

W NUMERZE:

DZISIEJSZY RYNEK ZAMÓWIEŃ
PUBLICZNYCH W PROJEKTACH
INFRASTRUKTURALNYCH – PRZEGLĄD
EFEKTYWNOŚCI

4

MINIMALIZACJA RYZYKA NIEUKOŃCZENIA
KONTRAKTU W TERMINIE I W ZAKŁADANYM
BUDŻECIE

8

METODY ANALITYCZNEGO WSPARCIA
STRON W PODEJMOWANIU DECYZJI
W ZAKRESIE PRZEDŁUŻENIA OKRESU
REALIZACJI KONTRAKTU

10

WAŻNE KWESTIE ZARZĄDZANIA
PROJEKTAMI FIDIC W POLSCE

12

GRANICE WYNAGRODZENIA
RYCZAŁTOWEGO W UMOWIE O ROBOTY
BUDOWLANE

15

ZŁOTE ZASADY FIDIC W NOWYCH
WARUNKACH KONTRAKTOWYCH FIDIC
Z 2017 R.

18

GESTIA UBEZPIECZENIOWA PO STRONIE
ZAMAWIAJĄCEGO – SKUTECZNA OCHRONA
INWESTYCJI

22

WYNIKI KONKURS „DOBRE PRAKTYKI
W ZAGROŻENIU”

24

RAŻĄCO NISKA CENA – CZYLI INSTRUKCJA
BADANIA RZETELNOŚCI OFERTY

28

PRAWDY I MITY POZACENOWYCH
KRYTERIÓW OCENY OFERT – UJĘCIE
PRAKTYCZNE

32

ROZSTRZYGNIĘCIE KONKURSU MŁODYCH
PROFESJONALISTÓW NA NAJCIEKAWSZY
PROJEKT

38

WPŁYW ORZECZNICTWA KRAJOWEJ IZBY
ODWOŁAWCZEJ NA ZOBOWIĄZANIA STRON
KONTRAKTÓW BUDOWLANYCH

40

ZAPISY OPZ I WARUNKÓW
KONTRAKTU A ROSZCZENIA WYKONAWCY

44

ZNACZENIE PROCEDURY MEDIACYJNEJ DLA
MINIMALIZACJI RYZYKU KONTRAKTOWYCH
W SYSTEMIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

46

PODSUMOWANIE KONFERENCJI

49

Biuletyn „Konsultant”

Wydawca: Stowarzyszenia Inżynierów
Doradców i Rzeczników (SIDiR)

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

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

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

Redakcja nie ponosi odpowiedzialności
za treść zamieszczanych reklam.

Skład: VIRBIT Przemysław Leśniewski · www.virbit.pl

Druk: XGRAF Studio Artur Łukasik · www.xgraf.pl

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

SIDiR jest członkiem:



Fédération Internationale Des
Ingénieurs-Conseils – FIDIC



European Federation of Engineering
Consultancy Associations – EFCA

Koleżanki i Koledzy

Biuletyn, który właśnie czytacie zawiera
podsumowanie jakże udanej Konferencji
Arbitrażowej, która odbyła się w listopadzie
ubiegłego roku. O tym, że była udana
świadczą frekwencja, która przeszła nasze
– organizatorów – najśmielsze oczekiwania
oraz aktywny udział uczestników podczas
dwudniowych dyskusji. W podsumowaniu
51 uczestników wyraziło swoje zdanie
o Konferencji w ankiecie, z której niezbitcie
wynika, że Konferencja spełniła ich
oczekiwania.

Ale żeby oddać głos uczestnikom pozwól
sobie przedstawić pełną statystykę
dotyczącą ankiet pokonferencyjnych:

1. W jakim stopniu Konferencja spełniła
Pani/Pana oczekiwania?

2. Średnio – 4 głosy; **dobrze – 26 głosów**;
bardzo dobrze – 21 głosów;

3. Jak ocenia Pani/Pan przydatność
zdobytych informacji pod względem
podnoszenia własnych kompetencji
i umiejętności?

raczej nieprzydatne – 1 głos; trudno
powiedzieć – 3 głosy; raczej przydatne –
18 głosów; **zdecydowanie przydatne – 28
głosów**;

4. Jak ocenia Pani/Pan Program
Konferencji?

bardzo zły – 1 głos; dobry – 17 głosów;
bardzo dobry – 31 głosów;

5. Które wystąpienia podobały się Pani/
Panu najbardziej?

R. Morek – 4 głosy; **P. Zejer – 12 głosów**;
J. Sawicki – 4 głosy; T. Skoczyński – 7
głosów; Debata Oksfordzka – 10 głosów;
P. Skrzypczak – 2 głosy; A. Michałowski
– 3 głosy; A. Grabiec – 1 głos; wszystkie
wykłady – 2 głosy;

6. Jak ocenia Pani/Pan wpływ debat
na atrakcyjność Konferencji?

dobrze – 10 głosów; **bardzo dobrze – 38
głosów**;

Jak ocenia Pani/Pan lokalizację
Konferencji?

zła – 9 głosów; trudno powiedzieć – 9
głosów; **dobra – 20 głosów**; bardzo dobra
– 5 głosów;

7. Jak ocenia Pani/Pan lokalizację
uroczystej kolacji?

zła – 2 głosy; trudno powiedzieć – 12
głosów; dobra – 14 głosów; **bardzo dobra –
17 głosów**;

8. Jak ocenia Pani/Pan Konferencję
od strony organizacyjnej?

trudno powiedzieć – 5 głosów; dobrze – 21
głosów; **bardzo dobrze – 25 głosów**;

9. Proszę powiedzieć, czy należy
na kolejnych Konferencjach kontynuować
Konkurs „Dobre Praktyki w zagrożeniu”?

trudno powiedzieć – 3 głosy; tak – 11
głosów; **zdecydowanie tak – 35 głosów**;

Co Pani/Pana zdaniem organizatorzy
powinni wziąć pod uwagę przy organizacji
kolejnych edycji Konferencji?

– wielkość sali, na której odbywa się
uroczysta kolacja,

– wielkość sali, na której odbywa się
Konferencja,

– informacja o dojeździe i parkingach,
– informacja o hotelach;

Szanowni Państwo!

Konferencja przeszła do historii, ale
doświadczenia i głosy uczestników będą
brane pod uwagę przy organizowaniu
kolejnych edycji. Mogę Państwu obiecać,
że już za 9 miesięcy będziecie się mogli
przekonać, że nie są to puste słowa.
5. Edycja Ogólnopolskiej Konferencji
Arbitrażowej będzie jeszcze lepiej
zorganizowana, w bardziej komfortowych
warunkach się odbędzie, a program będzie
dostosowany do szybko zmieniających
się uwarunkowań realizacji kontraktów
w zamówieniach publicznych. Mam
nadzieję, że cele jakie sobie postawiliśmy
– w tym zwłaszcza większy udział strony
zamawiających publicznych oraz jeszcze
wyższa frekwencja – zostaną osiągnięte.

Dziękuję wszystkim, którzy do sukcesu
Konferencji się przyczynili – a więc
w pierwszej kolejności uczestnikom. Nie
zapominam też o pomysłodawcy
Konferencji Arbitrażowych i 3. Prezesowi
Sądu Arbitrażowego przy SIDiR –
Zbigniewie Boczkowi, któremu dziękując
na tych łamach mogę powiedzieć: „Zbysku
– melduję wykonania zadania!”

Jednocześnie zapraszam wszystkich
do wzięcia udziału w 5. Edycji Ogólnopolskiej
Konferencji Arbitrażowej, która odbędzie
się w dniach 22, 23 listopada 2018 r. w hotelu
Westin w Warszawie. Dla stałych bywalców
naszych Konferencji przygotowaliśmy
specjalny pakiet, o którym poinformujemy
już wkrótce. Proszę śledzić nasze strony:
www.arbitraz-sidir.pl oraz www.sidir.pl,
a także Biuletyn Konsultant.

Do zobaczenia na Konferencji!

Tomasz Latawiec

Stowarzyszenie Inżynierów Doradców
i Rzeczników (SIDiR)

Prezes Zarządu

PROGRAM KONFERENCJI

4. edycja ogólnopolskiej konferencji arbitrażowej EFEKTYWNA realizacja kontraktów w zamówieniach publicznych

23.11.2017 – czwartek – dzień pierwszy

9.30 – 10.00	Rejestracja uczestników
10.00 – 10.30	Otwarcie Konferencji Jacek Bendykowski - Radca prawny, Misiewicz Mosek i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych, Wiceprezes Sądu Arbitrażowego przy SIDIr Tomasz Łatawiec - Inżynier, Biuro Inżyniera Konsultanta Tomasz Łatawiec, Prezes Zarządu SIDIr, Wiceprezes Sądu Arbitrażowego przy SIDIr
10.30 – 11.00	Dzisiejszy rynek zamówień publicznych - przegląd problematyki efektywności Maciej Jamka - Adwokat, Kancelaria K&L Gates Jamka sp. k.
11.00 – 11.30	Minimalizacja ryzyka nieukończenia kontraktu w terminie i w zakładanym budżecie Tomasz Skoczyński - Radca prawny, Skoczyński Kolańczyk i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych - Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDIr, Członek SIDIr
11.30 – 12.00	Metody analitycznego wsparcia stron w podejmowaniu decyzji w zakresie przedłużenia okresu realizacji kontraktu Paweł Zejer - Inżynier, Instytut Analiz Budowlanych (INAB), Wiceprezes Zarządu SIDIr, Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDIr
12.00 – 12.30	Przerwa kawowa
12.30 – 14.00	Debatą oksfordzką Cztery tezy zarządzania kontraktami: 1. Czy rozstrzygnięcie roszczenia przez Inżyniera powinno wymagać zgody Zamawiającego? 2. Czy Inżynier i/lub Zamawiający powinni ingerować w Harmonogram Wykonawcy? 3. Czy Zamawiający powinien mieć wpływ na kształt umów podwykonawczych? 4. Czy zmiana do umowy o zamówienie publiczne wymaga aneksu? Uczestnicy: Strona liberalna: Michał Skorupski - Inżynier, KPMG, Członek SIDIr Strona konserwatywna: Tadeusz Żaba - Dr inżynier, MPWiK S.A. w Krakowie, Krakowski Holding Komunalny S.A., Członek SIDIr Jacek Bendykowski - Moderator Udział: uczestnicy Konferencji
14.00 – 15.00	Lunch
15.00 – 15.30	Niezmiennosc wynagrodzenia ryczałtowego w praktyce. Jerzy Sawicki - Radca prawny, Domański Zakrzewski Palinka sp.k., Członek SIDIr
15.30 – 16.00	Światowe kierunki w formowaniu relacji pomiędzy stronami kontraktów - Złote klauzule FIDIC. Rafał Morek - Adwokat, Kancelaria K&L Gates Jamka sp. k., Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDIr, Członek SIDIr, Członek Grupy Zadaniowej nr 15 FIDIC
16.00 – 16.30	(R)ewolucyjne podejście do ubezpieczenia ryzyk budowlano-montażowych - optymalny dobór modelu ubezpieczenia inwestycji Elżbieta Holnicka-Szulc - Ubezpieczeniowiec, STBU Brokerzy Ubezpieczeniowi Grzegorz Romanowicz - Prawnik, STBU Brokerzy Ubezpieczeniowi
19.00	Uroczysta kolacja & wręczenie statuetek „Strapione go Konsultanta”

24.11.2017 – piątek – dzień drugi

9.30 – 10.00	Poranna kawa Raząco niska cena – czyli instrukcja badania rzetelności oferty. Anna Packo - Prawnik, Członek Krajowej Izby Odwoławczej
10.00 – 10.30	Debatą
10.30 – 12.00	Pozacenowe kryteria wyboru wykonawców: • Skuteczność obecnie stosowanych metod. • Innowacyjne metody wyboru oferty najkorzystniejszej. • Subiektywna v. obiektywna ocena ofert (czy obiektywna tak naprawdę jest obiektywna?) • Warunki efektywnego stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert. • Prawdy i mity na temat pozacenowych kryteriów oceny ofert Uczestnicy: Iwona Stępień-Kotlarek - Zastępca Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Marcin Skromak - Adwokat, Pawłowski Skromak Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych sp. k., Członek SIDIr Honorata Łopianowska - Sędzia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, były członek Krajowej Izby Odwoławczej Izabela Fundowicz - Wicedyrektor Departamentu Prawnego w UZP Udział: uczestnicy Konferencji Tomasz Łatawiec - Moderator
12.00 – 12.30	Przerwa kawowa
12.30 – 12.45	Rozstrzygnięcie Konkursu Młodych Profesjonalistów na najciekawszy projekt. Grzegorz Piskorz - Inżynier, SKANSKA S.A., Członek SIDIr - Przewodniczący Koła Młodych Profesjonalistów SIDIr Paweł Zejer
12.45 – 13.15	Wpływ orzecznictwa KIO na zobowiązania stron Kontraktów budowlanych. Andrzej Grabiec - Inżynier, CML CONSTRUCTION SERVICES Sp. z o.o., Członek SIDIr Magdalena Zadora-Redzko - Radca prawny, CML CONSTRUCTION SERVICES Sp. z o.o.
13.15 – 13.45	Zapisy OPZ i warunków kontraktu a roszczenia wykonawcy. Andrzej Michałowski - Inżynier, niezależny konsultant, Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDIr, Członek SIDIr
13.45 – 14.15	Znaczenie procedury mediacyjnej dla minimalizacji ryzyk kontraktowych w systemie zamówień publicznych. Piotr Skrzypczak - Radca prawny, Kancelaria Radcy Prawnego Piotr Skrzypczak - Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDIr, Członek SIDIr
14.15 – 14.30	Podsumowanie Konferencji Jacek Bendykowski
14.30	Lunch

Dzisiejszy rynek zamówień publicznych w projektach infrastrukturalnych — przegląd efektywności

■ Maciej Jamka

1. Efektywność zamówień publicznych można rozpatrywać na wiele sposobów. Najprostszym z nich i może po części intuicyjnym jest analiza efektywności uzyskiwanych ofert w systemie zamówień publicznych. Innymi słowy, efektywność zamówień może być rozpatrywana poprzez skuteczność uzyskiwania najlepszych ofert. Czy istniejący system zamówień publicznych odpowiada na tak postawione kryterium efektywności? Zgodnie z raportem PWC budowa jednego kilometra drogi w Polsce odpowiada średniej europejskiej¹. Trudno jednak tak sformułowaną informację uznać za jednoznaczną. Trudno nawet powiedzieć czy ten wynik jest powodem do zadowolenia, czy smutku. Istnieje za dużo zmiennych różnicujących koszty budowy dróg w Europie, aby na podstawie samego kosztu można było wyciągnąć daleko idące wnioski. Jest to również domena ekonomistów.
2. Tak wąsko pojęte kryterium efektywności nie oddaje istoty problemu. Można bowiem na zagadnienie popatrzeć z dużo szerszej perspektywy. Zgodnie z teorią administracji, zamówienia publiczne są formą zaspokajania potrzeb społecznych, do których wykonania administracja angażuje podmioty trzecie. Oznacza to, że kryterium oceny zamówień publicznych pozostaje zaspokojenie potrzeb społecznych². Ocena zaspokajania tych potrzeb powinna być dokonywana z uwzględnieniem wszystkich skutków społecznych, tych pozytywnych i negatywnych.
3. Obecny system zamówień publicznych w infrastrukturze komunikacyjnej

² Porównaj: Paweł Nowicki: Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat zastosowania nowego podejścia do zamówień publicznych; https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0017/30680/Efektywne_zamowienia_publiczne_2013.pdf; Olgierd Lisowski, Efektywności zamówień publicznych, https://www.ue.katowice.pl/fileadmin/_migrated/content_uploads/13_O_Lissowski___Efektywnosc_zamowien_publicznych.pdf.

został ukształtowany w perspektywie finansowej 2007– 2013. Okres ten z mobilizującym efektem Euro 2012 był naznaczony spektakularnym rozwojem zamówień publicznych, zwłaszcza w infrastrukturze drogowej. Model zamówień robót budowlanych, w tym opierania umów o standardy FIDIC, ukształtowany w tamtym czasie pozostał w zasadzie do dzisiaj niezmienny. Jego efektywność nie może być mierzona tylko ceną kilometra drogi, ale również falą upadłości po roku 2012³. Za upadłościami dużych przedsiębiorstw budowlanych, jak cień kładzie się tysiące upadłych podwykonawców. Naturalnie, nie można winą za wszystkie te upadłości obciążać system zamówień publicznych. Nie potrzeba jednak dowodu, aby uznać, że system zamówień publicznych co najmniej przygotował warunki do takiego rozwoju sytuacji.

