

BIULETYN Konsultant



nr 41, kwiecień 2016

Temat dnia

str. 2

**Wykluczenie wykonawcy
z powodu poważnego naruszenia
obowiązków zawodowych**

str. 3

**Stara instytucja
– nowe spojrzenie
Solidarna Odpowiedzialność
generalnego wykonawcy
inwestora**

str. 9

**Podwykonawcy
robót budowlanych
w zamówieniach publicznych**

str. 13

**Best Value Procurement (BVP)
– czas na jakość
w zamówieniach publicznych**

str. 15

Konferencje

str. 18



Podwykonawcy



Tomasz LATAWIEC
Prezes Zarządu SIDiR
Wiceprezes Sądu
Arbitrażowego przy SIDiR
Ekspert i Rozjemca FIDIC

Koleżanki i Koledzy.

Za nami dwa niezwykle ciekawe wydarzenia: I Warsztaty BVP oraz II Regionalna Konferencja Infrastrukturalna FIDIC / EFCA / SIDiR. Oba te wydarzenia dobitnie pokazują, że nasze Stowarzyszenie może pełnić rolę organizacji wyznaczającej standardy w szeroko rozumianych inwestycjach infrastrukturalnych, zwłaszcza w zamówieniach publicznych.

Warsztaty BVP, organizowane wspólnie z Ambasadą Królestwa Niderlandów, były moim skromnym przełomowym momentem na drodze promowania wzorców dotyczących zamawiania (usług, robót, dostaw). Fakt, o BVP się mówiło nawet dobrze, ale na ogół w podsumowaniu padało sakramentalne: „ale w ramach unijnego systemu zamówień publicznych tego się da się zastosować...” A tu proszę – podczas Warsztatów w Krakowie nasi szacowni goście z Holandii wskazywali na wiele przykładów zastosowania BVP właśnie do zamówień publicznych. Także w infrastrukturze. Profesor Dean Kashiwagi i jego syn Isac w sposób bardzo obrazowy udowadniali prostotę metody BVP oraz jej zalety. Dyskusja towarzysząca Warsztatom unaoczniała mi, że idea BVP ma jedynie ograniczenia mentalne. Po prostu – jak czegoś nie znamy, to się tego boimy! To czy BVP przyjmie się w Polsce zależy tylko i wyłącznie od tego, czy znajdzie się pierwszy odważny zamawiający, który zechce zaryzykować i „pójść w nieznaną”. Mogę Państwu powiedzieć, że są już pierwsi chętni do podjęcia się trudnej roli pioniera, co daje nadzieję, że wdrożenia BVP można się spodziewać w najbliższym czasie. I co ciekawe – tym pionierem może być naprawdę bardzo ważny publiczny zamawiający! Ale póki nie będę zapeszał.

Co ważne – podczas Warsztatów publicznie zaprezentowaliśmy pierwsze nieholenderskojęzyczne wydanie podręcznika BVP. Zarówno holenderscy autorzy – przybyli na nasze Warsztaty – jak i inni goście byli pod wrażeniem tego wydawnictwa, dzięki któremu łatwiej jest przyswoić procedury w BVP. Ten podręcznik udało się wydać dzięki wydatnej pomocy Ambasady Królestwa Niderlandów, a zwłaszcza pani Dorocie van den Bercken, oraz uporowi kilku naszych koleżanek i kolegów: Pawłowi Zejerowi, Leszkowi Bochenowi, Marcinowi Mikulewiczowi, Tamarze Małasiewicz. Wszystkim, którzy nie mogli uczestniczyć

w Warsztatach polecam gorąco relację z tego wydarzenia oraz wywiady, które zostaną zawieszone na stronie www.sidir.pl

II Regionalna Konferencja Infrastrukturalna była poświęcona problemom z realizacją inwestycji infrastrukturalnych w naszej części Europy. Z wygłoszonych referatów wynika jasno i dobitnie, że głównym problemem są złe praktyki zamawiających. Nie prawo i nie brak możliwości formalno-prawnych, ale właśnie złe praktyki. Większość prelegentów zwracała uwagę na nadmierną ingerencję zamawiających w standardowe Warunki Kontraktowe FIDIC oraz w totalne niezrozumienie roli Inżyniera. Podobnie rzecz się ma z rozstrzyganiem sporów – nie tylko w Polsce mamy problem ze sporami. W innych krajach Europy Środkowo-wschodniej również borykają się przewlekłymi procesami i brakiem woli do polubownego załatwiania tych sporów. Jako naganne wskazywano praktyki wyboru oferty najkorzystniejszej w oderwaniu od kryteriów jakościowych i kosztowych. W tym miejscu przypomnę, że cena to jest coś zupełnie innego niż koszt!

Ważną częścią Konferencji była niejako kontynuacja Warsztatów BVP. SIDiR jest pierwszą organizacją krajową FIDIC, która tak mocno stara się promować tę metodę – stąd właśnie w programie Konferencji znalazł się blok BVP i udział profesora Kashiwagi oraz holenderskich przedstawicieli Best Value Group. Czy inne organizacje członkowskie FIDIC będą chciały się zaangażować w promocję BVP w swoich krajach tego nie wiem, ale wiem, że ta część Konferencji wzbudziła duże zainteresowanie i sporą dyskusję. Mniemam z tego, że inni pójdą naszym śladem.

Szanowni Państwo.

A co przed nami? Myślę, że warto wspomnieć o bardzo widocznym zaangażowaniu SIDiR w prace tzw. „Komitetu Sterującego” i w poszczególnych Grupach Roboczych powołanych przy Ministerstwie Infrastruktury i Budownictwa. Może tym razem unikatowa wiedza i doświadczenia naszych członków zostaną odpowiednio wykorzystane i w ramach szerokiej współpracy organizacji społecznych i administracji państwowej uda się wypracować konsensus, dzięki któremu usprawni się realizację inwestycji celu publicznego, a wydatkowanie olbrzymich środków publicznych będzie efektywne. Tym konsensem powinno być powołanie Narodowego Forum Kontraktowego (NFK), a jednym z fundamentów Forum powinny być zbalansowane umowy oraz mądry wybór wykonawcy / usługodawcy / dostawcy, czemu może służyć BVP.

O postępach prac w ramach współpracy z administracją państwową możecie na bieżąco się zapoznawać na naszej stronie www.sidir.pl.

Szanowni Państwo!

W zasadzie niejako z obowiązku zwracam się na końcu z apelem o Wasz udział w tworzeniu Biuletynu. Waszych artykułów bądź komentarzy naprawdę brakuje! A przecież każdy z Was ma coś ciekawego, czym mógłby się podzielić z innymi czytelnikami Biuletynu. Na tych łamach powinny się znajdować publikacje dotyczące Waszych zawodowych przypadków, doświadczeń, rozstrzygnięć, a także ciekawe komentarze do orzecznictwa.



Biuletyn Informacyjny „Konsultant”
Stowarzyszenia Inżynierów, Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR)
Nakład: 2000 egz.

Adres: ul. Trębacka 4 lok. 429, 00-074 Warszawa,
tel./fax.: +48 022 826 16 72, tel./fax.: +48 022 826 56 49, e-mail: biuro@sidir.pl

Kolegium redakcyjne: Zbigniew J. Boczek (redaktor naczelny)

Członkowie: Tamara Małasiewicz, Włodzimierz Kiernożycki, Tomasz Latawiec

SIDiR jest członkiem:



Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils – FIDIC



European Federation of Engineering Consultancy Associations – EFCA



The Dispute Resolution Board Foundation – DRBF

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

Skład i druk: Poligrafia GREG, biuro@greg-drukarnia.pl, www.greg-drukarnia.pl

Wykluczenie wykonawcy z powodu poważnego naruszenia obowiązków zawodowych



Anna
PACKO

Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego oraz studiów doktoranckich na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Członek Krajowej Izby Odwoławczej



Honorata
ŁOPIANOWSKA

radca prawny, doradca podatkowy, zamówieniami publicznymi zajmuje się od ponad 10 lat

Charakter przesłanki wykluczenia z powodu poważnego naruszenia obowiązków zawodowych

Przepis art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych¹ zastąpił wcześniej obowiązujący art. 24 ust. 1 pkt 1a tej ustawy (który przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej został uznany za częściowo niezgodny z przepisami unijnymi). Przewiduje on, że zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza

z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Jest to więc pierwsza w ustawie Prawo zamówień publicznych fakultatywna podstawa wykluczenia, tj. zależna od woli zamawiającego, pod warunkiem, że wola ta zostanie wyrażona na etapie publikacji ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub przesłania zaproszenia do negocjacji (konkretny dokument, w którym zamiar stosowania tej podstawy wykluczenia zostanie wskazany, zależy od trybu postępowania – ogólnie: ma to być pierwszy dokument w postępowaniu, który jest kierowany do wykonawców).

W opracowywanej nowelizacji ustawy², która ma obowiązywać w związku z koniecznością wdrożenia nowych dyrektyw, również zakłada się, że część przesłanek wykluczenia wykonawcy będzie miała charakter fakultatywny. Wśród nich pozostawiono zamawiającemu możliwość wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który:

- 1) w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie publiczne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;
- 2) który dopuścił się istotnych lub uporczywych braków w spełnieniu istotnych wymogów wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia lub umowy koncesji, zawartych z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy, odszkodowania, kary umownej lub innych, porównywalnych sankcji (art. 24 ust. 5 pkt 2 i 3 ustawy).

Analogicznie jak w obecnym stanie prawnym, jeżeli zamawiający przewidzi taką podstawę wykluczenia, zobowiązany będzie ją wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Wykluczenie wykonawcy z tego

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, zwana dalej Pzp.

² Projekt o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z 24 lutego 2016 r., dostępny na stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji.



powodu będzie mogło nastąpić – podobnie jak obecnie – jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Wykonawca podlegający wykluczeniu będzie mógł przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. W takim wypadku wykonawca nie będzie podlegał wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególnie okoliczności czynu wykonawcy, uzna przedstawione dowody za wystarczające.

Nie dotyczy to jednak sytuacji, gdy wobec wykonawcy orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.

Planowana nowelizacja, pomimo nieco innego ukształtowania opisu podstaw wykluczenia, nie zmienia zatem natury opisanej przesłanki wykluczenia w stosunku do aktualnego jej kształtu, wynikającego z brzmienia art. 24 ust. 2a ustawy, bowiem to dyrektywy nadają charakter tej przesłance, a ustawodawca już wprowadzając art. 24 ust. 2a ustawy, częściowo wzorował się na przepisach dyrektyw. Dyrektywa 2014/24/UE³ w art. 57 ust. 4 lit. c i g oraz ust. 6⁴ przewiduje, że zamawiający mogą wykluczyć według własnej decyzji (analogicznie jak ma to miejsce w art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych) lub zostać zobowiązani do wykluczenia wykonawcy m.in. wówczas, gdy:

- 1) zamawiający może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość lub
- 2) wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszej umowy w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Każdy wykonawca może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane przez zamawiającego za wystarczające, wykonawca nie podlega wykluczeniu. W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności oraz podjął kon-

kretnie środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu. Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji. Jednak możliwość ta nie dotyczy wykonawcy, który z udziału w postępowaniu został wykluczony prawomocnym wyrokiem, w okresie wykluczenia wynikającym z tego wyroku.

