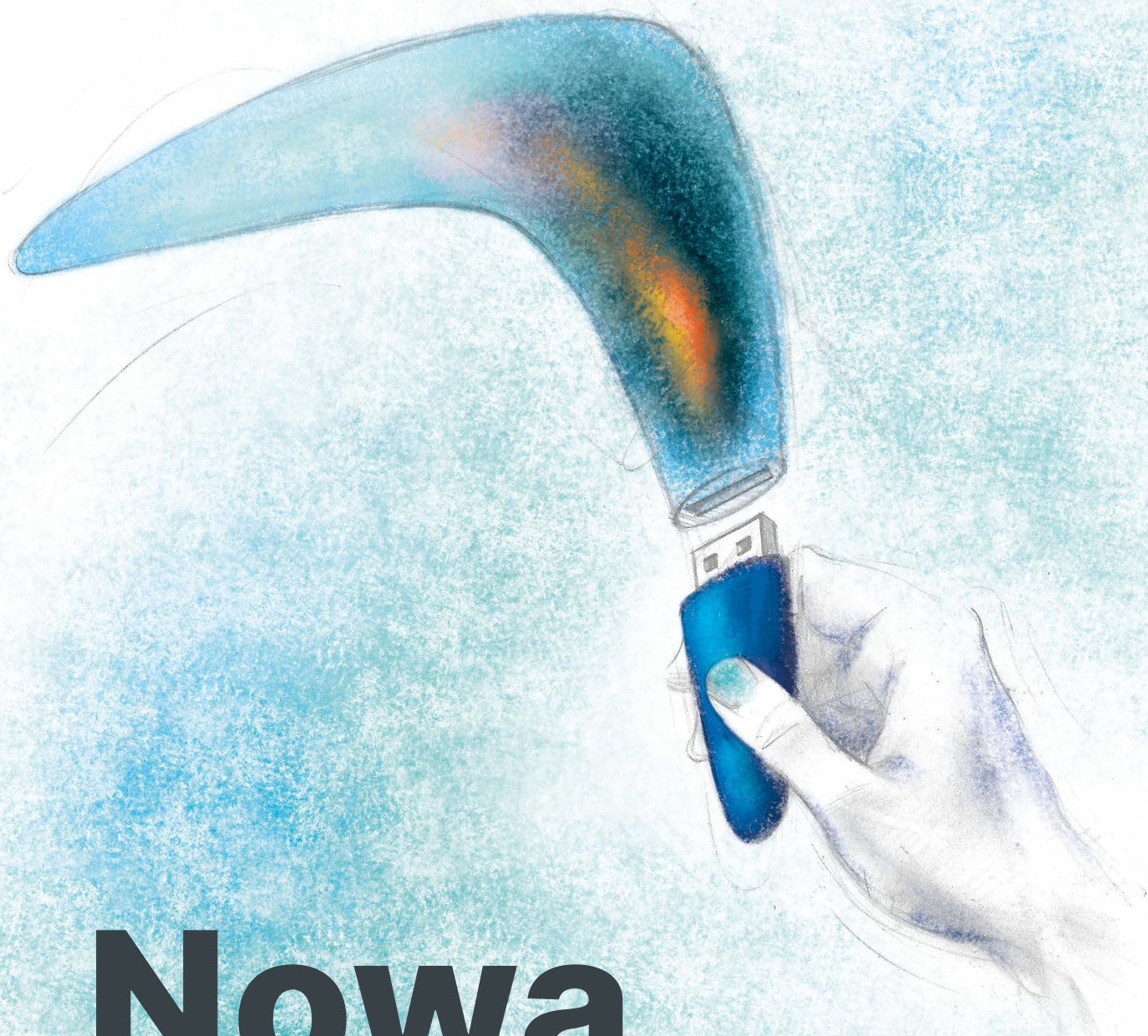


BIULETYN **Konsultant**

KONSULTANT nr 55 • GRUDZIEŃ 2020

ISSN 1898-634X



Nowa rzeczywistość

Szanowni Państwo,

Rok 2020 przejdzie do historii jako rok przewartościowań. Czas pandemii wywrócił do góry nogami wszystko to, co znaliśmy i czego mogliśmy się spodziewać. Zaczęliśmy zastanawiać się nad tym, co jest tak naprawdę ważne i co powinniśmy doceniać.

Z okazji nadchodzących Świąt życzymy Państwu zdrowia jako dobra najcenniejszego. Życzymy byście mogli w gronie najbliższych spędzić świąteczny czas w zadumie i z pokorą, ale z uśmiechem i nadzieją.

Życzymy sobie i Państwu, aby nasze Stowarzyszenie było przestrzenią dla wzajemnych inspiracji, pomocy, wymiany doświadczeń i przyjaźni, a tak wzmocnione więzi między nami niech przyczyniają się do podnoszenia wysokich już standardów Inżynierów Konsultantów.

Zarząd SIDiR



W NUMERZE:

HARMONIZACJA WK FIDIC Z PRAWEM: KLAUZULA 11.9	4
PROBLEMATYKA STOSOWANIA KLAUZULI 13 WZORCA WARUNKÓW KONTRAKTOWYCH W POLSKIM SYSTEMIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	8
POZASĄDOWE ROZWIĄZYWANIE SPORÓW W NOWEJ USTAWIE „PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH”	14
HIPER-RYCZAŁT	18
WIELKIE INWESTYCJE WYMAGAJĄ DUŻEJ PRACY	22
ROSZCZENIA ZWIĄZANE ZE SPADKIEM PRODUKTYWNOŚCI	24
ROSZCZENIA ODSZKODAWCZE W ZWIĄZKU Z OPÓŹNIENIEM KONTRAKTU	30

Biuletyn „Konsultant”

Wydawca:

Stowarzyszenia Inżynierów Doradców
i Rzeczoznawców (SIDiR)

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

Kolegium redakcyjne:

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

Publikowane w Biuletynie „Konsultant” artykuły
prezentują stanowiska, opinie i poglądy ich Autorów.
Redakcja zastrzega sobie prawo do 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.

Życie jest pełne niespodzianek – nasze zawodowe także.

Czy ktoś na początku roku mógł sobie wyobrazić, że tak to wszystko się potoczy? Że cały Świat stanie na głowie a my razem z nim? Że przyjdzie nam się uczyć życia w nowej rzeczywistości...

Akurat nasze środowisko całkiem szybko i skutecznie dostosowało się do konieczności zdalnej pracy. Nie wszystko jednak można zrobić zdalnie...

Przecież i nam sytuacja pandemiczna pokrzyżowała szyki – nie udało się zorganizować oczekiwanego spotkania szkoleniowo-integracyjnego, podobnie jak i dorocznej Konferencji Sądu Arbitrażowego przy naszym Stowarzyszeniu. To zmusiło Zarząd SIDiR do zmiany planów i metod działań, które ukierunkowane – zgodnie ze Statutem – powinny być na szerzeniu wiedzy, dawaniu możliwości podnoszenia kwalifikacji Inżynierów Konsultantów i jakości świadczonych przez nich usług oraz umożliwieniu Inżynierom Konsultantom zdobywania specjalistycznej wiedzy, a także szerzeniu szeroko rozumianych dobrych praktyk.

Tak też się właśnie dzieje – zaproponowaliśmy Państwu cykl nieodpłatnych szkoleń i warsztatów z rozległej tematyki związanej z naszym zawodem. Powinniśmy znać nowe Prawo budowlane i nowe Prawo zamówień publicznych, podobnie jak nowe Warunki Kontraktowe FIDIC. Powinniśmy wspólnie promować pozasądowe metody rozstrzygania sporów, w tym zwłaszcza poprzez mediacje. Powinniśmy promować sądy polubowne, w tym szczególnie nasz – dedykowany rozstrzygnięciu sporów w budownictwie.

Temu służyć mają nasze inicjatywy kierowane do Państwa. Co ważne – oczekujemy, że Państwo włączą się w nasze działania, zarówno od strony podpowiadania jakie inne tematy powinny być poruszane na takich szkoleniach, jak i od strony proponowania Waszych wykładów.

Nie zapominamy o naszych poprzednich inicjatywach – zwłaszcza o Funduszu Innowacji SIDiR. Cały czas są środki przeznaczone na ten cel. Czekamy więc na Wasze zgłoszenia. Działamy intensywnie w za-

kresie oficjalnego ustanowienia zawodu Inżyniera Konsultanta – mam nadzieję, że do końca roku zamkniemy okres pracy koncepcyjnej i złożymy do właściwego ministra wniosek o rejestrację wymagań kwalifikacyjnych i systemu uznawania kwalifikacji i włączenie do Zintegrowanego Systemu Kwalifikacji. Pracujemy nad nowym Regulaminem Sądu Arbitrażowego przy SIDiR, który będzie uwzględnił ciekawe z naszej perspektywy zapisy nowej ustawy Prawo zamówień publicznych. Pracujemy nad kolejnym, bardzo poszerzonym, wydaniem „Standardów Realizacji Inwestycji SIDiR”, a także nad przetłumaczeniem i wydaniem kolejnego podręcznika opisującego proces inwestycyjny i koszty ponoszone w trakcie realizacji, tym razem wydanego przez Amerykańskie Stowarzyszenie Inżynierów Kosztów (AAECI – Association for the Advancement of Cost Engineering), „Wytyczne do zarządzania kosztami”.

To na czym nam zależy i gdzie widzimy Wasz codzienny udział – to promowanie „złotych zasad FIDIC”. Każdy z Was powinien w ramach swojej pracy zawodowej wskazywać, że stosowanie tych zasad daje wymierne korzyści zwłaszcza dla zamawiających, którzy stosując te zasady, będą efektywniej i skuteczniej wydawać środki publiczne. Będą mogli prowadzić swoje inwestycje na podstawie umów, które gwarantują stronom balans i zrównoważony rozkład ryzyka, co w konsekwencji minimalizuje ilość sporów. Co prawda mniejsza ilość sporów, to mniej pracy dla nas, ale z tego akurat faktu bardzo bym się cieszył jako świadomy obywatel.

Tradycyjnie na końcu apeluje do Was o aktywne włączenie się we wszystkie działania naszego Stowarzyszenia, a także w redagowanie Biuletynu – bez Waszych artykułów nie będzie kolejnych wydań. Zapraszam gorąco – SIDiR to Wy!

Tomasz Latawiec

Stowarzyszenie
Inżynierów Doradców
Rzeczoznawców (SIDiR),
Prezes Zarządu



Harmonizacja WK FIDIC z prawem: klauzula 11.9

Rafał Bałdys-Rembowski | Marcin Mikulewicz

Warunki Kontraktu FIDIC, podobnie jak inne międzynarodowe wzory umów (NEC, JTC etc.) są tworzone przez inżynierów i menedżerów budownictwa w procesie, który nazywamy w środowisku „projektowaniem umowy”. Główną determinantą w tym procesie jest osiągnięcie jak najwyższej efektywności procesu realizacji robót (lub robót z projektowaniem) uwzględniając praktykę możliwych zdarzeń współczesnego placu budowy. W ten sposób standardy umów są na bieżąco aktualizowane, żeby nadążyć za rozwojem technologii (np. Building Information Modeling – BIM), technikach zarządzania (np. Lean Construction) lub przeciwdziałania nadużyciom (np. złote reguły FIDIC).

We wzorach FIDIC, jak również innych stosowanych na świecie standardach umownych – praktyka inżynierska, wiedza i dobre praktyki mają wyższy priorytet w procesie projektowania umowy niż język prawniczy (ang. legal writting). Nie może zatem dziwić, że wzory Warunków Kontraktu FIDIC (WK FIDIC) wprowadzają szereg rozwiązań i instytucji nieznanych w Polskim prawie, jak np. instytucja Inżyniera, czy Okres Zgłaszania Wad (OZW), które – choć nie są z nim sprzeczne – mogą rodzić nieporozumienia interpretacyjne, a przez to rzutować na stan prawny niektórych zdarzeń.

Wzory umów FIDIC zapisane w Warunkach Ogólnych (WO) stanowią spójną logiczną całość pojęć, reguł i procedur, które mają zapewnić optymalną efektywność procesu wyboru wykonawcy i realizacji budowy. Zamawiający powinien mieć świadomość, że zmiany WO ponad konieczne modyfikacje wynikające z dostosowania wzoru FIDIC do prawa krajowego mogą mieć wpływ na funkcjonowanie tego standardu obniżając jego skuteczność. Głęboka lub

wadliwa ingerencja w treść klauzul WO powoduje wadliwe działanie wielu instytucji i procedur przewidzianych we wzorze FIDIC lub faktyczne je wyłącza, co nie jest rekomendowane przez organizację FIDIC, jak również SIDiR. Niezależnie od motywacji działań autora WS.

Jednym z obszarów, z którymi często związane są wątpliwości interpretacyjne dotyczą zapisów powiązanych z triadą klauzul: 8.2 [Czas na Wykonanie] – 10.1 [Przejęcie Robót i Odcinków] – 11.9 [Świadcstwo Wykonania].

Jest to rozwiązanie oddające specyfikę procesu budowlanego, które nie ma bezpośredniego odniesienia do przepisów kodeksu cywilnego (KC) oraz prawa budowlanego, przez co często ulegają daleko idącym modyfikacjom w Warunkach Szczególnych (WS) generując szereg problemów najczęściej nie uświadamianych przed podpisaniem umowy. W rozważanym przypadku kluczowe jest ustalenie, kiedy faktycznie wygasają zobowiązania umowne stron. Wzór FIDIC zakłada, że umowa zaczyna wiązać strony z chwilą wydania przez Za-

mawiającego Listu Akceptującego lub – co jest praktyką w Polsce – z chwilą podpisania umowy do daty wydania przez Inżyniera Świadcstwa Wykonania (ŚW), co potwierdza również orzecznictwo SN i KIO.¹

Początkowe fazy realizacji kontraktu w polskiej praktyce są co do zasady zgodne ze wzorem FIDIC nawet przy uwzględnieniu koniecznych modyfikacji harmonizujących z przepisami prawo zamówień publicznych (p.z.p.):

1. Umowa wiąże strony od dnia podpisania umowy, co jednak nie oznacza rozpoczęcia terminu realizacji znanego z polskiej praktyki, jak to bywa błędnie interpretowane.
2. Czas na Wykonanie liczony jest wykonawcy w dniach od Daty Rozpoczęcia i trwa do chwili wystawienia przez Inżyniera Świadcstwa Przejęcia (ŚP). Dokument potwierdza ukończenie robót, umożliwia użytkowanie przedmiotu i uprawnia wykonawcę do zapłaty, jednak nie wyczerpuje jego zobowiązań kontraktowych.



3. Zobowiązanie kontraktowe wygasają dopiero po upływie okresu zgłaszania wad, co Inżynier potwierdza wystawiając Świadcstwo Wykonania.

Wydanie Świadcstwa Wykonania jest potwierdzeniem wygaśnięcia zobowiązań wykonawcy wobec Zamawiającego, co w treści kl. 11.9 ujęto następująco:

Wypełnienie zobowiązań Wykonawcy nie będzie uznane dopóki Inżynier nie wystawi mu Świadcstwa Wykonania stwierdzającego datę z którą Wykonawca wywiązał się ze wszystkich zobowiązań wynikających z Kontraktu.

Wszystkie wymienione okresy liczone są względnie w zależności od okoliczności, które mogły wpłynąć na wydłużenie lub skrócenie poszczególnych okresów (np. niepowodzenie Prób Eksploatacyjnych, nieudane Próby Końcowe, etc.).

W ten sposób WK FIDIC rozróżniają następujące po sobie fazy realizacji umowy (Data Rozpoczęcia, Czas na Wykonanie, ŚW, OZW, ŚW.), które łącznie stanowią okres trwania umowy.

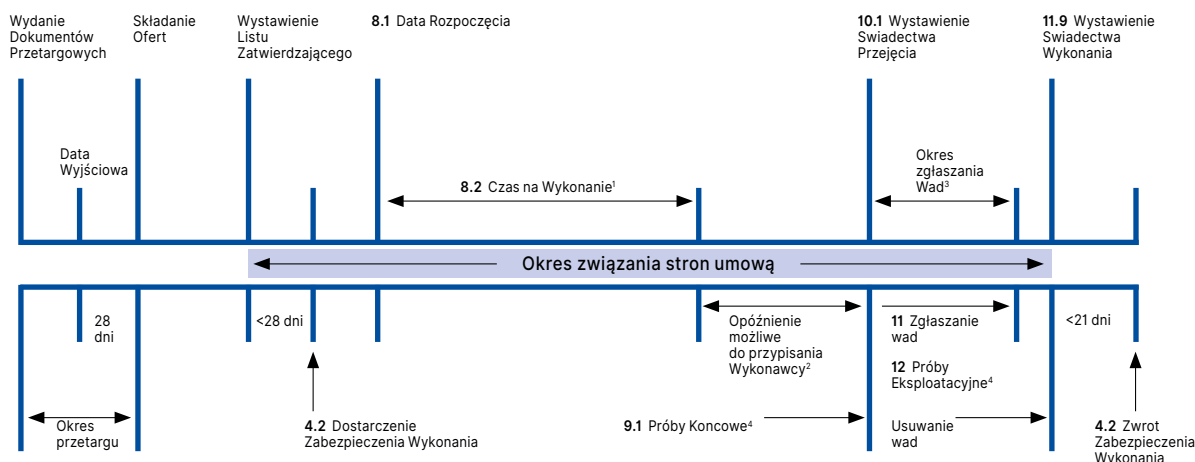
Taka konstrukcja jest odmienna od powszechnie stosowanych zapisów umów na roboty (w tym projektowanie i roboty) na gruncie prawa polskiego, gdzie występują tylko dwie fazy, tj. termin realizacji zakończony odbiorem i okres gwarancji jakości (GJ) oraz rękojmi za wady. Należy w tym miejscu wskazać, że konstrukcja WK FIDIC jest rozwiązaniem dedykowanym dla realizacji przedsięwzięć budowlanych dzięki czemu precyzyjnie adresuje ryzyka i wynikające z nich obowiązki stron. I choć wydawać się może, że obowiązki wykonawcy w trakcie OZW są podobne do tych wynikających z GJ, to jednak nakładają na wykonawcę o wiele większą odpowiedzialność związaną z faktem, iż Zamawiający ma prawo do formułowania roszczeń na podstawie kl. 2.5. ponieważ formalnie umowa jest wiążąca aż do daty wystawienia Świadcstwa Wykonania.