¹ PWC: Budowa Dróg w Polsce. Fakty i mity, doświadczenia i perspektywy. https://www.pwc.pl/pl/biuro-prasowe/assets/pwc_raport_gddkia_prezentacja_dla_mediow.pdf.

³ W tamtym czasie upadły firmy takie jak: Bogl a Krysl, Doprastaw Polska, Hydrobudowa Polska, Hydrobudowa Gdańsk, Poldim, Dolnośląskie Surowce Skalne, Alpine Bau.

4. System ten jest również odpowiedzialny za spowodowanie powstania olbrzymiej ilości sporów. Minister Infrastruktury Andrzej Adamczyk w swoim słynnym przemówieniu sejmowym w dniu 11 maja 2016 ocenił wartość złożonych roszczeń wobec samej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad na 10 miliardów złotych. O problemach tych pisało na niniejszych łamach wielokrotnie.
5. W tej sytuacji nie można uznać systemu zamówień publicznych za efektywny, bowiem obok kosztu wybudowania drogi czy linii kolejowej dochodzą odroczone koszty: koszty, które powstają później (spory) i koszty w szerszej perspektywie społecznej (upadłości).
6. Fakt nieefektywnego systemu zamówień publicznych w szerszym rozumieniu tego słowa przedostał się do debaty publicznej i politycznych haseł. Krytyka systemu i praktyki zamówień publicznych stała się istotnym składnikiem programu PiS, które objęło władzę w Polsce. Zapowiedziano szereg reform, w szczególności oparcie współpracy pomiędzy zamawiającymi i wykonawcami na zasadzie dialogu. Jako efekt Minister Infrastruktury i Budownictwa powołał Radę Ekspertów organ pomocniczy przeznaczony m.in. do opracowania ram i zasad działania Narodowego Forum Kontraktowego. Jednym z celów doraźnych tego ciała to opracowanie założeń i wzorów nowych umów w drogownictwie. Rada składa się z 12 przedstawicieli strony wykonawców, 12 przedstawicieli strony zamawiających i 4 przedstawicieli związków zawodowych.
7. Elementy nieefektywności systemu zamówień publicznych znajdują się zarówno na etapie udzielania zamówienia, jak i wykonywania umowy. Zaczniemy od tych pierwszych. Jednym z najistotniejszych elementów nieefektywności zamówień publicznych na etapie udzielania zamówienia jest praktyka sprowadzenia całego systemu zamówień do konkursu najniższych ofert. Problem ten nie jest nowy i był adresowany przez ustawodawcę w dwóch zmianach do ustawy prawo zamówień publicznych, których celem było promowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert. Zgodnie ze zmianą z 2016 roku, dotyczącą sektora finansów publicznych, „kryterium ceny może mieć wagę ponad 60%, o ile zamówienie określa w opisie zamówienia standardy jakościowe

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

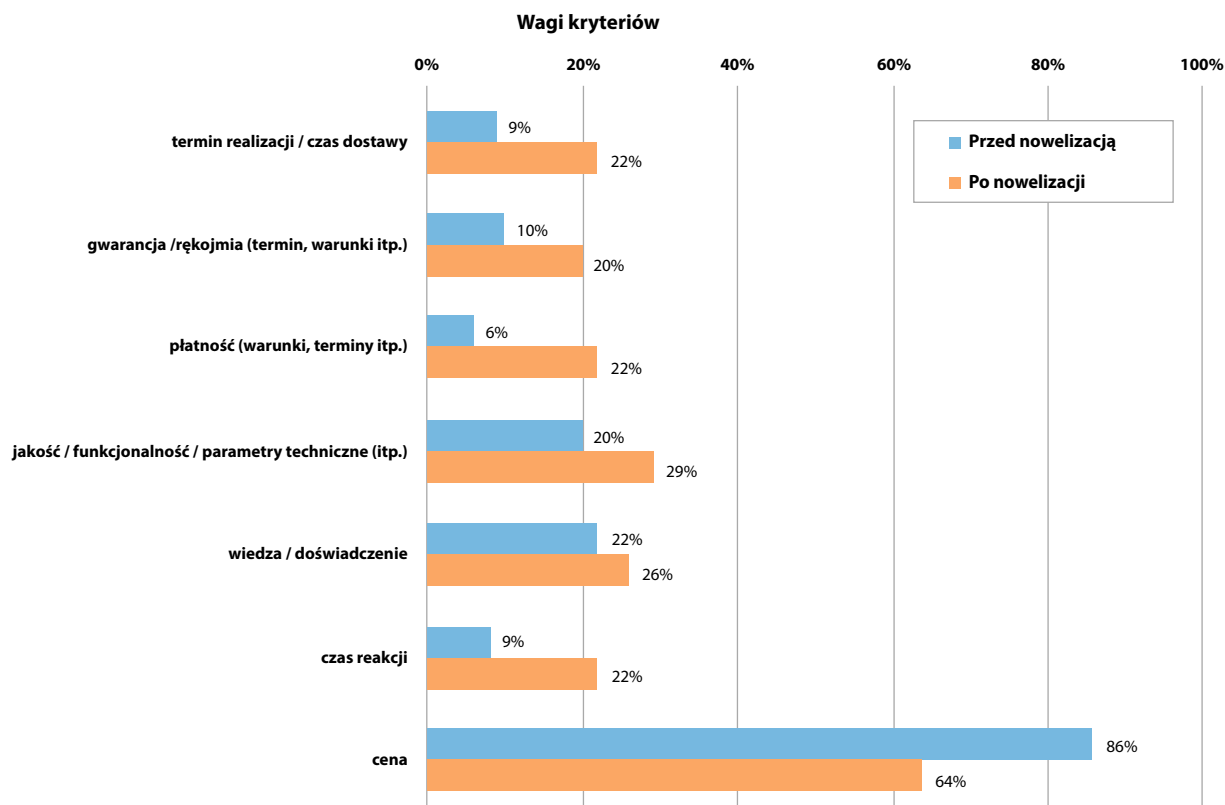


Tabela nr 13

odnoszące się do wszystkich istotnych cech zamówienia”. Tak więc, w praktyce ustawowo zapewniono, że pozacenowe kryteria oceny ofert muszą mieć wagę co najmniej 40%. Niestety, praktyka często, choć oczywiście nie zawsze, znalazła proste triki na obejście, a właściwie pozbawienie oczekiwanych skutków, promowanych pozacenowych kryteriów oceny ofert. Wystarczy na przykład postanowić w SIWZ, że 20% wagi stanowić będzie skrócenie terminu wykonania prac, ale nie więcej niż o 6 miesięcy. Drugie 20% przyznać można za wydłużenie terminu gwarancji np. do 48 miesięcy. Efektem takich SIWZ jest to, że wszyscy wykonawcy skrócą termin wykonania o żądane 6 miesięcy i przedłużą gwarancję do 48 miesięcy. Skutkiem tego cena pozostaje jedynym rzeczywistym kryterium oceny.

8. Nie byłbym jednak sprawiedliwy, gdybym uznał, że wysiłki ustawodawcy nie przyniosły w tym zakresie żadnych skutków. Ilość i wartość pozacenowych kryteriów oceny ofert istotnie wzrasta jak pokazuje poniższa tabelka⁴:
9. Promowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert przynosi pewne rezultaty. Spektakularnym przykładem był przetarg na wykonawcę kolejowego systemu ETCS. Thales Polska złożyła ofertę na 82 miliony złotych a AZD Praha na 76 milionów. Wygrała jednak Thales Polska o 2,5 punktu. Te 2,5 punktu oznaczało na przykład jedno dodatkowe doświadczenie proponowanego kierownika budowy⁵.
10. Tematem powiązanim z ceną, jako wyłącznym kryterium oceny jest fakt, że niektórzy wykonawcy są gotowi do zaproponowania w przetargu takiej ceny, aby zdobyć zamówienie, nawet gdyby była to cena poniżej ich kosztów. Takie działania w sposób oczywisty odbijają się na sposobie wykonania zamówienia. Art. 98 ust.1 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych postanawia, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera „rażąco niską

cenę” Pojęcie „rażąco niska cena” nie jest zdefiniowane, choć ze słów ustawy można wnioskować, że oceny czy cena jest rażąco niska należy dokonywać w odniesieniu do ustalonej przez zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia. Przyjmuje się, że cenę można uznać za rażąco niską, gdy jest niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych. Oczywiście takie określenie rażącej ceny nie jest bardzo pomocne, bowiem odnosi się do nieostrych i ocennych pojęć i ignoruje fakt, iż rażąca cena jest w istocie ceną rynkową, bo niepowiązany podmiot w warunkach wolnej konkurencji proponuje ją na rynku. W praktyce zamawiający coraz częściej zwracają się do wykonawców o wyjaśnienia dotyczące ceny. Szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy mogą rozwiązać wątpliwości. Ocena, czy wyjaśnienia te są wystarczające, pozostaje jednak w zakresie dużego uznania zamawiającego.

11. Mimo że system wyboru ofert zawiera istotne elementy wpływające na efektywność zamówień publicznych, to głównym źródłem braku efektywności całości systemu zamówień publicznych w infrastrukturze pozostaje etap wykonywania umowy. W tym zakresie wskazałbym na następujące podstawowe źródła nieefektywności zamówień publicznych na etapie wykonywania umowy:

a/ zła jakość PUF

b/ brak elastyczności

c/ brak metod wygaszania konfliktów

d/ nieefektywny system rozwiązywania konfliktów.

12. W pierwszym okresie systemu zamówień publicznych obowiązującego w Polsce wzorcem umowy, na którym się opierano była Czerwona Książka FIDIC. GDDKiA osobno zamawiała projekt, a osobno wykonawstwo. Jednym z podstawowych typów konfliktów powstających na tym tle były konflikty dotyczące jakości projektów. Z tej przyczyny Dyrekcja Generalna zmieniła praktykę i przeszła na system

„projektuj i buduj” Żółta Książka FIDIC. Nie ma co ukrywać, że sama ta zmiana jest typowym elementem przerzucenia kolejnego ryzyka – ryzyka projektowania na wykonawcę. Do pewnego stopnia na podobnym tle pojawiają się obecnie spory dotyczące treści i jakości PFU. Jakość tego dokumentu ma kluczowe zagadnienie. Można obserwować starania zamawiających o takie sformułowanie PFU, aby objąć treścią zapisów PFU wszelkie możliwe sytuacje i uniemożliwić wykonawcy powołanie się na fakt nieobjęcia treścią zamówienia danej sytuacji. Oczywiście taka sytuacja stawia przed wykonawcą niemożliwe zadanie wyceniania ryzyk, których nie może i nie powinien się spodziewać.

13. Głównym jednak powodem powstawania konfliktów na etapie wykonywania umowy pozostaje sztywność systemu, który nie pozwala na dokonywanie zmian umów zawartych w trybie zamówień publicznych. Wyjątki od tej zasady są niewielkie. O ile treść tej zasady jest trudna do podważenia w wypadku umowy o dostawę gotowych produktów, to w wypadku umowy o roboty budowlane, która ze swej natury dotyka nieprzewidywalnych elementów i trwa latami, trudno się zgodzić z jej bezkrytycznym stosowaniem. Gdy jeszcze dochodzi do tego urzędnicza obawa powodowana strachem, w tym o osobiste bezpieczeństwo urzędników, to nawet te zawarte w ustawie możliwości zostają niewykorzystane. Jasne kryteria zmiany umowy w sytuacjach, których rzeczywiście nie można było przewidzieć w czasie podpisywania umowy, powinny być standardem stosowanym bez obawy przez zamawiających.

14. Światowe doświadczenia z branży budowlanej są jednoznaczne. Kluczem do unikania konfliktów związanych z wykonywaniem umów budowlanych jest szybkie identyfikowanie konfliktów i ich bezzwłoczne rozstrzygnięcie z udziałem czynnika fachowego na placu budowy. Temu celowi służą instytucje Inżyniera i Komisji Rozjemstwa w Sporach. Podmywanie ich kompetencji bądź ich całkowite lub faktyczne pomijanie jest

⁴ Raport dotyczący kryteriów oceny ofert – Urząd Zamówień Publicznych, maj 2017 r.

⁵ http://budownictwo.wnp.pl/przetarg-na-wa- zna-inwestycje-na-linii-krakow-rzeszow-roz-strzygniety,304423_1_0_0.html

odpowiedzialne za to, że większość kontraktów budowlanych łąduje w sądzie. Chodzi tu również nie tylko o formalne istnienie tych instytucji, ale też o przestrzeganie ich „ducha”. Istotne jest, aby nie tylko istniały, ale aby ich autonomia była szanowana, a decyzje były przyjmowane w dobrej wierze. Nie ma sensu Inżynier, który na wszystkie decyzje musi mieć zgodę od Zamawiającego. Nie ma sensu Komisja Rozjemstwa w Sporach, gdy z góry wiadomo, że Zamawiający nie zgodzi się z jej decyzją, jeśli tylko będzie choćby w części niezgodna ze stanowiskiem Zamawiającego.

15. Nie można przecenić roli efektywności sprawnego rozstrzygania sporów dla efektywności systemu zamówień publicznych. Z punktu widzenia zasad nie jest istotne czy będzie to sądowy system rozstrzygania sporów, czy arbitraż. Chodzi o szybkie i bezstronne rozstrzygnięcie. Niestety, o ile przez lata niespełnienie pierwszego kryterium było decydującym mankamentem sądu, to wątpliwości co do drugiego nabierają obecnie nowego znaczenia. W tej sytuacji waga rozstrzygania sporów w arbitrażu nabiera nowego znaczenia. Przy czym nie można powiedzieć, że zgoda na arbitraż jest koncesją zamawiającego na rzecz wykonawcy. Zamawiający też ponosi znaczne koszty związane z długoletnim brakiem rozstrzygnięcia. Dotyczy to, chociażby odsetek w wypadku zasądzenia kwot od zamawiającego, ale również kosztów prawnych, czasu managerskiego poświęconego na zajmowanie się sprawą etc. Co więcej, jeśli patrzeć na zagadnienie z punktu widzenia kosztów społecznych, to długoletnie procesy wpływają jednoznacznie na całą branżę budowlaną. Można przyjąć, iż setek a może tysięcy upadłości w branży budowlanej można by uniknąć, gdyby nie fakt, iż firmy budowlane nie mogły się doczekać na zasądzenie należnych im pieniędzy.
16. Wszystkie te mankamenty są dobrze znane i opisane. Stały się przedmiotem uwagi władz państwowych i przedmiotem prac wspomnianej powyżej Rady Ekspertów. W dniu 2 lutego 2017 r. Ministerstwo Infrastruktury

i Budownictwa zapowiedziało wprowadzenie nowych standardów budownictwa drogowego. Zmiany obejmują m.in.: powrót do arbitrażu, powrót waloryzacji bez ograniczeń wartości korekty, możliwość uwzględniania zysku wykonawcy w ramach kategorii „Kosztów”, wprowadzenie możliwości wnoszenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w częściach, rezygnację z obowiązku sporządzania raportów dziennych, rezygnację z obowiązku zatwierdzania harmonogramu przez Inżyniera Kontraktu⁶.

W dniu 9 lutego 2017 r. GDDKiA ogłosiła dwa przetargi oparte na nowych wzorcach kontraktowych.