Wykluczenie wykonawcy z powodu poważnego wykroczenia zawodowego ma charakter fakultatywny, którego zastosowanie pozostawiono woli zamawiającego⁵ i tak też ma pozostać w związku z planowaną zmianą ustawy. Wola ta, jak już wskazano powyżej, musi zostać wyrażona w początkowej fazie postępowania: w zależności od jego trybu – w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do negocjacji. Oznacza to, że na dalszych etapach postępowania zamawiający nie może zmienić swego stanowiska i wprowadzić tej przesłanki wykluczenia w sytuacjach innych niż te, w których dopuszczalna jest zmiana ogłoszenia i specyfikacji (odpowiednio zaproszenia). W doktrynie podkreśla się, że tego rodzaju przesłanka powinna mieć charakter obligatoryjny i dotyczyć każdego postępowania bez wyjątku. Nie jest bowiem w interesie zamawiającego (ani wykonawców uczestniczących w postępowaniu) prowadzenie postępowania z udziałem wykonawcy, o którym wiadomo, że dopuścił się on wcześniej istotnego naruszenia obowiązków kontraktowych wobec innego odbiorcy, czy innych, odpowiednio doniosłych a istotnych dla postępowania uchybień. Jak podkreślono bowiem w literaturze: „w aktualnych realiach gospodarczych, w obliczu ciągle utrzymujących się oszukańczych praktyk stosowanych przez nierzetelnych wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne, a także zbyt częstego świadczenia usług lub robót z brakami i wadami, funkcje wykluczenia z powodu «poważnego wykroczenia zawodowego» odgrywają fundamentalną rolę, zwłaszcza z punktu widzenia efektywnego wydatkowania środków publicznych i ochrony uczciwej konkurencji. Efektywne bowiem zamówienie to umowa ekwiwalentna, zawarta z wiarygodnym wykonawcą, rzeczywiście zdolnym do należytego wykonania zamówienia”⁶.

Przepis ten ma być narzędziem służącym zamawiającym do badania rzetelności, uczciwości i kwalifikacji zawodowych wykonawców, pozwalającym na wyeliminowanie wykonawców, którzy okazali się niesolidni wobec innych odbiorców bądź w inny sposób uchybili poważnie swoim obowiązkom, przy czym ma to być narzędzie bardziej skuteczne niż dawny art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie odnosi się do uchybień wobec danego zamawiającego, ale ogólnie do całej sfery działalności danego wykonawcy.

Co do zasady zamawiający powinien stosować podstawę wykluczenia odnoszącą się do uchybienia obowią-

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE.

⁴ Dyrektywa 2014/25/UE nie zawiera odrębnych przepisów w tym zakresie, poprzestając na odesłaniu do art. 57 dyrektywy 2014/24/UE.

⁵ Dalsze przesłanki wykluczenia o charakterze fakultatywnym przewiduje procedowany aktualnie projekt nowelizacji ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z 24 lutego 2016 r.

⁶ R. Szostak, *Wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne w nowym ujęciu*, Prawo zamówień publicznych. Kwartalnik 2015, nr 1, s. 112.

kom zawodowym bez własnych modyfikacji, rozszerzających podstawy wykluczenia⁷. Zamawiający nie może więc wzbogacić przesłanki wykluczenia o dodatkowe elementy, wykraczające poza przewidziane przepisami, w szczególności nie może uznać za skutkujące wykluczeniem uchybienia mające miejsce dawniej niż 3 lata poprzedzające postępowanie.

Jednak należy zauważyć, że użycie w przepisach ogólnego opisu oraz wskazania jedynie przykładowych zachowań (a w projektowanym przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy dodatkowo odniesienia do kategorii standardów o charakterze etycznym, bardzo pojemnej znaczeniowo, jakim jest „podważenie uczciwości”), już samo w sobie stwarza brak możliwości apriorycznego stwierdzenia, które działania lub zaniechania wykonawcy finalnie zostaną uznane za podstawę do wykluczenia.

Okoliczności uzasadniające wykluczenie z powodu poważnego naruszenia obowiązków zawodowych

Przepisy art. 57 ust. 4 lit. c i g oraz ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE wraz z motywami 101 i 102 preambuły dyrektywy 2014/24/UE oraz 106 i 107 dyrektywy 2014/25/UE stanowią instrukcję wskazującą, w jaki sposób należy interpretować art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych, a także przepisy projektowanej ustawy, w zakresie, w jakim przewidują one możliwość wykluczenia z powodu poważnego wykroczenia zawodowego.

Preambuła wyjaśnia, że nierzetelność może odnosić się przykładowo do naruszeń obowiązków środowiskowych, społecznych, naruszenia reguł konkurencji, praw własności intelektualnej, niespełnienia istotnych wymogów, jak niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przy wykluczeniu znajduje zastosowanie zasada proporcjonalności, której treścią jest współmierność sankcji do powodów rozpatrywanych jako podstawa ewentualnego wykluczenia. W konsekwencji drobne, mniej doniosłe nieprawidłowości mogą stanowić podstawę wykluczenia jedynie wyjątkowo, chyba że są to powtarzające się przypadki, cechujące się uporczywością, które powodują powstanie wątpliwości co do wiarygodności i uczciwości wykonawcy w ogóle i wskazują na nierzetelność wykonawcy. Nieuczciwość wykonawcy powoduje bowiem, że nie jest on odpowiednim podmiotem, by uzyskać zamówienie publiczne, niezależnie od tego, czy posiada zdolność do jego realizacji.

Preambuła akcentuje także rolę zamawiającego w zakresie decyzji o wykluczeniu jako podmiotu, który będzie odpowiadać za skutki swojej błędnej decyzji. Preambuła podaje wreszcie przykłady środków naprawczych, którymi mogą być działania personalne i organizacyjne, reorganizacja personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego mo-

nitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań – pod warunkiem, że działania te oferują wystarczające gwarancje działania wykonawcy zgodnego z prawem i należytego wykonania zamówienia.

Pomoc w interpretacji tej przesłanki wykluczenia może też stanowić wyrok TSUE z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 *Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A.*⁸, dotyczący uchylonego art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE⁹, który zawiera wciąż aktualne stanowisko Trybunału wskazujące m.in., jak należy rozumieć pojęcie wykroczenia zawodowego. W wyroku tym Trybunał wskazał, że pojęcie poważnego wykroczenia zawodowego obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym (prawomocny wyrok w ogóle nie jest wymagany do stwierdzenia „wykroczenia zawodowego”). Wykroczeniem zawodowym jest więc też, według Trybunału, niewykonanie zobowiązań umownych. Pojęcie poważnego wykroczenia należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem.

Innymi słowy: Trybunał zakłada, że nie każdy wykonawca będzie wybitnym specjalistą w swojej dziedzinie i może zdarzyć się, że jego usługi będą nieco gorszej, ale dopuszczalnej jakości. Na gruncie prawa polskiego należy odnieść się w szczególności do art. 354, art. 355 i art. 357 Kodeksu cywilnego – zatem wykonawca powinien wykonać zobowiązanie 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. Wykonawca zobowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), przy czym należyta staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności wykonawcy (zatem musi to być należyta staranność profesjonalisty). Jeśli jakość przedmiotu zamówienia nie została oznaczona przez właściwe przepisy lub przez czynność prawną (umowę, opis przedmiotu zamówienia itd.), wykonawca powinien świadczyć rzeczy średniej jakości. Każdorazowo jednak staranność wykonawcy będzie oceniana przez pryzmat postanowień umownych, zwłaszcza jeśli – jak często się zdarza – zostaną tam określone podwyższone normy jakości i staranności.

W wyroku C-465/11 Trybunał wskazał też, że stwierdzenie istnienia poważnego wykroczenia wymaga przeprowa-

⁷ Tak: wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r., KIO 142/15, LEX nr 1653814.

⁸ Opubl. w: LEX nr 1230044.

⁹ Zgodnie z tym przepisem, z postępowania może być wykluczony wykonawca winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucję zamawiającą.



dzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy wykonawcy oraz uwzględnienia wagi uchybienia. Oceny tej powinien dokonać zamawiający, a niedopuszczalne jest automatyczne narzucanie mu przez ustawodawcę obowiązku takiego wykluczenia (m.in. z tego powodu dawny art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych został uznany za niezgodny z założeniami prawa unijnego).

Warto zwrócić uwagę, że Trybunał jako stopień zawinienia wykonawcy wskazał, oprócz działania umyślnego (zamiar uchybienia), także niedbalstwo, choć niekoniecznie rażące, lecz „stosunkowo poważne”.

Przesłanka wykluczenia opisana w art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych podaje zamierzone działanie i rażące niedbalstwo jedynie jako przykłady naruszenia obowiązków zawodowych („w szczególności”), zaś projektowany w nowelizacji przepis ujemnie zarówno zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo skutkujące niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia publicznego, jak i dopuszczenie się przez wykonawcę istotnych lub uporczywych braków w spełnieniu istotnych wymogów wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia lub umowy koncesji, w relacji z zamawiającym publicznym, co doprowadziło do rozwiązania umowy, odszkodowania, kary umownej lub innych, porównywalnych sankcji. Można założyć, iż zamierzone niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, jakkolwiek niewykluczone¹⁰, będzie raczej zjawiskiem incydentalnym, a większość sporów będzie dotyczyła wykazania wykonawcy niedbalstwa, ewentualnie dopuszczenia do zaistnienia istotnych lub uporczywych braków.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 marca 2004 r., sygn. IV CK 151/03¹¹: „przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej”.

Ze względu na profesjonalny charakter działalności wykonawcy, zgodnie z art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego należy tu przyjąć podwyższony (profesjonalny) miernik staranności – „w istotę działalności gospodarczej wkomponowane jest bowiem wymaganie posiadania niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy wy-

magań”¹². W przypadku działalności gospodarczej stopień winy powinien więc uwzględniać staranność wymaganą w postępowaniu prowadzonym między profesjonalnymi podmiotami, w zorganizowanym obrocie gospodarczym: „Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”¹³.

Zastosowanie przesłanki wykluczenia wykonawcy – zarówno w aktualnym jak i projektowanym brzmieniu przepisu – nie wymaga uzyskania wyroku sądowego stwierdzającego określone niedociągnięcia kontraktowe (niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy). Ewentualne, trwające, postępowanie cywilne dotyczące sporu na tle wykonania umowy będącej podstawą wykluczenia wykonawcy pozostaje neutralne dla podstawy wykluczenia (w tym dla postępowania odwoławczego wynikłego na tle tego wykluczenia) i odwrotnie. Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, odnoszące się do wykluczenia wykonawcy na tej podstawie, nie wiąże sądu rozpatrującego spór cywilny w zakresie szczegółowych ustaleń w innym zakresie aniżeli rozstrzygnięcie o wykluczeniu wykonawcy¹⁴. Podkreślono to w jednym z orzeczeń sądu, dotyczącym wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych: „Nie można również zgodzić się ze skarżącym, iż okoliczności ustalone przez Izbę są wiążące dla innego sądu. Zważyć należy, iż stosownie do art. 11 k.p.c. tylko ustalenia wydane w postępowaniu karnym prawomocnego wyroku skazującego co do popełnienia przestępstwa wiążą sąd w postępowaniu cywilnym. Oznacza to, iż poczynione przez Izbę ustalenia faktyczne nie są jednocześnie wiążące dla sądu cywilnego.”¹⁵

Dla zaistnienia przesłanki wykluczenia nie jest konieczne powstanie szkody

Także w projektowanym przepisie mówi się o wykluczeniu wykonawcy, który dopuścił się istotnych lub uporczywych braków w spełnieniu istotnych wymogów wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia lub koncesji, zawartych z zamawiającym publicznym, w kontekście rozwiązania umowy, odszkodowania, kary umownej lub innych, porównywalnych sankcji.

Kwestia szkody pojawia się w części przepisu (zarówno aktualnego jak i projektowanego), która traktuje o środ-

¹⁰ Regulacje przewidujące obowiązek zapłaty przez zamawiającego podwykonawcom nawet mimo niewykonania zamówienia oraz częste przyzwolenie na bardzo niską jakość świadczenia mogą stanowić pokusę zamierzonego niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

¹¹ Opubl. w: LEX nr 151642.

¹² Tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2005 r., IV CK 100/05, LEX nr 187120.

¹³ Tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r., I ACA 1018/05, LEX nr 186161.

