



K&L GATES

WSPÓŁDZIAŁANIE ZAMAWIAJĄCYCH PUBLICZNYCH Z WYKONAWCĄ ROBÓT BUDOWLANYCH

dr Joanna Łagowska, adwokat
dr Piotr Kunicki, radca prawny

Aktualna kwota roszczeń i ilość spraw spornych związanych z realizacją rządowych programów budowy dróg

Odpowiedź na interpelację poselską nr 34197 udzielona przez Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju z dnia 13 października 2015 roku:

- 52 sprawy, a 7 spraw zakończonych - spory wykonawców przeciwko GDDKIA
- 29 spraw (wszystkie sprawy w toku) – spory GDDKIA przeciwko wykonawcom
- 2 689 220 262,06 zł - kwota roszczeń zgłoszonych przez wykonawców
- 856 130 895,55 zł - kwota roszczeń zgłoszonych przez GDDKiA
- 2 938 346,56 zł.- kwoty wypłacone przez GDDKIA wykonawcom
- 0 PLN – żadna kwota nie została wypłacona przez wykonawców GDDKIA (spory są w toku)

Informacje dotyczą kontraktów z perspektywy finansowej 2007-2013

W ww. danych uwzględniono kwoty stanowiące wartość przedmiotu sporu, która jest podawana przy wnoszeniu powództwa do sądu

Aktualna kwota roszczeń i ilość spraw spornych związanych z realizacją programów inwestycji kolejowych – brak danych

- Nie ujawniono skali roszczeń związanych z inwestycjami kolejowymi realizowanymi przez PKP PLK S.A.
- **Tajemnica przedsiębiorstwa** - informacje (tekstowe i liczbowe) o rozliczeniach (zobowiązaniach, należnościach, cesjach wierzytelności, ugodach pozasądowych, kompensatach finansowych) pomiędzy spółką PKP PLK S.A. i spółkami Grupy PKP oraz podmiotami zewnętrznymi.

Ogólne uwagi na temat obowiązku współdziałania wierzyciela

- Źródło obowiązku współdziałania:

Art. 354 § 2 w zw. z art. 354 §1 k.c.

Wierzyciel powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.

- Te same kryteria dla oceny zachowania wierzyciela i dłużnika w toku wykonywania zobowiązania
 - treści zobowiązania - a więc uprawnień i obowiązków stron stosunku zobowiązaniowego,
 - celu społeczno-gospodarczego zobowiązania,
 - zasad współżycia społecznego oraz
 - ustalonych zwyczajów.

Ogólne uwagi na temat obowiązku współdziałania wierzyciela - cd.

Art. 354 § 2 k.c.

Obowiązek ustawowy występujący w każdym zobowiązaniu:

- Samodzielnie nie stanowi źródła konkretnych obowiązków wierzyciela, których naruszenie mogłoby skutkować odpowiedzialnością wierzyciela (inwestora - zamawiającego) wobec dłużnika (wykonawcy)
- Współstosowany z innymi przepisami - w przypadku umowy o roboty budowlane w szczególności art. 647 k.c. – 658 k.c. oraz postanowieniami umowy
- Szczególne znaczenie na gruncie umowy o roboty budowlane – do wykonania tej umowy współpraca zamawiającego jest konieczna i nieodzowna

Zakres współdziałania wierzyciela przy wykonywaniu umowy o roboty budowlane – cd.

- Na podstawie art. 647 k.c. zamawiający (inwestor) odpowiada w szczególności za:
 - dokonanie wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót ,
 - przekazanie terenu budowy i projektu,
 - odebranie przedmiotu umowy,
 - zapłatę umówionego wynagrodzenia.

Zakres współdziałania zamawiającego (wierzyciela) przy wykonywaniu umowy o roboty budowlane – cd.

- **Akceptacja podwykonawców** - niezwłoczne reagowanie,
- **Wady** - niezwłoczne zajmowanie stanowiska co do informacji o wadach dokumentacji, terenu budowy, maszyn, urządzeń, materiałów bądź wskazującej okoliczności uniemożliwiającej lub utrudniającej prawidłowe wykonanie robót,
- **Odbiory częściowe** - niezwłoczne przystąpienie, w szczególności dotyczy to robót zanikających i podlegających zakryciu, bez względu na umówiony sposób zapłaty wynagrodzenia.

Obowiązek współdziałania zamawiającego (wierzyciela) przy wykonaniu umowy o roboty budowlane na gruncie FIDIC „żółta księga”

- **Subklauzula 2.3. Warunków Kontraktu [Personel zamawiającego]**
 - zamawiający będzie odpowiedzialny za zapewnienie, że personel zamawiającego na placu budowy będzie współpracował z wykonawcą.