17. Niestety, z kręgów zbliżonych do ośrodków decyzyjnych dochodzą niepokojące sygnały. Jednym z nich jest powszechnie powtarzana informacja o negatywnym stanowisku Prokuratury Generalnej wobec proponowanego w nowym standardzie zamówień publicznych zapisu na arbitraż. Przy czym użyta argumentacja, że Skarb Państwa w sądach powszechnych zwolniony jest z kosztów a w arbitrażu nie, jest typowym objawem alienacji urzędniczego aparatu i instytucji Skarbu Państwa od szerszego interesu społecznego. Podobnie niepokojące są zmiany kadrowe, zarówno w GDDKiA, jak i w Ministerstwie Infrastruktury i Budownictwa. Niestety, osób, które były twarzami zmian w zakresie nowych standardów w budownictwie nie ma już na stanowiskach. Trudno więc powiedzieć, co zostało z tak hucznie zapowiadanych nowych standardów.
18. Wszystko to prowadzi do wniosku, iż pozostawienie kwestii kształtu umów budowlanych samym Zamawiającym jest błędem. Uznanie, że za pomocą narzędzi prawa cywilnego można prawidłowo uregulować treść umów pomiędzy państwowymi instytucjami, takimi jak GDDKiA lub PKP PLK, a prywatnymi wykonawcami, jest błędem systemowym. Państwo działa bowiem w charakterze monopolisty, który narzuca warunki, których

podmioty rynkowe nie mają szansy zmienić. Spory z takich umów są dodatkowo kierowane do sądów państwowych, w których nie są rozstrzygane w czasie krótszym niż 5 lat. Zarządzający instytucjami państwowymi zaangażowanym w inwestycje infrastrukturalne, nawet jeśli mają dobrą wolę, to są pod takim naciskiem instytucji kontrolnych, że muszą dbać o krótkowzroczny interes swoich instytucji. W takim środowisku pozostawienie kształtu umów o roboty budowlane w ramach zadań infrastrukturalnych woli stron w ramach „swobody umów” jest nieporozumieniem. Prawo cywilne wymaga dla swojego zastosowania podmiotów o autonomicznym statusie. Podmiot budujący w Polsce drogi nie ma takiego statusu wobec GDDKiA. W tej sytuacji jedynym wyjściem jest ustawowe uregulowanie zasad zamówień publicznych dotyczących robót budowlanych i wzorów kontraktów budowlanych przez publicznych zamawiających. Wyważenie interesów zamawiających i wykonawców powinno odbyć się w parlamencie, jako istotne zagadnienie o wadze politycznej.

Maciej Jamka

Adwokat, Kancelaria
K&L Gates Jamka sp. k.

6 http://mib.gov.pl/2a514324a4ec938a1797557-p_1.htm link do samej prezentacji Nowe Standardy Budownictwa znajduje się na dole strony.

Minimalizacja ryzyka nieukończenia kontraktu w terminie i w zakładanym budżecie

■ Tomasz Skoczyński

Czy możliwe jest wyeliminowanie ryzyk terminowych i finansowych?

Prowadzenie jakiegokolwiek działalności gospodarczej, bez względu na jej rozmiar i przedmiot jest immanentnie powiązane z ponoszeniem ryzyka, szczególnie ryzyka osiągnięcia nie tylko przychodów, ale przede wszystkim zysków. Jednakże są takie branże, w których ryzyko jest istotnie większe, niekiedy wręcz bardzo wysokie. Z pewnością taką branżą jest budownictwo segmencie wykonawstwa. Dodatkowo ryzyka te intensyfikują się, gdy mamy do czynienia z zamawiającym publicznym, a umowa zawarta została w trybie ustawy prawo zamówień publicznych („Pzp”).

Powstaje zatem pytanie, czy poprzez odpowiednie ukształtowanie postanowień umowy, organizację budowy, sposób prowadzenia projektu inwestycyjnego, zatrudnienie kompetentnej kadry ryzyka te można wyeliminować? Dla każdego doświadczonego praktyka odpowiedź jest oczywista, nie jest to możliwe. Nic nie da nam pewności, że kłopoty na budowie się nie pojawią i nic nie daje gwarancji wykonania zamówienia w założonym terminie i budżecie. Budowa, szczególnie istotnych rozmiarów, to zbyt skomplikowane przedsięwzięcie, aby możliwe było przewidzenie wszystkich negatywnych czynników, które mogą wystąpić. Jest ich tak wiele i tak różnych, że nie da się im wszystkim zapobiec.

Możliwa jest natomiast optymalizacja ryzyka, czyli z jednej strony ograniczenie ich wystąpienia, z drugiej minimalizacja negatywnych skutków zdarzeń, które zaistniały. To jednak wymaga współpracy wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego, włączając zarówno projektanta jak i nadzór.

Podział rodzajów ryzyka

Do optymalizacji ryzyk przede wszystkim niezbędne jest ich zidentyfikowanie, określenie potencjalnych skutków oraz wdrożenie adekwatnych środków zaradczych.

Ryzyka można podzielić wg różnych kryteriów, a najczęstsze sposoby ich podziału są następujące:

- **ze względu na czas ich występowania**, np. na etapie: przygotowania inwestycji, w tym projektowania i pozyskiwania wszystkich niezbędnych opinii, zgód i pozwoleń, pozyskiwania zamówienia, wykonawstwa, okresu gwarancyjnego;
- **ze względu na ich przedmiot**, np. ryzyka wykonawcze, finansowe, związane z terminem realizacji, uszkodzenia lub zniszczenia przedmiotu umowy, pogodowe, cenowe, dostępności towarów lub usług, wystąpienia siły wyższej;
- **ze względu na podmiot obciążony danym ryzykiem** np. ryzyka zamawiającego (inwestora, zleceniodawcy), ryzyka wykonawcy, ryzyka projektanta.

W tym miejscu warto odnieść się do tego ostatniego podziału, a w szczególności do bardzo często stosowanego kryterium podziału na ryzyka zamawiającego i wykonawcy. Niestety szereg problemów na etapie wykonawstwa wynika z bardzo przeciwnego traktowania ryzyk zamawiającego i wykonawcy oraz związanej z tym próby maksymalnego obciążenia ryzykiem drugiej strony. Jest to szczególnie widoczne w inwestycjach realizowanych w trybie zamówień publicznych, w których to zamawiający dość jednostronnie kształtują treść specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, w tym warunków umownych. Tymczasem nie zawsze jest tak, że jeżeli dane ryzyko zostanie przerzucone na jedną ze stron, wówczas druga strona nie poniesie negatywnych konsekwencji jego wystąpienia. To w interesie obu stron jest, aby inwestycja została wykonana w założonym terminie, a koszty nie przekroczyły ustalonego budżetu. Niekiedy nawet sankcje (np. w postaci kar umownych) przewidziane w umowie nie są w stanie zrekompensować negatywnych konsekwencji np. niedotrzymania terminu realizacji zamówienia.

Z tego też powodu jednostronne rozłożenie ryzyk wcale nie musi być korzystne dla zamawiającego, a już z pewnością nie jest korzystne dla całości projektu inwestycyjnego.

Rodzaje ryzyk

Ramy niniejszego artykułu nie pozwalają na szczegółowe omówienie poszczególnych ryzyk, stąd zostaną one jedynie wymienione oraz bardzo skrótowo opisane. Warto przy tym nadmienić, że skutkiem wystąpienia niżej opisanych zdarzeń (ryzyk) najczęściej jest opóźnienie w realizacji inwestycji oraz przekroczenie założonych kosztów jej realizacji.

Spośród najważniejszych rodzajów ryzyk wymienić można takie jak:

ryzyka makroekonomiczne — ryzyka wpływające na sytuację ekonomiczną, w szczególności ryzyko: inflacji, zmian wysokości stóp procentowych, kursowe, zmian demograficznych, związane z tempem wzrostu gospodarczego, dostępności siły roboczej;

- **ryzyka związane z wystąpieniem siły wyższej** — np. klęsk żywiołowych takich jak wichury, huragany, powódzie, strajki,

zamieszki itp.;

- **ryzyka związane z rozstrzyganiem sporów** — ryzyka, których wystąpienie wpływa na sposób i efektywność rozstrzygnięcia sporu powstałego na tle realizacji przedsięwzięcia;

- **ryzyka związane ze stanem środowiska naturalnego** — ryzyka powodujące powstanie obowiązku podjęcia działań, mających na celu poprawę stanu środowiska naturalnego przed rozpoczęciem realizacji przedsięwzięcia, lub ryzyka pogorszenia się stanu środowiska naturalnego w wyniku realizacji przedsięwzięcia;

- **ryzyka związane z lokalizacją przedsięwzięcia** — ryzyka wpływające na dostępność terenu przeznaczonego do realizacji przedsięwzięcia, w szczególności ryzyko: związane ze stanem prawnym nieruchomości, odkryć archeologicznych lub innych związanych z dziedzictwem kulturowym, odkrycia niewybuchów i niewypałów, jakości gleby (np. występowaniem wód, zbyt małego zagęszczenia gruntu itp.), wynikające z właściwości istniejącej infrastruktury;

- **ryzyka związane z brakiem społecznej akceptacji** — ryzyko protestów i sprzeciwów społeczności lokalnych, w szczególności podczas wdrażania i realizacji projektów infrastrukturalnych (np. w ramach budowy dróg, lotnisk, dworców, centrów handlowych);

- **ryzyka o charakterze politycznym** — tj. wystąpienia zmian w sferze polityki, której kierunki związane są z rozwojem realizowanych przedsięwzięć;

- **ryzyka o charakterze legislacyjnym** — tj. wystąpienia zmian w przepisach prawnych, mających wpływ na realizację przedsięwzięć.

Metody minimalizacji ryzyka

Z całą pewnością nie ma uniwersalnego sposobu minimalizacji ryzyka, nie istnieją też sposoby, które dają gwarancję uniknięcia, albo chociażby istotnego ograniczenia ryzyka. W przypadku realizacji każdej inwestycji budowlanej liczyć się trzeba z wystąpieniem niekorzystnych zdarzeń oraz ich negatywnymi skutkami. Niemniej możliwe jest podjęcie takich działań, które zmierzać będą do minimalizacji ryzyka. Ramy artykułu nie pozwalają na ich szczegółowe opisanie, jednakże wskazując na najważniejsze z nich wymienić można takiej jak:

- identyfikacja rodzajów ryzyka,
- bieżące zgłaszanie zamawiającemu uwag do dokumentacji oraz proponowanych warunków umownych,
- wycena ryzyk i ich uwzględnienie w cenie,
- ustalenie właściwego sposobu rozliczeń,
- podjęcie decyzji o złożeniu oferty,
- przygotowanie struktury projektu, adekwatnej do rozmiaru i rodzaju inwestycji,
- właściwy dobór kadry,
- odpowiednie systemy motywacyjne dla pracowników powiązane z terminową realizacją inwestycji oraz założonym wynikiem finansowym,
- dokumentowanie przebiegu realizacji kontraktu,
- właściwa komunikacja pomiędzy wykonawcą a zamawiającym,
- niezwłoczne zgłaszanie inwestorowi wszystkich okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności,
- ustanowienie osoby odpowiedzialnej za monitorowanie kontraktu, jego dokumentowanie oraz informowanie inwestora,
- przygotowanie procedur naprawczych.

Ryzyko związane z rozstrzyganiem sporów

Odrębnego omówienia wymaga ryzyko związane z rozstrzyganiem sporów powstałych w toku realizacji inwestycji budowlanej. Warto bowiem zauważyć, że spory, szczególnie pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, pojawiają się w toku praktycznie każdej inwestycji budowlanej. Niekiedy spory te dotyczą bardzo istotnych kwestii, czasami finansowych, czasami terminowych, kiedy indziej technicznych. Niemniej nie można także lekceważyć sporów pozornie mniej istotnych, jak bowiem wskazuje praktyka, niekiedy skutek upływu czasu, coraz dalej idących konsekwencji, narastania emocji, przekształcają się one tak istotne spory, że w skrajnych sytuacjach prowadzą do rozwiązania (odstąpienia, wypowiedzenia) umowy przed jej wykonaniem. Wielu takim sytuacjom możliwe byłoby zapobieżenie, gdyby spory te zostałyby rozpoznane fachowo, a przede wszystkim szybko.

Z pewnością korzystnym rozwiązaniem jest

dopuszczenie rozstrzygania sporów przez sądy arbitrażowe, szczególnie te, które specjalizują się w danej branży. Taki tryb rozpoznawania sporów daje istotną szansę na szybkie rozwiązanie sporu. Niemniej w toku realizacji inwestycji budowlanej powstaje tak dużo sporów wymagających prawie natychmiastowych decyzji, że nawet i najsprawniej działające sądy arbitrażowe nie będą w stanie rozpoznać ich we właściwym terminie. W takich przypadkach niezwykle przydatna może być Komisja Rozjemcza przewidziana we wzorach kontraktowych FIDIC lub inny podobny organ. Prawidłowo umocowana i powołana komisja może bardzo szybko rozstrzygać spory pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Warunkiem jest uwzględnienie w składzie zarówno osób o wykształceniu technicznym adekwatnym do rodzaju kontraktu, jak i prawniczym. Niezbędna jest także natychmiastowa wykonalność tych decyzji, co oczywiście nie powinno ograniczać prawa stron do możliwości kwestionowania decyzji Komisji na drodze sądowej.

Podsumowanie

Bez wątpienia prowadzenie działalności w branży budowlanej, szczególnie w segmencie wykonawczym niesie z sobą wiele ryzyk. Nie ma przy tym żadnego „złotego środka” pozwalającego na ich wyeliminowanie, możliwe jest natomiast ich optymalizowanie.

Jednakże kluczem do zmniejszenia ryzyk, dla obu stron, jest właściwa współpraca pomiędzy zamawiającym a wykonawcą oraz zrozumienie tego, że podstawowym interesem obu stron jest terminowe ukończenie realizacji inwestycji oraz z zachowaniem założonego budżetu (rozumianego z jednej strony jako nieprzekroczenie kosztów realizacji po stronie wykonawcy oraz brak konieczności zapłaty dodatkowego wynagrodzenia przez zamawiającego). Wszyscy uczestnicy inwestycji powinni zdawać sobie sprawę z tego, że traktowanie podziału ryzyka jako gry o sumie zerowej jest nieprawidłowe i nie prowadzi do sukcesu.

Tomasz Skoczyński
radca prawny, wspólnik
Skoczyński Kolańczyk
i Partnerzy Kancelaria
Radców Prawnych

Metody analitycznego wsparcia stron w podejmowaniu decyzji w zakresie przedłużenia okresu realizacji kontraktu

■ Paweł Zejer

Wprowadzenie. **Konieczność**
podejmowania decyzji wynika
z obserwowanej lawiny sporów.

Jakkolwiek brak jest oficjalnych statystyk, to z praktyki w zakresie analiz dotyczących przedłużenia okresu realizacji kontraktu oraz z obserwacji wynika, że około 2/3 wszystkich sporów wymaga rozstrzygnięcia w zakresie wpływu zdarzeń¹ na przebieg realizacji kontraktu. Konieczność rozstrzygnięcia w tym zakresie wynika z faktu, że w przypadku niezrealizowania robót w umówionym terminie (i) naliczane są kary umowne, (ii) wykonawca ponosi dodatkowe koszty, (iii) mogą być konieczne zmiany w robotach. Zawsze w takich sytuacjach ustalenie wpływu zdarzenia na przebieg robót ma kluczowe znaczenie i ze względu na złożoność zagadnienia stanowi duże wyzwanie.