Z kolei zapisy KC obejmują swoimi postanowieniami dowolnie wytworzoną lub wyprodukowaną rzecz, przez co ich ogólna konstrukcja nie oddaje specyfiki procesu budowlanego i jedynymi dokumentami wiążącymi strony są dokumenty gwarancyjne.

Możliwe błędy i ich konsekwencje

Mniej doświadczeni zamawiający tworząc WS błędnie utożsamiają rozpoczęcie Okresu Zgłaszania Wad z datą, od której liczona jest Gwarancja Jakości przy sprzedaży w rozumieniu przepisów KC. Praktyka ta wynikała zapewne z chęci zapewnienia „zgodności” pojęciowej instytucji OZW oraz Gwarancji, co musi generować sprzeczności interpretacyjne, ponieważ ich funkcje i podstawy prawne są różne. Choć obecnie ta praktyka jest rzadko spotykana, to wciąż zdarzają się trwające kontrakty, dla których zapisano bardzo długie Okresy Zgłaszania Wad będące jednocześnie okresem gwarancji jakości. Obecnie, mimo iż stosuje się w umowach rozłączenie OZW i GJ wciąż pojawiają się umowy zakładające bardzo długie Okresy Zgłaszania Wad – np. 36 miesięcy i dłuższe. Negatywne konsekwencje takich praktyk to m.in:

- a) Problemy z porównywalnością ofert – bardzo długie OZW faworyzowały wykonawców z wysokim apetytem na ryzyko. Nie brakowało wykonawców, którzy



Rys. 1 Typowa kolejność głównych zdarzeń kontraktu dla Urzędzeń oraz Projektowania i Budowy z nałożonym okresem związania stron umową. Źródło: WO FIDIC

- nie szacowali ryzyk kontraktowych wynikających z OZW;
- b) Wyższe koszty realizacji, bowiem przy wydłużonym OZW wykonawca ma większą ekspozycję na ryzyko, niż w przypadku zobowiązań gwarancyjnych. Zamawiający dysponuje wszystkimi narzędziami przewidzianym w umowie na roboty, a nie tylko umową gwarancyjną, czego Zamawiający na ogół nie byli świadomi formułując WS kontraktu na etapie postępowania przetargowego;
- c) Problemy z formalnym zgłoszeniem ukończenia inwestycji do instytucji finansujących lub programów pomocowych. Realnym problemem wielu kontraktów realizowanych w oparciu o WK FIDIC przy utożsamieniu długiego okresu gwarancji (np. 5 lat) z OZW było raportowanie przewidywanego zakończenia inwestycji z Funduszu Spójności, bowiem prognozy dotyczące daty wydania Świadcstwa Wykonania wykazywały daleko poza dopuszczalny okres wydatkowania środków pomocowych.
- d) Wysoka ekspozycja Zamawiającego na ryzyko związane z potencjalnym roszczeniem wykonawcy na gruncie art. 3571 k.c. tj. żądaniem opartym na klauzuli rebus sic stantibus. Wśród nieuświadamianych negatywnych dla inwestora konsekwencji długiego OZW jest także formalne wydłużenie okresu trwania umowy, przez co wykonawca ma większe możliwości składania roszczeń, ponieważ strony nie spełniły jeszcze w całości swoich ekwiwalentnych świadczeń.
- e) W przypadku zapisów dopuszczających zwolnienie GNWU po wydaniu ŚW na wykonawcy spoczywa konieczność utrzymania Zabezpieczenia Wykonania (ZW) na mocy kl. 4.2. „co znacząco podnosi koszty realizacji umowy.

Dalsze problemy: Zabezpieczenie Wykonania FIDIC a Gwarancja Należytego Wykonania Umowy p.z.p.

Sposób w jaki Zamawiający modyfikują treść kl. 4.2. [Zabezpiecze-

¹ 1. Wyrok Sadu Najwyższego z dnia 13 września 2017 r., sygn. IV CSK 578/16, gdzie zostało wskazane, że: „Na gruncie warunków kontraktowych FIDIC zgodnie z klauzulą 11.9 zobowiązania wykonawcy zostaną uznane za wykonane dopiero z chwilą wystawienia świadectwa wykonania.”;

2. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2019 r., sygn. KIO 1879/19, gdzie wskazano: „(...) należy przyjąć, iż na gruncie Kontraktu pomiędzy GDDKiA i Konsorcjum S ukończenie robót nastąpiło z dniem 23 lipca 2012 r. zaś ich przejęcie przez GDDKiA – 20 sierpnia 2012 r., zaś ostatecznym dokumentem stanowiącym akceptację wykonania robót zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Kontraktu, w tym po zakończeniu drobnych zaległych prac oraz usunięciu wad stwierdzonych w Świadcstwie Przejęcia, było Świadcstwo Wykonania, o które wystawienie Konsorcjum S mogło wnioskować nie wcześniej niż 12 miesięcy po dacie Świadcstwa Przejęcia z dnia 20 sierpnia 2012 r. (stan faktyczny).”;

3. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2012 r., sygn. KIO 399/12, gdzie wskazano: „Świadcstwo Wykonania jest tylko, i jednocześnie aż, dokumentem potwierdzającym przyjęcie i niejako skwitowanie przez zamawiającego wykonania rzeczowych obowiązków umownych.” ;

4. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2011 r., sygn. KIO 1507/11, gdzie wskazano: „Na gruncie Warunków Kontraktowych FIDIC zgodnie z klauzulą 11.9 zobowiązania wykonawcy zostaną uznane za wykonane dopiero z chwilą wystawienia Świadcstwa Wykonania. Dopiero ten dokument uważany jest za akceptację robót, jako właściwie wykonanych.”

nie Wykonania] najlepiej ilustruje ich problemy z właściwą interpretacją kl. 11.9 [Wystawienie Świadcstwa Wykonania] oraz 10.1. [Wystawienie Świadcstwa Przejęcia]. Możliwa ilość kombinacji konstrukcji jest skończona, ale ich faktyczne implikacje mogą rzutować na interpretacje stanu prawnego, w zależności od przyjętego rozwiązania.

Stosowane rozwiązania:

- a) Najczęściej spotykana konstrukcja jest taka, że ZW zwalniane jest w 70% z chwilą wydania przez Inżyniera ŚP na mocy kl. 10.1. Pozostała część ZW obowiązuje w OZW oraz po wydaniu ŚW aż do wygaśnięcia GJ. W ten sposób zamawiający radzą sobie z połączeniem FIDIC'a, KC i p.z.p.
- b) Rzadziej stosowane jest rozwiązanie, w którym ZW zwalniane jest w 70% z chwilą wydania przez Inżyniera ŚW na mocy kl. 11.9, a pozostała część ZW zwalniana jest po upływie okresu GJ i rękojmi za wady.

Porównując oba podejścia należy wziąć pod uwagę zarówno wielkość faktycznych środków, do których zamawiający ma uprawnienia na mocy gwarancji, prawne narzędzia, którymi dysponuje wynikające z trwającej umowy oraz finansowe koszty takiej konstrukcji, które de-facto ponosi zamawiający.

Rozsądnym wydaje się dobranie narzędzi i ich parametrów (długości OZW i GJ oraz mechanizmów zwalniania ZW), które jednocześnie zapewnią zadamawiającemu rękojmię i nie wygenerują zbędnych kosztów.

Mając na uwadze przytoczone wyżej sposoby radzenia sobie z rozbieżnościami interpretacyjnymi pomiędzy wzorem FIDIC, a praktyką i prawem krajowym warto wyłożyć, jakie rozwiązanie w ocenie inżynierów budownictwa jest godne polecenia.

Rekomendowana konstrukcja

Zapisane we wzorze WO FIDIC postanowienia dotyczące okresów potwierdza praktyka, przez co SIDIr nie zaleca łączenia instytucji OZW oraz Gwarancji Jakości. Taka praktyka jest wadliwa i choć nie jest niezgodna z prawem jest bardzo kosztowna, z uwagi na praktykę wyznaczania bardzo długich okresów gwarancyjnych, komplikuje stan prawny (bardzo długi okres trwania umowy) jest szkodliwa dla sektora firm wykonawczych (wyniki finansowe poszczególnych umów znane dopiero po bardzo długim okresie po ukończeniu robót).

Formułując kluczowe warunki dotyczące instytucji przewidzianych w WO FIDIC należy:

- a) Nie modyfikować (nie skracać) przyjętych arbitralnie i potwierdzonych praktyką okresów 21 i 28 dniowych przewidzianych w wielu klauzulach. Zmiana poszczególnych okresów na krótsze, czemu wielu zamawiającym nie potrafi się oprzeć – spowoduje konflikt innych zależnych terminów w innych klauzulach;
- b) Założyć, że Okres Zgłaszania Wad powinien trwać 12 miesięcy (maksymalnie 18 miesięcy);
- c) Przyjąć, że Okres Gwarancji Jakości oraz Rękojmi za Wady rozpoczyna bieg z chwilą wydania przez Inżyniera Świadcstwa Wykonania na mocy kl. 11.9 poprzez dodanie klauzuli lub klauzul w WS i załączniku do oferty.
- d) Przyjąć, że okres Gwarancji Jakości Rękojmi za Wady nie powinien przekraczać 24 miesięcy, pamiętając, że poprzedza go trwający 12 miesięcy OZW
- e) Przyjąć, że Zabezpieczenie Wykonania zwalniane jest w 70% z chwilą wydania ŚP, a pozostałe 30% zabezpieczenia będzie zwracane po upływie okresu GJ. Rekomendacja dotycząca zwolnienia 70% ZW przy wydaniu ŚP wynika

z faktu, iż w trakcie OZW Zamawiający i tak dysponuje wszelkimi narzędziami dostępnymi w ramach wiążącej umowy przez co jego uprawnienia i tak są szersze niż te wynikające z gwarancji.

Powyższa konstrukcja pozwala na wykorzystanie zalet WK FIDIC poprzez minimalizację ekspozycji storn na ryzyka oraz nie pozostawia wątpliwości dotyczących zgodności Warunków Kontraktu FIDIC z polskim prawem.

Nasze rozważania nieodmiennie prowadzą do tych samych wniosków od wielu lat: stosowanie zrównoważonych standardów zgodnie z ich pierwotną konstrukcją jest kluczowe dla sprawnej realizacji. Próby „dostosowania” dedykowanego owoczesnego wzoru umowy do wymogów ogólnych wymogów prawa zawsze kończą się wyborem „mniejszego zła”, które oznacza, że trudno jest w pełni wykorzystać potencjał FIDIC'a, ale także innych wzorów umów. W procesie tym jednak należy kierować się rozsądkiem, a nie dążeniem do pełnej harmonizacji, bo to prowadzi niezawodnie do aberracji. Powszechne są WS FIDIC w zamówieniach publicznych, których objętość jest dwa razy większa niż WO. Każdy autor, który formułując WS przekroczy objętość WO powinien rozważyć sens stosowania wzoru FIDIC.

Rafał Bałdys-Rembowski

Członek założyciel
Związku Pracodawców
Branży Usług Inżynierskich,
project manager projektów
infrastrukturalnych



Marcin Mikulewicz

Wiceprezes
Zarządu SIDIr,
Członek Zarządu EFCA



Problematyka stosowania klauzuli 13 wzorca Warunków Kontraktowych w polskim systemie zamówień publicznych

 Piotr Skrzypczak

Istotnym elementem zarządzania procesem inwestycyjnym pozostaje bez wątpienia kwestia zarządzania zmianą w dynamicznie prowadzonym procesie budowlanym. W tym aspekcie międzynarodowy standard wzorca Warunków Kontraktowych FIDIC proponuje rozwiązania elastyczne i dostosowane do specyfiki inwestycyjnej – *vide* klauzula 13 Warunków Kontraktowych. Analiza regulacji klauzuli 13 pozwala jednoznacznie stwierdzić, iż umożliwia ona uczestnikom procesu inwestycyjnego szybkie i elastyczne reagowania na zmienność uwarunkowań realizacyjnych, w szczególności w odniesieniu do kwestii procedowania z robotami dodatkowymi.

Zastosowanie klauzuli 13 rodzi jednak poważne wątpliwości natury formalnoprawnej dotyczące możliwości zastosowania wzorca kontraktowego w polskim systemie zamówień publicznych. Szczególnego znaczenia nabiera przedmiotowa problematyka w odniesieniu do brzmienia art. 144 ust. 1 pkt. 1) ustawy PZP. Jak wynika z utrwalonego w tym zakresie poglądu doktryny i orzecznictwa pierwszy rodzaj zmian umowy zbliżony jest do brzmienia art. 144 ust. 1 sprzed nowelizacji z 22.6.2016 r. Dotyczy on zmian, które zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz. Przewidzenie to nie może być ogólne, lecz musi mieć postać konkretnych postanowień zawartych w dokumentach przetargowych. W postanowieniach tych należy jednoznacznie i precyzyjnie określić zakres dopuszczalnych w przyszłości zmian umowy,

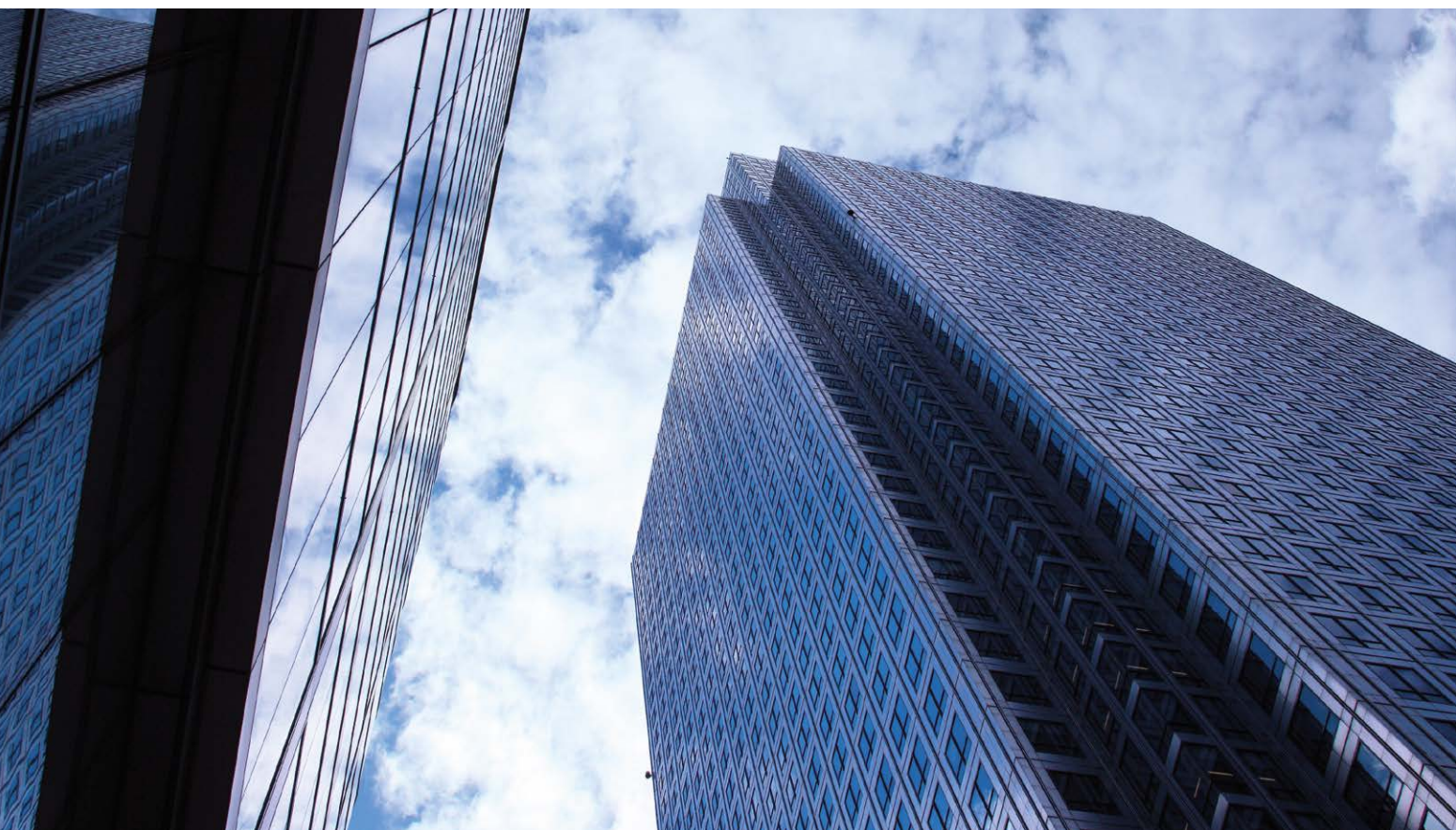
charakter tych zmian oraz warunki, których zaistnienie jest niezbędne dla wprowadzenia zmiany.

Zasadniczo chodzi o to, aby możliwość zmian w określonych sytuacjach i na wskazanych warunkach z góry zapowiedziana została w warunkach zamówienia zawartych bezpośrednio w ogłoszeniu lub siwz. Przepis wymaga również, by klauzule zmiany umowy były jasne, precyzyjne i jednoznaczne. [Śledziwska, Proces udzielania zamówień publicznych, s. 533].

Na temat sposobu formułowania postanowień umownych wypowiedział się też UZP.

Podkreślić należy, iż zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl.

Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności. (tak J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Wyd. 15, Warszawa 2019). Tak dyrektywna norma interpretacyjna dotycząca regulacji ustawowej wyrażona przez komentatorów oraz Prezesa UZP przeniesiona została na stanowisko organów kontrolujących i nadzorujących realizację zamówień publicznych opartych o zastosowanie wzorca Warunków Kontraktowych. Wątpliwości budzić bowiem może okoliczność czy regulacje klauzuli 13 wypełniają ustawowe wymogi jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość



zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian

W tym zakresie wskazać należy tytułem przykładu linię interpretacyjną stosowaną przez Centrum Unijnych Projektów Transportowych. W jednym z przeprowadzonych postępowań kontrolnych CUPT zgłosił uwagi w zakresie możliwości zastosowania klauzuli 13 jako podstawy wdrożenia robót dodatkowych w oparciu o regulację art. 144 ust. 1 pkt. 1) PZP:

Zgodnie z treścią kontrolowanego projektu Aneksu jest on zawierany na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP. Przedmiotowy przepis umożliwia dokonywanie zmian w umowie o zamówienie publiczne w razie, gdy „zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacz-

nych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian”. Z powyższego wynika, że każda zmiana wprowadzana do umowy w oparciu o ww. podstawę prawną musi być powiązana z postanowieniem umownym, które spełnia warunki opisane w treści przepisu. W wyniku prośby CUPT dotyczącej doprecyzowania treści przedmiotowego Aneksu o wskazanie konkretnego postanowienia umownego, z którym zamawiający łączy możliwość wprowadzenia zmian do umowy w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, beneficjent uściślił, że podstawę umowną stanowi klauzula 13.1 (e) Warunków Kontraktowych. Zgodnie z treścią umowy, na Warunki Kontraktu składają się Warunki Ogólne, oraz Warunki Szczególne,

które zmieniają i uzupełniają Warunki Ogólne. Z kolei przez Warunki Ogólne należy rozumieć Warunki Kontraktowe dla Budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez zamawiającego, tzw. warunki kontraktowe FIDIC. Warunki Szczególne nie zmieniają klauzuli 13.1 w zakresie dopuszczalnych przesłanek wprowadzenia zmiany (oprócz kwestii proceduralnych jak zainicjowanie zmiany przez Inżyniera). Należy zatem brać pod uwagę treść warunków ogólnych. Zgodnie z klauzulą 13.1 (e) warunków ogólnych: „Każda zmiana może obejmować: e) wszelkie dodatkowe prace, urządzenia, materiały lub usługi konieczne dla Robót Stałych, włącznie z towarzyszącymi im próbami końcowymi, wierceniami i innymi próbami i pracami badawczymi”. Należy wskazać, iż treść przedmiotowej klauzuli jest tak ogólna, iż w jej za-

kresie znajdują się każde możliwe zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Gdyby dopuścić stosowanie tego rodzaju klauzul przy wprowadzaniu zmiany sens straciłaby treść art. 144 ustawy PZP, który stawia konkretne warunki dla modyfikacji kontraktu dotyczącego realizacji zamówienia publicznego. Treść analizowanej klauzuli nie odpowiada wytycznym dla postanowień przewidujących zmiany, które formułuje art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem możliwe zmiany umowy powinny zostać przewidziane w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają zakres zmian, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Nie sposób uznać, iż postulowana przez zamawiającego podstawa prawna wprowadzenia zmiany wypełnia ww. obowiązki. W związku z powyższym zdaniem CUPT nie ma możliwości zawarcia kontrolowanego Aneksu na podstawie prawnej postulowanej przez Zamawiającego.

Wskazać należy, iż stanowisko CUPT nie uwzględnia w tym aspekcie całokształtu regulacji wzorca Warunków Kontraktowych i jako takie pozostaje nieuzasadnione. W przepisach powszechnie obowiązującego prawa brak jest legalnej definicji robót dodatkowych. Zgodnie z dyspozycją art. 139 ust. 1 ustawy PZP weryfikacja pojęcia „roboty budowlane” winna następować w oparciu o przepisy KC. W orzecznictwie oraz doktrynie pojęcie dodatkowej roboty budowlanej definiuje się jako *nieprzewidziane do wykonania na etapie zawierania umowy o roboty budowlane (czyli umowy w rozumieniu art. 647 k.c., ale także 658 k.c.), niewynikające jednoznacznie z jakiegokolwiek dokumentacji technicznej (z projektu budowlanego, projektu wykonawczego, ani z innych ewentualnych opracowań projektowych dostępnych w chwili zawiera-*

nia umowy), nieujęte w przedmiarze robót istniejącym na etapie zawierania tej umowy, których potrzeba lub konieczność wykonania pojawiła się dopiero w trakcie realizacji robót objętych umową (por. m. in. J. Dylewski *Roboty dodatkowe i uzupełniające w kalkulacjach kosztorysowych* (część I), J. E. Nowicki *Nabywanie dodatkowych robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy* [w:] *blogprzetargi.pl*; K. Samplawski, *Roboty dodatkowe a dopuszczalność zmian w umowach o zamówienia publiczne na tle warunków kontraktowych FIDIC*, PZP 2011, Nr 1, uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2015 r., V CSK 551/14).

Cechą zasadniczą i wyróżniającą dodatkowe roboty budowlane jest więc ich nieprzewidywalność. **Z istoty nieprzewidywalności roboty dodatkowej wynika brak możliwości i sposobu precyzyjnego określenia wszystkich możliwych sytuacji, w których przedmiotowe roboty mogą wystąpić.** Brak możliwości precyzyjnego określenia wszelkich hipotetycznych sytuacji, w których może wystąpić konieczność realizacji robót dodatkowych determinować winien w tym zakresie interpretację pojęcia „jednoznaczności” używanego w dyspozycji art. 144 ust. 1 pkt. 1) PZP. **Gdyby Zamawiający był w stanie przewidzieć/precyzyjnie opisać wszystkie możliwe do wykonania roboty dodatkowe, wówczas ujęte zostałyby one w przedmiocie zamówienia.** W doktrynie wskazuje się jednoznacznie, że wykonanie obowiązku wskazania jednoznacznych postanowień umownych powinno być relatywizowane w odniesieniu do konkretnego modelu zamówienia publicznego (w badanym przypadku umowa o roboty budowlane).

Zastosowanie interpretacji art. 144 ust. 1 pkt 1 *ZamPublU* zaprezentowanej na oficjalnej stronie UZP sprowadzałoby się do konieczno-

ści tworzenia kolejnych harmonogramów, z których wynikałyby konkretne przeszkody i ich wpływ na konkretny rodzaj robót. Kierunek interpretacji UZP jest niekorzystny przede wszystkim dla zamawiających, ponieważ odmowa zamawiającego dokonania odpowiedniej zmiany umowy w zakresie terminu w warunkach, gdy przedłużenie terminu jest skutkiem np. błędów projektowych, eliminuje możliwość uregulowania kwestii kosztów dodatkowych wykonawcy, które poniósł przez niezawinione przez siebie opóźnienie związane z koniecznością utrzymania zaangażowania osobowego na terenie budowy. W przypadku wystąpienia istotnych błędów projektowych wykonawca i tak nie ponosząc odpowiedzialności za powstałe skutki opóźnienie, będzie miał prawo do żądania od zamawiającego zapłaty odszkodowania za szkodę związaną z brakiem frontu – brak możliwości realizacji robót – np. kosztów ponoszonych wskutek konieczności zabezpieczenia wykonanych robót do czasu usunięcia błędów, kosztów zaangażowania osobowego na terenie budowy itd. Dokonanie zmiany umowy w takich warunkach powoduje, że wykonawca uzyskawszy pewność, że nie zostanie obciążony odpowiedzialnością za opóźnienie, łatwiej wyrazi zgodę na odstąpienie od żądania wymienionych przykładowo powyżej kosztów. **Z uwagi na powyższe należy przyjąć, że wykonanie obowiązku wskazania jednoznacznych postanowień umownych powinno sprowadzać się do ustalenia weryfikowalnych kryteriów oceny zdarzeń, których wystąpienie spowoduje uprawnienie stron do dokonania zmiany umowy w zakresie adekwatnym do zaistniałego zdarzenia.** (por. J. Bieniuk *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*).

O ile zatem możliwe jest ustalenie jaka np. ilość opadów deszczu, gradu, śniegu uzasadnia zmianę umowy (wymóg jednoznacznego

opisu zrelatywizowany w tym kontekście do publikowanych przez IMGW średnich miesięcznych opadów na terenie RP), o tyle brak jest powszechnie dostępnych danych umożliwiających „precyzyjne” określenie jaka ilość ogrodzenia kolidującego z projektowaną konstrukcją estakady oraz infrastrukturą podziemną i/lub jaka ilość niewykazanych w dokumentacji projektowej, istniejących sieci kablowych kolidujących z konstrukcją projektowanych nawierzchni, uzasadniałyby zlecenie robót dodatkowych. Przyjmując za racjonalne i zgodne z wytycznymi dyrektyw unijnych stanowisko doktryny prawa przyjąć należy, że zakres uregulowań Kontraktu odnoszących się do kwestii zlecenia nieprzewidywalnych robót dodatkowych pozostaje zgodny z przepisami ustawy PZP.

Wskazać również należy, że odesłanie do klauzul Ogólnych Warunków Kontraktowych FIDIC pozostaje w istocie równoznaczne ze spełnieniem wymaganego systemem PZP warunku przewidzenia możliwości wprowadzania zmian w umowie, w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z warunkami ich wprowadzenia (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 marca 2017 r., II GSK 1899/15). W aktualnym stanie prawnym regulacje warunków kontraktowych FIDIC spełniają wymogi określone w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 1) PZP. Postanowienia Klauzuli 13.1 Warunków Kontraktu weryfikować bowiem należy z katalogiem pozostałych regulacji kontraktowych, które w sposób szczegółowy i jednoznaczny ustalają zakres, charakter tych zmian oraz warunki, których zaistnienie jest niezbędne dla wprowadzenia zmiany.

Wobec zaprezentowanego statusu prawnego sprawy, wyjaśnić należy, że wprowadzenie zmian nie pozostaje oparte wyłącznie o dyspozycję Klauzuli 13.1 (e) Warunków

Kontraktu. Klauzula 13.1 w modelu kontraktowym FIDIC – zgodnie z intencją twórców wzorca umownego – przyjęła charakter ogólny, który wypełniany pozostaje treścią pozostałych regulacji kontraktowych. Przesłanki modyfikacji w zakresie robót dodatkowych wskazać należy zatem w pozostałych regulacjach umownych, które uszczegółwiają przyczyny Zmian. Istotne w tym zakresie pozostaje odniesienie do regulacji Klauzuli 4.12 Warunków Kontraktu w zw. z Klauzulą 1.1.6.8 Warunków Kontraktu.

Zgodnie z Klauzulą 1.1.6.8 Warunków Kontraktowych zdefiniowano „Nieprzewidywalne”. W zakresie przedmiotowej klauzuli – zgodnie z dyspozycją art. 144 ust. 1 pkt. 1) PZP – jednoznacznie zidentyfikowano status sytuacji nieprzewidywalnych dotyczących realizacji umowy. Ustalono weryfikowalne kryterium jako przesłankę uznania stanu faktycznego (uzasadniającego np. zlecenie robót dodatkowych) za nieprzewidywalny. Uzupełniając – na potrzeby niniejszego artykułu – zidentyfikować można praktyczną wskazówkę konieczności odniesienia w polskich realiach prawnych przesłanki Nieprzewidywalności do znanych polskiemu prawu pojęć „profesjonalnego przedsiębiorcy” oraz „najwyższej staranności”. W tym zakresie wskazać należy, iż w polskiej doktrynie prawa miernik „profesjonalnego przedsiębiorcy” oraz „najwyższej staranności” mają jednoznacznie ugruntowaną pozycję interpretacyjną. W orzecznictwie i doktrynie wielokrotnie można spotkać odwołanie do najwyższego lub maksymalnego stopnia staranności. Pojęcie to stosowane jest w sytuacjach występowania wzorca staranności, który jest „zastrzony” w stosunku do sytuacji zwykłych, i oznacza staranność określonej na wyższym poziomie niż przeciętnie wymagana w danym typie stosunków, natomiast profe-

sjonalnego przedsiębiorcę należy rozumieć podmiot zawodowo zajmujący się daną dziedziną gospodarczą, od którego wymaga się co najmniej podwyższonej staranności (m. in. por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 15 marca 2012 r., I CSK 330/11, z dnia 4 lipca 2019 r. IV CSK 363/18, z dnia 22 września 2005 r., IV CK 100/05, wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 15 stycznia 2016 r. I ACa 989/15 i z dnia 6 października 2016 r. sygn. akt I ACa 246/16, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 9.05.2013 r. I ACa 213/13, Legalis E. Kulesza i J. Słoniński Miara staranności w uspołecznionym obrocie gospodarczym, M. Załucki (red) Kodeks Cywilny. Komentarz. Wyd. 2 Warszawa 2019, W. Borysiak Kodeks cywilny. Komentarz red. prof. ucz. UW dr hab. Konrad Osajda).

Natomiast zgodnie z Klauzulą 4.12 Warunków Kontraktu *Nieprzewidywalne warunki fizyczne oznaczają warunki fizyczne, zarówno naturalne jak stworzone przez człowieka oraz inne fizyczne przeszkody i skażenia, które Wykonawca napotyka na Terenie Budowy w trakcie wykonywania Robót, włącznie z warunkami podpowierzchniowymi i hydrologicznymi, ale z wyłączeniem warunków klimatycznych.*

W zakresie przedmiotowej klauzuli – odnosząc się do miernika „Nieprzewidywalnego” – jednoznacznie wskazuje się jakie zdarzenia faktyczne w aspekcie technicznym uzasadniają zastosowanie Klauzuli 13 Warunków Kontraktu (w tym Klauzuli 13.1 (e) Warunków Kontraktu).

Warunkiem skorzystania przez Wykonawcę z uprawnień wskazanych w Klauzuli 4.12 Warunków Kontraktu jest przekazanie Inżynierowi powiadomienia wraz z uzasadnieniem (tj. opisem napotkanych warunków fizycznych i uzasadnieniem ich nieprzewidywalności) oraz zgłoszenie roszczenia w trybie Klauzuli 20.1. Jeżeli polecenie Inżyniera

w zakresie zidentyfikowanego roszczenia stanowić będzie Zmianę to zastosowanie znajdując postanowienia rozdziału 13 [Zmiany i korekty]. Oznacza to, że procedowanie Zmiany dotyczącej konieczności wykonania robót dodatkowych, w tym ustalenie ich wartości, następuje w oparciu o Klauzule 12.3 Warunków Kontraktu i 3.5 oraz 13.3 Warunków Kontraktu.

Stosownie do zastosowanej – przez pryzmat Klauzuli 4.12 Warunków Kontraktu – Klauzuli 13.1 (e) Warunków Kontraktu *Każda Zmiana może obejmować wszelkie dodatkowe prace, urządzenia, materiały lub usługi konieczne dla Robót Stałych, włącznie z towarzyszącymi im próbami końcowymi, wierceniami i innymi próbami i pracami badawczymi.* Analiza i weryfikacja podstaw prawnych dla wdrożenia do realizacji robót dodatkowych pozwala ustalić następujący sposób procedowania w zakresie Zmiany:

- a) zgłoszenie roszczenia przez Wykonawcę w trybie Klauzuli 20.1 Warunków Kontraktu,
- b) szczegółowa weryfikacja stanu faktycznego przez Inżyniera w trybie Klauzuli 20.1 oraz 3.5 Warunków Kontraktu,
- c) jednoznaczna identyfikacja przez Inżyniera statusu Nieprzewidywalności w rozumieniu Klauzuli 4.12 oraz 1.1.6.8 Warunków Kontraktu,
- d) zastosowanie w konsekwencji Klauzuli 13.1 (e) Warunków Kontraktu wobec identyfikacji prac koniecznych do wykonania jako roboty dodatkowe,
- e) jednoznaczne i precyzyjne ustalenie wartości robót dodatkowych w trybie Klauzul 13.3 oraz 12.3 Warunków Kontraktu,
- f) podpisanie w trybie Klauzuli 13 Warunków Kontraktu Protokołów Konieczności oraz Protokołów negocjacji,
- g) zawarcie w trybie Zmiany Aneksu nr 2 do Kontraktu.

Identyfikując zastrzeżenia CUPT odnoszące się wyłącznie do brzmienia Klauzuli 13.1 (e) Warunków Kontraktu przyjąć należy, iż zaprezentowane w pkt a) – g) procedury postępowania w ramach Kontraktu ocenić należy jako jednoznaczne postanowienia umowne określające zakres, charakter oraz warunki wprowadzenia zmian – w rozumieniu art. 144 ust. 1 pkt 1) PZP.

W doktrynie (patrz: Skubiszak -Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, *Prawo zamówień publicznych. Lex – Komentarz aktualizowany*) wskazuje się, iż:

warunki kontraktowe FIDIC zawierają klauzule określone jednoznacznie jako „automatyczne”, tj. zgodne z art. 144 ust. 1 pkt 1) P.z.p. Przykładowo w „Warunkach kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego” (tzw. czerwony FIDIC, na podstawie którego realizowane jest przedmiotowe zadanie) przewidziano obligatoryjne zmiany w klauzulach, których nazwy odnoszą się do zdarzeń mających wpływ na płynne realizowanie kontraktu:

4.12 Nieprzewidywalne warunki fizyczne

4.24 Wykopaliska

8.5 Opóźnienia spowodowane przez władze.

Zaistnienie każdego z ww. zdarzeń wymaga od stron zmiany sposobu wykonania umowy w celu dostosowania go do skutków konkretnego zdarzenia. Klauzule automatyczne dają pewność obu stronom co do sposobu postępowania, gdy opisane nimi zdarzenia wystąpią.