- **Subklauzula 1.1.2.6. Warunków Kontraktu [Personel zamawiającego]**
 - W skład personelu zamawiającego wchodzi inżynier kontraktu;
 - Obowiązek współdziałania dotyczy całego personelu zamawiającego, w tym w szczególności inżyniera kontraktu.

- **Subklauzula 3.1. lit a) Warunków Kontraktu [Obowiązki i upoważnienia inżyniera]**
 - Kiedykolwiek inżynier kontraktu wykonuje obowiązki lub korzysta z uprawnień z umowy, będzie się uważało, że działa w imieniu zamawiającego.

- **Subklauzula 16.2. lit d) Warunków Kontraktu [Odstąpienie przez wykonawcę]**
 - Zamawiający w istocie nie wykonuje swoich zobowiązań według kontraktu - podstawa odstąpienia przez wykonawcę.

Obowiązek współdziałania zamawiającego (wierzyciela) przy wykonaniu umowy o roboty budowlane na gruncie FIDIC „żółta księga”

- **Subklauzula 20.1. Warunków Kontraktu [Roszczenia wykonawcy]**
- Rozpoznawanie roszczeń wykonawcy – terminowe i bezstronne
 - o przedłużenie czasu na ukończenie
 - o dodatkową płatność
 - Inżynier będzie postępował zgodnie z Subklauzulą 3.5. aby uzgodnić lub określić ww. roszczenia
- **Subklauzula 3.5. Warunków Kontraktu [Określenia]**
 - Stosowanie procedury określenia
 - Kiedykolwiek warunki kontraktu przewidują, że inżynier będzie postępował zgodnie z niniejszą Subklauzulą 3.5. aby uzgodnić lub określić jakąkolwiek sprawę, to inżynier przeprowadzi konsultacje z każdą ze stron, próbując osiągnąć uzgodnienie stanowisk. Jeżeli uzgodnienie nie zostanie osiągnięte to inżynier dokona rzetelnego określenia zgodnie z kontraktem, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności.

Przykłady naruszenia obowiązku współdziałania zamawiającego (wierzyciela) (Raport o sytuacji w drogownictwie w 2012)

Raport o sytuacji w drogownictwie w 2012 przygotowany przez zespół pod kierunkiem Janusza Piechocińskiego, wówczas Wiceprzewodniczącego Sejmowej Komisji Infrastruktury, Członka Sejmowej Komisji Innowacji i Nowych Technologii, z lipca 2012 roku

- brak niezależności inżyniera od GDDKiA;
 - brak decyzyjności inżyniera;
 - konieczność oczekiwania na decyzję zamawiającego, który często jej unika;
 - brak efektywnych mechanizmów kwestionowania decyzji inżyniera kontraktu w toku realizacji inwestycji;
 - nieterminowe i niezgodne z postanowieniami FIDIC rozpatrywanie roszczeń wykonawców (znaczne przekraczanie **42-dniowego terminu** liczonego od otrzymania **roszczenia**, przewidzianego w FIDIC – klauzula 20.1).
-
- Raport dotyczy inwestycji realizowanych w latach 2009-2012

Przyczyny naruszania obowiązku współdziałania zamawiającego - cd. (Raport o sytuacji w drogownictwie w 2012)

- istotne zmiany postanowień FIDIC przez GDDKiA prowadzące do zaburzenia równowagi kontraktowej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą
- wybór inżyniera kontraktu wyłącznie w oparciu o kryterium najniższej ceny; brak weryfikacji na etapie przetargu doświadczenia inżyniera kontraktu oraz jakości świadczonych przez niego wcześniej usług
- możliwość wykorzystania użyczonych referencji
- pozbawienie inżyniera decyzyjności i niezależności

Przykłady naruszania obowiązku współdziałania zamawiającego (wierzyciela) przy wykonywaniu umowy o roboty budowlane - cd. (Raport NIK z 2013 roku)

Informacja o wynikach kontroli NIK: Wykonywanie przez GDDKiA Obowiązków Inwestora przy Realizacji Inwestycji Drogowych (Nr. ewid. 191/2012/P12076/KIN) z dnia 8 kwietnia 2013 roku

- pozbawienie niezależności inżyniera kontraktu pomimo niezależnego charakteru funkcji inżyniera kontraktu w modelowych umowach opracowanych przez FIDIC,
- wyeliminowania możliwości zapobiegania sporom w drodze porozumienia stron,
- niestosowanie obligatoryjnej procedury określenia przez inżyniera kontraktu,
- niedotrzymywanie przez inżyniera kontraktu terminów rozpatrywania roszczeń zgłaszanych przez wykonawców.