Kluczowym, jeśli nie jedynym, dokumentem, na którym opiera się rozstrzygnięcie sporu w zakresie określenia należnego wykonawcy przedłużenia czasu na ukończenie robót jest harmonogram. Jego Ranga harmonogramu wynika z faktu, że pokazuje on planowaną kolejność i czas trwania poszczególnych etapów prac, do której porównuje się następnie zarówno (i) postęp robót, jak i (ii) ewentualny wpływ zdarzeń. Należyte opracowanie harmonogramu, a następnie jego aktualizacje w toku realizacji kontraktu oraz zbieranie informacji o przebiegu prac są zajęciem pracochłonnym i kosztownym. W skrajnych przypadkach koszty te mogą sięgać nawet kilku procent wartości

¹ Jako zdarzenie rozumiemy jakiegokolwiek przyczynę zmiany zaplanowanego przebiegu kontraktu.

kontraktu. Jednym z czynników, który może te koszty optymalizować jest właściwy dobór metody planowania/

Casllahana². Metody analiz podzielono tu na cztery zasadnicze grupy:

• **Metoda ciągła** (Contemporaneos

Rys. 1. Rodzaje harmonogramów.

rodzaju harmonogramu biorąc pod uwagę cel, któremu ma on służyć oraz skalę i złożoność umowy. Podstawowe rodzaje harmonogramów przedstawiono na rys. 1.

Metody analiz czasu realizacji umów przy rozstrzyganiu sporów.

Fachowa literatura przedmiotu w tym zakresie jest bardzo szeroka a mnogość metod (araczejich nazw) powoduje, że dobór właściwej metody może stanowić problem. Tymczasem jak wykazuje doświadczenie, zdecydowana większość metod może być ujęta w podziale zaproponowanym przez AACE a pokazanym poniżej na rys. 2.

Inny nieznacznie różniący się podział metod został zaproponowany przez M.T.

Method) – polegająca na prowadzeniu analiz podczas realizacji kontraktu, prowadzeniu odpowiednich zapisków dotyczących wpływu zdarzeń na przebieg robót i wyciągania wniosków na tej podstawie.

• **Metoda „Co, jeśli”** (What – if Method) – zwalająca wyznaczyć przewidywaną najwcześniejszą datę zakończenia robót przy założeniu, że roboty po zdarzeniu będą realizowane w założonych (i) kolejności i (ii) tempie. Jest to metoda prognostyczna, dzięki czemu możliwym

² Construction Schedules. Analysis, Evaluation and Interpretation of Schedules in Litigation and Dispute Resolution. M.T. Casllahan, H.M. Hohms. 4th Edition

Poniżej w tabeli 1 zestawiono wady i zalety stosowania poszczególnych metod.

Podsumowanie.

Biorąc pod uwagę mnogość wykorzystywanych nazw metod w literaturze fachowej, odmian poszczególnych metod, mając do czynienia ze sporem koniecznym jest zapoznanie się/określenie, jaka faktycznie metodologia została zastosowana przy jego rozstrzygnięciu oraz jakie dane zostały do niej wykorzystane.

Wybór metody zawsze powinien być oparty o dostępną dokumentację, która w przypadku sporów jest zwykle szczątkowa/wybiórcza. Należy w pierwszej kolejności określić, które z znanych metod mogą być zastosowane, a następnie spośród nich wybrać tę, która w największym stopniu eliminuje teoretyczne wyniki.

Paweł Zejer

Wiceprezes Zarządu SIDiR
Arbiter Sądu Arbitrażowego
przy SIDiR

Rys. 2. Podział metod analiz czasu realizacji kontraktu.

jest jej wykorzystanie w toku realizacji kontaktu.

• **Metody „Gdyby nie” lub „Zwijanego harmonogramu”** (But-For lub Collapsed PDM Method) – analizowanie wg nich polega na odpowiedzi na pytanie, jaka byłaby najwcześniejsza możliwa data ukończenia robót w przypadku, gdyby konkretne zdarzenia nie wystąpiły. Są to metody retrospektywne, to znaczy, że analiza wg tych metod jest oparta o rzeczywiste daty realizacji robót a precyzyjne wyznaczenie okresów oddziaływania zdarzeń i powiązań pomiędzy pracami pozwala odpowiedzieć na pytanie o skutek (okres) wpływu tych zdarzeń.

• **Metoda powykonawcza** (The As-Build Method) – kolejna metoda retrospektywna, polegająca na określeniu faktycznego wpływu zdarzeń na przebieg realizacji robót po zakończeniu kontraktu (bądź jego fragmentu).

Celem niniejszego tekstu nie jest szczegółowe przedstawienie poszczególnych metod analiz, lecz zasygnalizowanie, że w przypadku jakiegokolwiek analizy istotna jest nie nazwa metody, lecz jej rzeczywisty zakres. Dobór samej metody powinien być oparty o dostępną dokumentację przy założeniu jest optymalnego wykorzystania i minimalizacji jej teoretycznego charakteru. Niestety, doświadczenie pokazuje, że w przypadku sporów, dokumentacja odzwierciedlająca przebieg kontraktu jest zwykle uboga. Oznacza to, że wybór dostępnych metod może być znacząco ograniczony.

Każda z zaprezentowanych tu metod na wady i zalety. Wynikają one zarówno

z ograniczeń samej metody, jak i założeń projektu oraz faktu (i) czy opierają się one o dane faktyczne, czy teoretyczne (rzeczywiste czy planowane daty realizacji robót), (ii) czy dostępna jest informacja o planowanej kolejności realizacji robót, (iii) czy harmonogram opracowany przez wykonawcę jest prawidłowy itp. itd.

Metoda	Zalety	Wady
„Ciągła”	- Powszechnie znana - Preferowana przez sądy... amerykańskie	- Wymaga ciągłego zbierania informacji. - Konieczny bardzo dobry harmonogram bazowy - Mniejsza wartość dowodowa, ponieważ aktualizacje wykonuje wykonawca.
„Co jeśli”	- Prosta i tania - Określa późniejszą datę ukończenia kontraktu niż inne metody. - Preferowana, jeśli nie ma informacji o przebiegu realizacji kontraktu.	- Określa późniejszą datę ukończenia kontraktu niż inne metody - Krytykowana jako teoretyczna - Konieczny harmonogram bazowy
„Gdyby nie” lub „Zwijanego harmonogramu”	- Odzwierciedla rzeczywisty wpływ zdarzeń na okres realizacji. - Odpowiednia dla kontraktów małej i średniej skali.	- Kosztowniejsza od innych metod - Wymagana duża ilość informacji - Konieczne odtworzenie rzeczywistego przebiegu realizacji kontraktu - Subiektywna – ekspert tworzy powiązania.
Powykonawcza	- Realna – daje rezultaty zbliżone do rzeczywistości. - Preferowana przez sądy... amerykańskie	- Wymagana duża ilość informacji o przebiegu realizacji kontraktu - Wymagany harmonogram bazowy

Tabela 1. Wady i zalety stosowania poszczególnych metod

Źródło. Opracowanie własne na podstawie doświadczenia i literatury fachowej.

Ważne kwestie zarządzania projektami FIDIC w Polsce

■ Michał Skorupski

Podczas ostatniej konferencji arbitrażowej SIDiR poruszyliśmy ważne zagadnienia organizacji i zarządzania projektami infrastrukturalnymi w Polsce. Zadaliśmy sobie cztery ważne pytania, na które poniżej pozwalam sobie odpowiedzieć prezentując punkt widzenia odpowiadający zasadom FIDIC.

1. Czy rozstrzygnięcie roszczenia przez Inżyniera powinno wymagać zgody Zamawiającego?

Przyjęło się w Polsce, że Inżynier jest zaufanym doradcą zamawiającego. Nie wynika to ze standardów FIDIC. Inżynier miał być profesjonalistą, który obiektywnie, rzetelnie i sprawiedliwie wskazywał, czy dany element robót leży w zobowiązaniu wykonawcy, czy wykracza poza zakres. Koncepcja Inżyniera jako sprawiedliwego profesjonalisty powstała po spektakularnych fiaskach wielkich przedsięwzięć inwestycyjnych – przede wszystkim kolejowych w XIX wieku. Wykonawcy umawiali się na cenę ryczałtową z ryzykiem po swojej stronie, zamawiający odmawiał dopłat za materializujące się ryzyka. Inżynier miał być swego rodzaju rozjemcą, który, zanim dojdzie do eskalacji sporu oceni czy twierdzenie wykonawcy o konieczności dopłaty albo wydłużenia terminu strony ma oparcie w kontrakcie, czy nie.

Idea inżyniera wg FIDIC nie odbiega od tej koncepcji. Zauważmy, że inżynier dokonujący określenia ma działać fair – czyli sprawiedliwie. W klauzuli 3.5 jest on niezależny od swojego zamawiającego. Zamawiający zatrudnia więc profesjonalistę, który zasadniczo reprezentuje go na budowie i którego działania należy interpretować jako działania na rzecz i w imieniu zamawiającego z wyjątkiem działania w ramach klauzuli 3.5 Określenia. W idei FIDIC kompetentny i obdarzonego przymiotami etycznymi profesjonalista od czasu do czasu ma przyznać rację drugiej stronie niż zamawiający, który go

zatrudnia.

Zobaczmy, jakie są zalety takiego podejścia:

Po pierwsze zamawiający ma do dyspozycji obiektywnego konsultanta, na którego zdaniu może się oprzeć w dyskusjach ze stronami trzecimi (w polskich realiach takimi jak ministerstwa, instytucje pośredniczące itp.); kogoś, kto faktycznie bierze odpowiedzialność za rozstrzygnięcia; oczywiście implikuje to kwestie związane z możliwością faktycznego udźwignięcia takiej odpowiedzialności (kompetencje, reputacja, ubezpieczenie OC)

Po drugie określenie od początku jest ulokowane w konkretnym miejscu. Nie ma przerywania się odpowiedzialnością za decyzję, w związku z czym strony uzyskują decyzje szybko. Nie czeka się na jakieś 'uzgodnienia' między inżynierem a zamawiającym. Jeżeli decyzja podejmowana jest szybko, szybko można się od niej odwołać do komisji rozjemczej. A do tego czasu spór jest już dobrze zdefiniowany.

Po trzecie jest to podejście oszczędne. Wydając w skali kraju setki milionów złotych rocznie na usługi inżyniera nie dubluje się jego pracy na poziomie kilku szczebli zamawiającego.

Oczywiście są też wady, zwłaszcza w przypadku zamawiającego prowadzącego pojedynczą inwestycję. Wybór inżyniera jest obciążony pewną losowością. Nie wiemy, czy dostaniemy najbardziej kompetentnego i sprawiedliwego inżyniera, jakiego można by sobie wymarzyć. W związku z tym zawsze istnieje ryzyko, że inżynier nie

będzie całkowicie obiektywny.

Znamy także argument, poruszany dobitnie na posiedzeniach Rady Ekspertów, że ponieważ zamawiający publiczny jest odpowiedzialny za finanse publiczne, to musi mieć pod kontrolą ostateczną decyzję inżyniera. Ten argument ma sens tylko z punktu widzenia pojedynczej inwestycji!

Weźmy bowiem zamawiającego prowadzącego program inwestycyjny. W Polsce Skarb Państwa realizuje kilkadziesiąt projektów transportowych równocześnie. Część z nich obciążona jest błędami dokumentacji, część z nich ma problemy z dysponowaniem terenem, część nich ma problem z kolizjami i tym podobne. To sprawa całkowicie zrozumiała – nie można przygotować inwestycji w stu procentach i przewidzieć wszystkiego z wyprzedzeniem. Jeżeli wykonawcy będą wiedzieć, że w uzasadnionych przypadkach wynagrodzenie będzie korygowane, to będą mogli przestać wyceniać ryzyko w ofertach. Dzięki temu oferty rzetelnych wykonawców będą tańsze i zrównają się z ofertami wykonawców-oportunistów (nazwanych podczas konferencji wykonawcami-kamikaze). Za to, jeżeli dopuszczamy, że określenie inżyniera podlega dodatkowej zgodzie, to trzeba przyjąć, że indywidualny zamawiający będzie miał istotną motywację, żeby takiej zgody nie wydawać. Nikt nie chce przecież bez oporu przyznawać, że przygotowany projekt miał błąd i należy się dopłata.

Oto więc typowy problemem ekonomii – w interesie publicznym jest, aby inżynier

przejrzyście decydował o cenie, zakresie i czasie kontraktu. W interesie konkretnej osoby prowadzącej projekt publiczny będzie posiadanie prawa do zatwierdzenia (lub niezatwierdzenia) decyzji inżyniera. Ja proponuję już od wielu lat – niech wreszcie interes publiczny zwycięży.

Czy Inżynier i/lub Zamawiający powinien mieć prawo ingerować w Harmonogram Wykonawcy?

Harmonogram musi odnosić się do zasobów. Oryginalna koncepcja FIDIC-owska wyraźnie daje Stronie Zamawiającego wyłącznie prawo do zawiadomienia o 'zakresie swoich zastrzeżeń do niezgodności programu z Kontraktem'. Co to znaczy, że harmonogram 'nie spełnia wymagań Kontraktu'? Tutaj mieliśmy do czynienia z interpretacjami, już, że samo wykroczenie poza Czas na Ukończenie nie spełnia wymagań kontraktu. Prowadziło to do pułapki – zatwierdzenia iluzorycznych harmonogramów z nawarstwiającymi się czynnościami na koniec inwestycji – byle na papierze wykazywać 'zgodność z terminem'. Zaczynamy powoli rozumieć, że wykazanie wykroczenia poza czas na ukończenie nadal mieści się w kontrakcie. Samo w sobie nie oznacza przecież uznania odpowiedzialności zamawiającego za wydłużenie.

Niestety nasze kontrakty stały się bardzo wymagające, także co do szczegółowości i formy harmonogramu. Równocześnie wielu zamawiających oczekuje przedłożenia harmonogramu w ciągu kilku dni od podpisania umowy. Ba, niekiedy nawet oczekują złożenia harmonogramu wraz z ofertą, co jest oczywiście kompletnie absurdalne – jak ma wykonawca na poważnie alokować zasoby do kontraktu, jeżeli nawet nie wie, czy go wygrał.

Tak więc w praktyce wygląda to tak – dajemy wykonawcom mało czasu na produkcję szczegółowego planu inwestycji, po czym siłą rzeczy nie dostajemy dokumentu, jaki wymagany był w zmienionej klauzuli 8.3. I Strona Zamawiającego zaczyna domagać się uściśleń, wyjaśnień lub – co gorsza – zmian. Wykonawca trzy tygodnie po rozpoczęciu kontraktu nawet sam nie jest zmobilizowany, zatem przedstawia dalej iluzoryczną informację. Harmonogram nie jest przyjęty, a tu już na budowie mają miejsce pierwsze zdarzenia zmieniające. Nie ma ich do czego odnieść.

Dodatkowo dochodzi presja na pokazanie rozpoczęcia na budowie. Najlepiej na drugi dzień po podpisaniu umowy jakiś batalion zmechanizowany powinien zacząć coś

budować. Dlaczego właściwie? Dlaczego wykonawca nie ma najpierw poświęcić czasu na kontraktowanie, zacząć roboty na budowie po 3 miesiącach od Daty Rozpoczęcia, ale szybko i sprawnie budowę ukończyć?

Na większości budów, które znam funkcjonuje kilka harmonogramów. Jeden 'dla Inżyniera', kilka w relacjach z podwykonawcami i jeden rzeczywisty 'dla kierownictwa wykonawcy'.

Po co branża działa w tak nieefektywny sposób? Postuluję, aby ustalić, że:

1) Wykonawca będzie miał faktycznie 28 dni (a może i 56 dni dla inwestycji z dużą ilością podwykonawstwa) na przygotowanie harmonogramu po dacie rozpoczęcia.

2) Harmonogram ma być oparty o zasoby własne lub faktycznie zakontraktowane albo realnie planowane do kontraktowania (co łatwo sprawdzić, po podwykonawstwo jest kontrolowane).

3) Harmonogram nie będzie 'zatwierdzany' ale przyjęty do stosowania w celu zarządzania zmianą na budowie, planowania działań nadzoru i odzwierciedlania zjawisk opóźniających.

Zaletą byłoby ujednolicenie standardu i wzajemna zgodność dokumentów. Wykonawca mógłby planować w odniesieniu do faktycznie posiadanych zasobów, także przemieszczając sprzęt i ludzi między budowami. Inżynier ograniczałby się do komentarza i przyjmował harmonogram do stosowania, planując własnych inspektorów nadzoru w nawiązaniu do działań wykonawcy. Gdyby harmonogram był nierealistyczny inżynier wyjaśniałby dlaczego i wzywał do korekty. Sankcją za brak nieuzasadnionego braku działań (WK 15.2.c) (i)) nadal by istniała. Brakuje mi merytorycznej dyskusji na ten temat. Zamiast tego są żądania, żeby w drugim tygodniu po podpisaniu kontraktu przedstawić szczegółowo odbiory za dwa lata. Postuluję zatem powrót do zasad.