¹⁴ Brak konieczności uzyskania wyroku sądu cywilnego zaakcentowano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 października 2012 r., V Ca 1982/12, LEX nr 1322192, w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z powodu poważnego wykroczenia zawodowego wyrażonej w treści poprzednio obowiązującego przepisu art. 24 ust. 1a Pzp, zaś rozważania sądu w tej mierze nie tracą na aktualności w odniesieniu do obecnego brzmienia przepisu. Potwierdza to także wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2015 r., KIO 758/15, LEX nr 1781777. Analogiczne stanowisko co do związania sądu wyrokami KIO wyrażono w doktrynie – por. Ł. Błaszczak, *Moc wiążąca wyroków Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniach sądowych związanych ze zwrotem wadium*, Iustitia 2013, nr 1, Ł. Błaszczak, *Problematyka dochodzenia roszczeń o zwrot nienależnie zatrzymanego wadium w procesie cywilnym. Uwagi na marginesie art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych*, Radca Prawny. Zeszyty Naukowe 2014, nr 1, s. 55.

¹⁵ Tak: uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 22 września 2015 r., XII Ga 397/15, Honorata Łopianowska, Anna Packo, *Zamówienia publiczne. Orzecznictwo sądów okręgowych w latach 2010–2015 z komentarzem*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 289-290.

kach naprawczych, jakie powinien podjąć wykonawca w celu uchronienia się przed wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to zatem, że dla wykluczenia wykonawcy nie jest wymagane powstanie szkody w wyniku jego nierzetelnego działania, lecz – jeśli ta szkoda powstała – wykonawca, jeśli nie chce zostać wykluczony, musi ją naprawić lub zobowiązać się do jej naprawienia¹⁶.

Przy czym należy podkreślić, że nie chodzi tu jedynie o głoślowe deklaracje wykonawcy, lecz realne naprawienie szkody w przyszłości.

Sam fakt naliczenia kar umownych nie powinien automatycznie determinować oceny, że wykonawca poważnie naruszył obowiązki zawodowe przy wykonaniu zamówienia, lecz za każdym razem podstawy naliczenia tych kar powinny podlegać ocenie. W projektowanym przepisie kary umowne, a także odszkodowania, oraz inne „porównywalne sankcje” zostały powiązane z dopuszczeniem się przez wykonawcę istotnych lub uporczywych braków w spełnieniu istotnych wymogów wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia lub koncesji, co oznacza konieczność wykazania związku przyczynowo-skutkowego ich naliczenia z naruszeniem obowiązków zawodowych (przy czym należy przypomnieć, że TSUE w przywołanym wcześniej wyroku wskazał jasno, iż wykroczeniem zawodowym jest także niewykonanie zobowiązań umownych).

Wykazanie, że wykonawca poważnie naruszył obowiązki zawodowe, spoczywa na zamawiającym – przynajmniej jeśli chodzi o etap sporządzenia i uzasadnienia informacji o wykluczeniu wykonawcy. Możliwość posłużenia się „dowolnymi środkami dowodowymi”, a według projektowanego przepisu „stosownymi środkami dowodowymi” oznacza swobodę zamawiającego w doborze źródeł informacji o podstawie wykluczenia, jeśli będą one wystarczająco poważne i przekonujące o okolicznościach pozwalających na stwierdzenie podstawy wykluczenia. Może to być, przykładowo, orzeczenie sądu, zawarta ugoda, korespondencja wskazująca jednoznacznie na określone roszczenia, wezwania do zapłaty. W ramach robót budowlanych niewątpliwie można oczekiwać wzrostu znaczenia roli Inżyniera Kontraktu i inspektorów nadzoru inwestorskiego, których opinie oraz dokonana przez nich analiza przyczyn niewykonania umowy, wad wykonania czy uchybień przy wykonywaniu umowy, będzie często miała kluczowe znaczenie.

Na gruncie poglądów TSUE oraz dotychczasowego orzecznictwa można stwierdzić, że często dowodem wystarczającym będzie wykazanie, że umowa została rozwiązana z powodu jej niewłaściwego wykonywania przez wykonawcę (w okolicznościach opisanych w przepisach). Zamawiający będzie mógł się tu posłużyć również oświadczeniami innych zamawiających.

Należy zwrócić uwagę, że w obu omawianych przepisach zostały zastosowane nieco odmienne określenia: „do-

wolne środki dowodowe” oraz „stosowne środki dowodowe”. W praktyce jednak nie powinno to mieć znaczenia – ustawodawca jedynie podkreślił tu inny element procesu dowodzenia, który zostanie zastosowany. Pierwsze określenie wskazuje bowiem, że katalog dowodów jest otwarty, drugie – że mają to być środki, które będą odpowiednie do wykazania danych okoliczności. Nie zmienia to jednak zasady istniejącej w obu przypadkach: że chodzi o każdy wiarygodny dowód, który będzie służył do rzetelnego wykazania danej okoliczności i będzie przekonujący. Zasada ta dotyczy zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy, starającego się wykazać okoliczności skutkujące brakiem obowiązku wykluczenia go z postępowania. W obu przypadkach chodzi bowiem o to, aby wykazać, że dany stan faktyczny miał lub nie miał miejsca (albo ewentualnie zaistnieje w przyszłości).

Wyłączenie obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania

Zwolnienie się przez wykonawcę z sankcji wykluczenia z postępowania zależy od jego inicjatywy i starań. Na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że zastosował właściwe środki naprawcze, by przejawy nierzetelności, stanowiące podstawę wykluczenia nie miały miejsca w przyszłości. Ocena, czy są one wystarczające dla zagwarantowania prawidłowego wykonania zamówienia, należy do zamawiającego. Konieczna wydaje się tu ocena realności elementów opartych jedynie na deklaracji wykonawcy, jak np. możliwość wypełnienia zobowiązania do naprawienia szkody. Przedstawiony przez wykonawcę plan uzdrowienia sytuacji, mający zapewniać, że stwierdzone uchybienia kontraktowe oraz akty niestaranności wykonawcy, podlegające ocenie przez pryzmat podstawy do wykluczenia nie będą miały miejsca w przyszłości, musi być realny i odnosić się do powodów, które były źródłem stwierdzonej sytuacji. Nie może więc on polegać na ogólnej, blankietowej deklaracji, ale powinien stanowić zobowiązanie się do naprawienia szkody w rozumieniu prawa cywilnego. Wykonawca powinien więc przedstawić plan zastosowania odpowiednio efektywnych, adekwatnych do przyczyn leżących u podstaw stwierdzonego wykroczenia zawodowego instrumentów technicznych, organizacyjnych lub kadrowych, mających zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Tego rodzaju element prognostyczny, naprawczy wymaga od wykonawcy przedstawienia rzeczowej i oddającej powody niedociągnięć diagnozy własnej sytuacji w przeszłości, przyznania słabości organizacyjnych i innych, które zaważyły na niepowodzeniu wcześniejszego zamówienia, oraz przedstawienia mechanizmu naprawy tego stanu rzeczy, a być może nawet wprowadzenia określonego monitoringu rezultatów podjętych działań lub ich ewaluacji¹⁷.

¹⁶ Jak podkreślono w wyroku KIO z 1 czerwca 2015 r. w spr. KIO 758/15: „Jeśli natomiast w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia taka szkoda nie wystąpiła, albo nie została ona ustalona w sposób bezsporny, skutkiem tego jest nie niemożność wykluczenia wykonawcy, ale złagodzony, łatwiejszy warunek dla niewykluczenia wykonawcy, to jest nie obejmujący naprawienia lub zobowiązania się do naprawienia szkody. Innymi słowy, jeśli w konkretnych okolicznościach nie ustalono szkody, jej wysokości, odpowiedzialności wykonawcy za jej naprawienie, to nie skutkuje to brakiem możliwości zastosowania przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2a ustawy, a jedynie tym, że wykonawca co do którego taka przesłanka zachodzi, dla wyłączenia skutku w postaci wykluczenia musi wykazać jedynie, że podjął odpowiednie środki techniczne, organizacyjne lub kadrowe, mające zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości.”

¹⁷ H. Łopianowska, *Wykluczenie wykonawcy z powodu poważnego naruszenia obowiązków zawodowych*, Zamawiający. Zamówienia Publiczne w Praktyce nr 12/2015, s. 48-55.



Mimo, że przepisy nie przewidują wystąpienia przez zamawiającego do wykonawcy o przedstawienie okoliczności uzasadniających odstąpienie od wykluczenia z postępowania, ze względu na ekonomikę prowadzenia postępowania pożądanym jest, by zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu zwrócił się do wykonawcy o przedstawienie takich dowodów, jeśli ten nie przedstawi ich wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą, chyba że we wzajemnych relacjach między stronami takie okoliczności zostały już jednoznacznie ustalone. W przeciwnym wypadku kwestia wyłączenia obowiązku wykluczenia wykonawcy będzie badana nie w toku postępowania o zamówienie publiczne, lecz na etapie postępowania odwoławczego lub skargi do sądu, co dla żadnej ze stron może nie być optymalne i korzystne.

Jak wskazano w komentarzu do dyrektyw unijnych „w sprawie C-213/07 *Michaniki AE* Trybunał wskazał w nim, że koncepcja prawodawcy europejskiego polegała na dopuszczeniu tylko takich przypadków wykluczenia, które opierają się na obiektywnym ustaleniu okoliczności faktycznych lub na zachowaniach zainteresowanego przedsiębiorcy mogących podważyć jego uczciwość zawodową lub zdolność gospodarczą i finansową do wykonania zamówienia. (...) Stwierdzenie podstawy wykluczenia zgodnie z art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE nie może jednak opierać się na niewzruszalnym domniemaniu wykluczenia bez możliwości dowiedzenia przez wykonawcę, że jego sytuacja nie stwarza zagrożenia dla przejrzystości i równego traktowania. Stąd zamawiający każdorazowo winien umożliwić wykonawcy złożenie stosownych wyjaśnień i przedstawienie dowodów.”¹⁸

W świetle orzeczeń Trybunału oraz przepisów należy jednak uznać, że chodzi tu o wskazany wcześniej zakaz stosowania automatyzmu w wykluczaniu wykonawców, zamawiający nie ma natomiast wyraźnego obowiązku występowania do wykonawców z prośbą o przedstawienie wyjaśnień, co podkreślono również w orzecznictwie.

W uzasadnieniu jednego z orzeczeń, sąd podkreślił: „Jeżeli zaś chodzi o zarzut dotyczący wykluczenia skarżącego bez uprzedniego umożliwienia mu udowodnienia, że podjął niezbędne środki zaradcze, w których mowa w art. 24 ust. 2a zd. drugie, zgodzić należało się z Izłą, że jeżeli zamawiający przewidział możliwość wykluczenia w SIWZ lub ogłoszeniu, to nie jest konieczne uprzednie wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w kwestii ewentualnego wykluczenia. To na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania jeszcze przed rozstrzygnięciem przetargu, że mające w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania naruszenie z jego strony obowiązków zawodowych nie będą miały miejsca w przyszłości. Zatem to skarżący do momentu rozstrzygnięcia przetargu winien „przekonać” zamawiającego, iż w chwili obecnej daje rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Powyższe nie oznacza, iż skarżący w dalszym toku postępowania nie może dowodzić, iż decyzja zamawiającego o wykluczeniu była błędna.”¹⁹

Nie wynika to również z art. 24 ust. 8 projektu nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z nim, w obecnym brzmieniu, wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Brzmienie tego przepisu wskazywałoby więc na to, że ustawodawca inicjatywę w dowodzeniu niepodlegania wykluczeniu pozostawił wykonawcom, którzy chcą skorzystać z dobrodziejstwa instytucji tzw. self-cleaningu.

¹⁸ A. Sołtyśńska, H. Talago-Sławoj „Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz.” Wolters Kluwer, Warszawa 2016, str. 487-488.

¹⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 22 września 2015 r., XII Ga 397/15, Honorata Łopianowska, Anna Packo, *Orzecznictwo sądów okręgowych w sprawach zamówień publicznych w latach 2010–2015 z komentarzem*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 288-289.