Jednoznaczne opisanie zmiany to także określenie w umowie procedury jej dokonania, a także określenie zasad wyceny robót budowlanych wynikłych z danej zmiany. Zwyczajowo dokumentem towarzyszącym zmianie umowy o roboty budowlane jest protokół konieczności, w którym zostanie określono

*ne jaki jest powód zmiany odpowiednio dokumentacji projektowej lub programu funkcjonalno-użytkowego i wniosek o dokonanie zmiany umowy. W protokole konieczności powinno zostać przedstawione zarówno uzasadnienie techniczne zmiany, jak i wskazane postanowienia umowy, które umożliwiają dokonanie takiej zmiany. Jeżeli zamawiający nie przewidział okoliczności będącej powodem zmiany – nie może jej dokonać. Często sporządzenie protokołu konieczności poprzedza opracowanie wniosku o dokonanie zmiany umowy. Wniosek opracowuje ta ze stron umowy, która jest inicjatorem zmiany. Wniosek zwyczajowo zawiera opis zdarzenia lub okoliczności stanowiących podstawę do żądania konkretnej zmiany (patrz: E. Wiktorowska, *Zmiany umów o roboty budowlane i prace projektowe, rozliczanie zmian* (2) (w:) *Ceny, zamawianie i kosztorysowanie robót budowlanych 2013*, nr 2; publikacja w zeszycie Wacetob sp. z o.o.).*

Reasumując przeprowadzone w niniejszym artykule rozważania uznać należy, iż pomimo wielu zgłaszanych w tym zakresie wątpliwości regulacje wzorca Warunków Kontraktu – w tym w szczególności klauzula 13 – wypełniają wymogi polskiego systemu prawa zamówień publicznych dla wdrożenia tzw. „zmiany umownej”. W tym aspekcie konieczne jest jednak wskazywanie instytucjom nadzorującym pełnego spektrum klauzul umownych jako podstawy prawnej zawarcia aneksu do kontraktu.

Piotr Skrzypczak

Radca prawny, arbiter i rozjemca
Kancelaria Radcy Prawnego
Piotr Skrzypczak – Radca Prawny



Pozasądowe rozwiązywanie sporów w nowej ustawie „Prawo zamówień publicznych”

Małgorzata Kuczevska

Postępowania mediacyjne są coraz częstszym sposobem rozwiązywania sporów gospodarczych i cywilnych w Polsce, głównie za sprawą ogólnoeuropejskiego rozpowszechniania idei alternatywnych metod rozwiązywania sporów (ang. *ADR – Alternative Dispute Resolution*). Do rozpowszechniania idei rozwiązywania sporów poprzez mediację zobowiązuje państwa członkowskie Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych (Dz. U. UE L z dnia 24 maja 2008r.). Ministerstwo Sprawiedliwości w Polsce od lat deklaruje szczególne zainteresowanie zagadnieniami ADR i prowadzi politykę promocji rozwiązywania sporów poprzez mediację. Od 2015 roku przy Ministrze Sprawiedliwości funkcjonuje Społeczna Rada do spraw Alternatywnych Metod Rozwiązywania Sporów.

Pomimo konsekwentnego wprowadzania przepisów promujących mediację, jej popularność w Polsce wzrasta bardzo wolno. Odsetek spraw skierowanych do mediacji w stosunku do wszystkich wpływających do sądów spraw jest ciągle niski i w pierwszym półroczu 2019 roku wyniósł 1,18 proc.

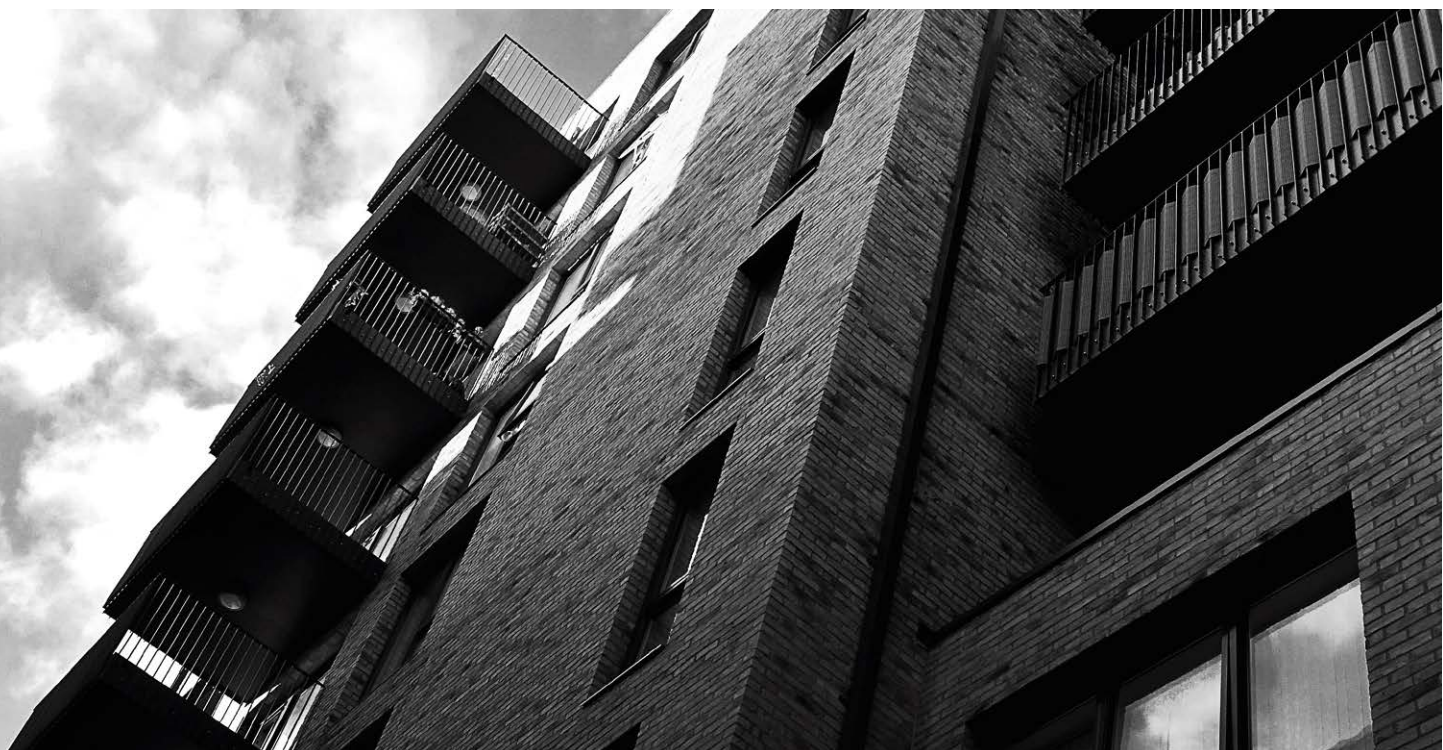
Nowa ustawa o zamówieniach publicznych (nowa ustawa PZP), która wejdzie w życie w styczniu 2021 wprowadza zupełnie nowe przepisy dotyczące mediacji i innych alternatywnych metod rozwiązywania sporów. Dotychczas mediacje w sporach wynikających z realizacji umów zawartych w procedurze zamówień publicznych były możliwe na podstawie przepisów kodeksu cywilnego. **Brak uregulowania tej kwestii w ustawie o zamówieniach publicznych powodował dużą ostrożność zamawiających w przystępowaniu do mediacji.** Czy nowe przepisy zmienią tę sytuację i tym samym czy wpłyną pozytywnie na popularyzację mediacji w Polsce?

Wielokrotnie spotykałam się z opinią, że głównymi przeciwnikami mediacji są pełnomocnicy prawni stron – gdyż ta – ujmując przysłowiovo – „zabiera im chleb”. **Teoretycznie prawnikom znacznie bardziej opłaca się reprezentować strony w długotrwałym sporze prawnym niż zakończyć go w krótkotrwałej i znacznie tańszej mediacji.** Z całą pewnością, przyczyny tej nie można lekceważyć. Przedsiębiorcy w kwestiach prawnych zazwyczaj polegają na opiniach swoich prawników, a ci rzadko doradzają mediację, jako sposób rozwiązania sporu.

Innym bardzo ważnym czynnikiem niesprzyjającym rozwojowi mediacji jest **obawa przed odpowiedzialnością dotyczącą podjęcia decyzji w sprawie zakończenia sporu.** Istotą mediacji są wzajemne ustępstwa stron. Przystąpienie do mediacji z zasady powoduje złagodzenie stanowiska w stosunku do tego zgłoszonego w pozwie lub odpowiedzi na pozew. Członkowie zarządów rzadko są gotowi podjąć taką decyzję, gdyż

postrzegają ją w kategoriach ryzyka osobistego. Problem ten jest bardzo widoczny w przypadku zarządów spółek skarbu państwa.

Z drugiej strony, zarówno wśród menadżerów jak i prawników praktyka mediacji powoli rozpowszechnia się. Prawnicy wewnętrzni (tzw. *in-house lawyers*) w dużych firmach coraz częściej dostrzegają możliwość zwiększenia efektywności swojego zespołu poprzez stosowanie rozwiązywania sporów w mediacji. W przypadku dobrej woli po obu stronach, **mediacja skraca znacznie czas prowadzenia sporu.** Dodatkowo, w większości przypadków również **zmniejsza niezbędny wkład pracy prawników korporacyjnych** zaangażowanych do prowadzenia sporu sądowego. Te dwa czynniki zwiększają znacznie efektywność działań prawnych. W czasach kiedy spraw przybywa, a o zwiększeniu liczby etatów nie wypada nawet wspominać, mediacja może okazać się bardzo dobrą strategią obroną przez prawników wewnętrznych.



No i ostatni bardzo ważny czynnik przemawiający za korzystaniem z mediacji w sporach dotyczących realizacji umów zawarty w procedurze zamówień publicznych. **Złożenie wniosku o zatwierdzenie ugody zawartej w mediacji przedsądowej nic nie kosztuje, natomiast rozpoczęcie sporu sądowego pociąga za sobą konieczność zapłacenia opłaty za wniesienie pozwu, która wynosi 5% od kwoty sporu (nie więcej niż 200 tys zł).** W przypadku sporów dotyczących realizacji dużych umów budowlanych są to wysokie kwoty, będące wielokrotnością kosztów przeprowadzenia mediacji, .

Niewątpliwie pomocna w popularyzacji mediacji wśród zamawiających z sektora publicznego była nowelizacja przepisów ustawy o finansach publicznych z 2017. W art. 54 ustawa umożliwia zawarcie ugody przez jednostkę sektora finansów publicznych w sprawie spornej należności cywilnoprawnej, jeżeli z przeprowadzonej analizy wynika,

iż skutki ugody są dla niej lub Skarbu Państwa czy budżetu jednostki samorządu terytorialnego korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego. Wiele analiz dotyczących kosztów sporu i szans na jego wygranie sporządzanych przez jednostki sektora finansów publicznych jednoznacznie wskazuje na opłacalność ekonomiczną zawarcia ugody w mediacji.

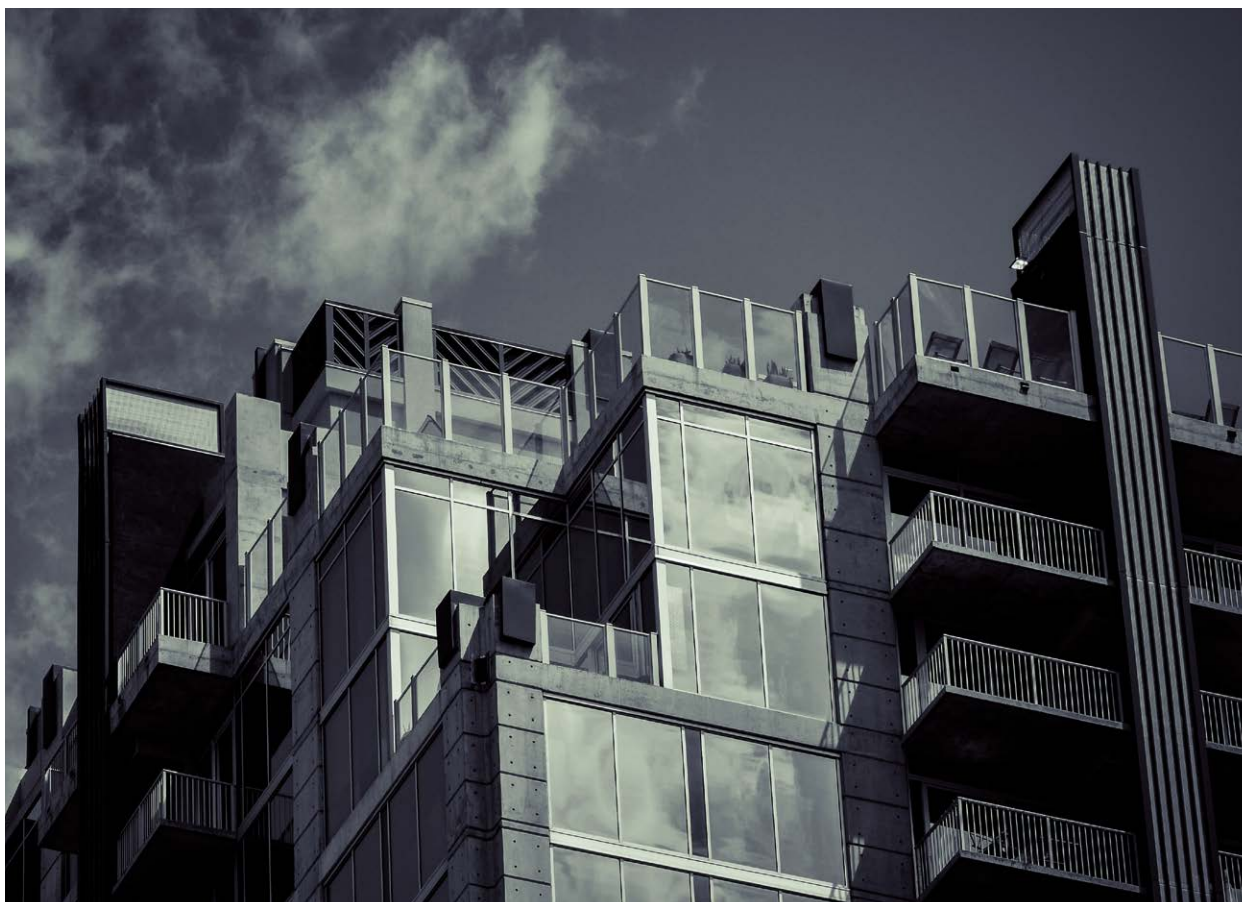
Nowa ustawa PZP wchodząca w życie w styczniu 2020, w Dziale X „Pozasądowe rozwiązywanie sporów”, wprowadza mediację jako jeden z poleubownych sposobów rozwiązywania sporu. Może to być miłowy krok w kierunku upowszechniania mediacji.

Zgodnie z zapisami nowej ustawy PZP, każda ze stron umowy zawartej zgodnie z prawem zamówień publicznych może wystąpić z wnioskiem o mediację do prokuratury generalnej lub wybranego mediatora. Jednak nie każdy spór będzie mógł być zakończony ugodą mediacyjną. Spór musi mieć zdolność ugodową. Zawierana uгода

nie może naruszać przepisów ustawy PZP, innych przepisów prawa, zasad współżycia społecznego ani stanowić obejścia prawa.

Według zapisów ustawy, **sąd powinien być poinformowany o podjęciu próby mediacyjnego rozwiązania sporów w pozwie lub odpowiedzi na pozew.** Jeżeli pozew albo odpowiedź na pozew zamawiającego nie zawiera takiej informacji, w przypadku, gdy szacunkowa wartość zamówienia została ustalona jako równa lub przekraczająca w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 20 000 000 euro dla robót budowlanych oraz wartość przedmiotu sporu przewyższa 100 000 złotych, **sąd z urzędu skieruje strony do mediacji lub innego poleubownego rozwiązania sporu.**

Od co najmniej dwóch dekad w polskim systemie prawnym konsekwentnie wspiera się alternatywne metody rozwiązywania sporów. Pomimo tego, niestety, spory gospodarcze pomiędzy podmiotami



gospodarczymi, zakończone ugodą zawartą w procesie mediacji, należą ciągle do rzadkości. W polskiej kulturze prawnej mediacja nie jest tak bardzo zakorzeniona i z trudem przebija się do świadomości menedżerów, jako dobry i bezpieczny sposób zakończenia sporu.

Wiele wskazuje na to, że nasze coraz bardziej zawrotne tempo życia i w tym temacie wymusi postęp. W obliczu stałego przyspieszenia i zwiększania się obrotu gospodarczego, mediacja może stać się najlepszym remedium na zatory w sądach. Obecnie rozwój sądownictwa w Polsce, z wielu powodów, niestety nie nadąża za rozwojem gospodarczym. Dlatego też przedsiębiorcy i menedżerowie są zmuszeni coraz śміiej korzystać z alternatywnych metod rozwiązywania sporów (ADR). Dla porównania w Stanach Zjednoczonych rozwój mediacji rozpoczął się w latach 60 i 70-tych

i nastąpił równolegle z kryzysem sądownictwa, który się wówczas pojawił.

Należy tu podkreślić pozytywne strony szerokiego wykorzystywania mediacji w celu rozwiązywania sporów. Zwiększenie zaufania w biznesie i wzrost wzajemnego szacunku stron niewątpliwie poprawia jakość obrotu gospodarczego. Skrócenie czasu dochodzenia roszczeń z pewnością przyspiesza przepływy pieniężne. Wielu ekonomistów wskazuje na grożące w najbliższym czasie ryzyko powstania zatorów płatniczych, szczególnie w sektorach najbardziej dotkniętych pandemią. Przedłużające się spory sądowe mogą spowodować upadłość słabszych ekonomicznie podmiotów. W takich sytuacjach mediacja może być bardzo pomocna.

Na zakończenie chciałabym podkreślić, że powszechnie znany i stale używany przez Polaków

cytat z „Zemsty” Aleksandra Fredry „zgoda buduje, niezgoda rujnuje”, bardzo sprawdza się w biznesie. Dlatego też, już dziś możemy być pewni, że przyszłość rozwiązywania sporów bez wątpienia będzie należeć do mediacji, do której wszystkich zapraszam. Warto sięgać po nią jak najczęściej, pamiętając, że na drogę sądową zawsze można wrócić w przypadku braku zawarcia ugody.