2. Czy Zamawiający powinien mieć wpływ na kształt umów podwykonawczych?

Oczywiście nie powinien, jeżeli nie chce za to ponosić odpowiedzialności. Kompetencją generalnego wykonawcy jest umiejętność podziału projektu na czynniki składowe i zakontraktowanie robocizny, ludzispzętu i materiałów w takiej kolejności, żeby efektywnie – oszczędnie, szybko, dobrze jakościowo wybudować roboty. Od kiedy w 2003 roku wprowadziliśmy w kc solidarną odpowiedzialność inwestora

za płatności dla podwykonawców prawo ewoluuje w kierunku coraz bardziej szczegółowych rozwiązań na styku kc i PZP. Mamy zatem już katalog wymagań co do umów podwykonawczych i idę o zakład, że za dziesięć lat będziemy mieli katalog sposobów wyboru podwykonawcy, gdzie zamawiający będzie ingerował także w sam proces zakupowy. Jednocześnie jednak za ochroną podwykonawcy nie idzie przejęcie odpowiedzialności za rezultat. Wymaga się niekiedy od GW, żeby płacił wykonawcy niezależnie od tego, czy sam dostanie zapłatę od zamawiającego za dane roboty. Jest to rozwiązanie szlachetne z punktu widzenia interesu małego podwykonawcy, ale kosztowne dla GW. Z biegiem czasu generalni mają coraz bardziej ograniczane narzędzia wpływu podwykonawców. Zakazuje się uzależniania odbioru robót podwykonawcy od odbioru przez zamawiającego robót, których te są częścią. Rozumiem intencję, ale wobec daleko posuniętej dominacji zamawiającego na budowie GW sprowadzany jest do roli gwaranta prac podwykonawców i instytucji pośredniczącej w finansowaniu.

Poddaję pod dyskusję cały model polskiego budownictwa. Czy uznajemy, że generalni wykonawcy wnoszą jakąś wartość, czy sądzić, że są pasożytniczym ogniwem pośrednim między inwestorem a 'właściwym' wykonawcą? Nadmierna ochrona podwykonawstwa, zwłaszcza teraz, gdy podwykonawcy mogą dyktować lepsze warunki umów – ma swoje konsekwencje widoczne w zyskowości firm generalnego wykonawstwa.

Pozwólmy generalnym wykonawcom budować własne relacje na rynku. Najlepszą metodą na uniknięcie patologii, które doprowadziły do obecnego stanu prawnego jest dobre zamawianie robót. Być może warto promować w zamawianiu posiadanie ustabilizowanego wypróbowanego łańcucha dostaw.

Oczywiście nie mam nic przeciwko ograniczonej liście warunków zakazanych dla eliminacji skrajnych patologii. Umowa podwykonawcza nie powinna bezrefleksyjnie nakładać kar za byle przewinienie. Tyle że zamawiający oczekują od GW płatności kar za byle przewinienie. Weźmy taki przykład: jeśli GW ma karę 25 tys. zł dziennie za nieprzedstawienie zawartej umowy podwykonawczej Stronie Zamawiającego, to taką samą karę za tę samą okoliczność powinien mieć podwykonawca.

Reasumując – rozpowszechnia się

tu i ówde fałszywe przekonanie, że za całe zło budów odpowiada generalny wykonawca. Mali i średni wykonawcy otrzymują coraz większą ochronę, a równocześnie ich pozycja negocjacyjna wzrosła. Jednak w prawdziwym interesie branży budowlanej leży pielęgnowanie równowagi pomiędzy stronami inwestycji.

Czy zmiana do umowy o zamówienie publiczne wymaga aneksu?

Po co nam inżynier i procedura polecenia zmiany, skoro później i tak zamawiający doznaje presji własnej organizacji i wprowadza jakieś dodatkowe warunki dla podpisania aneksu? Najczęściej aneksy są podpisywane w kilka miesięcy po uzgodnieniu wartości i ilości robót zmienianych. Niekiedy po zakończeniu robót, kiedy zdolność negocjacyjna wykonawcy spada do zera.

Kontrakty typu FIDIC, JCT, NEC mają zapobiegać takiej sytuacji. W naszej branży chcemy szybko uzyskiwać pewność pozycji w kontrakcie. Wartością jest wiedzieć, jak została wyceniona zmiana i czy wycena została przyjęta, jaki wpływ ma zmiana na harmonogram i czy ostatecznie roboty będą wprowadzone do umowy. Inżynier miał za zadanie tę pewność obrotu utrzymywać. Oczywiście znowu – zamawiający mają smutne doświadczenia z wyborem inżyniera i wolą przejąć jego odpowiedzialność na siebie.

Nowa dyrektywa zamówieniowa wyraźnie wskazała kierunek – zmiany są dopuszczalne pod warunkiem, że mechanizm zmiany jest dobrze opisany. Umowa o zamówienie publiczne ma być pisemna. Zmiana zatem też

ma być pisemna. Ale czy ta forma pisemna wymaga stworzenia dokumentu o nazwie aneks do umowy? Skoro już inżynier tworzy polecenie zmiany – to czy nie może być na tym druczku miejsca na podpis upoważnionej osoby ze strony zamawiającego i wykonawcy? Byłaby zachowana równocześnie forma pisemna, jak i cała procedura znana np. z kl. 13 WK FIDIC. Zmian obejmowałaby zakres, termin i nową cenę kontraktową. Gdyby była wystawiona, a nie podpisana – nie obowiązywałaby i strony wiedziałyby, że budowany jest pierwotny zakres robót. Obecnie mamy do czynienia z sytuacją, gdzie są wystawiane polecenia zmiany i osobno aneksy do umowy. Strona, która jest chwilowo w silniejszej pozycji negocjacyjnej uważa polecenia za niezobowiązujące dopóki nie dojdzie do osobnych rozmów, w jakiejś osobnej procedurze najczęściej z pominięciem inżyniera, w których zostanie uzgodniony aneks. Czyli po co wydajemy w skali kraju setki milionów złotych rocznie na usługi inżyniera?

Zaletą takiego zintegrowanego podejścia byłoby (zgodnie z duchem FIDIC) uzależnienie wartości zmiany i jej wpływu na czas od parametrów zapisanych w umowie. A contrario, jeżeli uznajemy, że musi być podpisany osobny aneks, to dopuszczamy przecież, by parametry zmiany w umowie mogły nie obowiązywać! A to jest wprost niezgodne z dyrektywą zamówieniową.... Mamy tu odniesienie do pojęcia zmiany charakteru umowy w art. 144 PZP. Jeżeli z polecenia wynika cena zmiany na podstawie metody wyceny wg kontraktu, a aneks może dopuścić

w zasadzie każdą cenę, to czy czasem nie zmieniamy charakteru umowy?

Ciągle słyszę argument, że zamówienie na roboty budowlane jest opisane szczegółowo poprzez projekt wykonawczy, więc każda zmiana powinna być wprowadzona aneksem. Ale właśnie po to wymyślono procedurę zmiany, żeby tego nie robić, żeby uprościć rozliczenie! Wiele zależy oczywiście od inteligencji i sprawności inżyniera, który po to jest ustanowiony, aby określać czy zmiana projektu jest dopuszczalna, czy nie. Zatem postuluję – ponownie – że prawdziwym problemem jest wybór rzetelnego i kompetentnego inżyniera. Jeżeli tego się w Polsce nauczymy, to nie będziemy musieli stosować aneksów jako zabezpieczenia przed nieobliczalnym inżynierem.

Tytułem komentarza na koniec

Powrót do zasad wyeliminowałby moim zdaniem 90% patologii polskich zamówień publicznych w zakresie budownictwa. System wymaga precyzyjnego ustawienia, a nie tworzenia nowych narzędzi i przepisów. Żadnej z powyższych zmian nie wprowadzi żaden zamawiający indywidualnie – nie ma do tego najmniejszej motywacji. Zmiany powyższe wymagają uzgodnień i wytycznych na poziomie kraju – swego rodzaju umowy społecznej w zakresie kontraktowania budowlanego.

Michał Skorupski

Inżynier budowlany,
członek SIDI



SKOCZYŃSKI KOLAŃCZYK I PARTNERZY
Kancelaria Radców Prawnych

- ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
- OBSŁUGA INWESTYCJI BUDOWLANYCH
- ARBITRAŻ I SPORY SĄDOWE
- PRAWO RESTRUKTURYZACYJNE I UPADŁOŚCIOWE
- PRAWO OCHRONY KONKURENCJI
- KORPORACYJNE

www.skp-kancelaria.pl

Granice wynagrodzenia ryczałtowego w umowie o roboty budowlane

■ Jerzy Sawicki, Weronika Sawik

Wynagrodzenie jest nie tylko jednym z najbardziej newralgicznych elementów umowy o roboty budowlane, ale również jej elementem koniecznym. W praktyce wyróżniamy dwa podstawowe modele wynagrodzeń – ryczałtowe oraz kosztorysowe. Zwykle przyjmuje się, że z perspektywy inwestora rozwiązaniem korzystniejszym jest przyjęcie w umowie wynagrodzenia ryczałtowego z uwagi na jego niezmiennosc, choć oba powyższe twierdzenia nie zawsze są prawdziwe. Nie ulega jednak wątpliwości, że wynagrodzenie oparte o ryczałt jest najczęściej wybieranym rozwiązaniem, zwłaszcza w kontekście dużych inwestycji, w których inwestorem jest podmiot publiczny.

Istota ryczałtu

Przepisy kodeksu cywilnego regulujące umowę o roboty budowlane nie odnoszą się wprost do formuły wynagrodzenia ani nie nakazują odpowiedniego stosowania w tym zakresie przepisów dotyczących umowy o dzieło. W przypadku wątpliwości zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, postanowienia umowne dotyczące systemów wynagrodzenia, które zostały uregulowane w przepisach kodeksu cywilnego odnoszących się do umowy o dzieło, należy w drodze analogii stosować do przepisów umowy o roboty budowlane (zob. np. wyrok SN z dnia 11 stycznia 2017 roku, sygn. IV CSK 109/16). W tym kontekście istotę ryczałtu oddaje art. 632 § 1 KC, zgodnie z którym przyjmujący zamówienie (wykonawca) nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest zatem jego stały charakter, w teorii niezależny od rozmiaru prac czy kosztów, które wykonawca musi ponieść w celu

osiągnięcia umówionego z inwestorem rezultatu. Z istoty ryczałtu wynika niedopuszczalność zarówno podwyższania, jak i obniżania wynagrodzenia, o ile strony nie ustaliły w umowie specyficznych przesłanek ku temu. Jak orzekł Sąd Apelacyjny w Szczecinie, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie sztywnej, przy wyrażnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego. Ta sama zasada obowiązuje odnośnie do inwestora przy ustalaniu, czy nie doszło do nadpłaty z jego strony wynagrodzenia za pracę, których wykonawca nie wykonał (zob. wyrok SA w Szczecinie z dnia 30 marca 2016 roku, sygn. I ACa 994/15).

W orzecznictwie uznano ponadto, że przeciwwagą dla obciążającego wykonawcę ryzyka powstania dodatkowych kosztów związanych z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac czy też wzrostem kosztów prac przy niezmienności wynagrodzenia jest analogiczna strata korzyści inwestora w przypadku nagłego spadku cen materiałów, tzn. brak możliwości obniżenia wysokości ryczałtu w przypadku obniżenia

kosztów poniesionych przez wykonawcę (zob. wyrok SA w Szczecinie z dnia 30 marca 2016 roku, sygn. I ACa 994/15). Powyższe rozumienie ryczałtu prowadzi do wniosku, że ryzyko związane z niezmiennością wysokości wynagrodzenia symetrycznie obciąża obie strony umowy.

Zakres umowy a ryczałt

Pomimo ustalenia w umowie wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy regularnie próbują uzyskać wynagrodzenie wykraczające poza kwotę ryczałtu, kwestionując jego niezmiennosc. Jednym ze sposobów jest weryfikacja przedmiotu umowy, tzn. wykazanie inwestorowi, że konkretne prace nie mieszczą się w zakresie zamówienia objętym wynagrodzeniem ryczałtowym. W tym kontekście wykonawcom sprzyja zasada wykładni umów, zgodnie z którą rozbieżności interpretacyjne w zakresie treści umowy, w tym jej przedmiotu, powinny być rozstrzygane na niekorzyść sporządzającego umowę (zob. np. wyrok SN z dnia 4 czerwca 2013 roku, sygn. II PK 293/12). Zasada ta znajdzie zastosowanie przede wszystkim w przypadku umów

zawieranych w reżimie zamówień publicznych, który co do zasady nie dopuszcza możliwości negocjowania warunków umowy, w związku z tym odnosić się będzie również do niejasności zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wszelkie wątpliwości co do treści SIWZ, wynikające z błędów zamawiającego przy sporządzaniu specyfikacji, należy interpretować na korzyść wykonawców (zob. np. wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2014 roku, sygn. KIO 47/14; wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2014 roku, sygn. KIO 2493/14).

Jeżeli konkretne prace nie są objęte ryczałtem, otwierają wykonawcy możliwość domagania się od inwestora dodatkowego wynagrodzenia z tego tytułu, z czym wiąże się prawo wykonawcy do powstrzymania się od wykonania prac dodatkowych bez ponoszenia negatywnych konsekwencji z tego powodu do czasu ustalenia zasad wynagrodzenia z tytułu wykonania dodatkowych prac, np. w postaci zawarcia aneksu do umowy. Natomiast w znacznie częstszym w praktyce przypadku, gdy prace dodatkowe zostały już wykonane, mimo iż strony nie ustaliły z góry zasad rozliczeń, wykonawca może domagać się od inwestora zapłaty za wykonane prace na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Ryczałt a błędy w dokumentacji projektowej

Inną ścieżką podważenia ryczałtu jest powoływanie się przez wykonawcę na błędy lub nieścisłości w dokumentacji projektowej sporządzonej przez inwestora, które mogą w określonych przypadkach skutkować koniecznością wykonania dodatkowych prac, które nie były pierwotnie przewidziane w dostarczonej wykonawcy dokumentacji projektowej. W orzecznictwie pojawiają się niekiedy sprzeczne poglądy na temat zakresu, w jakim Wykonawca jest zobowiązany do jej merytorycznego sprawdzania i ewentualnego uwzględnienia konsekwencji powyższych błędów i nieścisłości w sporządzonej przez siebie wycenie (ofercie).

Punktem wyjścia do powyższych rozważań jest art. 651 KC, zgodnie z którym wykonawca jest zobowiązany niezwłocznie poinformować inwestora, jeżeli dostarczona

przez inwestora dokumentacja nie nadaje się do prawidłowego wykonania prac. Co istotne, naruszenie przez wykonawcę powyższego obowiązku o charakterze informacyjnym rodzi po stronie wykonawcy odpowiedzialność za ewentualną szkodę spowodowaną brakiem niezwłocznego poinformowania zamawiającego o nieprawidłowościach. Innymi słowy, podstawą do określenia szkody inwestora jest ustalenie, czy koszty poniesione przez inwestora byłyby mniejsze, gdyby wykonawca niezwłocznie poinformował go o dostrzeżonych nieprawidłowościach. Odpowiedzialność wykonawcy ogranicza się wyłącznie do tej zwyczajki kosztów, nie obejmuje natomiast obowiązku wykonania bez dodatkowego wynagrodzenia robót dodatkowych, które okazały się konieczne w wyniku niedostrzeżonej w porę wadliwości projektu.

W tym kontekście pojawia się pytanie, czy wykonawca ma prawo domagać się dodatkowego wynagrodzenia, jeżeli z powodu wadliwej dokumentacji nie ujął w swojej wycenie prac, które nie wynikały z przekazanej mu dokumentacji, okazały się jednak z przyczyn obiektywnych niezbędne do wykonania.

