tego roszczenia. Przedstawił sposób kalkulacji roszczenia waloryzacyjnego na przykładzie wzrostu cen oleju napędowego i asfaltów przedstawiając okres referencyjny wynoszący dwa lata przed datą odniesienia dla budowy 20-kilometrowego odcinka drogi ekspresowej w sytuacji wzrostu ceny asfaltu o 500zł za tonę. Co stanowiło ok 25% względem zakładanej ceny.

Kolejny referat wygłosił mecenas **Rafał Morek**, który omówił zagadnienie *rebus sic stantibus*. Postawił dwa pytania, czy istnieje możliwość zawarcia ugody przedsądowej w tym zakresie i czy regulacje polskiego prawa są w tym zakresie odpowiednie. Na pierwsze pytanie odpowiedział twierdząco, ale na drugie wskazał, że mogłoby być lepiej. Analizując temat posłużył się europejskim dokumentem dotyczącym wspólnego rozumienia regulacji cywilistycznych. Wprawdzie przyznał, że dokument ten nie jest oficjalnie obowiązującym, niemniej jednak wypada się do niego stosować. Wynika

z niego, że w przypadku, gdyby realia wykonywania kontraktu odrywały się od warunków sporządzenia oferty to w takim przypadku trzeba dokonać adaptacji kontraktu do zmieniających się okoliczności. W przypadku braku polubownego rozwiązania tej kwestii, sąd może strony przymusić do tego. Może zmienić umowę lub ją rozwiązać, a w każdym przypadku może zasądzić odszkodowanie za stratę wynikającą z faktu odmowy przed stroną zmiany kontraktu albo odstąpienia od negocjacji w sposób sprzeczny z dobrą wiarą i uczciwym postępowaniem. Oczekuje, aby uczynić te zapisy postulatem *de lege ferenda*, czyli rodzajem wniosku do ustawodawcy o ich ujęcie w nowych lub zmienianych aktach prawnych. Omówił rys historyczny instytucji *rebus sic stantibus*. Przypomniał, że jest to instytucja prawa sędziowskiego oraz zauważył, że sędziowie nie są kształceni w kierunku nabycia kompetencji do zmian umów. Wskazał również, że uprawnienie do roszczenia waloryzacyjnego powstaje już w przypadku zwykłej straty kontraktowej. Nie jest konieczne wystąpienie straty w całym przedsiębiorstwie. W ślad za przedmówcami przypominał, iż orzeczenia KIO w ostatnim roku wskazywały, iż w zamówieniach publicznych, zamawiający nie mogą skutecznie wyłączyć uprawnienia do waloryzacji sądowej, nawet jeśli zostanie wyłączona klauzula kontraktowa np.: usunięta subklauzula 13.8. Omawiając przykładowe orzecznictwo wymienił również takie, w którym sąd uznał, że nic nie stoi na przeszkodzie do zwaloryzowania wynagrodzenia w którym wykonawca założył marżę na poziomie 0%, wyłącznie dla utrzymania produkcji, zatrudnienia ludzi itd. Sąd miał zauważyć, iż zawarcie takiego kontraktu jest ekonomicznie uzasadnione. Wskazał również właściwy moment na złożenie pozwu waloryzacyjnego, którego upatrywał w okresie przed wykonaniem umowy tj. zwykle za ten

moment uznawany jest odbiór końcowy np.: wystawienie Świadectwa Przejęcia. Uczulił słuchaczy na skutki reformy kodeksu postępowania cywilnego, które zaczęły obowiązywać od 7 listopada 2019 r. W jej ramach weszła nowa instytucja posiedzenia przygotowawczego. Sąd zaprasza wówczas nie tylko pełnomocników stron, ale również członków organów zarządzających i uzgadnia tzw. plan rozprawy, który służy m.in. zaplanowaniu postępowania dowodowego. Umowy o roboty budowlane zaliczają się do spraw gospodarczych, co skutkuje objęciem ich tzw. prekluzją dowodową. To nakłada na strony powołanie wszystkich twierdzeń i dowodów już w pozwie, pod rygorem ich pominięcia. Dowody z zeznań świadków mają obecnie charakter jedynie pomocniczy. Wszystkie okoliczności należy utrwalić w dokumentach. Ewentualni świadkowie będą zeznawać na piśmie.