**Małgorzata
Kuczevska-Laska**

Członek SIDIr,
mediator





Hiper-ryczałt czyli wszystkie takie i inne, które profesjonalny wykonawca mógł przewidzieć, zawarł w cenie i nie będzie rościł

Rafał Bałdys

W ponad 90% zamówień publicznych na roboty budowlane przyjmuje się formę wynagrodzenia ryczałtowego. Taki wniosek płynie z badań, jakie na potrzeby realizacji projektu narzędzia do automatycznej oceny ryzyk kontraktowych Riskovery wykonaliśmy budując bazę ryzyk kontraktowych. Praca nad narzędziem wymagała od nas analizy setek umów na publiczne roboty budowlane, co dało nam przekrojowy obraz standardów umów stosowanych w Polsce. Najważniejsze wnioski nie są odkrywcze, ale na pewno potwierdzają konieczny kierunek zmian, jeżeli celem systemu zamówień publicznych w sektorze budownictwa ma być zwiększenie jego efektywności.

W ponad 90% zamówień publicznych na roboty budowlane przyjmuje się formę wynagrodzenia ryczałtowego. Taki wniosek płynie z badań, jakie na potrzeby realizacji projektu narzędzia do automatycznej oceny ryzyk kontraktowych Riskovery wykonaliśmy budując bazę ryzyk kontraktowych. Praca nad narzędziem wymagała od nas analizy setek umów na publiczne roboty budowlane, co dało nam przekrojowy obraz standardów umów stosowanych w Polsce. Najważniejsze wnioski nie są odkrywcze, ale na pewno potwierdzają konieczny kierunek zmian, jeżeli celem systemu zamówień publicznych w sektorze budownictwa ma być zwiększenie jego efektywności.

To, co uderza w przeanalizowanym materiale, to powszechne stosowanie formuły realizacji w modelu zaprojektuj i wybuduj przy jednocze-

snym stosowaniu ryczałtowej formy wynagrodzenia. Z punktu widzenia ekonomicznego taki wybór jest najdroższym z możliwych, ale za jego stosowaniem przemawiają subiektywne wrażenia „szybkiej ścieżki” oraz „niezmiennność” zaplanowanych kosztów. Choć wielu zamawiających zdążyło się przekonać, że te przesłanki nie sprawdzają się w praktyce, wciąż z upodobaniem stosują tę metodę. Najbardziej mylącym jest przekonanie o niezmienności ceny wykonania robót. Wprawdzie lektura art 632. §1. KC nie pozostawia pola do interpretacji, to jednak cały artykuł składa się z dwóch paragrafów, a to właśnie §2 oddaje logikę i sens działania całego przepisu. Nie brakuje więc przypadków kiedy sądy nakazują podwyższać wynagrodzenie wykonawcy na skutek „zmiany stosunków”, przez co inwestycje kosztują tyle ile miały faktycznie kosztować

plus koszty transakcyjne sądowego potwierdzenia tego faktu plus nie-możliwe do oszacowania koszty społeczne i wpływ na całą gałąź gospodarki. Niestety zamawiający publiczni wspierani przez wykładnię KIO, urzędów centralnych i instytucji kontrolnych wyznają swoiste uprzywilejowanie pozycji publicznego inwestora względem wykonawcy, czemu dają wyraz w pewien specyficzny sposób.

W wielu umowach ryczałtowych stosuje się praktykę wielokrotnego powtórzenia tego postanowienia w różnych paragrafach i z użyciem różnego słownictwa. Jak można przypuszczać intencją takich zabiegów jest podkreślenie, że wynagrodzenie wykonawcy nie może zostać podwyższone. W przypadku ewentualnego roszczenia wykonawcy, zamawiający może kwestionować jego zasadność w oparciu o 4 zapisy umowne, a nie tylko jeden, np: „(...)



roszczenie Wykonawcy w świetle postanowień zawartej umowy jest niezasadne, na co jednoznacznie wskazują postanowienia §1. u1, 2, 3, 4. §.3.u.4, etc, etc."

Jakkolwiek taki zabieg może wydawać się sprytny, to trzeba o nim powiedzieć, że jest nieskuteczny i w większości przypadków przed niczym zamawiającego nie zabezpiecza, a często ogranicza jego pole manewru w kłopotliwej sytuacji. Często też ilość wystąpień określenia „ryczałt” i zapisów o „niezmienności ceny” jest odwrotnie proporcjonalna do jakości posiadanej przez zamawiającego dokumentacji technicznej.

Najczęściej jednak wszystkie te nieszczęścia chodzą trójkami i wiele, jeśli nie większość zamówień na roboty:

- a) ma dokumentację techniczną np. PFU niskiej jakości (wiadomo - projektant za najniższą cenę i inne kryteria),
- b) zakłada formułę zaprojektuj i wybuduj;
- c) przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe przy jednoczesnej próbie przeniesienia jak największej odpowiedzialności za ryzyka kontraktowe na wykonawcę.

Jak to wygląda w działaniu, czyli klasyczna konstrukcja polskiej umowy ryczałtowej. Poniższe przykłady podaję nie jako poradnik, lecz raczej ku przestrodze.

1. *Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości: brutto,¹*

Żeby uniknąć wątpliwości czym jest ryczałt w ust. 2 zamawiający objaśnia czym jest ryczałt stosując słownictwo z art. 632 §1. KC.

2. *Wynagrodzenie ryczałtowe określone w ust. 1 oznacza, że Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.¹*

Z ostrożności zapewne, bo przecież nie co do zasady, nie przytacza się §.2 tego artykułu. Żeby jednak całkowicie rozwiązać wątpliwości dotyczące ryczałtu oraz tego, co obejmuje dodaje się kolejny ustęp:

3. *Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszystkie koszty związane z re-*

¹ Zamawiający: Gmina Stary Sącz, zamówienie publiczne: „Budowa kanalizacji sanitarnej w Moszczenicy Niżnej w ramach zadania: Rozbudowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie gminy Stary Sącz”.

alizacją przedmiotu umowy, w tym koszty uzyskania dokumentów pozwalających na użytkowanie obiektów będących przedmiotem zamówienia. Nieoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu.¹

I choć trudno, żeby wykonawca miał jeszcze wątpliwości, to zamawiający doprecyzowują jeszcze dwie ważne kwestie w kolejnych paragrafach:

4. *Za wyjątkiem przypadków określonych w § 12, wynagrodzenie ryczałtowe określone w ust. 1 jest stałe i nie ulegnie zmianie.¹*

oraz jeszcze jedna bardzo ważna kwestia często wyjaśniana przez zamawiających, czyli tzw. klauzula o polskim ryczałcie.

5. *Strony ustalają, że ryczałtowe wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy może ulec obniżeniu na skutek sytuacji niemożliwych do przewidzenia w momencie zawierania niniejszej umowy w wyniku robót zamiennych lub zaniechanych.²*

Jednak dyskusja o ryczałcie wcale nie kończy się na odmianie tego słowa przez przypadki. Wielu zamawiających wybiera „sprytną” metodę opisaną okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, a które tzw. „profesjonalny wykonawca” powinien przewidzieć. Zamawiający nie widzi w takim działaniu sprzeczności. Chodzi o to, żeby niemożliwe do przewidzenia okoliczności zakwalifikować jako

zidentyfikowane i opisane, a przez to ujęte w cenie ofertowej – nazwalimy taki model ryzyk hiper-ryczałtem. Żeby nie być gołosłownym w praktyce zapisy takie wyglądają następująco. (wszystkie pochodzą z prawdziwych umów w zamówieniach publicznych):

(...) *Wykonawca oświadcza, że do obliczenia wynagrodzenia o którym mowa w ust. 2 uwzględni ewentualne zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę/minimalnej stawki godzinowej w czasie trwania umowy.³*

– i choć intencje są oczywiste, to jednak konsekwencje tego zapisu wątpliwe żeby były zamierzone. Gdyby taką umowę zawarto na okres 2 lat np. maju 2020 r., to w przypadku gdy rząd wycofa się z przyjętego planu stopniowej podwyżki płacy minimalnej, wówczas „profesjonalny” Zamawiający będzie mógł lub nawet w efekcie działań kontroli będzie musiał obniżyć wynagrodzenie dla wykonawcy.

I dalej:

(...) *Poza przypadkami wyraźnie przewidzianymi w umowie uznaje się, że Wykonawca uwzględni wszelkie dodatkowe elementy zamówienia, nieokreślone szczegółowo, ale niezbędne dla wykonania przedmiotu umowy, a wynagrodzenie w całości obejmuje wszelkie ryzyko i wszelkie okoliczności zaistniałe w związku z wykonywaniem przedmiotu umowy, w tym ceny wszelkich materiałów lub usług, a także wszelkie prace i wydatki dodatkowe, bądź inne czy to odrębnie lub szczegółowo wymienione, bądź określone w umowie czy nie, które albo są nieodzow-*

ne w celu wykonania i ukończenia przedmiotu umowy, albo mogą się stać nieodzowne w celu przezwyciężenia takich ryzyk lub nieprzewidzianych okoliczności przed wykonaniem przedmiotu umowy.⁴

(...) *przyjmuje się, że Wykonawca uwzględnił w cenie oferty najszerzy możliwy zakres wynikający z jakiegokolwiek udostępnionego dokumentu, w tym również z odpowiedzi na pytania i zmian treści ww. dokumentów, niezależnie od tego, czy dane prace zostały wprost wymienione w tych dokumentach.⁵*

Choć w sposób oczywisty zapisy te są niezgodne z prawem, to jednak przede wszystkim są nieuczciwe i obnażają intencje zamawiającego. Trzeba jednak zrozumieć zamawiających, bowiem ci również działają w otoczeniu formalno – prawno – faktycznym, którego determinantą są instytucje kontroli, jak: RIO, KAS, NIK, CBA, CBS, ABW etc. Z tego powodu formuła hiper-ryczałtu wydaje się być bardzo atrakcyjna, ponieważ skraca do minimum czas potrzebny na składanie wyjaśnień w czasie kontroli oraz pozwala na uniknięcie odpowiedzialności nawet w przypadku konieczności podjęcia jakiejś decyzji w trakcie realizacji robót.

Zarówno zamawiający, jak i instytucje kontrolne w swoich działaniach opierają się na przepisach ustawy oraz ewentualnej innej wiedzy z danej branży jaką mogli w swoim zawodowym życiu osiągnąć. Wiedza ta w żaden sposób nie może być usystematyzowana, bowiem nie istnieją wewnętrzne procedury pozwalające dzielić się wiedzą

¹ Zamawiający: Gmina Stary Sącz, zamówienie publiczne: „Budowa kanalizacji sanitarnej w Moszczenicy Niżnej w ramach zadania: Rozbudowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie gminy Stary Sącz”.

² Zamówienie publiczne: budowa sieci kanalizacji sanitarnej dla części miejscowości Pępowo w ramach projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy Żukowo – etap I” w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 – działanie 2.3.

³ Zamawiający: Gmina Miejska Turek, zamówienie publiczne pn. „DOCIEPLENIE BUDYNKÓW WIELORODZINNYCH POŁOŻONYCH PRZY UL. GÓRNICZEJ 22 I UL. GÓRNICZEJ 24 W TURKU”.

⁴ Zamawiający: ZDW w Krakowie, zamówienie: Budowa obwodnicy Koszyc- nr ZDW-DN-4-271-88/18.

⁵ Zamawiający: Morskie Centrum Nauki im. prof. Jerzego Stelmacha w Szczecinie, zamówienia publiczne: „Budowę Morskiego Centrum Nauki im. prof. Jerzego Stelmacha w Szczecinie”.



w samych tych organizacjach oraz nie ma praktyki, żeby organizacje te mogły dzielić się wiedzą między sobą. Wprawdzie zamawiający chętnie kopiują od siebie wzory stosowanych umów, jednak rzadko są to „standardy” warte powielania.

Hiper-ryczałt, czyli szybko dobrze i tanio

W efekcie takiego ustroju systemu zamówień publicznych i kontroli nad nimi dochodzi do sytuacji, kiedy mamy dziesiątki stanów prawnych opisujących te same stany faktyczne. I choć dzięki tej metodzie setki prawników i sądy mają zajęcie, to jednak odbywa się to ze szkodą dla samych inwestycji i obniża wydajność pracy w budownictwie. W pewnym sensie można to także uznać jako marnowanie publicznych środków, ponieważ sądowe toczenie sporów kontraktowych to niepotrzebne koszty transakcyjne procesu inwestycyjnego, przez który budujemy krótsze drogi, mniej latarni, węższe przekopy mierzei, mniej promów etc., etc. Z niewiadomych przyczyn w sys-

temie zamówień publicznych kwestie te postanowiono doprecyzować samą ustawą, choć nie skorzystano z już istniejących przepisów zawartych w ustawie p.z.p. od samego początku, czyli od 2004 r. Wszystkie palące problemy i absurdy piętrzące się wokół kwestii umów na zamówienia publiczne już dawno można było rozwiązać, gdyby tylko prezes UZP skorzystał ze swoich uprawnień i opublikował wzory umów do stosowania dla poszczególnych rodzajów zamówień publicznych. Nikt, kto zawodowo zajmuje się realizacją inwestycji nie widzi konieczności, żeby każda średniej wielkości oczyszczalnia ścieków lub droga była realizowana w oparciu o inny wzór umowy. Wręcz przeciwnie, to właśnie powtarzalność zapisów, praktyk i schematów postępowania pozwala na utrwalenie czegoś, co nazywamy standardem. W takim przecież celu organizacja FIDIC – jak wiele innych zajmujących się standaryzacją – opracowuje warunki kontraktu i dostosowuje do rozwijającego się świata, żeby inni nie musieli wywarzać otwartych drzwi. Idea stoso-

wania takiego wzorca jest taka, żeby do warunków szczególnych przenieść jedynie takie postanowienia, które zapewniają harmonizację warunków ogólnych z lokalnym prawem. Daleko idące modyfikacje WS czynią wybrany standard nieskutecznym i przeczą idei standaryzacji.

Dopóki nie póki nie pojawi się taka refleksja u rządzących i samych zamawiających dopóty będziemy twórczo rozwijać hiper-ryczałt, wykonawcy będą toczyć sądowe spory o oczywiste sprawy, a zamawiający okazję to testowania kolejnych hiper-umów licząc na inny efekt.

Rafał Bałdys-Rembowski

Członek założyciel
Związku Pracodawców
Branży Usług Inżynierskich,
project manager projektów
infrastrukturalnych



Wielkie inwestycje wymagają dużej pracy

Ale to się opłaca

Wojciech Hartung | Grzegorz Romanowicz

700 000 000 zł – tak kształtuje się szacunkowy koszt wykonania inwestycji określonej jako „Usprawnienie połączenia komunikacyjnego pomiędzy wyspami Uznam i Wolin w Świnoujściu – budowa tunelu pod Świną”.

„Oszczędności” – to lampka, która zapali się przy takiej kwocie w głowie każdego prezydenta miasta, który stanie przed wyzwaniem realizacji takiego przedsięwzięcia.

Takie oszczędności udało się znaleźć w Gminie Miasto Świnoujście – przy aranżacji ubezpieczenia ryzyk budowlano-montażowych dla wspomnianej inwestycji. Dzisiaj pokrótce przedstawiamy jak wyglądał proces przygotawczy i aranżacja programu ubezpieczeniowego dla tego złożonego przedsięwzięcia.

Pierwsze czynności związane z naszym podejściem do tematu podjęliśmy już w 2017 r. Sam charakter przedsięwzięcia nie był nam obcy. Z podobnym wyzwaniem zetknęliśmy się już przy aranżowaniu ubezpieczenia na budowę Tunelu pod Martwą Wisłą w Gdańsku. Będąc jednak pełnym pokory wobec swojej niewiedzy, przygotowując założenia programu korzystaliśmy z doradztwa wybitnego szwajcarskiego specjalisty w zakresie ryzyk towarzyszących budowie i eksploatacji tuneli podziemnych oraz podwodnych.

W momencie wyłaniania wykonawcy prac budowlanych, otoczenie gospodarcze wymagało od Inwestora śmiałych rozwiązań. Był to okres, w którym odnotowano liczne upadki firm budowlanych. Znaczny wzrost cen materiałów spowodował kolosalne różnice w stosunku do którego da-

ny wykonawca wyceniał (kontraktował) prace w danym okresie. Niestety faza realizacji przedsięwzięć w późniejszym okresie czasu podnosiła koszty inwestycji. W kwestii samego zakupu tych samych materiałów dało się odnotować wzrosty cen o 200%.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, jako broker ubezpieczeniowy, który podjął się aranżacji ubezpieczenia dla świnoujskiej inwestycji, zaplanowaliśmy kolejny krok. Krokiem tym było odpowiednie ułożenie podziału gestii ubezpieczeniowej w konkretnych ryzykach. Zakres ubezpieczenia majątkowego – tzw. ryzyk budowlano-montażowych miał zawrzeć zamawiający, zaś ryzyka OC spoczywały na wykonawcy. Z góry określone zakresy ubezpieczeń oraz minimalne akceptowane poziomy limitów odpowiedzialności lub sum gwarancyjnych znane były uczestnikom postępowania na wybór wykonawcy prac od początku postępowania. Każdy wykonawca, znając oferowany i finansowany przez Inwestora zakres ubezpieczenia budowlano-montażowego (CAR/EAR) mógł na własny koszt dokonać zmian zakresowych (w ramach klauzul: *Difference in Conditions/DIC i/lub Difference in Limits – DIL*) i tylko ten element ubezpieczenia zawrzeć w swojej ofercie.