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Apelacyjnego w Katowicach wykonawca, przyjmując zobowiązanie do wykonania przedmiotu umowy w ramach ustalonego ryczałtu, musi kierować się nie tylko przedłożonym mu projektem, ale także szeroko rozumianymi zasadami wiedzy technicznej, a bezkrytyczna realizacja projektu nie spełnia wymogów zawodowej staranności. Tym samym, jeśli określony wymóg wynika z konkretnych norm (np. z przepisów techniczno-budowlanych dotyczących wind), wykonawca powinien ująć go w wycenie i zrealizować, a prace wynikające z naruszenia tej zasady nie mogą być uznane za roboty dodatkowe i nie uzasadniają żądań dodatkowego wynagrodzenia od inwestora (zob. wyrok SA w Katowicach z dnia 17 czerwca 2015 roku, sygn. V ACa 731/14).

Sąd Apelacyjny w Szczecinie uznał natomiast, że wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego, merytorycznego sprawdzenia przedstawionego mu projektu w sytuacji, gdy wymaga to specjalistycznych obliczeń oraz wiedzy z zakresu projektowania. Błędem

wykonawcy będzie zatem niedostrzeżenie „wadliwości powszechnie stosowanych, czy ogólnych rozwiązań konstrukcyjnych” (zob. wyrok SA w Szczecinie z dnia 14 maja 2015 roku, sygn. I Aca 231/14), przy czym powyższe sformułowanie jest bardzo ogólne i może w praktyce rodzić problemy z ustaleniem, czy dana wadliwość powinna być zostać dostrzeżona przez wykonawcę. Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w tegorocznym orzeczeniu, uznając, że wykonawca nie ma obowiązku dysponowania specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania, a tym samym nie jest zobowiązany do szczegółowego sprawdzania dostarczanego projektu (zob. wyrok SN z dnia 11 stycznia 2017 roku, sygn. IV CSK 109/16).

Jeszcze korzystniej (z perspektywy wykonawców) wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Gdańsku (wyrok z 12 marca 2014 r., sygn. V Aca 846/13), który stwierdził, że ryczałt wyklucza możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe, które są „naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają”, natomiast wszelkie prace, których konieczność realizacji pojawiła się w trakcie robót i których nie dało się przewidzieć wcześniej, nie są objęte umową i ustalonym uprzednio wynagrodzeniem ryczałtowym.

Sąd Apelacyjny w Warszawie poszedł o krok dalej, stwierdzając, że ryzyko wynikające z poprawności dokumentacji przedstawionej wykonawcy przez zamawiającego ponosi zamawiający (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 20 stycznia 2016 roku, sygn. VI ACa 1350/15). Tym samym, prace pominięte w dokumentacji, przez co nieobjęte ofertą, ale konieczne do należytego funkcjonowania obiektu, wykonane i odebrane stanowią prace dodatkowe i uzasadniają żądanie dodatkowego wynagrodzenia, niezależnie od ustalonego ryczałtu.

Zmiana okoliczności a ryczałt

Jak wskazano powyżej, prawnymi konsekwencjami ukształtowania wynagrodzenia ryczałtowego bez klauzuli dopuszczającej modyfikację ryczałtu jest zarówno niedopuszczalność podwyższenia go, jak i też obniżenia, nawet gdyby dochód osiągnięty przez wykonawcę był

wyższy od założonego w kalkulacji będącej podstawą określenia wysokości ryczałtu (zob. wyrok SN z dnia 25 marca 2015 roku, II CSK 389/14).

Jednakże zgodnie z teorią ekonomii podmioty rynkowe w dużo większym stopniu odczuwają stratę niż zysk o tej samej wartości bezwzględnej. Powyższą zasadę wyraża art. 632 § 2 KC, zgodnie z którym sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę, jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąco stratą. Powyższy przepis, tzw. mała klauzula waloryzacyjna (w odróżnieniu od art. 357 (1) KC, czyli tzw. dużej klauzuli waloryzacyjnej), udziela jednostronnej ochrony wykonawcy w przypadku zaistnienia niemożliwej do przewidzenia zmiany stosunków.

Aby skutecznie powołać się na art. 632 § 2 KC, zmiana stosunków musi być rzeczywista i istotna. Dla przeprowadzenia oceny kluczowy jest element ekonomicznej równowagi stron oraz relacja rozmiaru lub kosztów prac do ryczałtu. Musi pojawić się także zagrożenie powstania rażącej straty wykonawcy w przypadku utrzymania ryczałtu będące w ścisłym związku przyczynowo-skutkowym ze zmianą stosunków. W praktyce powołanie się na klauzulę waloryzacyjną jest bardzo trudne i co do zasady sądy oddalają z różnych powodów powództwa waloryzacyjne, podkreślając, że w gestii profesjonalnego

wykonawcy jest skrupulatne szacowanie kosztów robót budowlanych.

W praktyce wykonawcy próbowali korzystać z klauzul waloryzacyjnych, domagając się podwyższenia wynagrodzenia z powodu nagłej i niespodziewanej zwwyżki cen asfaltu oraz oleju napędowego w latach 2009–2012. Zdecydowana większość tych prób kończyła się fiaskiem. Sądy uznawały m.in., że sam fakt nieosiągnięcia oczekiwanego zysku czy poniesienia straty przez którąkolwiek ze stron nie pozwala sam w sobie na zmianę wynagrodzenia ryczałtowego. Strata musiała być „rażąca” i powinno odnosić się ją każdorazowo do zakresu (wielkości) działalności podmiotu, który żąda podwyższenia wynagrodzenia (zob. wyrok SA w Szczecinie z dnia 17 marca 2016 roku, sygn. I ACa 894/15).

Nowy kierunek orzecznictwa szansą dla wykonawców?

Odmienne stanowisko niż prezentowane dotychczas wyraził Sąd Apelacyjny w Warszawie w tegorocznym wyroku określającym jako precedensowy (wyrok z 6 listopada 2017 roku, VI ACa 1462/13). Tym razem porównano rażąco stratę do planowanego zysku wykonawcy, a Sąd zgodził się z taką argumentacją. W procesie wykazano ponadto, że podwyżki cen asfaltu w latach 2009–2012 (związane z realizacją inwestycji pozwalających na zorganizowanie Euro 2012) nie były jedynie wynikiem zwiększonego zapotrzebowania na materiały, ale przede

wszystkim skutkiem nieprzewidywalnych nawet dla profesjonalnych wykonawców zmian cenowych na rynku ropy oraz kursu USD, a tym samym ryzyko tego rodzaju zmian nie może obarczać wykonawcy. W tym zakresie jest to także potwierdzenie stanowiska wyrażonego wcześniej w orzecznictwie, zgodnie z którym podmiot wykonujący roboty drogowe jest przede wszystkim podmiotem profesjonalnie realizującym wykonawstwo w zakresie robót budowlanych, a nie graczem giełdowym. Nie można w związku z tym czynić pod jego adresem zarzutów o możliwości przewidzenia nagłych skoków cen tylko dlatego, że w historii takie skoki kiedyś już występowały (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 4 lipca 2016 roku, VI ACa 569/15).

Jerzy Sawicki

senior associate w Praktyce
Infrastruktury i Energetyki
kancelarii Domański
Zakrzewski Palinka

Weronika Sawik

associate w Praktyce
Infrastruktury i Energe-
tyki kancelarii Domański
Zakrzewski Palinka

BIULETYN
Konsultant

SIDiR Stowarzyszenie Inżynierów
Doradców i Rzeczników

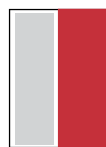
TU MOŻE BYĆ TWOJA REKLAMA



1/3 strony
poziom



1/3 strony
pion



1/2 strony
pion



1/2 strony
poziom

Kontakt w sprawie reklamy: biuro@sidir.pl

Złote Zasady FIDIC w nowych Warunkach Kontraktowych FIDIC z 2017 r.

■ Rafał Morek

Wopublikowanych w grudniu 2017 r. Warunkach Kontraktowych FIDIC-nowych wydaniach Czerwonej¹, Żółtej² i Srebrnej³ Książek – znalazły się tzw. Złote Zasady FIDIC (FIDIC Golden Principles). Celem niniejszego artykułu jest syntetyczne przedstawienie ich genezy, podstawowych założeń oraz potencjalnego wpływu na praktykę kontraktową.

¹ Conditions of Contract for Construction For Building and Engineering Works designed by the Employer (Second Ed. 2017).

² Conditions of Contract for Plant & Design-Build For Electrical & Mechanical Plant, and For Building and Engineering Works, Designed by the Contractor (Second Ed. 2017).

³ Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects (Second Ed. 2017)

Geneza Złotych Zasad FIDIC

Międzynarodowa Federacja Inżynierów Konsultantów (FIDIC) od lat publikuje Warunki Kontraktowe, które są szeroko stosowane przy realizacji inwestycji budowlanych na całym świecie. Jedną z charakterystycznych cech Warunków Kontraktowych FIDIC jest zrównoważone podejście do rozkładu interesów, ryzyk i korzyści między zamawiającym a wykonawcą.

Jak powszechnie wiadomo, Warunki Ogólne FIDIC – których zakres zastosowania jest uniwersalny – wymagają uzupełnienia Warunkami Szczególnymi. Te ostatnie regulują rozmaite kwestie odzwierciedlające indywidualne wymogi związane z lokalizacją inwestycji, branżą czy specyfiką przedsięwzięcia. Warunki Szczególne okazują się też niekiedy niezbędne dla zapewnienia zgodności z przepisami lokalnego prawa. Doświadczenia płynące z wielu państw prowadzą jednak do wniosku, że w nader licznych przypadkach Warunki Szczególne wprowadzają zmiany, które okazują się sprzeczne z podstawowymi założeniami i zasadami Kontraktów FIDIC. Nasuwa to szereg problemów i wątpliwości. Z punktu widzenia FIDIC wiele z nich sprowadza się do pytania, czy Federacja powinna reagować na takie praktyki

kontraktowe, a jeżeli tak – to, w jaki sposób.

W celu promowania korzystania z Warunków Kontraktowych FIDIC z zachowaniem ich oryginalnego zrównoważonego charakteru oraz wspierania dobrych praktyk kontraktowych, Federacja powołała w kwietniu 2016 r. Grupę Zadaniową nr 15 (Task Group 15). Jej celem jest określenie kluczowych cech Warunków Kontraktowych FIDIC, które nie powinny być modyfikowane, jeżeli warunki te nadal mają być w ogóle uznawane za „Kontrakt FIDIC”. Określa się je mianem Złotych Zasad FIDIC (FIDIC Golden Principles). Zakres zadań Grupy Zadaniowej nr 15 został określony w Akcie Misji (Terms of Reference). Kontrolę nad przebiegiem i wynikami pracy Grupy sprawuje Komitet Kontraktowy (Contracts Committee) FIDIC. Członkami Grupy zostało pięciu inżynierów-konsultantów i prawników pochodzących zarówno z krajów *common law*, jak i *civil law*⁴.

Na dorocznej konferencji FIDIC w Londynie w grudniu 2016 r. została przedstawiona ogólna koncepcja projektu pięciu Złotych Zasad FIDIC. Po jej pozytywnym przyjęciu, Federacja zdecydowała się włączyć Złote Zasady, wraz z krótkim omówieniem,

⁴ W skład grupy wchodzi: Donald Charrett (Australia), Axel Jaeger (Niemcy), Husni Madi (Jordania), Kaj Möller (Szwecja) i Rafał Morek (Polska).

do nowych edycji trzech podstawowych wzorców kontraktowych FIDIC, tzn. Książek Czerwonej, Żółtej i Srebrnej.

Pięć Złotych Zasad FIDIC

Złote Zasady zostały wymienione na początku drugiej części każdej z Książek, tzn. tuż po Warunkach Ogólnych, jako wstęp do Wyjaśnień dotyczących Przygotowania Warunków Szczególnych (Guidance for the Preparation of Particular Conditions).

Pomimo iż zostały opublikowane w drugich wydaniach Książek Czerwonej, Żółtej i Srebrnej (z 2017 r.), nie ulega wątpliwości, że intencją FIDIC jest rozciągnięcie ich stosowania również do pierwszych edycji z 1999 r.

Złote Zasady zostały ujęte w języku angielskim, jako pięć podstawowych reguł cechujących się dużym stopniem ogólności, w następujący sposób (ich tłumaczenie na język polski ma charakter nieoficjalny i pochodzi od autora):

Złota Zasada nr 1:

Kompetencje, prawa, obowiązki, funkcje i zakresy odpowiedzialności wszystkich uczestników kontraktu FIDIC powinny pozostawać zasadniczo zgodne z Warunkami Ogólnymi, a także odpowiadać wymogom danego przedsięwzięcia.

– The duties, rights, obligations, roles

and responsibilities of all the Contract Participants must be generally as defined in the General Conditions, and appropriate to the requirements of the project.

Złota Zasada nr 2:

Warunki Szczególne powinny być zredagowane w sposób klarowny i jednoznaczny.

– The Particular Conditions must be drafted clearly and unambiguously.

Złota Zasada nr 3:

Warunki Szczególne nie mogą zmieniać rozkładu ryzyk i korzyści przewidzianego w Warunkach Ogólnych.

– The Particular Conditions must not change the balance of risk/reward allocation provided for in the General Conditions.

Złota Zasada nr 4:

Terminy zastrzeżone na wykonywanie obowiązków przez Uczestników Kontraktu powinny być rozsądnej długości.

– All time periods specified in the Contract for Contract Participants to perform their obligations must be of reasonable duration.

Złota Zasada nr 5:

Wszelkie spory powinny być w pierwszej kolejności kierowane do Komisji Rozjemczej w celu uzyskania tymczasowo wiążącego rozstrzygnięcia jako warunku poprzedzającego ewentualny arbitraż.

– All formal disputes must be referred to a Dispute Avoidance/Adjudication Board (or a Dispute Adjudication Board, if applicable) for a provisionally binding decision as a condition precedent to arbitration.

Ograniczenie Złotych Zasad FIDIC ujętych w Warunkach Kontraktowych do pięciu, ogólnie sformułowanych reguł, było zabiegiem celowym. Do rozstrzygnięcia pozostaje natomiast to, jak szczegółowe będzie ich omówienie, którego publikację zapowiedziano na 2018 rok. Pokusie maksymalnej konkretyzacji „wskazówek” i przykładów przeciwstawia się potrzebę zachowania uniwersalnego charakteru zarówno samych Warunków Kontraktowych FIDIC, jak i Złotych Zasad, przy uwzględnieniu ogromnej różnorodności uwarunkowań zewnętrznych, w których funkcjonują.

Poniższe uwagi przedstawiają wybrane kierunki rozważań, którymi kierowała się Grupa Zadaniowa nr 15, przy przygotowaniu swojego projektu. Nie powinny być one traktowane w żadnej mierze jako oficjalne stanowisko FIDIC, lecz jedynie jako indywidualne uwagi autora.

Złota Zasada nr 1 – Role Uczestników Kontraktu

Podobnie jak inne umowy dotyczące realizacji dużych przedsięwzięć budowlanych, Warunki Kontraktowe FIDIC regulują nie tylko pozycję prawną ich stron: zamawiającego (inwestora) oraz wykonawcy, lecz również pośrednio innych podmiotów, w szczególności inżyniera kontraktu, podwykonawców czy członków Komisji Rozjemczych (w skrócie określanych zbiorczo „uczestnikami kontraktu”, ang. Contract Participants). Podmioty te mają swoje kontraktowo określone i współzależne role, kompetencje i obowiązki, które są istotne dla efektywnego zarządzania i właściwej realizacji kontraktu. Powiązane z nimi naturalnie są również uprawnienia kontraktowe i funkcje innych uczestników kontraktu.

Układ poszczególnych ról, kompetencji i obowiązków różnych uczestników kontraktu określony w Kontraktach FIDIC wykształcał się przez lata. Bogate doświadczenia z różnych stron świata pozwalają stwierdzić, że modele te sprawdzają się w praktyce, przeszły próbę czasu i odpowiadają powszechnie akceptowanym standardom w międzynarodowych projektach inwestycyjnych.