Stara instytucja – nowe spojrzenie Solidarna Odpowiedzialność generalnego wykonawcy inwestora



Aneta
WIETRZYKOWSKA
ANW Anna Wiluś-Antoniuk
i Wspólnicy
Kancelaria Radców Prawnych Sp. k.

Wśród dziesięciu największych upadłości w październiku 2012 roku znalazło się sześć firm budowlanych. Problemy miały już nie tylko firmy wyspecjalizowane w budownictwie drogowym. Nawet dwu-trzykrotnie częstsze od nich przypadki upadłości zanotowano wśród firm budownictwa ogólnego i mieszkaniowego. W statystyce upadłości po raz pierwszy pojawiły się, i to od razu w zauważalnej ilości, firmy wyspecjalizowane w budowie rurociągów przesyłowych, sieci rozdzielczych, a także linii telekomunikacyjnych. Był to po części skutek upadłości największej jak dotychczas spółki budowlanej, która realizując projekty związane z tego typu infrastrukturą przesyłową była ich głównym wykonawcą¹.

Kłopoty PBG, Polimeksu, DSS czy Hydrobudowy Polska uruchomiły lawinę problemów podwykonawców. W kolejce po państwowe wsparcie ustawiło się kilkadziesiąt małych firm, które za wykonaną pracę nie otrzymały zapłaty od firm kontrahentów, którzy podpisali umowy z Generalną Dyrekcją Budowy Dróg i Autostrad.

W całym 2014 roku opublikowano informacje o 822 przypadkach upadłości przedsiębiorstw. Niepokojące

stało się zjawisko upadłości firm zaangażowanych w realizację dopiero co rozpoczętych inwestycji, m.in. inwestycji drogowych².

Grzegorz Błachnio z Euler Hermes Services Polska wylicza: jesienią ubiegłego roku (2015) ogłoszono upadłość m.in. Pol-Dróg Piła, Przedsiębiorstwa Wielobranżowego "Kombud" (likwidacyjną), Mosty Chrzanów, Hydrego-Polska (likwidacyjną), Rybnickiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego, zaś w tym roku – Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych Radomsko (likwidacyjną), Pol-Dróg Kościan, Vizi, Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych Świętno, Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno-Mostowych "Mosty PRDIM" (likwidacyjną), Projekt-Bud, Drog-Bud. – *Jak widać, są to raczej podwykonawcy, a nie główni wykonawcy. Na to, biorąc pod uwagę etap prac drogowych, jest raczej za wcześnie* – komentuje Grzegorz Błachnio. – *Generalnie są to jednak rzadkie przypadki. Gros upadłości dotyczy właśnie podwykonawców.*

Pomysłem ustawodawcy na przeciwdziałanie opisanemu zjawiskom, które mają miejsce na rynku usług budowlanych od wielu lat, było wprowadzenie instytucji solidarniej odpowiedzialności inwestora oraz generalnego wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Jest to solidarność powstająca z mocy prawa po spełnieniu przewidzianych ustawą warunków, a tym samym nie można jej ani wyłączyć, ani ograniczyć. Instytucja ta sprawia, iż w przypadku spełnienia określonych warunków podwykonawca może dochodzić zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace zarówno od generalnego wykonawcy, jak i inwestora.

W praktyce może zatem dojść do sytuacji, w której inwestor zapłaci za te same prace dwukrotnie: pierwszy raz uiszczając wynagrodzenie należne generalne-

¹ [http://www.eulerhermes.pl/analizy-ekonomiczne/economic publications/Pages/Raporty-o-upad%C5%82o%C5%9Bciach.aspx](http://www.eulerhermes.pl/analizy-ekonomiczne/economic%20publications/Pages/Raporty-o-upad%C5%82o%C5%9Bciach.aspx)

² [http://www.eulerhermes.pl/analizy-ekonomiczne/economic publications/Pages/Raporty-o-upad%C5%82o%C5%9Bciach.aspx](http://www.eulerhermes.pl/analizy-ekonomiczne/economic%20publications/Pages/Raporty-o-upad%C5%82o%C5%9Bciach.aspx)



mu wykonawcy, a drugi raz pokrywając wynagrodzenie podwykonawcy. Zagrożenie to powinno zatem w założeniu zmotywować inwestora do uważnego wybierania podmiotu, który będzie realizował inwestycję.

Wprowadzenie do Kodeksu Cywilnego (k.c.) ustawą z dnia 14 lutego 2003 roku art. 647¹ podyktowane było przede wszystkim koniecznością przeciwdziałania negatywnym zjawiskom w branży budowlanej, polegającym na angażowaniu przez inwestora do realizacji inwestycji w charakterze generalnego wykonawcy pozornie stabilnej finansowo firmy, zatrudniającej następnie mniejsze, wyspecjalizowane podmioty, faktycznie wykonujące prace zlecone przez inwestora. Taki generalny wykonawca przeważnie nie reguluje swoich zobowiązań wobec podwykonawców, bądź reguluje je ze znacznym opóźnieniem, narażając firmy podwykonawcze na problemy finansowe, a w rezultacie nawet upadłość. W uzasadnieniu projektu ustawy wskazywano między innymi na patologię polegającą na wyborze w przetargach publicznych na wykonanie robót budowlanych dużych podmiotów, które następnie całość robót powierzają podwykonawcom.

Solidarna odpowiedzialność sama w sobie

Przepis art. 647¹ § 5 k.c. wprowadza jako zasadę solidarną odpowiedzialność inwestora i generalnego wykonawcy, względnie wykonawców częściowych, za umowy zawierane z podwykonawcami oraz dalszymi podwykonawcami. Odpowiedzialności tej po stronie inwestora nie wyłącza zatem fakt dokonania zapłaty wynagrodzenia należnego generalnemu wykonawcy, czy też wykonawcy częściowemu.

Solidarna odpowiedzialność inwestora nie jest to odpowiedzialnością za „wszelkie” roboty, ale tylko za te, które określone zostały w „podstawowej” umowie o roboty budowlane zawartej z wykonawcą. Dodatkowo dotyczy tylko robót, które faktycznie zostały wykonane, a nie jedynie zakontraktowane.

Inwestor, zgodnie z art. 647¹ § 2 k.c., ma uprawnienie do wyrażenia **zgody** na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą, zawsze w formie pisemnej pod rygorem nieważności (art. 647¹ § 4 k.c.). Chodzi tutaj zarówno o osobę podwykonawcy, jak i o zakres konkretnych robót, jakie mają mu być powierzone. Podwykonawca staje się zatem uczestnikiem złożonej, trójstronnej relacji i pozostaje w bezpośrednim stosunku prawnym także wobec inwestora. W celu uzyskania zgody inwestora wykonawca przedstawia mu umowę z podwykonawcą lub projekt tej umowy, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w tej umowie lub projekcie. **Inwestor może wyrazić zgodę albo zgłosić pisemny sprzeciw lub zastrzeżenie do treści umowy w terminie 14 dni.**

Kwestią sporną jest wysokość wynagrodzenia jakie może być przedmiotem umowy pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą – powstaje pytanie czy wynagrodzenie dla podwykonawcy może być wyższe niż wynagrodzenie okre-

ślone w umowie pomiędzy inwestorem i wykonawcą. Kwestia ta w orzecznictwie nie została jednoznacznie rozstrzygnięta. Rozwiązująca jest często na gruncie umów zawieranych z inwestorem, który zastrzega, że wynagrodzenie dla podmiotów świadczących usługi w ramach podwykonawstwa nie może być wyższe niż określone przez inwestora dla konkretnej części robót.

Milczeniu inwestora w kwestii zgody na zatrudnienie podwykonawcy ustawa nadaje sens równoważny z dorozumianym wyrażeniem zgody. W konsekwencji, jeżeli inwestor nie zajmie w formie pisemnej negatywnego stanowiska, to uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy (art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c.). Jeżeli jednak inwestor zawiadomił wykonawcę, że rozważa kwestię wyrażenia sprzeciwu, to powstaje stan zawieszenia i dalsza sytuacja nie jest już milczeniem inwestora w rozumieniu art. 647¹ § 2 k.c. Nie może zatem stanowić podstawy do wnioskowania o jego dorozumianej zgodzie. Opóźnienie w rozpoczęciu albo kontynuacji robót spowodowane tą okolicznością obciąża wówczas inwestora³.

W praktyce wykonawcy często zwlekają z przedstawieniem inwestorowi dokumentów dotyczących podwykonawcy, bądź nie przedstawiają ich inwestorowi w ogóle. Podwykonawca dowiaduje się o tym w momencie braku zapłaty przez wykonawcę należności za zrealizowane prace. Należy zatem mieć na względzie, że **nic nie stoi na przeszkodzie, aby to sam podwykonawca – jako podmiot dbający o własne interesy – przedstawił inwestorowi umowę lub jej projekt wraz z odpowiednią częścią dokumentacji oraz wnioskiem o wyrażenie przez inwestora zgody na zawarcie umowy w rozumieniu omawianego przepisu. Wręcz przeciwnie, instytucja solidarnej odpowiedzialności inwestora i generalnego wykonawcy nie zwalnia podwykonawcy z obowiązku podjęcia działań minimalizujących ryzyko braku płatności.** Wobec tego samodzielne zgłoszenie się do inwestora powinno być standardem w przypadku braku informacji od generalnego wykonawcy o zgłoszeniu podwykonawcy inwestorowi.

Zgodnie z art. 647¹ § 3 k.c., do zawarcia przez podwykonawcę umów z dalszymi podwykonawcami wymagana jest zarówno zgoda inwestora, jak i wykonawcy, także wyrażona w sposób wskazany w art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c., stosowany w tym przypadku odpowiednio. Termin 14 dni liczony jest zatem osobno w odniesieniu do inwestora, wykonawcy oraz dalszych podwykonawców. Konsekwentnie, skutek upływu tego terminu w postaci dorozumianej zgody następuje osobno w odniesieniu do każdej z tych osób. Każda z nich może także przed upływem tego terminu złożyć oświadczenie zawierające zgodę albo odmowę jej wyrażenia⁴.

Instytucja „obrośnięta” orzecznictwem Sądu Najwyższego

Przez przeszło 13 lat obowiązywania, przepis ustanawiający solidarną odpowiedzialność inwestora i generalnego wykonawcy był przedmiotem wielu orzeczeń, w tym również uchwał Sądu Najwyższego.

³ T. Sokołowski [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna pod redakcją A. Kidyby, Lex, 2014, komentarz do art. 647¹ k.c.

⁴ Jw.

W dniu 29 kwietnia 2008 roku Sąd Najwyższy po rozstrzygnięciu zagadnienia prawnego przedstawionego przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego podjął uchwałę w składzie siedmiu sędziów (sygn. III CZP 6/08), zgodnie z którą do zgody wymaganej przez art. 647¹ § 2 i 3 k.c. nie stosuje się art. 63 § 2 k.c., tj. wymogu co do formy pisemnej lub innej szczególnej. Zgoda ta może być wyrażona przez każde zachowanie, która ujawnia ją w sposób dostateczny.

Powyzsza uchwała została podjęta w związku z istotnymi rozbieżnościami w orzecznictwie:

- 1) w uchwale z dnia 28 czerwca 2006 r. (III CZP 36/06, OSNC 2007, nr 4, poz. 52) oraz w wyrokach z dnia 15 listopada 2006 r. (V CSK 221/06, OSNC-ZD 2008, nr A, poz. 8 i V CSK 256/06, Izba Cywilna 2007, nr 12, s. 45) Sąd Najwyższy przyjął, że podstawową przesłanką warunkującą powstanie solidarnej odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy jest przedstawienie inwestorowi przez wykonawcę umowy zawartej z podwykonawcą (lub jej projektu) wraz z niezbędną dokumentacją. Niespełnienie tego obowiązku powoduje, że do wypłaty wynagrodzenia podwykonawcy jest zobowiązany tylko wykonawca będący stroną umowy o podwykonawstwo;
- 2) w wyrokach z dnia 30 maja 2006 r. (IV CSK 61/06, OSNC 2007, nr 3, poz. 44) oraz z dnia 20 czerwca 2007 r. (II CSK 108/07, Biuletyn SN 2007, nr 11, poz. 14) Sąd Najwyższy wyraził natomiast pogląd, że do skutecznego udzielenia zgody nie jest konieczne przedstawienie inwestorowi umowy z podwykonawcą lub jej projektu oraz odpowiedniej dokumentacji. Wystarczy wiedza inwestora o treści umowy lub jej projektu powzięta z innych źródeł.