Ważnym działaniem przy przygotowywaniu dokumentacji przetargowej było precyzyjne podzielenie zakresu ubezpieczenia ryzyk budowy w odnie-

sieniu do charakteru prac. Przy realizacji inwestycji tunelowej istotnym jest fakt procentowego udziału tzw. „prac mokrych”. Ma to kluczowe znaczenie dla ułożenia przestrzeni reasekuracyjnej. W efekcie, właściwy opis pozwolił przyjąć inne stawki ubezpieczeniowe za prace mokre oraz lądowe – z istotną korzyścią dla zamawiającego.

Dzięki zastosowanym rozwiązaniom dotyczącym między innymi właściwego podziału gestii ubezpieczeniowej, podziału prac w ramach inwestycji na tożsame grupy obejmujące prace o podobnym charakterze oraz zaangażowaniu rynków międzynarodowych – uzyskaliśmy kwotację cenową niższą niż wskazywały szacunki z roku 2017. Suma oszczędności – około 2 miliony złotych. A co z podatkiem VAT?

Odważne podejście Inwestora do zaproponowanego przez STBU rozwiązania również w tym aspekcie pozwoliło na „nie wydanie” prawie 1 mln zł. Gdzie tutaj tkwi tajemnica sukcesu? Odpowiedź jest bardzo prosta aczkolwiek nie przez wszystkich zauważana i wykorzystywana. Usługi ubezpieczeniowe, zgodnie z art.43 ust.1 pkt 37 ustawy VAT znajdują się w kategorii usług zwolnionych z tego podatku. Wystarczy tylko wiedzieć jak tę sytuację mądrze wykorzystać.

Nadmienić należy również, że wszelkie nasze działania podlegały stałemu nadzorowi i kontroli Cen-



trum Unijnych Projektów Transportowych (CUPT).

No i jeszcze kilka ciekawych wyjątkowo nowatorskich i niestandardowych rozwiązań:

- **Klauzula degresywnej płatności składki ubezpieczeniowej za przedłużenie prac budowlanych powyżej planowanego pierwotnie harmonogramu prac.** Terminowość wykonywanych prac budowlanych to bardzo duży problem rynku. W aspekcie ubezpieczeniowym dotyczącym woli Zakładów Ubezpieczeń do łagodnego, pod względem finansowym, traktowania takich sytuacji ukształtowały się bardzo różne i niekiedy tanie rozwiązania. Stworzona przez STBU formuła kalkulacji kosztu ubezpieczenia w przypadku wystąpienia opóźnienia (bez względu na jego źródło); to kolejne miejsce gdzie Inwestor może zapłacić mniej niż dotychczasowo stosowana praktyka rynkowa. „Opóźnienia” to bardzo często powtarzające się w ubezpieczeniu budowlanym określenie. Każde opóźnienie pociąga za sobą szereg konsekwencji, zarówno w przestrzeni czasowej, jak i finansowej.
- Kolejną niekorzystną dla Inwestora sytuacją, którą bardzo często bagatelizuje się na etapie organizo-

wania inwestycji (w tym jej ubezpieczenia), **jest ryzyko zejścia (lub usunięcia) wykonawcy z placu budowy.** Podwodna przeprawa pomiędzy wyspami Uznam i Wolin realizowana miała być pierwotnie przez konsorcjum 3 firm. Dziś wiemy, że jedna z tych firm jest obecnie w stanie upadłości. Na szczęście jej obowiązki przejęli pozostali konsorcjanci, ale...

Jak wyglądałaby ta sytuacja, gdyby ten jedyny Generalny Wykonawca nie był w stanie wykonać prac, do których się zobowiązał? Ponad 5 mln zł, które Inwestor przeznaczył na ubezpieczenie w ramach ceny za wykonanie kontraktu odeszłoby wraz z nim, a w kolejnym postępowaniu na wybór, w zależności od momentu zejścia z placu budowy, Inwestor ponownie musiałby sięgnąć do portfela w celu pokrycia kosztu ubezpieczenia. Zapewne wyższego niż pierwotnie planowany. Dlaczego więcej? Nikt nie lubi kupować przysłowiowego „kota w worku”. A takim kotem jest nieznan status pozostawionych prac oraz czas zakończenia inwestycji.

Odpowiedzialny, doświadczony broker i świadomy oraz odważny w podejmowaniu niestandardowych decyzji Inwestor: to w zasadzie gwarancja znalezienia najlepszego rozwiązania w zakresie warunków, jak

i ceny. Dowodem potwierdzającym tę tezę jest omawiana inwestycja.

Powiedzenie: „za jakość się płaci”, jest tak samo banalne, co najczęściej również prawdziwe. W tym przypadku jednak udało się Inwestorowi połączyć rzeczy w zasadzie biznesowo niemożliwe do połączenia: jakość i cenę. Tak jak już wspominaliśmy, osiągnięcie tego efektu wymagało skoordynowanej współpracy Inwestora i brokera, odważy w podejmowaniu decyzji, ale przede wszystkim.... wzajemnego zaufania.

STBU to broker który nie dostarcza swoim Klientom ubezpieczeń. My dostarczamy rozwiązania, które mają dać poczucie właściwego i najlepszego zabezpieczenia wydatkowanych na budowę środków oraz obniżenia kosztu ubezpieczenia – na każdym etapie prowadzonej inwestycji.

Wojciech Hartung

Dyrektor Zarządzający
Obszar Dystrybucji
Strategicznej



Grzegorz Romanowicz

Dyrektor Rozwoju
Sprzedaży



Roszczenia związane ze spadkiem produktywności

Maciej Kryściński

Niniejszy artykuł przedstawia w zarysie trudne i stosunkowo mało znane zagadnienie dotyczące roszczeń związanych ze spadkiem produktywności. Paradoksalnie Wykonawcy nader często ponoszą straty na skutek spadku produktywności wywołanego zakłóceniami, natomiast roszczenia w tym zakresie należą do rzadkości. Kwestia ta nabiera szczególnego znaczenia w obecnych realiach pandemii COVID-19. Wykonawcy ponoszą jej konsekwencje w postaci wzmożonej i niekontrolowanej absencji pracowników powodującej niedobory siły roboczej bezpośrednio na placu budowy, czy też zakłócenia lub przerwania łańcuchów dostaw na skutek kwarantanny, czy też ogólnie obowiązujących zakazów i ograniczeń przemieszczania osób, w tym ruchu transgranicznego, wprowadzonych przez władze.

Podczas realizacji robót często występują utrudnienia mające wpływ na ich przebieg i postęp. Powodują one, że praca wykonywana jest mniej efektywnie niż byłoby to możliwe w warunkach optymalnych. W kontraktach budowlanych utrudnienia te nazywane są zakłóceniami, natomiast spadek efektywności wykonywania pracy rozpatrywany jest w kontekście spadku produktywności. Wystąpienie zakłóceń z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub stanowiących jego ryzyko powodujących spadek produktywności Wykonawcy i skutkujących koniecznością poniesienia przez niego dodatkowych i nieprzewidzianych nakładów (przede wszystkim na robociznę) w celu wykonania danego zakresu robót stanowi podstawę do wystąpienia z roszczeniem. Tak więc roszczenie związane ze spadkiem produktywności to roszczenie, w którym Zamawiający ponosi ryzyko lub jest odpowiedzialny za działania zakłócające powodujące spadek produktywności i wzrost kosztów realizacji robót przez Wykonawcę, które w innym przypad-

ku nie zostałyby poniesione. Dla wyjaśnienia należy dodać, że w szeroko pojętej praktyce międzynarodowych kontraktów budowlanych pojęcie zakłóceń (*disruption*) jest ściśle powiązane ze skutkami w postaci spadku produktywności, natomiast przyczyną skutków w postaci opóźnienia są zdarzenia (*events*).

Poprawne przygotowanie roszczenia związanego ze spadkiem produktywności, z wykazaniem związku przyczynowo skutkowego dla każdego z występujących zakłóceń, wymaga bardzo dobrego udokumentowania. Konieczne jest zidentyfikowanie i rozróżnienie wszystkich zdarzeń mających wpływ na przebieg czynności roboczych wykonywanych przez Wykonawcę w momencie ich powstania, a następnie dokładne udokumentowanie przy jednoczesnym zachowaniu świadomości faktu, że spadek produktywności niekoniecznie musi wynikać z przyczyn zewnętrznych. Wykazanie związku przyczynowo skutkowego stanowi podstawową trudność w roszczeniach związanych ze spadkiem produktywności, na skutek czego za-

wyyczaj albo kończą się one wyłącznie roszczeniem o przedłużenie czasu na ukończenie (o ile wystąpi opóźnienie w realizacji robót) albo w ogóle nie są przedstawiane. Dlatego też w szeroko pojętej praktyce roszczeń związanych z kontraktami budowlanymi pomimo faktu, że występowanie zakłóceń w realizacji robót budowlanych jest zjawiskiem dość powszechnym roszczenia związane ze spadkiem produktywności składane są stosunkowo rzadko.

Definicja „zakłócenia” oraz różnica pomiędzy „zakłóceniem” a „opóźnieniem”

W literaturze istnieje wiele definicji „zakłócenia”. Według Society of Construction Law (SCL) zakłócenie to: „*zaburzenie, przeszkoda lub przerwanie normalnego postępu prac Wykonawcy, skutkujące niższą wydajnością lub niższą produktywnością niż byłoby inaczej osiągnięte. Zakłócenia niekoniecznie skutkują opóźnieniem w realizacji robót lub opóźnieniem ukończenia robót.*” (SCL, 2017, par.18.1).



Należy rozróżnić pomiędzy pojęciami opóźnienia oraz zakłócenia:

„zakłócenie nie jest opóźnieniem. Pomimo faktu, że zakłócenia zarówno mogą powodować opóźnienia jak i być spowodowane przez opóźnienia, opóźnienie nie jest warunkiem wstępnym do wystąpienia zakłócenia i w rzeczy samej zakłócenie może wystąpić, gdy postęp robót nie tylko nie jest opóźniony, ale wręcz przyspieszony.” (Pickavance, 2005, par.17.1).

Roszczenia związane z opóźnieniami dotyczą przedłużenia czasu na ukończenie, a w sferze finansowej w zdecydowanej większości dotyczą kosztów pośrednich Wykonawcy, podczas gdy roszczenia związane z ze spadkiem produktywności dotyczą kosztów bezpośrednich.

Produktywność

Pod pojęciem produktywności rozumiemy stosunek wielkości produkcji do poniesionych nakładów. Produktywność przede wszystkim wpływa na rzeczywiste koszty ro-

bocizny, te z kolei są drugim po materiałach składnikiem całkowitych kosztów budowy. Koszty robocizny są również prawdopodobnie najbardziej niestabilnym i podatnym na wpływy zewnętrzne składnikiem kosztów budowy. Dlatego też produktywność i jej kontrola mają kluczowe znaczenie dla osiągnięcia korzystnego ogólnego wyniku finansowego projektu.

Istnienie przekroczenia zakładanych kosztów robocizny nie zawsze jest dowodem na to, że miało miejsce zdarzenie uprawniające Wykonawcę do odszkodowania. Wyraźne przekroczenia zakładanych kosztów robocizny mogą wystąpić z różnych powodów, z których nie wszystkie uprawniają Wykonawcę do odszkodowania (Nelson, 2011).

Czynniki mające wpływ na produktywność

Zakłócenia w pracach Wykonawcy mające wpływ na produktywność mogą wynikać z wielu przyczyn takich jak:

- **Absencja pracowników:** nieplanowane nieobecności pracowników mogą skutkować przerwaniem ciągłości lub spowolnieniem realizacji zadań i niepełnym wykorzystaniem sprzętu. Uzupełnienie braków kadrowych zazwyczaj wiąże się z koniecznością wydłużenia czasu pracy lub zatrudnienia pracowników zastępczych, często gorzej wykwalifikowanych. W sposób oczywisty pociąga to za sobą dodatkowe koszty.
- **Zmiany i korekty:** nieplanowane zmiany są najbardziej powszechną przyczyną spadku produktywności w szczególności w przypadku wprowadzenia ich dużej ilości w krótkim czasie. Wynika to z wpływu wprowadzenia każdej ze zmian na realizację prac i produktywność oraz efektu interakcji pomiędzy tymi wpływami. Stopień skomplikowania tych interakcji często uniemożliwia rozeznanie wpływu pojedynczej zmiany na spadek produktywności. W takim przypadku

przy ocenie spadku produktywności konieczne może się okazać grupowanie zmian, dla których efekt interakcji wpływów na spadek produktywności jest nie-
możliwy do rozeznania;

- **Przyspieszenie:** zazwyczaj wiąże się ze zwiększeniem zatrudnienia siły roboczej. Spadek produktywności występuje w przypadku gdy liczba pracowników przekracza liczbę optymalną dla danego frontu robót i następuje ich stłoczenie;
- **Błędy i pominięcia:** badania przeprowadzone w USA wykazały, że 60% roszczeń na projektach budowlanych wynika z błędów w dokumentacji projektowej oraz, że największa ilość nieproduktywnego czasu przypada na czas utracony na rozwiązywanie zagadnień związanych z błędami projektowymi, otrzymanie odpowiedzi na pytania, wyjaśnienia lub korekty dokumentacji projektowej;
- **Niepełny dostęp do placu budowy:** zazwyczaj występuje, w przypadku gdy na skutek zmian lub opóźnień w realizacji robót Zamawiający lub inni wykonawcy zatrudnieni przez Zamawiającego zajmują część placu budowy. Ma to ujemny wpływ na produktywność Wykonawcy ze względu na konieczność koordynacji jego działań z działaniami innych podmiotów obecnych na placu budowy, zwiększonymi wymaganiami BHP i bezpieczeństwa czy też pełnymi lub czasowymi ograniczeniami dostępu do pewnych części placu budowy;
- **Ponowna mobilizacja:** występuje w przypadku ponownego podjęcia prac po ich uprzednim wstrzymaniu. Spadek produktywności wiąże się z koniecznością zapoznania się z zastanym stanem robót oraz ponownym wypracowaniem skutecznych metod ich realizacji;

- **Niekorzystne warunki atmosferyczne:** ich wpływ na wyniki branży budowlanej stanowi pole do badań i analiz statystycznych. W badaniach tych zazwyczaj brano pod uwagę takie czynniki atmosferyczne jak temperatura i wilgotność powietrza i wykazano ich powiązanie ze spadkiem produktywności w branży budowlanej;

- **Spadek morale:** morale pracowników ma znaczący wpływ na ich produktywność. Takie czynniki jak niepewność, brak satysfakcji, brak pewności siebie, zmęczenie, trudne relacje pomiędzy pracownikami mają znaczenie w tym względzie;

- **Wydłużone godziny pracy:** mogą być wymagane do wykonania robót w ramach czasu na ukończenie. W tym przypadku zazwyczaj występuje efekt fizycznego zmęczenia pracowników. Ze względu na zwiększony koszt wynagrodzeń w godzinach nadliczbowych występuje odwrotna proporcja pomiędzy kosztami poniesionymi a osiągniętą produktywnością;

- **Logistyka:** zakłócenia w funkcjonowaniu łańcucha dostaw mogą powodować przestoje, co ma ujemny wpływ na produktywność;

- **Oddziaływanie wprowadzonych zmian:** zmiana dotycząca jednego pakietu robót wykonywanych przez danego podwykonawcę może mieć ujemny wpływ na roboty wykonywane przez innych podwykonawców, którzy mogą znaleźć się w konieczności zmiany harmonogramu prac polegającej na przerwaniu/zawieszeniu wykonywania prac lub zmiany kolejności wykonywania prac. Zazwyczaj odbija się to niekorzystnie na produktywności podwykonawców dotkniętych przez wprowadzona zmianę;

- **Stłoczenie siły roboczej:** wprowadzenie zmiany może zmniejszyć uporządkowany, prawidłowo zsekwencjonowany harmonogram w taki, gdzie wiele zadań musi być prowadzone jednocześnie. Może to skutkować stłoczeniem pracowników wielu branż w ograniczonej przestrzeni tworząc sytuację, gdzie praca nie może być wykonywana efektywnie.

Powyższa lista nie jest zamknięta i służy wyłącznie jako przykład możliwych przyczyn występowania zakłóceń i związanego z nimi spadku produktywności (Pickavance, 2005). Wynika z niej, że niektóre z przyczyn mogą leżeć po stronie Zamawiającego, inne zaś po stronie Wykonawcy. Nietrudno przewidzieć, że w przypadku wystąpienia kilku przyczyn jednocześnie, za które odpowiedzialność ponoszą obydwie ze stron, rozdzielenie i identyfikacja efektów poszczególnych przyczyn nastręcza poważne trudności.

Oczywistym jest, że nie wszystkie zakłócenia pociągają za sobą wypłatę odszkodowania. Wykonawca może być uprawniony do rekompensaty za skutki spadku produktywności w zakresie, w jakim istnieje naruszenie zobowiązania, w jakim można ustalić związek przyczynowy ze stroną naruszającą, a skutki finansowe tego zakłócenia można obliczyć (Nelson, 2011).

Określenie strat związanych ze spadkiem produktywności

Istnieje wiele metod umożliwiających określenie spadku produktywności związanego z zakłóceniami w realizacji robót budowlanych. SCL rozróżnia pomiędzy metodami polegającymi na pomiarach produktywności (rzeczywistymi lub teoretycznymi), a metodami polegającymi na porównaniu kosztów planowanych i kosztów poniesionych, dzieląc je na dwie grupy:

- metody oparte na produktywności; oraz
- metody oparte na kosztach poniesionych.

W pierwszej z powyższych grup metody mają na celu określenie spadku produktywności użytych zasobów a następnie wycenę wynikającą z tego straty, natomiast w drugiej grupie metody polegają na ustaleniu różnicy pomiędzy kosztami planowanymi a poniesionymi z pominięciem określenia spadku produktywności użytych zasobów (SCL, 2017, par. 18.12).

Zastosowanie jednej z metod uzależnione jest przede wszystkim od dostępnej dokumentacji dotyczącej wpływu zakłóceń na produktywność oraz tego, czy określanie strat prowadzone jest na bieżąco czy też retrospektywnie.