Dalszym prelegentem był **Michał Siejda**, który również nawiązał do klauzuli *rebus sic stantibus* wskazując, że jej celem jest przywrócenie równowagi stron zachwianej w wyniku wystąpienia nieprzewidzianych okoliczności. Omówił aspekty, które powinien przeanalizować biegły analizując uprawnienie wykonawcy do waloryzacji wynagrodzenia. Celem określenia uprawnienia do roszczenia waloryzacyjnego, jego zdaniem winno się sprawdzić normalny poziom ryzyka gospodarczego, oraz czy oczekiwana przez wykonawcę zmiana jest zmianą powszechną i czy ewentualna zmiana umowy zostanie wprowadzona z zachowaniem równego traktowania i zachowania konkurencji. Na koniec powinno się dokonać sprawdzenia czy zmiana jest rażąca i na ile wynagrodzenie powinno zostać podwyższone. Omówił kwestię rachunku ekonomicznego wykonawcy, który działa w celu zwiększenia swojego majątku. Analizując temat m.in. na podstawie danych GUS zauważył prawidłowość, iż gdy wyniki osiągnięte przez wykonaw-

ców spadają poniżej wartości stopy referencyjnej to powstaje wówczas sytuacja, w której lepiej byłoby im zawiesić działalność, a posiadane środki finansowe, powinni wpłacić na lokatę bankową. Rentowność prowadzenia działalności, rekompensująca premię za ryzyko, wyniosła w takim ujęciu 0,4% ponad stopę referencyjną. Wystąpiła ona w 2010 r., następnie spadała osiągając minimum w 2013 r., aby ponownie wzrastać aż do końca 2018 r, kiedy ponownie osiągnąć poziom 0,4%. Dodał, że celem obniżenia wartości wyceny ryzyka w ofercie wykonawcy, zamawiający powinni uwzględnić waloryzację umowną, co także pozwoli skrócić czas rozpatrywania sporów. Zaproponował poza cenowe kryterium oceny ofert w ramach którego zamawiający badałby jakie ryzyko skłonny jest przyjąć na siebie wykonawca.

W dalszej części miała miejsce debata Oksfordzka. Iwona Zielińska rekomendowała zawieranie ugód sądowych, które są zgodne z prawem, a pozwolą wykonawcy zachować płynność i dokończyć realizację kontraktu. Potwierdzone to zostało także przez opinie: prezesa UZP, mecenas Jacka Piroga i inne. Uznała ją za najszybszą i najtańszą metodę rozwiązywania sporów.

Jej oponentem był Paweł Rychel, który również uznał ugody za najlepszą i najtańszą metodę rozwiązywania sporów. Jednakże patrząc na sprawę z perspektywy zamawiającego wskazał, że trzeba „wycenić ugody” oraz że zawsze istnieje obawa, że ktoś w przyszłości oceni taką ugody jako mniej korzystną od ewentualnego wyroku sądowego. Zważywszy, że decyzję w sprawie akceptacji ugody musi podjąć wiele komórek organizacyjnych zamawiającego to istnieje znaczne prawdopodobieństwo, iż co najmniej niektóre z nich będą wołały nie podejmować decyzji i poczekać na rozstrzygnięcie sądowe.

Prowadzący debatę podniósł kwestię ryzyka i bezpieczeństwa zamawiającego. Nawet zawarcie ugody

przedsądowej nie chroni przed ponoszeniem odpowiedzialności.