Sąd Najwyższy w powołanej uchwale z 2008 r. uznał, iż koncepcja uzależniająca ważność umowy zawartej przez wykonawcę z podwykonawcą oraz umowy podwykonawcy z dalszym podwykonawcą od zgody inwestora, a w wypadku kolejnego podwykonawcy – także od zgody wykonawcy, prowadzi do trudnych do zaakceptowania konsekwencji. Przede wszystkim godzi w zasadę swobody działalności gospodarczej (art. 20 i 22 Konstytucji), która wyraża się między innymi w swobodzie nawiązywania stosunków umownych i kształtowania ich treści. Zatem zgoda inwestora na umowę między wykonawcą a podwykonawcą, do której nie stosuje się rygorów art. 63 § 2 k.c. (forma zgody osoby trzeciej) może być wyrażona w dowolny sposób dostatecznie ją ujawniający (art. 60 k.c.). Jeżeli zatem ogólne zasady wykładni oświadczeń woli pozwalają na stwierdzenie, że inwestor wyraził zgodę na konkretną umowę (jej projekt), z której wynika zakres jego odpowiedzialności solidarnej, to okoliczność ta jest wystarczająca dla uznania skuteczności tej zgody. W wypadku, gdy inwestor zostanie wprowadzony w błąd, dostateczną ochronę zapewni mu możliwość powołania się na wady złożonego oświadczenia woli. Sąd Najwyższy podzielił stanowisko, że wystarczającym zabezpieczeniem interesów inwestora jest jego wiedza o przedmiocie i potrzebach realizacyjnych projektowanej lub prowadzonej już inwestycji, stanowiąca przejaw należytej dbałości o własne interesy, jakiej można oczekiwać

od przeciętnego uczestnika procesu inwestycyjnego. Nie ma bowiem powodów do założenia, że inwestor, nawet jeśli nie jest przedsiębiorcą, wymaga szczególnej ochrony przed własnymi pochopnymi decyzjami.

Omawiana uchwała jest bezspornie korzystna dla podwykonawców, którym otwarta została ostatecznie droga do dochodzenia zapłaty wynagrodzenia od inwestora nawet przy braku oficjalnego pisemnego zgłoszenia zawierającego treść lub projekt umowy wraz z odpowiednią częścią dokumentacji oraz wyraźnej pisemnej zgody inwestora. **Ten kierunek orzecznictwa opowiedział się za pełniejszą ochroną podwykonawcy jako zdecydowanie słabszej strony procesu inwestycyjnego.** Podwykonawcom przyznawano możliwość wykazywania w dowolny sposób, że inwestor posiadał stosowną wiedzę o zawartej przez nich z wykonawcą umowie, choćby przez fakt obecności na budowie przedstawicieli inwestora i akceptowanie przez nich czynności wykonywanych na budowie przez podwykonawcę. **To inwestor obarczony został większą odpowiedzialnością, a tym samym został zmuszony do zwiększonej dbałości o własne interesy.**

W dniu 17 lutego br. Sąd Najwyższy kolejny raz zajął się kwestią przesłanek zaistnienia solidarnej odpowiedzialności generalnego wykonawcy oraz inwestora. W uchwale trzech sędziów (o sygnaturze III CZP 108/15) stwierdzono, iż skuteczność wyrażonej w sposób dorozumiany (art. 60 k.c.) zgody inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest uzależniona od zapewnienia mu możliwości zapoznania się z postanowieniami tej umowy, które wyznaczają zakres jego odpowiedzialności przewidzianej w art. 647¹ § 5 k.c.

Ta uchwała została wydana na kanwie sprawy dotyczącej robót budowlanych w budynkach nadleśnictwa. Inwestorem był Skarb Państwa, który zlecił realizację prac wykonawcy, który z kolei zawarł umowę na ich wykonanie z podwykonawcą. Wykonawca nie zgłosił oficjalnie inwestorowi faktu wykonywania części prac przez podwykonawcę. Podwykonawca uczestniczył w spotkaniach roboczych dotyczących przebiegu robót, w których brali również udział przedstawiciele inwestora. Pracownicy podwykonawcy pracowali w ubraniach roboczych z logo firmy na plecach kombinezonów. Po wykonaniu prac zostały one odebrane przez inwestora. Podwykonawca wystawił faktury, które nie zostały zapłacone przez wykonawcę. Po otrzymaniu wezwania do zapłaty inwestor poinformował, iż zapłacił całość wynagrodzenia na rzecz wykonawcy i odmówił zapłaty na rzecz podwykonawcy.

Sąd Rejonowy jako sąd I instancji zasądził w całości od inwestora należność dochodzoną przez podwykonawcę wraz z odsetkami ustawowymi. Sąd w uzasadnieniu odwołał się do celu art. 647¹ k.c., tj. ochrony podwykonawców w przypadku nierzetelności finansowej podmiotu, z którym bezpośrednio zawarli oni umowę na wykonanie części robót, a także przymuszenia inwestora do starannego wyboru wykonawcy oraz do kontrolowania wywiązywania się wykonawców z obowiązków finansowych względem podwykonawców. Apelację od wyroku złożył inwestor podnosząc przede wszystkim, że nie otrzymał



umowy z podwykonawcą, a w związku z tym nie znał elementów konkretyzujących umowę i decydujących o zakresie solidarnej odpowiedzialności. Sąd Okręgowy zdecydował się na zadanie pytania prawnego Sądowi Najwyższemu.

Sąd Najwyższy w swoich rozważaniach stwierdził na wstępie, iż omawiany przepis obowiązuje już kilkanaście lat. Nie jest więc regulacją nową, która nakłada na wykonawców wyjątkowo trudne do zrealizowania obowiązki. Nawet w najbardziej rygorystycznym przypadku zgody biernego inwestora wymaga się przecież jedynie przedstawienia mu umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Dodatkowo sędziowie podnieśli, iż w drodze wykładni w zgodzie z normami konstytucyjnymi należy zapewniać odpowiednią ochronę usprawiedliwionych interesów inwestora, między innymi z uwagi na to, że w niektórych przypadkach liberalna interpretacja wymogów przy dorozumianej zgodzie inwestora bywała nadużywana.

Co było a nie jest ...

Omawiana uchwała ustanawia nowy, wyraźny kierunek w zakresie solidarnej odpowiedzialności dotyczącej umów o roboty budowlane. **Kierunkiem tym jest zwiększona ochrona inwestora oraz większe wymagania wobec podwykonawców. Ci ostatni zmuszeni są zadbać o swoje interesy nawet poprzez samodzielne, bez pośrednictwa wykonawcy, przedstawienie inwestorowi zawartej umowy bądź jej projektu wraz z odpowiednią częścią dokumentacji.** Pominięcie tego etapu może skutkować brakiem odpowiedzialności inwestora i możliwością dochodzenia zapłaty wyłącznie od wykonawcy.

Uchwała ta jest wiążąca dla sądów niższych instancji wyłącznie w sprawie, w związku z którą zadane zostało pytanie prawne. Niemniej jednak z uwagi na niekwestionowany autorytet Sądu Najwyższego uchwała może

generalnie wpłynąć na zmianę orzecznictwa sądów powszechnych w zakresie solidarnej odpowiedzialności. Uchwała nabiera szczególnego znaczenia wobec rozpoczynających się inwestycji infrastrukturalnych w ramach perspektywy unijnej na lata 2016 – 2023, gdzie do wydania na inwestycje drogowe oraz kolejowe jest ponad 160 mld PLN.

W moim przekonaniu obrany kierunek nie jest zgodny z *ratio legis* omawianego przepisu. Solidarna odpowiedzialność inwestora został wprowadzona do porządku prawnego wyłącznie w celu ochrony podwykonawcy, który jest najbardziej narażony na konsekwencje zatorów płatniczych, jak również na nieuczciwe postępowanie wykonawcy, który otrzymując wynagrodzenie od inwestora i tak nie realizuje swoich wymagalnych zobowiązań. Istotny jest fakt, że beneficjentem prac świadczonych przez podwykonawcę jest w zasadzie wyłącznie inwestor, a zatem zasadnym jest, aby ponosił on szeroką odpowiedzialność za takie ułożenie relacji pomiędzy poszczególnymi podmiotami zaangażowanymi w proces budowlany, aby każdy z nich otrzymał należne wynagrodzenie.

Przystępując do realizacji inwestycji w charakterze podwykonawcy należy zatem zwrócić szczególną uwagę na aspekt solidarnej odpowiedzialności i przesłanek do jej zaistnienia. W świetle najnowszej uchwały to na podwykonawcy spoczywa ciężar doprowadzenia do sytuacji, w której solidarna odpowiedzialność powstanie. Dla osiągnięcia tego w mojej opinii niejednokrotnie konieczne będzie samodzielne przedłożenie stosownych dokumentów inwestorowi, jak również stały monitoring zmian zakresu odpowiedzialności, w szczególności na skutek aneksów zawieranych w trakcie realizacji inwestycji.

Biorąc pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo sądów, w zasadzie stosujących się do uchwały Sądu Najwyższego z 2008 roku, zalecam daleko idącą ostrożność i szczególną dbałość o interesy podmiotu świadczącego usługi w ramach umowy podwykonawczej.



Podwykonawcy robót budowlanych w zamówieniach publicznych



Zbigniew J. **BOCZEK**
Dyrektor Europejskiego
Instytutu Ekonomiki Rynków
Wykładowca na studiach
podyplomowych Politechniki
Wrocławskiej, Politechniki
Poznańskiej i Politechniki Gdańskiej
Wiceprezes SIDiR i Wiceprezes
Sądu Arbitrażowego przy SIDiR

Przepisy prawa zamówień publicznych zawierają instrumenty chroniące podwykonawców oraz dalszych podwykonawców robót budowlanych. Bezpośrednia ochrona tych interesów realizuje się przez wymóg zawarcia określonych postanowień w umowach podwykonawczych, przez procedurę ich akceptacji przez zamawiającego oraz pośrednio przez uzależnienie wypłaty wynagrodzenia wykonawcy od rozliczenia z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą będącymi stronami wcześniej zaakceptowanej umowy.

I

Na wstępie należy podkreślić, że przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie podwykonawstwa przynajmniej podwykonawcom zamówienia publicznego znacznie szerszą ochronę niż przepisy art. 6471 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny – dalej k.c.

Umowa o podwykonawstwo robót budowlanych powinna zawierać określone dane, a ich brak powinien prowadzić do zgłoszenia zastrzeżeń, a nawet sprzeciwu ze strony zamawiającego.

W szczególności zamawiający został zobligowany do określenia w SIWZ wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo robót budowlanych, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu (zob. art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a p.z.p.). Wprowadzenie przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11a

i art. 143d ust. 1 p.z.p. nie dotyczy uregulowanej w k.c. odpowiedzialności solidarnej zamawiającego za wynagrodzenie podwykonawcy, a dotyczy wymogów stawianych podwykonawcom i ochrony ich wynagrodzenia – Wyrok KIO 1139/15 z 15.06.2015 r.

Obowiązek przedkładania zamawiającemu umów zawartych pomiędzy wykonawcami z podwykonawcami oraz pomiędzy podwykonawcami z dalszymi podwykonawcami zamówienia publicznego wiąże się ze sprawowaniem kontroli nad ich treścią. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że przedłożenie tych umów do akceptacji jest objęte również regulacją kodeksu cywilnego (art. 647¹ k.c.). W zakresie oceny przedłożonej umowy zamawiający sprawdza jej zgodność z wymogami określonymi w SIWZ oraz z terminem płatności wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy.