1. Metody oparte na produktywności

Pośród metod opartych na produktywności wyróżnia się trzy kategorie:

- Badania specyficzne dla projektu;
- Badania porównawcze projektów;
- Badania branżowe.

W kategorii badań specyficznych dla projektu preferowaną metodą określania strat związanych ze spadkiem produktywności jest analiza faktów oparta na dokumentacji. Metoda ta wymaga bieżącego dokumentowania informacji dotyczących utraty czasu na wykonanie danego zadania przy oddziaływaniu zakłóceń oraz przyczyn tą utratę powodujących. W celu uniknięcia sporów dokumentacja ta powinna być potwierdzona nie tylko przez Wykonawcę, ale również przez Inżyniera Kontraktu i/lub Personel Zamawiającego. Trudność zastosowania tej metody polega na tym, że wymaga ona zidentyfikowania zakłóceń w momencie ich powstania (Davison & Mullen, 2009).

Inną powszechnie stosowaną metodą z kategorii badań specyficznych dla projektu jest tzw. metoda „zmierzonej mili” („*measured mile*”). W międzynarodowej praktyce kontraktów budowlanych metoda ta jest powszechnie uznawana za najbardziej akceptowalną metodę oceny spadku produktywności. W metodzie tej porównuje się identyczne zadania wykonywane w okresach oddziaływania zakłóceń i bez ich wpływu w celu oszacowania spadku produk-

tywności. Niewątpliwą zaletą metody „zmierzonej mili” jest wykorzystanie danych dotyczących faktycznej realizacji robót zamiast założeń Wykonawcy przyjętych do oferty. W efekcie porównuje się faktyczną produktywność osiągniętą w okresie niezakłóconym z faktyczną produktywnością osiągniętą w okresie zakłóconym, a nie z produktywnością zaplanowaną przez Wykonawcę. Metoda ta ma również szereg ograniczeń: metoda „zmierzonej mili” staje się niewiarygodna lub nawet niemożliwa do zastosowania, gdy okres bez wpływu zakłóceń po prostu nie istnieje lub jest nieznaczny w stosunku do okresu zakłóconego. Kolejna wada polega na ograniczeniu zastosowania metody do porównywania zadań identycznych lub bardzo zbliżonych. Czyni to metodę wysoce użyteczną w przypadku projektu o dużej ilości zadań powtarzalnych, natomiast w przypadku projektów złożonych nie znajduje ona zastosowania (Nelson, 2011).

W przypadku braku danych wymaganych do przeprowadzenia analizy produktywności specyficznej dla projektu można odwołać się do badań porównawczych projektów. W badaniach porównawczych do określenia spadku produktywności jako punkt



Wyniki badań przeprowadzonych przez *Mechanical Contractors Association of America (MCAA)* przedstawiono w poniższej tabeli (Pickavance, 2005, par.17.115):

Opis	Symptomy	Skutki	Mały wpływ	Średni wpływ	Duży wpływ
Stłoczenie siły roboczej	Roboty wykonywane w ograniczonej przestrzeni z innymi wykonawcami	Stłoczenie personelu, nieoptymalne użycie narzędzi, dodatkowe narażenie na ryzyko, nieoptymalna wielkość zespołów roboczych	10%	20%	30%
Morale	Nadmierne zagrożenie, liczne zmiany, zakłócenie kolejności wykonywania prac, złe warunki pracy	Spadek jakości, konieczność poprawy wykonanych prac lub ich ponownego wykonania, absencje pracowników	5%	15%	30%
Niepełny dostęp do placu budowy	Korzystanie z terenu budowy przez Zamawiającego przed ukończeniem	Ograniczenia czasu pracy, konieczność koordynacji, zwiększone wymagania bezpieczeństwa i BHP, ograniczenie dostępu do placu budowy	15%	25%	40%
Logistyka	Trudności z realizacją dostaw	Utrata kontroli nad dostawami materiałów, przenoszenie materiałów	10%	25%	50%
Zmęczenie	Przeniesienie uwagi z wykonania podstawowego zakresu robót na roboty wynikające ze zmian	Spadek produktywności wykonywania podstawowego zakresu robót	8%	10%	12%
Niekorzystne warunki atmosferyczne	Ekstremalne warunki pogodowe	Spadek jakości pracy, konieczność powtórного wykonania prac, absencje	10%	15%	20%
Nadgodziny	Zmęczenie fizyczne i psychiczne	Spadek jakości, konieczność poprawy wykonanych prac lub ich ponownego wykonania, absencje pracowników	10%	20%	30%
Oddziaływanie wprowadzonych zmian	Wpływ zmian w jednym z pakietów robót na inne pakiety robót niezwiązane bezpośrednio z wprowadzoną zmianą	Spadek produktywności w realizacji innych robót	10%	15%	20%

odniesienia wykorzystuje się produktywność osiągniętą w niezakłóconym okresie w innym, podobnym projekcie, jako podstawę do pomiaru spadku produktywności w danym projekcie. W efekcie mamy do czynienia z modyfikacją metody „zmierzonej mili”. Metoda ta napotyka na podobne problemy jak metoda „zmierzonej mili”, ponieważ nie rozróżnia ona zakłóceń spowodowanych przez Wykonawcę, od zakłóceń spowodowanych przez

Zamawiającego. Ponadto metoda ta zależy od dostępności odpowiednich danych pozwalających na rzetelną i trudną do podważenia analizę.

W przypadku braku danych umożliwiających przeprowadzenie badań specyficznych dla projektu lub badań porównawczych projektów pomocne mogą być dane szacunkowe dotyczące utraty produktywności opracowane na podstawie badań branżowych. Specjalistycz-

ne badania branżowe opierają się na wykorzystaniu wyników konkretnych badań bezpośrednio związanych z przyczyną szkód, natomiast ogólne badania branżowe opierają się na podręcznikach i / lub raportach dotyczących branży jako całości. Konkretnie badania mogą dotyczyć zagadnień takich jak przyspieszenie, krzywa uczenia, wpływ pracy w nadgodzinach, warunki atmosferyczne itp. W wyniku badań przeprowa-

dzonych przez instytucje branżowe, głównie w USA i Wielkiej Brytanii, określono normatywy produktywności dla różnych rodzajów robót. W wyniku badań określono również czynniki mające wpływ na produktywność i dla każdego z tych czynników określono spadek produktywności w zależności od intensywności występowania czynnika.

Metody oparte na badaniach branżowych są szybkie i niedrogie, natomiast ich zastosowanie do obliczania spadku produktywności nie jest preferowane. SCL nie zaleca stosowania wskaźników procentowych w przypadku braku ich poparcia głębszą analizą (SCL, 2017, par.18.8).

2. Metody oparte o koszty

Druga grupa metod opiera się na kosztach poniesionych. Chodzi tu o tzw. „Total Cost Method” oraz „Modified Total Cost Method”. Metoda ta zazwyczaj znajduje uzasadnienie w szczególnie skomplikowanych przypadkach, gdzie występują liczne zdarzenia, których skutki są niemożliwe do oddzielenia.

Metoda ta polega na porównaniu kosztów planowanych zawartych w ofercie Wykonawcy oraz kosztów rzeczywiście poniesionych. Słabszą stroną tej metody jest brak wykazania związku przyczynowo skutkowego pomiędzy poszczególnymi zdarzeniami a ich skutkami w sposób bezpośredni. Należy również uwzględnić ewentualność, że oferta Wykonawcy może zawierać błędy oraz że poniesione przez Wykonawcę nakłady mogą wynikać w całości lub częściowo z przyczyn, za które jest on odpowiedzialny.

Nie mniej jednak w szczególnych sytuacjach, gdy Wykonawca nie ma innego wyjścia, użycie tej metody jest uzasadnione. W celu uwiarygodnienia roszczenia Wykonawca powinien zwrócić uwagę na następujące fakty:

- Po pierwsze, że określenie wartości roszczenia przy zastosowaniu innej metody jest niemożliwe;

- Po drugie, że jego oferta została opracowana prawidłowo, nie jest zaniżona ani nie zawiera błędów;
- Po trzecie, że koszty poniesione przez Wykonawcę nie zostały zawyżone;
- Po czwarte, że Wykonawca nie jest w żadnym stopniu odpowiedzialny za poniesienie dodatkowych kosztów;
- W przypadku niespełnienia warunku 2, 3 lub 4 można posiłkować się modyfikacją roszczenia poprzez kompensację zdarzeń, za które odpowiedzialny jest Wykonawca.
- W międzynarodowej praktyce kontraktów budowlanych metody oparte o koszty wzbudzają wiele kontrowersji, a orzecznictwo sądów na ich temat jest bogate i różne w różnych krajach. Nie mniej jednak należy stwierdzić, że roszczenia oparte o powyższe metody generalnie są dopuszczane przez sądy ze względu na fakt, że w przypadku licznych zakłóceń o skumulowanych skutkach zastosowanie innej metody jest niemożliwe i że dla Wykonawcy jest to jedyna możliwa droga do dochodzenia odszkodowania za poniesione straty. Znajduje to potwierdzenie w uregulowaniu orzecznictwa w tym zakresie i bardziej przystępnym podejściu sądów do roszczeń opartych o koszty poniesione w ostatnich latach szczególnie w Anglii i Szkocji.

Podsumowanie

Zakłócenia powodują, że Wykonawcy ponoszą wyższe niż założone nakłady w celu osiągnięcia celu, za co należy im się odpowiednia rekompensata. Roszczenia związane ze spadkiem produktywności, pomimo że trudne do udowodnienia, mogą być nieuniknione w przypadkach, gdy poziom strat spowodowanych spadkiem produktywności nie jest w odpowiednim stopniu zrekompensowany przez dodatkowe wynagrodzenie Wykonawcy. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że samo wykazanie spadku produktywności i zidentyfikowanie czynników, które teoretycznie mogą uzasadniać uprawnienie do odszkodowania nie jest wystarczające. Aby odnieść sukces, Wykonawca powinien na podstawie faktów dotyczących sprawy wykazać, że spadek produktywności nie był spowodowany czynnikami pozostającymi pod jego kontrolą. Skuteczne odzyskanie strat związanych ze spadkiem produktywności wymaga wykazania umownych i prawnych uprawnień oraz związku przyczynowo skutkowego pomiędzy zakłóceniami a szkodami. Gdy to zostanie osiągnięte, pozostaje określenie wielkości poniesionej szkody. Kluczem do sukcesu jest wczesne zidentyfikowanie i rozróżnienie zakłóceń mających wpływ na przebieg realizacji prac a następnie ich szerokie i staranne udokumentowanie (Schumacher, 2013).

Maciej Kryściński

mgr inż. budownictwa,
absolwent Politechniki Warszawskiej.
Ekspert ds. doradztwa kontraktowego
i rozwiązywania sporów
CAS Sp. z o.o.



Roszczenia odszkodowawcze w związku z opóźnieniem kontraktu

Modelowe wyliczenie kosztów ogólnego zarządu i utraconego zysku

Michał Siejda

Opóźnienia procesu budowlanego są jednym z tematów, które są najczęściej analizowane i komentowane w naszej branży. W ponad 70% wydań „Biuletynu Konsultant” są poruszane zagadnienia związane z opóźnieniami¹. Od lipca 2015 roku w każdym kolejnym numerze przynajmniej jeden artykuł dotyczył opóźnień procesu budowlanego.

Omawiane są przyczyny i skutki ich powstania. Z opóźnieniem nierozzerwalnie związany jest dodatkowy koszt i spór dotyczący odpowiedzialności za poniesienie tego kosztu. Nie mogę ukryć zaskoczenia, że w takiej ilości artykułów nie został jeszcze poruszony wątek kosztów ogólnego zarządu (przedsiębiorstwem) w przedłużonym czasie i sposobów wyliczenia tego kosztu.

Roszczenia odszkodowawcze obejmujące koszty ogólnego zarządu są oparte na art. 471 KC w zw. z art. 361 KC, a ich podstawą jest zobowiązanie dłużnika do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Alternatywnie, odszkodowanie może być oparte na art. 410 KC w zw. z art. 405 KC. Wychodząc z definicji, o żądaniu odszkodowawczym można mówić tylko w odniesieniu do okoliczności, w których opóźnienie w realizacji powstało w wyniku zdarzeń będących w zakresie odpowiedzialności inwestora. Takie żądanie może składać się z następujących części: wzrost kosztu bezpośredniego, koszty ogólne budowy w przedłużonym czasie, koszty ogólnego zarządu w przedłużonym czasie oraz utracony

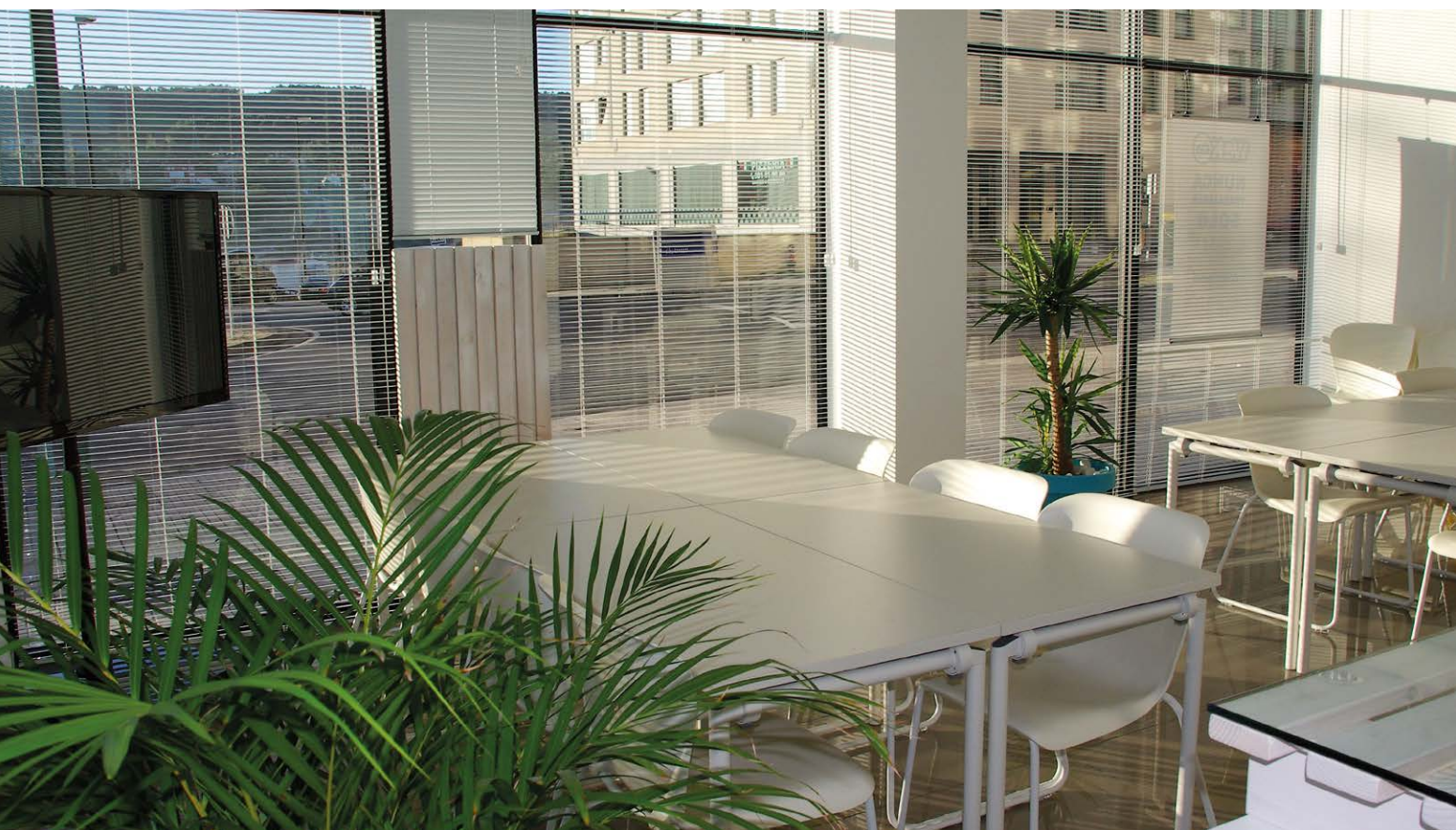
zysk. O ile wzrost kosztu bezpośredniego i koszty ogólne budowy w przedłużonym czasie są relatywnie proste do uchwycenia, to koszty ogólnego zarządu w przedłużonym czasie oraz utracony zysk sprawiają trudności zarówno w kwestii udowodnienia słuszności powetowania szkody, jak również w kwestii określenia wysokości żadanego odszkodowania.

Oczywistym jest, że przedsiębiorca budowlany prowadzi swoją działalność w celu osiągnięcia korzyści finansowych. Przedsiębiorca budowlany powinien jednak zdawać sobie sprawę z faktu, że nie każde przedsięwzięcie budowlane musi zakończyć się osiągnięciem zysku. W sporach odszkodowawczych opartych na związku przyczynowo-

wo-skutkowym mamy do czynienia z powstaniem szkody spowodowanej działaniem lub zaniechaniem działania dłużnika (tu: inwestora). Słusznym wydaje się być stanowisko, że niesolidny dłużnik nie ma prawa do czerpania korzyści wynikłych z jego zwłoki. Odmienne zapatrywanie mogłoby stanowić zachętę do opieszałego wykonywania zobowiązania². Wobec tego należy stwierdzić, że inwestor, który swoim działaniem lub zaniechaniem działania doprowadza do opóźnienia powinien ponieść negatywne skutki tego opóźnienia – powinien powetować wykonawcy nie tylko stratę, lecz również utracone korzyści, które wykonawca mógłby osiągnąć, realizując zobowiązanie umowne w terminie umownym.

¹ Obliczenia na podstawie analizy własnej wszystkich opublikowanych „Biuletynów Konsultant” (nr 1-54).

² Por. Wyrok SN IV CR 867/89, z dnia 9 marca 1990 r.