Na pytanie odpowiadała Iwona Zielińska, zauważając, że analiza opłacalności zawarcia umowy sporządzana jest w formie pisemnej. Niemniej ugoda to wzajemne ustępstwa stron i obie strony muszą się zgodzić na częściową rezygnację ze swojego stanowiska. Aspekty społeczne niedokończonych na czas inwestycji również są ważną kwestią w ocenie opłacalności umowy. Przypomniała, iż niektórzy eksperci uważają proces o roszczeni waloryzacyjne najlepszą inwestycją, dającą wyższą stopę zwrotu niż lokata bankowa.

Prowadzący debatę, Tomasz Skoczyński zapytał dlaczego uzasadnienie zawarcia umowy wymaga pisemnej opinii, ale jej odrzucenie takiej nie wymaga? Zdarza się przecież, że wystarczy jeden głos sprzeciwu w organizacji zamawiającego i do umowy nie dojdzie, ale wykonawca nie może poznać tych argumentów i podjąć z nimi dyskusji.

Mecenas Tadeusz Piątek zabierając głos powiedział, że jego zdaniem najkorzystniejszą jest zawieranie umów, unikając procesów. Zamawiającym kojarzy się to ze zwrotem „zgniły kompromis” i wolą przejść proces sądowy. Namawiał więc SIDiR i inne organizacje do pracy nad zamawiającym celem zmiany modelu ich postępowania.

Andrzej Konieczny reprezentujący zamawiającego powiedział, że nie byłoby dobrym rozwiązaniem zobowiązanie zamawiających do pisemnego uzasadniania odmowy zawarcia umowy, bowiem ich prawnicy zapewne znajdą długą listę argumentów. Namawiał do zbudowania dobrych relacji z zamawiającym. W odniesieniu do wykonawców, którzy od początku kontraktu szukają błędów w specyfikacji i innych przeszkód, „haków na zamawiającego” to w jego ocenie, perspektywa zawarcia umowy, nie jest bliska. Zwrócił uwagę, iż pozostali wykonawcy, którzy nie

zwyciężyli w danym postępowaniu, mogą odnieść wrażenia, że zwycięska oferta wykonawcy mogła mieć zaniżoną wartość wynagrodzenia, a wykonawca, którego oferta została wybrana i podpisał umowę, następnie w toku realizacji kontraktu domaga się zwiększenia wartości kontraktu.

Iwona Zielińska wskazała, że według obecnych szacunków koszt waloryzacji dla Skarbu Państwa wynosi ok 2,3 mld zł. Podkreśliła, że z tytułu podatków wróci do Skarbu Państwa ok 1,5 mld zł tytułem m.in. podatków, akcyzy i składek na ubezpieczenia społeczne. Brak waloryzacji skutkuje zwiększeniem wyceny ryzyk, co mocno podnosi wyceny obecnych ofert. Alternatywą dla waloryzacji są odstąpienia od kontraktów, które są dramatyczne w skutkach m.in. utrata miejsc prac i spadek wpływów podatkowych. Ponadto pojawiają się liczne skutki społeczne np.: opóźnienie w oddaniu odcinka nowej drogi może wymusić konieczność remontu drogi alternatywnej. Dodatkowo brak otwarcia nowych odcinków dróg może podtrzymywać zwiększoną wypadkowość, w jej rezultacie może zginąć dalsze 250 osób rocznie. Zauważyła także negatywne skutki dla środowiska, w tym emisje do atmosfery. Mocno podkreśliła także ryzyko utraty części dofinansowań unijnych do projektów. Zwróciła uwagę na treść art. 44 ustawy o finansach publicznych nakazującego optymalizację wydatków publicznych, czemu odmowa waloryzacji przeczy.

Kolejny uczestnik debaty powiedział, że jako zamawiający, ujął w swoich umowach klauzule waloryzacyjne celem obniżenia wartości otrzymywanych ofert, których wysokość zaczęła dość raptownie rosnąć do takiego poziomu, że oczywistym już było, że te prace nie mogą aż tyle kosztować. Oferty opiewały na ok. 50-60% ponad kosztorys inwestorski. Trzeba mieć też świadomość, że kosztorysy inwestorskie często bywają niedoszacowane. Należy sobie

jednak jasno zdawać sprawę z finalnego kosztu wykonania przedmiotu umowy. Zwrócił uwagę, że istnieje instytucja kwoty warunkowej, która pozwala zamawiającym przykładowo miejskim, dysponować niezbędnymi funduszami na m.in. roboty dodatkowe, a w przypadku ich niewykorzystania, wrócą one do budżetu miasta.