Przykłady naruszania obowiązku współdziałania zamawiającego (wierzyciela) przy wykonywaniu umowy o roboty budowlane - cd. (Raport NIK z 2015 roku)

Informacja o wynikach kontroli NIK: Działania Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz zapewnienia odpowiedniej jakości robót drogowych (Nr. ewid. 12/2014/P/13/082/KIN) z dnia 24 marca 2015 roku

- niewłaściwe opracowywanie dokumentacji przetargowej przez GDDKiA w latach 2008-2012,
- brak wykwalifikowanej kadry w strukturach GDDKiA do sporządzenia dokumentacji przetargowej w latach 2008-2012,
- brak wzorcowego dokumentu PFU, na którym GDDKiA mogłaby się opierać przygotowując dokumentację.

Przykłady naruszenia obowiązku współdziałania zamawiającego (wierzyciela) przy wykonywaniu umowy o roboty budowlane - cd. (Raport NIK z 2015 roku)

- niska jakość dokumentacji przetargowej stosowanej przez GDDKiA w latach 2009-2012,
- brak odpowiedniego specjalistycznego sprzętu i urządzeń do prowadzenia badań kontrolnych i dokonywania pomiarów materiałów budowlanych tj. stali, cementu, asfaltu, materiałów izolacyjnych, przez GDDKiA,
- brak możliwości dokonywania badań i pomiarów w akredytowanych laboratoriach drogowych GDDKiA w latach 2009-2012,
- brak niezależności inżyniera kontraktu.

Stosowanie przez GDDKiA mechanizmu nakładania kar umownych na konsorcjum inżyniera kontraktu

- Umowy pomiędzy zamawiającym a konsorcjum inżyniera kontraktu
 - mechanizmy uniemożliwiające obiektywne rozpatrywanie roszczeń wykonawcy w toku realizacji kontraktu na roboty budowlane
 - umieszczanie postanowień nakładających obowiązek zapłaty kar umownych w przypadku podejmowania przez inżyniera decyzji zwiększającej zobowiązania lub zmniejszającej uprawnienia zamawiającego wobec wykonawców umowy

Skutki naruszenia obowiązku współdziałania zamawiającego (wierzyciela) przy wykonaniu umowy o roboty budowlane

- Zwłoka wierzyciela - art. 486 § 1 k.c.
- Uchylenie konsekwencji zwłoki dłużnika
- Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody
- Wyłączenie odpowiedzialności dłużnika na gruncie art. 471 k.c. jeżeli brak współdziałania był przyczyną naruszenia zobowiązania przez dłużnika
- Brak współpracy zamawiającego paraliżujący całkowicie działania wykonawcy pozwala przyjąć, że wykonawca zobowiązania w ogóle nie naruszył

Skutki naruszenia obowiązku współdziałania zamawiającego (wierzyciela) przy wykonaniu umowy o roboty budowlane - cd.

- **Odstąpienie przez wykonawcę - Art. 640. k.c.**
 - Jeżeli do wykonania dzieła potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, a tego współdziałania brak, przyjmujący zamówienie może wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni termin z zagrożeniem, iż po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach, V Wydział Cywilny z dnia 20 września 2012 roku, sygn. akt V ACa 286/12 (opub. w Portalu orzeczeń sądów powszechnych):

- „W prawie budowlanym po stronie inwestora istnieje szereg obowiązków i inwestycje budowlane praktycznie nie mogą być realizowane bez rzeczywistego współdziałania stron we wszystkich fazach procesu budowlanego. Brak takiego współdziałania nierzadko stanowi przeszkodę w realizacji robót skutkującą wystąpieniem opóźnień, gdy regulacja art. 640 k.c. daje wykonawcy (przyjmującemu zamówienie) określone w nim usprawienie zapewniające równowagę stron procesu inwestycyjnego w sytuacji gdy art. 635 k.c. daje uprawnienie do odstąpienia w przypadku wystąpienia opóźnienia zamawiającemu (inwestorowi). Jak zaś wskazuje się w orzecznictwie w sytuacji, gdy założeniem przy budowaniu kodeksu cywilnego co do umowy o roboty budowlane było regulowanie szeregu kwestii przez przepisy szczególne, pozakodeksowe, po utracie ich mocy, wypełnienie powstałej luki w drodze zastosowania przez analogie przepisów o umowie o dzieło jawi się jako rozwiązanie oczywiste.”