Realizacja dużego przedsięwzięcia budowlanego wymaga złożonych interakcji między uczestnikami kontraktu. Każdy z nich ma swoją rolę, kompetencje i obowiązki skorelowane z rolami, kompetencjami i obowiązkami pozostałych uczestników. Role, kompetencje i obowiązki ustalone w Kontraktach FIDIC zostały określone jako najbardziej odpowiednie dla efektywnej realizacji celów związanych z kontraktem, a także najlepiej dopasowane do umiejętności i indywidualnych predyspozycji typowo posiadanych przez różnych uczestników kontraktu.

W umowach, których podstawą są Warunki Kontraktowe FIDIC, zamawiający

i wykonawca powinni zachować role, kompetencje i obowiązki co do zasady w tym samym kształcie co określone w Warunkach Ogólnych. W odniesieniu do obowiązków zamawiającego oznacza to – poczynwszy od kwestii rudymenarnych – m.in. przekazanie wykonawcy dostępu do placu budowy w czasie umówionym oraz zapłatę należnego wynagrodzenia; natomiast, w odniesieniu do wykonawcy – wykonanie i ukończenie robót zgodnie z kontraktem oraz usunięcie wad w okresie zgłaszania wad.

Role, kompetencje i obowiązki innych uczestników kontraktu określone w Warunkach Ogólnych są również istotne dla skutecznej realizacji celów związanych z kontraktem (bez względu na to, że nie będąc stronami kontraktu podmioty nie są oczywiście związane jego postanowieniami). W przypadku Czerwonej, Różowej i Żółtej Książki FIDIC niezbędne jest wyznaczenie inżyniera kontraktu posiadającego odpowiednie, odrębne kompetencje oraz zasoby niezbędne dla właściwego wykonywania powierzonej mu roli, tak jak została ona określona w Warunkach Ogólnych. Inżynier powinien wykonywać swoją rolę kontraktową – w szczególności dokonywać uzgodnień lub ustaleń – obiektywnie, przy uwzględnieniu wszystkich istotnych okoliczności i zgodnie z Warunkami Kontraktu. To oznacza m.in., że inżynier nie może kierować się wyłącznie interesami zamawiającego, bez należytego uwzględnienia wynikających z kontraktu praw wykonawcy. Podobnie, w przypadku Srebrnej Książki, przedstawiciel zamawiającego (o ile zostaje wyznaczony) powinien mieć odpowiednie kompetencje umożliwiające należyte wykonywanie powierzonej mu roli, a także powinien wykonywać ją w taki sposób, by umożliwić wykonawcy korzystanie z jego uprawnień kontraktowych.

Nie dawałyby się zatem pogodzić z powyższą zasadą takie postanowienia kontraktowe, które całkowicie pozbawiłoby Inżyniera Kontraktu samodzielności w wykonywaniu jego funkcji kontraktowych, np. w zakresie dokonywania rzetelnych określeń (*fair determinations*) zgodnie z subkl. 3.5 Warunków Kontraktu z 1999 r. (subkl. 3.7 – w wyd. z 2017 r.) albo przerzucałyby na Wykonawcę obowiązek finansowania Robót.

Złota Zasada nr 2 – Redakcja Warunków Kontraktu

Warunki Ogólne FIDIC powstały w wyniku wieloletniego zaangażowania szerokiego grona specjalistów i praktyków z całego świata. Jednymi z najważniejszych osiągnięć tej pracy są spójność, klarowność i jednoznaczność ich postanowień. Staranna i przemyślana redakcja postanowień umownych jest kluczowa dla zapewnienia, by wszyscy uczestnicy kontraktu właściwie rozumieli swoje role i obowiązki i by mogli je wykonywać należycie, a także w ten sam sposób – korzystać ze swoich praw. Jak pokazuje doświadczenie, Warunkom Szczególnym nie zawsze można przypisać te same przymioty. Nader często okazują się wewnętrznie sprzeczne, niezgodne z Warunkami Ogólnymi lub zredagowane w sposób nieprzemyślany, niespójne z terminologią Warunków Ogólnych itp. Nie ulega wątpliwości, że postanowienia kontraktowe jako całość będą klarowne i jednoznaczne, tylko o ile Warunki Szczególne – modyfikując i uzupełniając Warunki Ogólne FIDIC – będą z nimi harmonijnie skorelowane i uważnie zredagowane.

Nie do pogodzenia z powyższą zasadą byłoby np. takie redagowanie Warunków Szczególnych, które powodowałyby sprzeczności z Warunkami Ogólnymi albo w ogóle nie pozwalałyby przyporządkować zmian do poszczególnych klauzul danej Książki. Inne zagrożenia dla klarowności treści Kontraktu wynikają ze spotykanych w praktyce modyfikacji subkl. 1.5 (Kolejność pierwszeństwa dokumentów), np. włączania do treści kontraktu nieusystematyzowanej korespondencji między stronami, pytań i odpowiedzi z etapu przetargu itp.

Złota Zasada nr 3 – Wyważony rozkład ryzyk i korzyści

Sprawiedliwy i wyważony rozkład ryzyk kontraktowych, a z drugiej strony korzyści związanych z realizacją kontraktu⁵, jest

⁵ O ile w przypadku Czerwonej i Żółtej Książki można mówić o wyważonych rozkładach ryzyk, to w przypadku Książki Srebrnej zdecydowana większość ryzyk kontraktowych leży po stronie Wykonawcy. Asymetrycznej alokacji ryzyk odpowiada jednak wówczas „premia” za ryzyko wyrażona w cenie kontraktowej. Zasada, że ryzyko jest kompensowane zyskiem, wynika już chociażby z łacińskiej paremii: *Commodum eius esse debet, cuius periculum* – Do tego powinien należeć zysk, czyje jest ryzyko.

powszechnie uznawany za najbardziej odpowiedni sposób minimalizowania prawdopodobieństwa, że realizacja kontraktu doprowadzi do powstawania sporów i zagrazi skutecznemu osiągnięciu celów kontraktu. Uznaje się, że jest to fundamentalna zasada leżąca u podstaw Kontraktów FIDIC. Warunki Szczególne nie powinny zatem zacierać fundamentalnych różnic pomiędzy poszczególnymi Książkami FIDIC, np. selektywnie przenosić niektóre elementy charakterystyczne dla Książki Srebrnej do umów realizowanych na podstawie Książek Czerwonej lub Żółtej.

Tytułem przykładu, wydaje się, że trudno uznać za wyważone i zgodne ze złotymi zasadami modyfikowanie subkl. 2.1 Warunków Kontraktu w taki sposób, że pomimo braku dostępu do Placu Budowy Wykonawca byłby pozbawiony jakichkolwiek uprawnień czasowych i finansowych. Innym przykładem niewłaściwej praktyki kontraktowej – przy realizacji przedsięwzięć opartych na podstawie Czerwonej lub Żółtej Książki – jest przerzucanie na Wykonawcę nieograniczonego ryzyka Nieprzewidzianych warunków fizycznych (subkl. 4.12). Jeżeli Zamawiającemu zależy na takiej regulacji, powinien skorzystać z modelu EPC – Książki Srebrnej.

Złota Zasada nr 4 – Terminy

Terminy wskazane w rozmaitych postanowieniach Warunków Ogólnych zostały ukształtowane w wyniku konsensusu wypracowanego w drodze wieloletniej ewolucji, na podstawie różnych międzynarodowych doświadczeń, równoważąc rozmaite interesy uczestników kontraktu. Uznaje się, że odpowiadają międzynarodowym standardom określając czas typowo niezbędny dla wykonywania danych czynności bez zbędnej zwłoki.

Konsekwencją pochopnego skracania terminów określonych w Warunkach Ogólnych może być pozostawienie uczestnikom kontraktu czasu, który okaże się niewystarczający dla należytego wykonania ich obowiązków lub korzystania z ich praw. Podobnie, nadmierne przedłużanie terminów może negatywnie wpłynąć na sytuację kontraktową stron.

Jednym z przykładów jest praktyka zbędnego wydłużania terminów wydawania przejściowych świadectw płatności,

co powoduje przesadne odraczanie terminów płatności, zakłócenia płynności finansowej po stronie wykonawcy i ostatecznie – negatywne konsekwencje również dla samego zamawiającego.

Jako niewłaściwe należy również ocenić m.in. skracanie terminów na składanie powiadomień zgodnie z subkl. 20.1 do np. 7 dni zamiast 28 dni przewidzianych w Warunkach Ogólnych albo dla odmiany przedłużenie terminu uprzedzenia o zawieszeniu prac, zgodnie z subkl. 16.1, np. do 3 miesięcy zamiast 21 dni przewidzianych w Warunkach Ogólnych.

Złota Zasada nr 5 – Rozwiązywanie sporów

Komisje rozjemcze są ważnym mechanizmem zapewniającym stronom tryb rozwiązywania sporów – a co najmniej ich regulowania w sposób prowizoryczny tak, by zminimalizować ich negatywny wpływ na realizację kontraktu – który jest znacznie tańszy i szybszy od postępowań adiudkacyjnych.

Procedura rozjemcza wprowadza do relacji między stronami niezależny i fachowy podmiot trzeci. Jego misja polega na doprowadzeniu do wczesnego rozwiązywania sporów i zapewniania dobrej komunikacji między stronami – a tym samym ich niezbędnej współpracy. Niezależność komisji rozjemczych okazuje się szczególnie ważna w przypadku, gdy po stronie inżyniera kontraktu powstaje ryzyko konfliktu interesów wynikające z zależności od zamawiającego.

Komisja rozjemcza (zwłaszcza stała komisja) pełni zasadniczą funkcję nie tylko w zakresie rozwiązywania, lecz przede wszystkim zapobiegania powstawaniu sporów.

Jeżeli którakolwiek ze stron ma zastrzeżenia do decyzji komisji rozjemczej, może złożyć powiadomienie o odrzuceniu i doprowadzić do wszczęcia arbitrażu. Nawet jednak w takim przypadku decyzja komisji rozjemczej odgrywa pozytywną rolę. Pozwala bowiem uregulować spór tymczasowo, tzn. na czas trwania kontraktu, i uniknąć odciągania uczestników kontraktu od koncentracji na realizacji jego celów, które nieuchronnie towarzyszy zaangażowaniu w postępowanie sporne.

Funkcjonowanie niezależnej i bezstronnej komisji rozjemczej, rozwiązującej (choćby

tymczasowo) spory kontraktowe, ma fundamentalne znaczenie dla Kontraktów FIDIC i należy do Złotych Zasad.

Jednocześnie nie bez powodu, w treści Złotej Zasady nr 5 pojawia się odniesienie do arbitrażu jako właściwej metody rozstrzygania sporów, które nie zostaną uregulowane przez komisje rozjemcze. W większości państw sądy powszechne – ze względu na brak fachowego doświadczenia w sprawach budowlanych oraz powolność postępowań – nie są w stanie zapewnić efektywnej ochrony uprawnień wynikających z Warunków Kontraktowych FIDIC. Natomiast nawet najlepsza umowa – pozbawiona realnej gwarancji możliwości egzekwowania jej treści – nie jest warta więcej niż papier, na którym ją zapisano.

Potencjalny wpływ Złotych Zasad FIDIC na praktykę kontraktową

W wydaniach Czerwonej, Żółtej i Srebrnej Książki FIDIC z 2017 r. zapowiedziano publikację Złotych Zasad wraz z omówieniem; powinna być ona okazać (i być dostępna m.in. przez stronę internetową <http://fidic.org/bookshop>) w ciągu kilku miesięcy, po zakończeniu cyklu konsultacji projektu opracowanego

przez Grupę Zadaniową nr 15.

Wielu ekspertów już teraz wyraża jednak już teraz wątpliwości, czy promocja Złotych Zasad i związanych z nimi dobrych praktyk kontraktowych wystarczy do wyrugowania z obrotu przypadków aberracji i nadużywania reputacji FIDIC do „firmowania” kontraktów radykalnie odbiegających od wzorców. Pod rozwagę poddaje się dlatego różne możliwości „piętnowania” zachowań abuzywnych, np. poprzez utratę uprawnień licencyjnych albo wprowadzenie mechanizmu weryfikacji Warunków Szczególnych i ich „certyfikacji”. Rozwiązania te nie są jednak wolne od kontrowersji, stąd wprowadzenie ich w przyszłości pozostaje dalece niepewne.

Odrębnym zagadnieniem jest dopuszczalność odwoływania się do Złotych Zasad FIDIC przy wykładni Warunków Kontraktowych. Postanowienia umowne należy wszakże tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (art. 65 § 1 kodeksu cywilnego). Podobne reguły wykładni obowiązują w większości zagranicznych systemów prawnych. Pozwala to przypuszczać, że

nawet jeżeli FIDIC nie zdecyduje się sięgnąć po stanowcze sankcje dla piętnowania naruszeń Złotych Zasad, ich przyjęcie mimo wszystko będzie miało pozytywny wpływ na praktykę kontraktową.

Rafał Morek

*Arbiter Sądu
Arbitrażowego SIDiR,
doktor nauk prawnych,
adiunkt na Wydziale
Prawa Uniwersytetu
Warszawskiego, адвокат,
partner w kancelarii K&L
Gates, członek Grupy
Zadaniowej nr 15 FIDIC*

KONTRAKTY BUDOWLANE

Kodeks cywilny, FIDIC, orzecznictwo Prawo zamówień publicznych

dr Hubert Wysoczański

Wydawnictwo pod patronatem honorowym SIDiR



Do nabycia w księgarni SIDiR
www.sidir.pl/ksiegarnia

Gestia ubezpieczeniowa po stronie zamawiającego – skuteczna ochrona inwestycji

■ Grzegorz Romanowicz

Realizując kontrakty budowlane wykonawca w pierwszej kolejności dba o swój interes, którym jest m.in. uzyskanie jak najkorzystniejszej cenowo oferty ubezpieczenia pozwalającej wygrać przetarg. Paradoksalnie powoduje to nie tylko wzrost kosztów ale także naraża inwestycję na niebezpieczeństwo pozbawienia ochrony. Powyższego scenariusza można uniknąć pozostawiając gestię ubezpieczeniową po stronie inwestora.

Przy aranżacji ochrony inwestycji budowlanych większość polskich ubezpieczycieli stosuje tzw. standard monachijski. Ponadto, możliwe jest oparcie warunków ubezpieczenia CAR/EAR o tzw. standard londyński

Powyższe standardy są nie do końca wiernymi odpowiednikami klauzuli 18.2 FIDIC. Niemniej w interesującym nas zakresie kluczowy element jest wspólny – czyli informacja kto jest właścicielem polisy. W FIDIC jest nim strona ubezpieczająca, na warunkach „monachijskich” – po prostu ubezpieczający. Może nim być zarówno zamawiający jak i wykonawca, a wynikające z powyższego konsekwencje mogą okazać się kluczowe przy aranżacji umowy ubezpieczenia.

Anomalie

Najważniejszym kryterium oceny w trybie prawa zamówień publicznych jest w dalszym ciągu kryterium ceny. W ślad za tym wykonawca, chcąc realizować swój interes dąży do uzyskania również najtańszej oferty ubezpieczeniowej. W takiej formule ubezpieczenie zostaje w zdecydowanej większości zawarte jedynie po to, aby spełnić wymóg zamawiającego. I w większości przypadków „chroni” kontrakt tylko w wąskim zakresie ograniczonym np. do pożaru, uderzenia pioruna, czy upadku statku powietrznego – tzw. standard FLEXA.

Na rynku można zaobserwować zwiększającą się świadomość ubezpieczeniową po stronie zamawiających. Aby zapewnić pożądaną ochronę ubezpieczeniową tworzą oni szczegółowe zakresy i wymogi, które doprecyzowują kształt przyszłej polisy ubezpieczenia budowlano – montażowego. Świadomy zamawiający, dla swojego bezpieczeństwa, włącza do wymagań szereg klauzul rozszerzających zakres ubezpieczenia, gdyż zyskuje dzięki temu gwarancję należytego zabezpieczenia kontraktu. I choć powyższe rozwiązanie jest korzystniejsze niż brak szczegółowego określenia wymogów ubezpieczeniowych, to w dalszym ciągu nie zapewnia wystarczającej ochrony.