Następne pytanie zadał moderator, który podniósł wątpliwość, czy waloryzacja nie jest przypadkiem działaniem usprawiedliwiającym nieprofesjonalnych wykonawców, którzy mogli nie przewidzieć pewnych wydatków lub wzrostu cen, bądź to świadomie zaniżyli wartość oferty licząc na zwycięstwo. Byłoby to na szkodę tych, którzy potrafili odpowiednio skonstruować oferty, mając świadomość braku zapisów o waloryzacji kontraktowej.

Iwona Zielińska odnosząc się do powyższego zauważyła, że zamawiający wnikliwie analizowali oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, wybór ofert był przedmiotem zażalenia do KIO, a następnie dochodziło do kontroli uprzedniej przez np.: Centrum Unijnych Projektów Transportowych. Bardzo często zamawiający żarliwie bronił tych ofert. Zatem można postawić tezę, że wszystkie strony, w tym pozostali konkurujący o udzielenie zamówienia, mieli takie samo ryzyko.

Kolejny rozmówca wskazał, że w urzędniczej rzeczywistości zamawiającego zwykle jest tak, że kwota oszacowana 3-4 lata wcześniej jest już utrwalona w ich świadomości i prędzej rozmawiają o powtórzeniu przetargu zamiast podniesieniu szacunkowej wartości zamówienia.

Barbara Dziedziuchowicz zgodziła się z tezą, że brak waloryzacji umownej może być naruszeniem dyscypliny finansów publicznych. Poleciała lekturę dokumentów dotyczących kontraktów zerwanych w 2019 r., lekturę ofert oraz kosztorysów inwestorskich, które zosta-



ły sporządzone na dokończenie tych inwestycji i porównanie ich z rzeczywistością 2015 r. Wzrost kosztów nastąpił nie o 20-30%, ale nawet o 100%. Wskazała, że w tym roku zostało zerwane przez GDDKiA aż 12 kontraktów. Umowy na dokończenie tych odcinków zostały podpisane w zaledwie kilku przypadkach. Powiedziała, że organizacja, której przewodniczy, wraz z SIDiR złożyła wniosek o zmianę ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, aby nie tylko zawarcie ugody wymagało uzasadnienia, ale również odmowa jej zawarcia. Zauważyła, że GDDKiA musiała dołożyć znacznie więcej niż zapowiedziane rok wcześniej 7,2 mld zł na dokończenie projektów inwestycyjnych, i że nie będą to środki unijne, ale krajowe, z czym wszyscy odpowiedzialni za ten stan rzeczy, już się pogodzili.

Jacek Bendykowski zaapelował o pracę nad zmianą mentalności pracowników zarówno po stronie zamawiających jak i wykonawców, aby więcej wysiłku wkładali w znalezienie kompromisu. Zauważył, że tak jak wyborcy nie lubią polityków, którzy są zdolni do kompromisu, tak samo przekłada się to na trudności w porozumieniu się również w sprawach spornych.

Tomasz Skoczyński podchwycił pomysł nowelizacji ustawy o dyscyplinie finansów publicznych poprzez wprowadzenie konieczności pisemnej odmowy zawarcia ugody, co jego zdaniem powinno przełożyć się na zmianę mentalności urzędników zamawiających. Zadał również kolejne pytanie o odstąpienia od umów na budowę odcinków dróg ekspresowych i autostrad z wykonawcami, którzy mają wspólny mianownik w postaci firm zagranicznych, niezbyt mocno zakorzenionych na polskim rynku, które nie zbudowały tutaj struktur i którym dość łatwo może przychodzić decyzja o opuszczeniu naszego rynku.