W sytuacji gdy zamawiający stwierdzi, że projekt umowy jest niezgodny z treścią SIWZ lub określony w nim termin płatności wynagrodzenia jest dłuższy niż określony w art. 143b ust. 2 p.z.p. (30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy rachunku lub faktury, z którego wynika wykonanie zleconych robót budowlanych), zgłasza pisemne zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane. Obligatoryjnym postanowieniem tej umowy jest bowiem wskazanie terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane i do projektu jej zmiany lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane i do jej zmian (zob. art. 143d ust. 1 pkt 2 p.z.p.). Niezgłoszenie sprzeciwu (pisemnych zastrzeżeń) do przedłożonej umowy (lub projektu umowy o podwykonawstwo), której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym w umowie o roboty budowlane zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą uznaje się za akceptację umowy (projektu) (odpowiednio ust. 7 i ust. 4 art. 143b p.z.p.). Jeżeli zaakceptowana umowa zostaje zawarta, wówczas wykonawca, podwykonawca, dalszy podwykonawca ma obowiązek przedstawić odpis podpisanej umowy w terminie siedmiu dni od dnia jej zawarcia.



Wyrok KIO 1032/15 z 2 czerwca 2015 r.

1. Przepis art. 143b ust. 2 p.z.p. określa maksymalny termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo, który nie może trwać dłużej niż 30 dni, nie przesądza jednak o możliwości skorzystania z terminu krótszego. O naruszeniu tego przepisu można by mówić jedynie w przypadku wprowadzenia terminu zapłaty wynagrodzenia dłuższego niż 30 dni. 2. Przepis art. 353¹ k.c. (swoboda umów) ma zastosowanie, o ile nie koliduje z przepisami art. 36 ust. 2 pkt 11a i art. 143b ust. 2 p.z.p. Wymaga jednak wskazania, że art. 36 ust. 2 pkt 11a p.z.p. uprawnia zamawiającego do określenia wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo, w ramach przepisu art. 143b ust. 2 p.z.p. Jeżeli zaś przepis art. 143b ust. 2 p.z.p. nie ogranicza zamawiającego w możliwości ustanowienia terminu zapłaty, który nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej, to w takim razie zasada swobody umów ulega ograniczeniu wynikającemu z powołanych przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11a i art. 143b ust. 2 p.z.p.

Wyrok KIO 875/14 z 15 maja 2014 r.

Wykładnia art. 139 ust. 1 p.z.p. prowadzi do wniosku, że w umowach w sprawach zamówienia publicznego, których przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający nie może pominąć obowiązków nałożonych przez art. 143b ust. 2 p.z.p. Natomiast w umowach, których przedmiot stanowią usługi albo dostawy, zamawiający może stosować art. 143b ust. 2 p.z.p. per analogiam.

Reasumując: Umowa o podwykonawstwo robót budowlanych w zamówieniach publicznych powinna zawierać przedmiotowo i podmiotowo istotne elementy jak określenie podwykonawcy, zakresu (części) wykonywanych przez podwykonawcę robót budowlanych, wynagrodzenia podwykonawcy oraz terminu jego zapłaty.

Jak wynika z art. 143b ust. 2 p.z.p., termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej.

II

Zawarcie umowy o roboty budowlane między wykonawcą a podwykonawcą zamówienia publicznego ma istotne znaczenie z punktu widzenia solidarności odpowiedzialności inwestora i wykonawcy wobec podwykonawcy tych robót. W praktyce bowiem możemy spotkać się z rezygnacją przez wykonawcę z udziału w wykonaniu zamówienia przez podwykonawcę. W związku z tym, że wykonawca może w szczególności odstąpić od zawartej umowy z podwykonawcą, pojawia się pytanie o jego wpływ na solidarną odpowiedzialność

inwestora. Inwestor (zamawiający) ponosi solidarną odpowiedzialność wobec podwykonawcy, jeżeli istnieje umowa wykonawcy z podwykonawcą o wykonanie robót budowlanych, bowiem odpowiedzialność inwestora została powiązana z odpowiedzialnością wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, na podstawie umowy o podwykonawstwo. Tym samym odstąpienie od umowy przez wykonawcę prowadzi do wygaśnięcia odpowiedzialności inwestora uregulowanej w art. 647¹ § 5 k.c., która została ograniczona jedynie do odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy (zob. uchwała SN z dnia 10 lipca 2015 r., III CZP 45/15).

III Orzecznictwo

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 lipca 2007 r. I ACa 817/06

Nieważne jest postanowienie umowy uzależniające termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy przez wykonawcę od uzyskania wynagrodzenia od inwestora.

W ocenie Sądu Apelacyjnego terminu zapłaty wynagrodzenia nie można uzależnić od zdarzenia przyszłego i niepewnego, gdyż wówczas, to nie tylko termin jest niepewny, ale sama zapłata wynagrodzenia. W przypadku umowy stron, kwestia zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, od której uzależniono wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy nie jest zdarzeniem pewnym. **Reasumując, sporne postanowienie umowy stron należy potraktować jako sprzeczne w naturą stosunku zobowiązaniowego i uznać je na mocy art. 58 § 3 k.c. za nieważne, a w konsekwencji termin zapłaty, a tym samym wymagalność roszczenia powoda ocenić według zasad określonych w kodeksie cywilnym a w przypadku zamówień publicznych doprecyzowanych w ustawie Pzp.**

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 września 2008 r. III CSK 119/08

Jeżeli jeden z wykonawców (uczestników konsorcjum) umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego zawarł umowę w podwykonawcę, któremu nie zapłacił wynagrodzenia, to odpowiedzialność wykonawców w stosunku do inwestora spełniającego to świadczenie na rzecz podwykonawcy jest solidarna (art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.).

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 lipca 2007 r. I ACa 817/06

Nieważne jest postanowienie umowy uzależniające termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy przez wykonawcę od uzyskania wynagrodzenia od inwestora.

Best Value Procurement (BVP) – czas na jakość w zamówieniach publicznych



Tomasz
MICHALCZYK

radca prawny, senior associate
w Praktyce Infrastruktury
i Energetyki kancelarii Domański
Zakrzewski Palinka sp. k.

Podstawowym celem systemu zamówień publicznych jest efektywne wydatkowanie środków publicznych, która w dotychczasowej praktyce instytucji zamawiających było rozumiane wyłącznie jako maksymalne obniżenie kosztów wykonania zamówienia oraz alokacja większości ryzyk związanych z danym projektem po stronie wykonawcy. W konsekwencji, dominującym kryterium stosowanym przy wyborze najkorzystniejszej oferty była wyłącznie najniższa cena, a doświadczenia w realizacji dużych projektów infrastrukturalnych, szczególnie w okresie przygotowań do EURO 2012, dobitnie uwypukliły słabości takiego podejścia do zamówień publicznych, które zaowocowało opóźnieniami w realizacji projektów, znaczącym wzrostem kosztów, wielomilionowymi roszczeniami ze strony wykonawców, oraz upadłością wielu firm budowlanych, ich dostawców i podwykonawców.

Niewiele w tym względzie zmieniła również nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych¹, zgodnie z którą instytucje zamawiające zostały wprost zobowiązane do stosowania kryteriów pozacenowych. W praktyce zamawiający nadal najwyższą wagę przypisują kryterium ceny (najczęściej ponad 90%), a wyłącznie dla zachowania pozorów dywersyfikacji kryteriów oceny wymagają również kryteriów pozacenowych, którymi najczęściej jest skrócenie okresu realizacji zamówienia i wydłużenie okresu gwarancji. Ograniczenie zastosowania wagi kryterium ceny do 60%, jaką zakłada rządowy projekt nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych² (nowelizacja PZP) ma docelowo jeszcze bardziej zmotywować zamawiających do stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert, tak aby urzeczywistnić cel Dyrektywy jakim jest dążenie do wyboru oferty odzwierciedlającej najlepszą relację jakości do ceny.

Nie można jednak zapominać, że choć kryteria oceny oferty są istotną częścią wyłonienia wykonawcy, to na efektywność całego procesu zakupowego jak i efektywność realizacji zamówienia

składa się wiele elementów, do których zamawiający muszą przywiązywać równie istotną wagę. W tym zakresie warto odwołać się do podejścia do zamówień publicznych z powodzeniem stosowanego na świecie, w tym również w Europie na gruncie dyrektyw unijnych jakim jest model *Best Value Procurement* (BVP).

Czym jest Best Value Procurement (BVP) ?

Best Value Procurement/Performance Information Procurement System (BVP/PIPS) to model realizacji procesu zakupowego ukierunkowanego na zamówienia publiczne stworzony ponad 18 lat temu w Stanach Zjednoczonych przez prof. Deana Kashiwagi na Uniwersytecie Stanowym w Arizonie. W wyniku prowadzonych badań prof. Kashiwagi doszedł do następujących wniosków: (1) zamówienia oparte wyłącznie na cenie, charakteryzuje niższa efektywność wynikająca z faktu, że strona, która nie jest ekspertem (zamawiający) kieruje i kontroluje wykonanie zamówienia przez eksperta (wykonawcę); (2) powiązanie minimalnych wymagań zamawiającego z wyborem oferty opartej na najniższej cenie skutkuje spadkiem jakości wykonania zamówienia oraz wzrostem antagonizmów pomiędzy zamawiającym i wykonawcą; (3) wraz ze spadkiem jakości wzrasta kontrola i skłonność do kierowania procesem realizacji zamówienia przez zamawiającego; (4) powyższe powoduje w konsekwencji spadek efektywności i jakości wykonywanych prac oraz wzrost kosztów.³

Przeprowadzone przez prof. Kashiwagi badania pozwoliły na stworzenie modelu BVP, którego założeniem jest wybór najbardziej odpowiedniego wykonawcy, który będzie gwarantował największą efektywność realizacji zamówienia przy jednoczesnym ograniczeniu roli zamawiającego w zakresie zarządzania wdrożeniem projektu, a zwiększeniu wykorzystania wiedzy eksperckiej wykonawcy, co w efekcie przekłada się na obniżenie kosztów projektu i lepsze zarządzanie ryzykiem.⁴ Istotną model BVP jest zatem wybranie wykonawcy, który najlepiej rozumie potrzeby zamawiającego, dzięki swojej eksperckiej wiedzy będzie potrafił wykluczyć lub minimalizować ryzyka związane z wykonaniem zamówienia, a jednocześnie zapewni osiągnięcie oczekiwanych efektów przy jednoczesnym obniżeniu kosztów projektu.

Model BVP a Dyrektywa 2014/24/UE

Model BVP został stworzony w Stanach Zjednoczonych, dlatego w pierwszej kolejności nasuwa się pytanie, czy rozwiązania i podejście tam stosowane może zostać w prosty sposób implementowane w Europie, w reżimie prawa unijnego. Doskonałym przykładem na możliwość wdrożenia modelu BVP na gruncie

¹ Art. 1 pkt. 13) ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych.

² Zgodnie z art. 1 pkt. 91) projektu nowelizacji w wersji z dnia 24 lutego 2016 r. wyłączone kryterium ceny lub kryterium ceny o wadze przekraczającej 60% będzie mogło być stosowane tylko w przypadku gdy przedmiot zamówienia ma ustalone standardy jakościowe, a dodatkowo w opisie przedmiotu zamówienia uzasadnione zostanie uwzględnienie kosztów cyklu życia.

³ D. Kashiwagi, *Case Study: Best Value Procurement/Performance Information Procurement System Development*, <http://pbsrg.com>, 2011.

⁴ J. Rijt, A.C. Santema, *The Best Value Procurement in the Netherlands: A reflection on Past, Present and Future*, *Journal of the Advancement of Performance Information and Value*, Vol. 4, nr 2, 2012.