Skutki naruszenia obowiązku współdziałania zamawiającego przy wykonaniu umowy o roboty budowlane na gruncie FIDIC („żółta księga”)

- „Subklauzula 16.2. lit. (d) Warunków Kontraktu [Odstąpienie przez wykonawcę]
- „Wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia od kontraktu jeżeli zamawiający nie wykonuje swoich zobowiązań w istocie”
- takie naruszenia, które sprawiają, że trwanie stosunku zobowiązaniowego nie może być kontynuowane, gdy cel kontraktu został udaremniony
- Art.25 Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów
 - „Naruszenie umowy przez jedną ze stron uważa się za istotne , jeżeli powoduje dla drugiej strony taki uszczerbek, który w sposób zasadniczy pozbawia tę stronę tego, czego zgodnie z umową miała prawo oczekiwać, chyba że strona naruszająca umowę nie przewidywała takiego skutku i osoba rozsądna tego samego rodzaju i w tych samych okolicznościach nie przewidziałaby takiego skutku.”
- poważne lub powtarzające się naruszenie przez zamawiającego powinności objętych obowiązkiem współdziałania z wykonawcą

Wzmocnienie obowiązku współdziałania wierzyciela w umowie - propozycje

- Wybór inżyniera kontraktu przez obydwie strony
- Dookreślenie obowiązku współdziałania w umowie
- Kary umowne na wypadek naruszenia obowiązku współdziałania
- Uprawnienie do odstąpienia przez wykonawcę w przypadku naruszenia obowiązku współdziałania

Odpowiedzialność urzędników

- Odpowiedzialność wynikająca z ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Odpowiedzialność ponosi się za działania, ale nie za brak działania;
- Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych;
- Nieświadomość tego, że działanie lub zaniechanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, nie wyłącza odpowiedzialności, chyba że nieświadomość była usprawiedliwiona;
- Karami za naruszenie dyscypliny finansów publicznych są: upomnienie; nagana; kara pieniężna; zakaz pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi;
- Dodatkowo odpowiedzialność: służbowa, a nawet w skrajnych przypadkach karna;
- Kontrola: NIK, RIO, US, CUPT – dofinansowanie.

Zamówienia uzupełniające i dodatkowe, prace zamiennie

- Najczęstszym sporem pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym są – w przypadku umów opartych na PFU z ceną ryczałtową – prace będące poza zakresem PFU;
- Zamówienia na roboty poza zakresem Kontraktu można udzielić, jako zamówienie uzupełniające albo zamówienie dodatkowe;
- Zarówno zamówienia uzupełniające, jak i dodatkowe udziela się w trybie zamówienia z wolnej ręki;
- Zgodnie z opinią UZP, zamówienie uzupełniające albo dodatkowe może zostać udzielone – w pewnych okolicznościach (np. upadłość innego członka konsorcjum) – na rzecz jednego z członków konsorcjum;
- Przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki należy zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego interpretować ściśle;
- Prace zmienne można uwzględniać w trybie zmiany umowy;
- Zarówno w przypadku zamówień uzupełniających i dodatkowych, jak i w przypadku wprowadzania prac zamiennych, istnieje obawa przed działaniem.

Zamówienia uzupełniające

- Tylko jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego (brak takiej możliwości w przypadku negocjacji z ogłoszeniem);
- Udzielone na rzecz dotychczasowego wykonawcy – problematyka konsorcjum;
- Najpóźniej 3 lata od zawarcia umowy podstawowej;
- Łączna wartość wszystkich zamówień uzupełniających nie może przekroczyć 50% wartości zamówienia podstawowego;
- Ten sam rodzaj robót, ale poza zakresem Kontraktu;
- Możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego przewidziana w ogłoszeniu lub SIWZ.

Zamówienia dodatkowe

- Udzielone na rzecz dotychczasowego wykonawcy – problematyka konsorcjum;
- Roboty poza zakresem Kontraktu;
- Udzielone przed wykonaniem zamówienia podstawowego;
- Łączna wartość wszystkich zamówień dodatkowych nie może przekroczyć 50% wartości zamówienia podstawowego (osobno od zamówień uzupełniających);
- Niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego;
- Konieczność wykonania zamówienia dodatkowego powstała na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia;
- Z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów; lub
- Wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Prace zamienne – zmiana umowy

- Zmiany istotne i nieistotne;
- Zmiany istotne muszą być przewidziane w SIWZ;
- Zmiana nieistotna to taka, która:
 - nie wprowadza warunków, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona;
 - w sposób znaczący nie poszerza zamówienia o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane;
 - nie modyfikuje równowagi ekonomicznej umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia;
- Nowa Dyrektywa 2014/24/UE wprowadza szereg kazuistycznych reguł odzwierciedlających powyższe zasady;
- Dodatkowo, zgodnie z nową Dyrektywą 24/2014/UE umowy można również modyfikować bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdy wartość modyfikacji jest niższa zarówno od wartości kwot progowych (wskazanych w art. 4 dyrektywy 2014/24), jak i 15 % pierwotnej wartości umowy.

DZIĘKUJEMY ZA UWAGĘ



dr Joanna Łagowska
Partner

Warszawa
T +48.22.653.4264
joanna.lagowska@klgates.com



dr Piotr Kunicki
Senior Associate

Warszawa
T +48.22.653.4266
piotr.kunicki@klgates.com

K&L GATES