Na to pytanie odpowiedziała Iwona Zielińska, wskazując, że trudno jest wskazać obiektywny model waloryzacyjny, wspólny dla wszystkich kontraktów, ale jest szansa na wypracowanie praktyki sądowej w tym zakresie. Inną kwestią jest, że powinno się odróżnić tych wykonawców, którzy starali się wykonać kontrakt, ale zostali dotknięci nadzwyczajną zmianą warunków. Przytoczyła przykład nieprawidłowej, jej zdaniem sytuacji, w której budowa pewnego odcinka drogi została zaawansowana w 85%, na skutek wzrostu cen, wykonawca nie był w stanie jej dokończyć i ogłosił upadłość.

Następny prelegent przedstawił punkt widzenia zamawiającego. Wspomniat, że spotkał się z groźbami wykonawców, iż zerwą oni kontrakt, jeśli nie otrzymają waloryzacji wynagrodzenia. W takich sytuacjach pojawia się jednak jego obawa, żeby w ramach waloryzacji nie przyznać zbyt wysokiego wzrostu wynagrodzenia, co mogłoby zostać poczytane jako sprzeniewierzenie środków publicznych. Rozważał też jak postąpić w sytuacji, gdy wykonawca złożył znacznie niższą niż konkurencja oraz budżet zamawiającego ofertę, obronił się przed zarzutami rażąco niskiej ceny, a następnie, w połowie realizacji kontraktu zwraca się z roszczeniem waloryzacyjnym. Wobec tego zadał pytanie, czy nie zasadnym byłoby opracowanie przepisów nakazujących odrzucenie oferty przewidującej najniższą cenę, co mogłoby pomóc w uniknięciu tego typu sytuacji.

Przysłuchując się wcześniejszym wypowiedziom, Tomasz Skoczyński zaproponował, aby SIDiR rozważył zorganizowanie konferencji dla zamawiających, celem rozwiązania wątpliwości odnośnie możliwości zawierania uгод ws. roszczeń waloryzacyjnych. Przemawiać powinny osoby, które posiadają doświadczenie zawodowe w obszarze wymiaru sprawiedliwości, m.in. były prokurator oraz adwokat, którzy przedsta-

wiliby kwestie ponoszenia odpowiedzialności za podejmowane decyzje, lub ich brak. Kolejnym aspektem do wyjaśnienia byłyby kwestie kontroli, zatem być może należałoby zaprosić przedstawicieli Najwyższej Izby Kontroli, Regionalnych Izb Obrachunkowych i innych organizacji kontrolujących wydatkowanie środków publicznych.

Iwona Zielińska wystosowała postulat, iż należy rozważyć stworzenie narzędzi dla zamawiających pozwalających na wybieranie wyłącznie wykonawców dysponujących własnym potencjałem technicznym. Jej zdaniem nie może być tak, że przetarg wygrywa „firma teczka”, który dopiero później przystępuje do organizowania potencjału. Takie rozwiązania funkcjonują z powodzeniem w Unii Europejskiej w oparciu o te same dyrektywy, także u naszych najbliższych sąsiadów.

Na zakończenie konferencji Andrzej Poradzisz zaprezentował narzędzie do zarządzania kontraktami „ArchDesk” oraz nastąpiło wręczenie nagród w Konkursie Young Professionals SIDiR.

W konferencji uczestniczyło ok. 250 osób, sala konferencyjna została wypełniona po brzegi, a obsługa donosiła dodatkowe krzesła, aby pomieścić wszystkich uczestników. Hotel Sheraton zapewnił bardzo dobre warunki lokalowe i profesjonalną obsługę, a także bogaty w ofercie, atrakcyjny wizualnie i smaczny catering.

Marcin Bałdyga

Członek SIDiR,
Doktorant w Instytucie
Nauk Prawnych PAN





Sąd Arbitrażowy
przy
Stowarzyszeniu
Inżynierów Doradców
i Rzeczoznawców w Warszawie

Sąd dedykowany w sprawach budowlanych



www.arbitraz-sidir.pl