Europejskim jest Holandia, która z powodzeniem stosuje omawiane rozwiązania od 2005, a od 2008 model BVP znalazł zastosowanie w 25 projektach o łącznej wartości ponad 660 mln EUR, wdrażanych przez holenderski odpowiednik polskiej Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad tj. *Rijkswaterstaat*.⁵

Rozwiązania przewidziane w modelu BVP wpisują się w kluczowe dla założeń nowej Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych i zdefiniowane na nowo pojęcie "oferty najkorzystniejszej ekonomicznie" (most economically advantageous tender/MEAT), u którego podstaw leży uwzględnienie w ocenie ofert zagadnień dotyczących jakości, innowacyjności oraz aspektów środowiskowych lub społecznych, tak aby to nie najniższa cena, ale jakość stanowiła kluczowy wyznacznik wyboru oferty. Dodatkowo założenia modelu BVP pozwalają na wdrożenie podkreślonej na gruncie ustawodawstwa unijnego koncepcji „najlepszej relacji jakości do ceny”, opierającej się na ocenie zarówno elementów cenowych jak i efektywności kosztowej związanej m.in. z kosztami cyklu życia projektu. Efektywność kosztową należy przy tym rozumieć zarówno jako koszty wewnętrzne, dotyczące wprost danego zamówienia tj. sam koszt realizacji zamówienia jak i koszty zewnętrzne oceniane w perspektywie długoterminowej np. związane z utrzymaniem przedmiotu zamówienia, wpływem danego zamówienia na środowisko, w tym również czynniki inne niż cena, które będą miały wpływ na całkowitą wartość danego zamówienia, zarówno z punktu widzenia instytucji zamawiającej jak i jego beneficjentów, które mogą zostać ujęte jako wartość pieniężna.⁶

Zestawienie poszczególnych faz modelu BVP z przepisami Dyrektywy 2014/24/UE (o czym szerzej poniżej) pozwalają uznać, że istnieją wątpliwości co do dopuszczalności zastosowania „czystego” modelu BVP na gruncie prawa europejskiego, nie mniej jednak odpowiednia modyfikacja modelu, pozwala na osiągnięcie zgodności z przepisami prawa europejskiego bez straty wartości, którą daje zastosowanie BVP.

Fazy modelu BVP a przepisy Dyrektywa 2014/24/UE i ustawy Prawo zamówień publicznych

Model BVP podzielony jest na 4 zasadnicze fazy: (1) przygotowanie, (2) ocenę, (3) doprecyzowanie i (4) wdrożenie. Biorąc pod uwagę poszczególne fazy modelu BVP wydaje się, że znajduje on najlepsze zastosowanie w procedurach ograniczonych, w których przewidziana jest prekwalfikacja. Podkreślenia wymaga jednak fakt, iż odpowiednio zmodyfikowany model BVP może być również zastosowany w przetargu nieograniczonym.⁷

Faza 1 obejmuje przygotowanie projektu, za którą odpowiedzialny powinien być zespół projektowy. Stworzenie takiego zespołu, obok komisji przetargowej, zostało przewidziane w nowelizacji PZP⁸, która zakłada utworzenie zespołu odpowiedzialnego za przygotowanie, przeprowadzenie i realizację zamówienia publicznego. Etap przygotowania służy przede wszystkim precyzyjnemu zdefiniowaniu podstawowych celów, które chce osiągnąć zamawiający, w tym elementów zamówienia szczególnie istotnych z punktu widzenia zamawiającego oraz cyklu życia projektu. Za-

mawiający na tym etapie określa również budżet, ramy czasowe i harmonogram realizacji projektu, przygotowuje dokumentację zamówienia oraz instrukcje dla wykonawców. Etap przygotowania to również czas zdefiniowania kryteriów wyboru wykonawcy i kryteriów oceny ofert, co jest zasadniczo łatwiejsze gdy zamawiający klarownie zdefiniował cele, które chce osiągnąć. Na gruncie przepisów PZP i Dyrektywy częścią fazy przygotowania lub etapem poprzedzającym tę fazę może być również przeprowadzenie dialogu technicznego czy wstępne rozeznanie rynku, które ułatwia publikacją wstępnego ogłoszenia informacyjnego o planowanych zamówieniach. W zależności od przyjętej procedury faza przygotowania obejmuje również publikację ogłoszenia o zamówieniu, prekwalfikację wykonawców i złożenie ofert. Zastosowanie powyższych rozwiązań nie budzi większych wątpliwości zarówno na gruncie przepisów krajowych jak i europejskich.

Faza 2 nazywana jest fazą oceny. Na tym etapie zamawiający dokonuje oceny ofert wykonawców zgodnie z ustalonymi kryteriami. Pierwszym z kryteriów, doskonale znanym polskim zamawiającym jest cena, rozumiana jako koszt wykonania danego zamówienia. „Czysty” model BVP zakłada również ocenę oferty m.in. na podstawie efektywności wykonawcy opartej na jego dotychczasowych doświadczeniach. Istnieją jednak istotne wątpliwości co do zastosowania takiego kryterium na gruncie przepisów Dyrektywy 2014/24/UE jak i PZP, które wykluczają możliwość zastosowania kryteriów dotyczących właściwości wykonawcy jako kryterium oceny oferty. Przepisy Dyrektywy 2014/24/UE ściśle różnicują bowiem kryteria wyboru wykonawcy i kryteria oceny oferty, co poddaje w wątpliwość stosowanie dotychczasowego doświadczenia wykonawców (*Past Performance Information*) jako kryterium oceny ofert składanych w danym postępowaniu.⁹ Kryterium doświadczenia wykonawcy, jako odnoszące się do firmy można jednak zastąpić doświadczeniem personelu. Należy bowiem pamiętać, że zgodnie z art. 67 Dyrektywy 2014/24/UE oraz projektowanym brzmieniem art. 91 ust. 2 pkt. 6) PZP kryterium oceny oferty może stanowić organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości personelu mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia, a w efekcie na ekonomiczną wartość oferty.

Zgodnie z modelem BVP pozostałe elementy/kryteria oceny ofert powinny stanowić przygotowany przez wykonawców opis zidentyfikowanych ryzyk projektu oraz plan ich ograniczenia (*Risk Assessment/ Management Plan*) oraz opis szans i wartości dodanej, którą wykonawca może zapewnić zamawiającemu (*Value Added Plan*). Każdemu z kryteriów przypisywana jest określona waga i każde z nich opisywane jest w skali punktowej (najczęściej od 1 do 10), co ułatwia ich zsumowanie i przyznanie punktacji każdemu z wykonawców. Dopuszczalność zastosowania takich kryteriów oceny również przez polskich zamawiających nie budzi wątpliwości, ponieważ zarówno na gruncie przepisów Dyrektywy 2014/24/UE jak i PZP brak jest zamkniętego katalogu kryteriów oceny ofert. Muszą one jednak być związane z przedmiotem zamówienia, a przede wszystkim opisa-

5 *Rijkswaterstaat* jest agencją funkcjonującą przy Ministerstwie Infrastruktury i Środowiska odpowiedzialną za projektowanie, budowę, zarządzanie i utrzymanie głównych obiektów infrastrukturalnych w Holandii, w tym głównych sieci drogowych i wodnych; szerzej: <https://www.rijkswaterstaat.nl/english>; materiały z konferencji FIDIC-SIDIR-EFCA Regional Conference, Kraków, 7-8 marca 2016 r.

6 szerzej: komentarz do art. 67 Dyrektywy 2014/24/UE,; W. Hartung, *Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych*. Komentarz, wyd. C.H. Beck, 2015.

7 Na wstępnym etapie realizacji projektów w modelu BVP w Holandii model ten był najczęściej stosowany w procedurach ograniczonych, obecnie jednak równie powszechnie znajduje zastosowanie w przetargu nieograniczonym.

8 Art. 1 pkt. 29 projektu nowelizacji z dnia 24 lutego 2016 r.

9 M.van Leeuwen, *Using Best Value PIPS Procurement in Europe, Need for Compromise?* Journal for the Advancement of Performance Information and Value, vol. 3 nr 1, 2011.

nie w sposób obiektywny, niedyskryminacyjny i weryfikowalny, tak aby nie dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody w ich interpretacji oraz ocenie, co zaburzałoby transparentność procesu udzielenia zamówienia.¹⁰ Z uwagi na przyzwyczajenie zamawiających do stosowania wyłącznie kryterium cenowego sprostanie powyższym wymogom nie będzie zadaniem łatwym, jednak dokładnie opisane kryteria niewątpliwie pozwalają zweryfikować wiedzę ekspercką i przygotowanie danego wykonawcy do wykonania danego zamówienia.

Ostatnim z etapów fazy oceny, który przewiduje „czysty” model BVP jest przeprowadzenie wywiadu z wykonawcą, który pozwala na ocenę motywacji zespołu projektowego wykonawcy oraz jego wiedzy nt. projektu, zdolności oceny i zarządzania ryzykami związanymi z projektem oraz wartości dodanej jaką jest w stanie zapewnić. Z punktu kryteriów oceny ofert zastosowanie takiego etapu oceny wydaje się dopuszczalne, katalog kryteriów ma bowiem charakter otwarty. Niemniej jednak etap wywiadów może być obciążony znaczącym ryzykiem zakwestionowania ich obiektywności i niedyskryminacyjności, w szczególności że o przyznanej punktacji może decydować ostatecznie bardzo subiektywna ocena członka komisji przetargowej, a na przyznanej ocenie zaważyć mogą umiejętności interpersonalne członków zespołu wykonawcy. Dodatkowo, zastosowanie wywiadu z wykonawcą jako kryterium oceny może być kwestionowane w świetle dopuszczalnych możliwości komunikacji pomiędzy wykonawcą a zamawiającym ograniczonych do wyjaśnienia treści oferty. Niezależnie od powyższego rozważenia wymagałoby zastosowanie etapu wywiadu w szczególności w przypadku zastosowania kryterium oceny kwalifikacji personelu wykonawcy.¹¹

Faza 3 obejmuje doprecyzowanie treści oferty. Z uwagi na wspomniane ściśle ograniczenia wynikające zarówno z przepisów Dyrektywy 2014/24/UE jak i PZP dotyczące zasad komunikacji pomiędzy wykonawcą a zamawiającym na etapie poprzedzającym udzielenie zamówienia etap doprecyzowania powinien skupiać się wyłącznie na wyjaśnieniu treści oferty, jednak bez możliwości prowadzenia negocjacji co do jej treści lub dokonywania jej istotnych zmian, co stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Uwzględniając kryteria oceny przyjęte w fazie oceny faza doprecyzowania będzie dotyczyć treści oferty, w tym przede wszystkim uszczegółowienia opisu zidentyfikowanych ryzyk projektu oraz planu ich ograniczenia (*Risk Assessment/Management Plan*) z uwzględnieniem raportowania takich ryzyk oraz opisu szans i wartości dodanej, którą wykonawca może zapewnić zamawiającemu (*Value Added Plan*).¹²

Faza 4 obejmuje wdrożenie projektu. Faza wdrożenia następuje po udzieleniu zamówienia i podpisaniu umowy pomiędzy wykonawcą i zamawiającym. Z zastrzeżeniem ograniczeń dotyczących możliwości dokonywania zmian w umowie o zamówienie publiczne faza wdrożenia pozostaje poza zakresem przepisów Dyrektywy 2014/24/UE jak i krajowych przepisów dotyczących zamówień publicznych. Jednak z perspektywy modelu BVP na etapie wdrożenia kluczowe jest sporządzenie i raportowanie, z ustaloną pomiędzy wykonawcą i zamawiającym częstotliwością, odchyśleń od przyjętych założeń dotyczących realizacji projektu, dotyczących zarówno czasu, kosztów jak i zmaterializowania się i ograniczenia ryzyk zidentyfikowanych przez wykonawcę,

co pozwala na precyzyjne kontrolowanie przebiegu projektu. Na etapie wdrożenia istotne jest odwołanie się zamawiającego do eksperckiej wiedzy wykonawcy, która została zweryfikowana na etapie wyboru wykonawcy i jego oferty oraz powściągliwość zamawiającego w zakresie „ręcznego sterowania” wykonaniem zamówienia, która leży u podstaw modelu BVP.