Z takim twierdzeniem zgodziły się również Sądy³. Należy jednak zauważyć, że jest to stanowisko niejednolite i warto wiedzieć, że pojawiają się stanowiska odmienne dotyczące kosztów ogólnego zarządu. Jednym z pojawiających się zarzutów jest okoliczność, że centrala i oddział nie zostały powołane tylko do realizacji jednego kontraktu, a wykonawca realizuje również inne kontrakty⁴. Przywołany wyrok jednocześnie podkreśla, że powód przyczynił się w znacznym stopniu do opóźnienia oraz że uzasadnienie kosztów pośrednich nie było wystarczające do uznania przez Sąd ich zasadności. W mojej ocenie postawiony wniosek, że centrala i oddział nie zostały powołane tylko do realizacji jednego kon-

traktu, a wykonawca realizuje również inne kontrakty, nie powinien być podstawą do odmowy uznania kosztów ogólnego zarządu w przedłużonym czasie za zasadne. Skoro wykonawca, który realizuje tylko jeden kontrakt jest uprawniony do takiego odszkodowania, to wykonawca, który realizuje więcej niż jeden kontrakt powinien być uprawniony do odszkodowania proporcjonalnego do udziału rozpatrywanego kontraktu we wszystkich kontraktach realizowanych przez wykonawcę – rekompensaty za część kosztów ogólnego zarządu (przedsiębiorstwem) oraz utraconych korzyści.

Do podobnych wniosków doszli autorzy dwóch najbardziej popularnych wzorów służących do określenia kosztów ogólnego zarządu oraz

utraconego zysku. Jest to formuła Hudson'a z 1970 roku⁵ i Eichleay'a z 1960 roku⁶. Pierwsze wyroki uznające koszty ogólnego zarządu jako odszkodowanie za opóźnienie spowodowane przez inwestora zapadły w USA w 1945 roku. Jednak dopiero wygrana Eichleay Corporation w sprawie przeciwko rządowi USA w 1960 roku i sposób wyliczenia kosztów ogólnego zarządu stały się przyczynkiem do powszechnego stosowania podobnego sposobu udowadniania poniesionych kosztów. W kolejnych latach pojawiły się pierwsze wyroki dotyczące kosztów ogólnego zarządu jako odszkodowania za opóźnienie nie tylko w przypadku zawieszenia robót, lecz również w przypadku opóźnie-

³ Por. Wyrok SA I ACa 57/17, z dnia 9 maja 2018 r. oraz Wyrok SO XXVI GC 1138/15, z dnia 9 listopada 2017 r.

⁴ Por. Wyrok SO XXV C 959/12, z dnia 2 lutego 2017 r.

⁵ *Hudson's building and engineering contracts*, Tenth Edition (1970) By I.N. Duncan Wallace.

nia spowodowanego przez konieczność wykonania robót dodatkowych⁶. Nazwy przywołanych wzorów nie pochodzą od nazwisk autorów, lecz odpowiednio od nazwy założonego przez Johna P. Eichleay'a (zm. w 1940 roku⁷) przedsiębiorstwa Eichleay Corporation oraz od nazwiska pierwszego autora książki *Hudson's building and engineering contracts*, której kolejne wydania są rozbudowywane i wydawane do dnia dzisiejszego⁸. Oba przywołane wzory zakładają, że koszty ogólnego zarządu są rozłożone proporcjonalnie pomiędzy kontrakty realizowane przez przedsiębiorstwo tak, jak wartość kontraktu jest częścią całości obrotu przedsiębiorstwa. Wobec tego koszty ponoszone przez przedsiębiorstwo na przykład pensje pracowników zatrudnionych w centrali lub oddziałach są dzielone proporcjonalnie na realizowane przez przedsiębiorstwo kontrakty. Wobec tego każdy miesiąc przedłużenia pojedynczego kontraktu powoduje powstanie szkody w wysokości równej części miesięcznych kosztów ogólnego zarządu przedsiębiorstwem odpowiadającej proporcjonalnemu udziałowi kontraktu w obrotach przedsiębiorstwa. Oba wzory uwzględniają również utracone korzyści i ich wynik jest powiększony o zysk, który wykonawca mógłby uzyskać, gdyby miał możliwość terminowego zakończenia realizacji kontraktu.

Wzór Hudson'a⁹ służący do obliczenia kosztów ogólnego zarządu oraz utraconego zysku opiera się na założeniach początkowych realiza-

cji i oddaje realia wynikające z okresu ofertowania. Jest to prosta formuła, którą można zastosować jeszcze podczas realizacji kontraktu. Przedstawia się ona następująco:

$$\frac{\text{KOZ\&Z} \times \text{Kwota Kontraktowa} \times \text{okres opóźnień}}{100 \times \text{pierwotny czas trwania Kontraktu}} \quad [1]$$

gdzie:

KOZ&Z – procentowy udział kosztów zarządu z oferty i zysk, zgodnie z wydaniem 11 z 1994 roku⁹ wartość ta powinna się mieścić w przedziale 3% – 7%.

W praktyce międzynarodowej przedmiotowa metodologia była podstawą do określenia wysokości odszkodowania w wyrokach sądowych. Niestety wzór ten w pierwotnej postaci jest obarczony błędem, który wynika z faktu, że nie odnosi się on do faktycznych kosztów zarządu (biura centralnego), lecz opiera się na prognozie wynikającej sprzed złożenia oferty nie popartej dowodami. W najnowszej wersji¹⁰ autorzy opisują, że obecne zastosowania zaproponowanego wzoru zakładają, że procentowy udział kosztów zarządu i zysk powinien być określany i możliwy do udowodnienia na podstawie rocznych sprawozdań finansowych wykonawcy, jako średnia wieloletnia.

W przeciwieństwie do wzoru Hudson'a wzór Eichleay'a odnosi się bezpośrednio do faktycznie poniesionych kosztów zarządu (biura centralnego). Z tego powodu w praktyce międzynarodowej jest on obecnie częściej spotykany w wyrokach. Wzór Eichleay'a w pierwszej kolejności polega na porówna-

niu obrotu wykonawcy w pierwotnie planowanym czasie realizacji z wartością robót wynikającą z kontraktu w celu określenia części proporcjonalnie przypadającej na rozpatrywany kontrakt. Ten udział jest mnożony przez sumę całkowitych kosztów zarządu oraz zysku zaksięgowanych w pierwotnie planowanym czasie realizacji w celu określenia sumy kosztów zarządu oraz zysku przypadającej na kontrakt. W dalszej kolejności jest określana dzienna wartość kosztów zarządu oraz zysku otrzymana jako wynik dzielenia kosztów zarządu oraz zysku przez pierwotnie planowany czas realizacji. Wobec tego wzór Eichleay'a może zostać zastosowany dopiero po upływie pierwotnie planowanego czasu realizacji, podczas gdy wzór Hudson'a może być zastosowany wcześniej w celu określenia spodziewanych kosztów zarządu oraz zysku.

Wzór Eichleay'a¹¹ służący do obliczenia kosztów ogólnego zarządu oraz utraconego zysku składa się z trzech kroków:

KROK 1:

$$\text{KOZ\&Z (dla kontraktu)} = \frac{\text{Wartość Robót} \times \text{KOZ\&Z (całość)}}{\text{całkowity obrót firmy}} \quad [2]$$

gdzie:

KOZ&Z (całość) – całkowity koszt zarządu w okresie realizacji i zysk wyliczone na podstawie sprawozdań finansowych z okresu realizacji

Wartość Robót – faktyczna wartość robót (kontraktu) z wyłączeniem kwoty rozszczenia o koszty zarządu

całkowity obrót firmy – obrót firmy w okresie faktycznej realizacji

⁶ <https://www.coursehero.com/file/p5rbrsl/3-Evolution-of-the-Eichleay-Formula-31-History-of-the-Formula-Before-1940/>, [dostęp dnia: 10.09.2020].

⁷ <https://www.nytimes.com/1940/11/30/archives/john-p-eichleay-an-engineer-65-directed-the-moving-of-many-large.html>, [dostęp dnia: 10.09.2020].

⁸ <https://www.atkinchambers.com/14th-edition-of-hudsons-building-and-engineering-contracts-published/>, [dostęp dnia: 10.09.2020].

⁹ *Hudson's building and engineering contracts*, Eleventh Edition (1994) By I.N. Duncan Wallace, Sweet & Maxwell Limited, ISBN 0-421-33260-3.

¹⁰ *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 14th ed. (2019), By: Nicholas Dennys, Robert Clay, Atkin Chambers. ISBN13: 9780414073883

¹¹ *Recovery of Indirect Costs in the Pricing of Equitable Adjustments and Terminations for Convenience*, 1988, By David George Anderson, Thesis directed by John Cibinic, Jr. Professor of Law, The George Washington University.

KROK 2:

$$\text{KOZ\&Z (w opóźnieniu za dzień)} = \frac{\text{KOZ\&Z (dla kontraktu)}}{\text{pierwotnie planowany czas realizacji}} \quad [3]$$

KROK 3:

$$\text{KOZ\&Z (w opóźnieniu)} = \text{KOZ\&Z (w opóźnieniu za dzień)} \times \text{okres opóźnienia} \quad [4]$$

Wzór Eichleay'a występuje również w dwóch zmodyfikowanych wariantach. W pierwszym zmodyfikowanym wariancie podstawą wyliczenia zamiast kosztu zarządu w pierwotnie planowanym czasie realizacji jest koszt zarządu w czasie faktycznej realizacji, a zamiast faktycznego obrotu przedsiębiorstwa w pierwotnie planowanym czasie realizacji jest faktyczny obrót przedsiębiorstwa w czasie faktycznej realizacji. Analogicznie dzienna wartość kosztów zarządu oraz zysku w okresie opóźnionym jest określana od jako część kosztów zarządu oraz zysku obliczona jako wynik dzielenia kosztów zarządu oraz zysku przez czas faktycznej realizacji.

W drugim zmodyfikowanym wariancie podstawą wyliczenia zamiast kosztu zarządu w okresie realizacji jest koszt zarządu w okresie pierwotnie zakładanym, a zamiast faktycznego obrotu przedsiębiorstwa w okresie realizacji jest faktyczny obrót przedsiębiorstwa w okresie pierwotnie zakładanym powiększony o koszty kontraktu poniesione w okresie przedłużonym. Analogicznie dzienna wartość kosztów zarządu oraz zysku w okresie opóźnionym jest określana jako część kosztów zarządu oraz zysku obliczana jako wynik dzielenia wyżej obliczonego całkowitego kosztu zarządu dla kontraktu przez pierwotnie planowany czas realizacji.

Metoda Eichleay'a opiera się na logicznym i statystycznie potwier-

dzalnym fakcie istnienia zależności

rzeczywistych kosztów prowadzenia działalności gospodarczej

przedsiębiorstwa w proporcji do całkowitego przychodu wynikającego z prowadzenia działalności. Zależność ta jest odwziewiedlona

w zakresie powiązania wartości danego kontraktu w okresie jego realizacji z udziałem kontraktu w finansowaniu działalności gospodarczej przedsiębiorstwa.

Ostatnim z trzech wzorów, powszechnie stosowanych w praktyce międzynarodowej, jest wzór Emden'a¹². Wzór Emden'a podobnie jak wzór Eichleay'a odnosi się bezpośrednio do faktycznie poniesionych kosztów zarządu (biura centralnego). Przedstawia się on następująco:

$$\frac{\text{KOZ\&Z} \times \text{Kwota Kontraktowa} \times \text{okres opóźnienia}}{100 \times \text{pierwotny czas trwania Kontraktu}} \quad [5]$$

gdzie:

KOZ&Z – procentowy udział kosztów zarządu (ze sprawozdań finansowych) i zysk

Niezależnie od opisanych wyżej wzorów w marcu 2013 roku GDDKiA opracowała własną procedurę uznawania kosztów zarządu i administracji wykonawcy w przedłużonym Czasie na Ukończenie¹³. W ocenie GDDKiA stosowanie wyżej opisanych wzorów należy uznać za niesprawiedliwe traktowanie wykonawców, gdyż przywołane wzory nie dają tego samego wyniku dla przykładowego kontraktu. GDDKiA w uzasadnieniu procedury wskazała, że jej wdrożenie pozwoli na ograniczenie rozbieżności wynikających z wybieranej uznaniowo metodologii ich wyliczania. Zaproponowana przez GDDKiA procedura przedstawia się następująco:

KROK 1:

$$\text{WKZ}_n = \frac{\text{RKO}_n}{\text{RWS}_n} \quad [6]$$

gdzie:

WKZ_n – współczynnik udziału kosztów ogólnych zarządu w ogólnej sprzedaży przedsiębiorstwa

RKO_n – wartość kosztów ogólnych zarządu

RWS_n – roczna wartość ogólnej sprzedaży przedsiębiorstwa

KROK 2:

$$\text{SWKZ} = \left(\sum_{i=1}^n \text{WKZ}_i \right) / n \quad [7]$$

gdzie:

SWKZ – średni współczynnik narzutu kosztów ogólnych zarządu

KROK 3:

$$\text{KZ} = \text{SWKZ} \times \text{WR} \quad [8]$$

gdzie:

KZ – wartość kosztów administracyjnych i zarządu w przedłużonym Czasie na Ukończenie

WR – wartość robót pozostałych Wykonawcy do zrealizowania w przedłużonym Czasie na Ukończenie

KROK 4:

$$\text{MKZ} = \frac{\text{KZ}}{\text{T}} \quad [9]$$

gdzie:

T – liczba miesięcy przedłużenia Czasu na Ukończenie

MKZ – miesięczna wartość kosztów administracyjnych i zarządu w przedłużonym Czasie na Ukończenie

W lutym 2014 roku GDDKiA opracowała projekt aktualizacji procedury uznawania kosztów zarządu i administracji wykonawcy w przedłu-

¹² Standardy procedowania (protokół) Brytyjskiego Towarzystwa Prawa Budowlanego (SCL) w sprawie opóźnień i zakłóceń realizacji inwestycji budowlanych, miejsce i data wydania? Pierwsze wydanie polskie 2019,

tłumaczenie z języka angielskiego: Katarzyna Grala-Latawiec, SIDI, ISBN 978-0-9543831.

¹³ Procedura uznawania kosztów zarządu i administracji Wykonawcy w przedłużonym Czasie na Ukończenie, rewizja 03, z dnia 18.03.2013 r.



żonym Czasie na Ukończenie¹⁴. Rewizja 04 wprowadziła dodatkowe warunki dla obliczenia wartości kosztów administracyjnych i zarządu, jeżeli do przedłużenia dochodzi w okresie projektowania oraz zmienia końcowy krok, w którym zamiast miesięcznej wartości kosztów administracyjnych i zarządu w przedłużonym Czasie na Ukończenie otrzymujemy dzienną wartość kosztów administracyjnych i zarządu w przedłużonym Czasie na Ukończenie. Niestety nie rozumiem czemu w ocenie GDDKiA ma służyć krok 4. Czy ma on stanowić wartość należną wykonawcy w ocenie GDDKiA? Czy też służy po to, żeby pomnożyć przez ilość miesięcy/dni przedłużenia i powrócić do Kroku 3?

Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców wdraża i rozpowszechnia zasady i metody pracy Inżynierów Konsultantów stosowane od wielu lat w praktyce międzynarodowej. Ponad pięćdziesięcioletnie doświadczenia w zakresie rozstrzygania sporów prowadzą do wniosku, że najbardziej sprawiedliwym rozwiązaniem jest przedstawiony wzór Eichleay'a. W związku

z faktem, że spory sądowe trwają latami strony coraz częściej zawierają ugody i korzystają z mediacji. Jeżeli wolą stron jest zawarcie ugody przed zakończeniem pierwotnie planowanego czasu realizacji zastosowanie wzór Eichleay'a jest niemożliwe. W takiej sytuacji obiektywnie najlepszym rozwiązaniem jest zastosowanie wzoru Hudson'a z uwzględnieniem komentarza z najnowszej edycji Hudson's Building and Engineering Contracts tj. określając procentowy udział kosztów zarządu i zysku na podstawie rocznych sprawozdań finansowych wykonawcy, jako średnia wieloletnia.

Niniejszy artykuł nie wyczerpuje zagadnienia kosztów ogólnego zarządu przedsiębiorstwem w przedłużonym czasie i sposobów wyliczenia tego kosztu, dlatego zachęcam do skorzystania z przywołanych źródeł, w tym w szczególności do wydanego przez Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców tłumaczenia *Standardów procedowania (protokół) Brytyjskiego Towarzystwa Prawa Budowlanego (SCL) w sprawie opóźnień i zakłóceń realizacji inwestycji budow-*

*lanych*¹⁵. Jest to kompendium wiedzy zbierające doświadczenia międzynarodowe i przedstawia wytyczne odnoszące do sprawiedliwego rozstrzygania sporów. Czytamy w nim:

„IK lub, w wypadku sporu, osoba rozstrzygająca spór, nie powinna być bezwzględnie związana wynikami obliczeń wzoru. Jest możliwe, że zastosowanie określonego wzoru da nieprawidłowy wynik z powodu szczególnych danych wejściowych. Sugeruje się, aby wynik zastosowania jednego wzoru został sprawdzony za pomocą innego wzoru. Arkusz kalkulacyjny jest dostępny na stronie internetowej Towarzystwa: <https://www.scl.org.uk/resources/delay-disruption-protocol>”

Michał Siejda

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



¹⁴ Projekt procedury uznawania kosztów zarządu i administracji Wykonawcy w przedłużonym Czasie na Ukończenie, rewizja 04, z dnia 07.02.2014 r.

¹⁵ *Standardy procedowania (protokół) Brytyjskiego Towarzystwa Prawa Budowlanego (SCL) w sprawie opóźnień i zakłóceń realizacji inwestycji budowlanych*, Pierwsze wydanie polskie 2019, Tłumaczenie z języka angielskiego: Katarzyna Grala-Latawiec, SIDIr, ISBN 978-0-9543831





STOWARZYSZENIE
INŻYNIERÓW DORADCÓW
I RZECZOZNAWCÓW