Podsumowanie

Model BVP wprowadza szereg rozwiązań i narzędzi, które należy w jednoznaczny sposób ocenić pozytywnie, dając nadzieję na osiągnięcie rezultatu w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie oraz uzyskania najlepszej relacji jakości do ceny. BVP przede wszystkim kładzie nacisk na gruntowane przygotowanie zamówienia, precyzyjne zdefiniowanie celów i efektów, które chce osiągnąć zamawiający, pozwala na praktyczne odrzucenie prymatu cen jako kryterium wyboru oferty, a w końcu na wyłonienie wykonawcy, który jako ekspert w swojej dziedzinie potrafi zidentyfikować i zarządzać ryzykami związanymi z danym projektem. Wdrożenie modelu BVP na gruncie polskim nie będzie jednak łatwym zadaniem, ponieważ model ten oparty jest na zmniejszeniu funkcji kierowniczych i kontrolnych zamawiającego na rzecz oddania projektu w ręce wykonawcy jako eksperta, który najlepiej wie jak wykonać swoją pracę i budowaniu relacji i zaufania pomiędzy wykonawcą i zamawiającym, o co w polskich realiach jest bardzo trudno.

O ile zastosowanie modelu BVP na gruncie europejskim co do zasady jest możliwe, czego przykładem jest Holandia, niezasadne byłoby jednoznaczne porównywanie i przyjęcie możliwości stosowania niejako jeden do jednego modelu BVP na gruncie prawa krajowego różnych państw członkowskich w oderwaniu od przepisów regulujących zasady udzielania zamówień publicznych w danym kraju. Należy bowiem pamiętać, że przepisy Dyrektywy 2014/24/UE określają wyłącznie ramy prawne i rezultat, który powinien zostać osiągnięty, a implementacja przepisów musi zostać przeprowadzona w sposób, który najlepiej pozwala dostosować konkretne rozwiązania do porządku prawnego i kultury prawnej państwa członkowskiego. Dane państwo może bowiem w swoich regulacjach krajowych stosować różne rozwiązania, których celem jest osiągnięcie rezultatów wyznaczonych przez przepisy Dyrektywy, a przyjęte ostatecznie regulacje, w tym również w Polsce, mogą być bardziej restrykcyjne niż np. przepisy stosowane w Holandii. Nie bez znaczenia dla takiej oceny pozostaje również wykładnia przepisów krajowych dokonywana zarówno przez właściwe organy tj. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jak i orzecznictwo. Choć wdrożenie niektórych rozwiązań przewidzianych w modelu BVP tj. możliwość oceny złożonych ofert na podstawie deklarowanej przez wykonawcę efektywności opartej na jego dotychczasowych doświadczeniach czy też ocena możliwości realizacji zamówienia na podstawie wywiadów przeprowadzanych z wykonawcami może budzić wątpliwości, szczególnie w kontekście możliwości zapewnienia przejrzystości i warunków obiektywnej oceny takich kryteriów, to niewątpliwie model BVP należy ocenić pozytywnie a jego zastosowanie w Polsce powinno być nie tylko przedmiotem dalszej dyskusji, ale również projektów pilotażowych, które pozwolą na jego praktyczną weryfikację.

10 szerzej: komentarz do art. 67 Dyrektywy 2014/24/UE,; W. Hartung, *Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, 2015.

11 R. Apostol, *Legal Perspective: Is Best Value Procurement achievable within the framework of ARW 2005?*, Journal for the Advancement of Performance Information and Value, vol. 3 nr 1, 2011.

12 M. van Leeuwen, *Using Best Value PiPS Procurement in Europe, Need for Compromise?* Journal for the Advancement of Performance Information and Value, vol. 3 nr 1, 2011.

Konferencje



Tamara
MAŁASIEWICZ
Dyrektor Zarządzający SIDiR

W dniach **7 – 8 grudnia 2015 r.** w hotelu Sheraton w Warszawie odbyła się druga edycja konferencji dotyczącej arbitrażu organizowanej przez Sąd Arbitrażowy przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców.

W konferencji „**Nowa perspektywa finansowania zamówień publicznych w inwestycjach budowlanych**” wzięło udział ponad 140 osób reprezentujących firmy wykonawcze, inwestorów publicznych i prywatnych, biura inżynierskie i firmy konsultingowe związane z branżą.

Gościem honorowym konferencji był Pan Jerzy Szmit – Wiceminister Infrastruktury i Budownictwa. Podczas swojego wystąpienia Pan Minister zaprezentował swoje stanowisko odnośnie niezbędnej współpracy stron i szybkiej ścieżki rozstrzygania sporów oraz omówił ideę Narodowego Forum Kontraktowego.

Konferencji miała odpowiedzieć na pytania Czy można tak formułować zapisy specyfikacji by same w sobie do sporów nie prowadziły? Jak nie popełniać błędów prawnych skutkujących powstawaniem sporów i koniecznością zwrotu części finansowania? A w ostateczności jak do sporu dojdzie to czy nie lepszym rozwiązaniem jest odwołanie stron do instytucji arbitrażu, mediacji czy zawarcie ugody.

Relacja z konferencji oraz prezentacje prelegentów dostępne są na naszej stronie internetowej:

<http://sidir.pl/po-konferencji-nowa-perspektywa-finansowania-zamowien-publicznych-w-inwestycjach-budowlanych/>

Już teraz zapraszamy wszystkich na kolejną, trzecią edycję konferencji arbitrażowej, która odbędzie się w dniach 14-15 listopada w hotelu Sofitel Victoria w Warszawie. Szczegóły wkrótce na naszej stronie internetowej.

W dniu **6 marca 2016 r.** w hotelu Sheraton w Krakowie, pod patronatem Ambasady Królestwa Niderlandów w Polsce oraz Centrum Unijnych Projektów Transportowych odbyły się pierwsze Środkowoeuropejskie warsztaty „**Best Value Procurement w Zamówieniach Publicznych**”.

W warsztatach wzięło udział blisko 100 osób z Polski i Europy ze środowiska związanego z branżą. Gościem honorowym i prowadzącym warsztatów był twórca BVP, **prof. Dean Kashiwagi z Uniwersytetu Stanowego w Arizonie**.

Liczymy na to, że korzystając z doświadczeń holenderskich, Polska będzie kolejnym krajem w Europie, który wdroży metodę BVP w rygorze europejskich dyrektyw unijnych.

Relacja z konferencji oraz prezentacje prelegentów dostępne są na naszej stronie internetowej: <http://sidir.pl/po-warsztatach-bvp-6-3-2015-w-krakowie/>

W trakcie warsztatów odbyła się premiera polskojęzycznej wersji podręcznika BVP. Książka jest przydatna zarówno dla organizujących przetargi, jak i dla składających oferty. Można w niej znaleźć praktyczne wskazówki jak zarządzać przedsięwzięciem, aby wykorzystać metodę BV w pełni. Książka do kupienia w naszej księgarni: <http://sidir.pl/ksiegarnia/>

W dniach **7 – 8 marca** w hotelu Sheraton w Krakowie odbyła się **druga edycja Regionalnej Konferencji Infrastrukturalnej** organizowana przez SIDiR, FIDiC i EFCA. Konferencja skierowana była do firm consultingowych, zamawiających jak też do wszystkich osób zaangażowanych w przygotowanie i realizację dużych przedsięwzięć budowlanych. Głównym celem corocznej konferencji jest wymiana doświadczeń krajów członkowskich UE w prowadzeniu inwestycji. W trakcie konferencji zostały zaprezentowane zagadnienia związane z dyrektywami UE dotyczące zamówień publicznych i ich praktycznego zastosowania w inwestycjach infrastrukturalnych. Wśród prelegentów nie zabrakło oczywiście członków naszego Stowarzyszenia, wystąpienia kolegów: Andrzeja Grabca, Pawła Zejera, Adama Białachowskiego, Krzysztofa Woźnickiego, Andrzeja Michałowskiego i Leszka Bochema były niezwykle interesujące.

ZWYCZAJNE WALNE ZGROMADZENIE SIDiR

W dniu **21 maja 2016** odbędzie się Zwyczajne Walne Zgromadzenie (ZWZ) członków Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców podsumowujące działalność Stowarzyszenia w roku 2015. Zostaną przedstawione sprawozdania za rok 2015: sprawozdanie z działalności Zarządu, sprawozdanie finansowe i sprawozdanie skarbnika. W trakcie Zwyczajnego Walnego Zgromadzenia zaprezentowany zostanie plan budżetu na rok 2016 oraz wskazane zostaną główne kierunki działania.

Wszystkich zainteresowanych aktualnymi wydarzeniami w Stowarzyszeniu odsyłam na nasze strony internetowe www.sidir.pl i www.arbitraz-sidir.pl oraz na nasz profil na Facebooku.

SZKOLENIA OTWARTE

skierowane do wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego

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

Koszt szkolenia od osoby obejmuje:

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

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

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



HARMONOGRAM SZKOLEŃ

Karta zgłoszenia uczestnictwa w szkoleniu otwartym SIDiR

21-22.4.2016	☐	Przygotowanie i realizacja zamówienia publicznego na roboty budowlane z wykorzystaniem Warunków Kontraktowych FIDIC z uwzględnieniem planowanych do wprowadzenia od kwietnia 2016 zmian w ustawie PZP (2 dni)	1000 PLN + 23% VAT
11-12.5.2016	☐	Zarządzanie budową na podstawie warunków kontraktowych FIDIC z uwzględnieniem planowanych do wprowadzenia od kwietnia 2016 zmian w ustawie PZP (2 dni)	1000 PLN + 23% VAT
 13.5.2016	☐	Ludzka twarz Zarządzania Projektem	500 PLN + 23% VAT
19-20.5.2016	☐	Specyfika warunków kontraktu FIDIC oraz możliwość ich dostosowania do polskiego prawa (2 dni)	1000 PLN + 23% VAT
01-02.6.2016	☐	Roszczenia i spory w kontraktach realizowanych na Warunkach Kontraktowych FIDIC teoria + warsztaty (2 dni)	1000 PLN + 23% VAT
 17.6.2016	☐	Podstawy FIDIC i Zarządzania Projektami - ot tak, po ludzku...	500 PLN + 23% VAT
21-22.6.2016	☐	Podstawy budownictwa dla nie inżynierów (2 dni)	1000 PLN + 23% VAT

Dane

uczestnika

Nazwisko i imię

Firma

Adres

Telefon

Fax

e-mail

Stanowisko

do faktury

Nazwa firmy

Adres

NIP

PŁATNOŚĆ:

Płatności należy dokonać 5 dni przed rozpoczęciem szkolenia.

Nr konta: 26 1910 1048 2252 0362 5222 0001

więcej znajdziesz na: www.sidir.pl/szkolenia

BVP

NOWOŚĆ

Best Value Procurement

PIERWSZA KSIĄŻKA O BVP WYDANA W POLSCE

W tej książce metodę BVP rozkładamy na czynniki pierwsze.

Dzięki temu książka będzie przydatna zarówno dla organizujących przetargi, jaki i dla składających oferty. Można w niej znaleźć praktyczne wskazówki jak zarządzać przedsiębiorstwem aby wykorzystać metodę BV w pełni.



Z książką otrzymasz
3 godzinny wykład
Profesora Deana Kashiwagi,
twórcy metody BV,

z Uniwersytetu Stanowego w
Arizonie, zarejestrowany podczas
I Środkowo Europejskich
Warsztatów BVP w Krakowie.
Patronat nad warsztatami objęły:

**Ambasada Królestwa
Niderlandów oraz Centrum
Unijnych Projektów
Transportowych (CUPT)**

Podręcznik po raz pierwszy
wydany w 2009 roku w
Holandii do dziś
rozprowadzony w 14.5 tys.
egzemplarzy.

Obecnie trwają prace
nawydaniu w kolejnych
krajach europejskich.



Więcej informacji na bvp-sidir.pl