Rozpatrując czarny scenariusz jakim jest niewątpliwie opuszczenie placu budowy przez firmę wykonawczą np. w wyniku bankructwa podczas prowadzenia prac, niekoniecznie na terenie zleconej przez zamawiającego inwestycji, decydujące znaczenie zaczyna mieć fakt kto jest właścicielem polisy. Jeżeli w przypadku powszechnie praktykowanym jest nim wykonawca, wraz z zejściem z placu budowy zabiera on ze sobą „swoją własność”, jaką jest polisa ubezpieczeniowa, która miała przecież chronić także zamawiającego. W efekcie inwestycja pozostaje bez ubezpieczenia i koniecznym staje się zawarcie ochrony na nowo. Może to wiązać się z nie lada wyzwaniem, tym bardziej, że np. projekty trudne technicznie mogą być

realizowane nawet przez 4 lub więcej lat.

Przyjmując wariant „optymistyczny” w którym zaawansowanie prac nie przekroczyło jeszcze 40 – 50% ubezpieczyciele są w stanie rozważyć możliwość ponownego ubezpieczenia, jednak ze znacznie wyższymi stawkami. Po przekroczeniu stopnia zaawansowania można założyć, że uzyskanie oferty na ubezpieczenie kontraktu będzie praktycznie niemożliwe.

Opisana powyżej sytuacja multiplikuje koszty ubezpieczenia. Składka ubezpieczeniowa jest liczona jako iloczyn określonej procentowo stawki wartości całego kontraktu. Czasowo ochroną objęty jest cały okres trwania kontraktu, nie ma jednak możliwości ubezpieczenia części pozostałej do jego zakończenia. W efekcie, w razie upadku wykonawcy składka ubezpieczeniowa będzie płatna podwójnie.

Nie można zapominać także o innym problemie, który wiąże się z uzyskaniem ochrony ubezpieczeniowej po upadku firmy wykonawczej tj. przerwą, jaka wiąże się z wyborem nowego wykonawcy, jak i czasem niezbędnym na aranżację nowej polisy. Nie trzeba chyba wspominać, że podczas tego okresu, trwającego od kilku tygodni do nawet kilku miesięcy, ochrona ubezpieczeniowa nie obowiązuje.

Przezorny zawsze ubezpieczony

Powyższego scenariusza można uniknąć dzięki pozostawieniu gestii ubezpieczeniowej po stronie inwestora. W tym przypadku zamawiający nie utraci ochrony, gdyż podmiot będący właścicielem polisy w dalszym ciągu istnieje.

W sytuacji zejścia wykonawcy z placu budowy wskazane ryzyko może zostać ubezpieczone w ramach tzw. klauzuli wstrzymania prac. W jej ramach ubezpieczyciel odpowiada za szkody powstałe w trakcie przerwania robót budowlano-montażowych, niezależnie od przyczyny takiej przerwy. Taka odpowiedzialność ubezpieczyciela jest ograniczona do konkretnych ryzyk oraz czasowo (od kilkudziesięciu dni do kilku miesięcy przerwy), a na ubezpieczającym spoczywa obowiązek poinformowania ubezpieczyciela o fakcie przerwania prac. Niemniej takie rozwiązanie jest z pewnością bardziej korzystne niż całkowity brak ochrony.

W analizowanym przypadku pozostaje jedynie kwestia przerwy w prowadzeniu inwestycji potrzebnej do wyłonienia nowego wykonawcy. Z ubezpieczeniowego punktu widzenia, w przypadku aranżowania umowy ubezpieczenia zgodnie z opartą o dobre, aczkolwiek niestety nie powszechne praktyki konstrukcją, ochroną objęte są podmioty biorące udział w inwestycji bez wskazania ich enumeratywnie na dokumencie polisy. Wówczas zmiana wykonawcy zostaje przekazana ubezpieczycielowi bez konieczności wystawiania aneksu. Wpisanie

na polisie firmy wykonawcy jest spotykane, lecz z pewnością jest to rozwiązanie mniej korzystne, gdyż podczas zmiany podmiotu realizującego roboty wystawienie aneksu będzie konieczne.

Pieniądże ważne jak zawsze

Analizując przytoczone zdarzenia od razu narzuca się kontrargument „statystycznie wcale nie upada tak wiele firm wykonawczych, by realnie mieć się czego bać”. Jednak pozostawienie obowiązku ubezpieczenia po stronie inwestora równa się pozostawieniu po jego stronie kontroli nad umową ubezpieczenia, jej jakością oraz powoduje niebagatelne korzyści ekonomiczne. Wykonawca konstruując ofertę dolicza bowiem do niej koszty ubezpieczenia. Zamawiający pośrednio płaci za ubezpieczenie inwestycji, ale gestia ubezpieczeniowa mimo to nie jest po jego stronie. Ponadto, gdy składka jest ukryta w ofercie automatycznie jest także objęta podatkiem VAT (zgodnie z art. 43 ust 1 pkt 37 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług Dz.U.2017.0.1221 tj. usługi ubezpieczeniowe są niego zwolnione). W przypadku aranżacji ubezpieczenia po stronie zamawiającego uzyskuje on więc oszczędność o wysokość VAT, który musiałby zostać zapłacony gdyby gestia należała do wykonawcy. W przypadku dużych inwestycji, w których składka może wynosić od kilku do nawet kilkunastu milionów złotych zaoszczędzona kwota może okazać się niebagatelna. Koniecznym jest jednak zaznaczenie, że powyższy problem dotyczy podmiotów, które VAT –u rozliczyć nie mogą (np. gminy,

samorządy).

Oczywistym jest, że przy pozostawieniu gestii ubezpieczeniowej po stronie inwestora może także dochodzić do analogicznych rozbieżności wynikających z błędów przy aranżacji umowy ubezpieczenia. Nieświadomy zamawiający może przykładowo dążyć do oszczędności wykupując dla realizowanej inwestycji polisę w wąskim zakresie np. z bardzo wysoką franszyzą, która będzie musiała zostać pokryta przez wykonawcę, co może prowadzić do sporów z firmą budowlaną. Aby tego uniknąć, warto zadbać o dobry standard ubezpieczenia już na etapie konstruowania dokumentów przetargowych gwarantując określone warunki, jakie musi spełniać umowa. Pomocna w konstruowaniu takich wymogów może okazać się współpraca z profesjonalnym doradcą jakim jest broker ubezpieczeniowy znającym specyfikę rynku i meandry ubezpieczeń inwestycyjnych.

Grzegorz Romanowicz

*Broker, Specjalista ds.
ubezpieczeń budowlano
- montażowych*

STBU Brokerzy Ubezpieczeniowi

 **STBU**
Brokerzy Ubezpieczeniowi

Sprawdzone
bezpieczeństwo

www.stbu.pl

Wyniki konkurs „Dobre praktyki w zagrożeniu”

Stowarzystwo Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców od lat stara się przenosić na krajowy rynek dobre praktyki w zarządzaniu kontraktami wypracowane przez ekspertów FIDIC. Jako jedyna krajowa organizacja FIDIC staramy się przekonywać uczestników rynku zamówień publicznych, że kontrakty zbalansowane, ze sprawiedliwie przypisanymi stronom ryzykami, z szybką ścieżką rozstrzygania sporów dają większą gwarancję ich ukończenia w terminie i zaplanowanym budżecie.

KAPITUŁA KONKURSU
„DOBRE PRAKTYKI W ZAGROŻENIU”

POWOŁANA PRZEZ PREZESA ZARZĄDU SIDiR W SPOSÓB
 SOBIE TYLKO I WYŁĄCZNIE ZNANY

PRYZNAŁA STATUETKĘ STRAPIONEGO KONSULTANTA
W KATEGORII „ROZGARNIETY INŻYNIER”

Inżynierowi Kontraktu, Andrzejowi Radtkowskiemu

Za stwierdzenie:

„Na wstępie Inżynier chciałby zauważyć, że Wykonawca po raz kolejny błędnie utożsamia Go z Personelem Zamawiającego. Jak wynika z czytanych ze zrozumieniem Subklauzul 1.1.2.4 (Inżynier), 1.1.2. 4 (a) (Konsultant) i 2.3 (Personel Zamawiającego), Inżynier może być uznany co najwyżej za Innego wykonawcę Zamawiającego w rozumieniu przytoczonej Subklauzuli 2.3”

Uzasadnienie:

Kapituła Konkursowa uznała, iż stanowisko Inżyniera Kontraktu, wyznaczonego przez Konsultanta – firmę TPF Sp. z o.o. do działania jako Inżynier dla Kontraktu „Rozbudowa drogi krajowej nr 8 Warszawa – Białystok do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Wyszaków – granica województwa podlaskiego, odcinek Ia – Wyszaków – węzeł „Poręba” (z węzłem) od km. 516+482,66 do km. 529+470,00” zawarte w oficjalnej korespondencji kontraktowej w piśmie IK/TPF/S8-Ia/1.3/14.0/PDe/1646/2017 z dnia 27.01.2017 r. jest godne wyróżnienia z powodu całkowicie nowatorskiego interpretowania definicji Personel Zamawiającego i wyłączenie z tego personelu Inżyniera.

Przyjęcie, że Inżynier może być uznany co najwyżej za innego wykonawcę Zamawiającego jest niegodne powielania i naśladowania, choćby z tego powodu, że jest niezgodne z zasadami FIDIC.

W imieniu Kapituły Konkursowej:



KAPITUŁA KONKURSU
„DOBRE PRAKTYKI W ZAGROŻENIU”

POWOŁANA PRZEZ PREZESA ZARZĄDU SIDiR W SPOSÓB
SOBIE TYLKO I WYŁĄCZNIE ZNANY

PRZYZNAŁA STATUETKĘ STRAPIONEGO KONSULTANTA
W KATEGORII

„KREATYWNY ZAMAWIAJĄCY”

Zamawiającemu – PKP PLK S.A.

*Za kreatywne rozbudowanie Subklauzuli 8.7 [Odszkodowanie umowne za opóźnienie]
we wzorze Umowy dla postępowania 6060/ICZ4/08860/03374/15/P:*

*„Podpunkt cc): w przypadku naruszenia przez Wykonawcę obowiązku przestania pełnego
szczegółowego roszczenia, o którym mowa w SubKLAUZULI 20.1 Warunków Szczególnych w ciągu
42 dni, lub nieuzupełnienia szczegółowego roszczenia pomimo wezwania przez Inżyniera
i upływu dodatkowego terminu 7 dni w wysokości 10 000,00 PLN za każdy dzień opóźnienia.”*

Uzasadnienie:

Kapituła Konkursowa uznała, iż karanie Wykonawcy za nieskorzystanie z jego prawa do składania roszczeń jest kierunkiem słusznym i godnym naśladowania. Należy bowiem zauważyć, że prawa Wykonawcy nie są dane im po to, by z nich korzystali. One są po to, by Zamawiający był pewien, że nawet jak któryś z Wykonawców z prawa danego mu skorzysta, to i tak da się go za to ukarać.

Ponadto, im bardziej rozbudowany jest katalog kar absurdalnych, tym bardziej wesoło i miło jest, co tylko wpływa na efektywniejszą realizację Kontraktu.

I mimo, iż Zamawiający ten modyfikując zapisy SIWZ wykreślił przywołany powyżej zapis, to jednak Kapituła postanowiła podtrzymać swój werdykt, jako że sam fakt, iż ktoś taką karę wymyślił jest godny wyróżnienia.

W imieniu Kapituły Konkursowej:



KAPITUŁA KONKURSU

„DOBRE PRAKTYKI W ZAGROŻENIU”

POWOŁANA PRZEZ PREZESA ZARZĄDU SIDiR W SPOSÓB
SOBIE TYLKO I WYŁĄCZNIE ZNANY

PRYZNAŁA STATUETKĘ STRAPIONEGO KONSULTANTA
W KATEGORII

„PROMOTOR DOBRYCH PRAKTYK”

Pani Iwonie Stępień – Kotlarek

*Za zrozumienie znaczenia „złotych zasad FIDIC” dla sprawnej realizacji kontraktów
drogowych i chęć ich wprowadzenia we wzorach umów GDDKiA*

Uzasadnienie:

Kapituła Konkursowa uznała, iż działania Pani Dyrektor Iwony Stępień
– Kotlarek zmierzające do wprowadzenia we wzorach umów GDDKiA
pięciu „złotych zasad FIDIC” są godne wyróżnienia i pochwał.

To rzadki przypadek, gdy przedstawiciel Zamawiającego publicznego dąży do tego,
by umowy były zbalansowane i dające szansę na rzeczywistą współpracę Stron.

I co istotne, by zawierały tradycyjną fiducowską „szybką ścieżkę rozstrzygania
sporów” poprzez zapisy o Komisjach Rozjemczych i o Arbitrażu.

Jako Kapituła Konkursu życzylibyśmy wszystkim uczestnikom rynku zamówień
publicznych w infrastrukturze jak największej liczby naśladowców Pani Iwony po stronie
odpowiedzialnych za przygotowanie wzorów umów w sprawie zamówienia publicznego,
co w sposób dla Kapituły oczywisty, wpłynęłoby na poprawę relacji pomiędzy
Stronami Kontraktów i na efektywność wydatkowania środków publicznych.

W imieniu Kapituły Konkursowej:



Rażąco niska cena – czyli instrukcja badania rzetelności oferty

■ Anna Packo

W Efezie, znanym i wielkim mieście greckim, istnieje podobno stare, przyjęte od przodków prawo, twarde, ale bynajmniej nie krzywdzące. Według niego architekt podejmując się zamówienia państwowego określa z góry, za jaką cenę je wykona. Po złożeniu kosztorysu majątek jego przejmuje w zastaw państwo, dopóki robota nie zostanie wykonana, po czym o ile wydatki odpowiadają kosztorysowi, architekt otrzymuje pochwalne dekrety i wyróżnienia. Również, jeśli nie przekroczył kosztorysu powyżej jednej czwartej, pokrywa to skarb państwa, a budowniczego nie czeka żadna kara. Jeśli jednak architekt przekroczy kosztorys więcej niż o jedną czwartą, musi niedobór pokryć z własnego majątku. Oby bogowie nieśmiertelni byli sprawili, żeby takie prawo obowiązywało także lud rzymski i to nie tylko przy budowach publicznych, lecz także prywatnych. Nie grasowaliby wtedy bezkarnie nieucy, lecz bez wahania zajmowaliby się budownictwem ci, którzy zdobyli wiedzę przez gruntowne studia. Również i ojcowie rodzin nie byłiby narażeni na niekończące się wydatki prowadzące nieraz do utraty posiadłości, a sami architekci pod grozą kary opracowywaliby sumiennie kosztorysy...” pisał w swoim traktacie „O architekturze ksiąg dziesięć” Marek Witruwiusz w I wieku p.n.e.

Jak widać z powyższego, problem rzetelnej i prawidłowej wyceny kosztorysów ofertowych jest co najmniej tak stary, jak budowle świata antycznego – i niełatwy do rozwiązania. Nie oznacza to jednak, że inwestor – zamawiający nie ma możliwości podjęcia pewnych środków zapobiegawczych pozwalających zminimalizować ryzyko zawarcia umowy z nierzetelnym budowniczym.

W ustawie Prawo zamówień publicznych¹ procedura badania rzetelności ofert w zakresie poziomu ich wyceny została opisana w art. 90 ust. 1a3. Przepisy te opisują jednak tylko główne elementy całego ciągu zdarzeń, który powinien mieć miejsce w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Przed wszystkim należy zauważyć, że proces zmierzający do uzyskania rzetel-

nych ofert rozpoczyna się już w chwili przygotowywania inwestycji, którego elementem w procedurze zamówieniowej jest etap specyfikacji istotnych warunków zamówienia – to właśnie w tym momencie zamawiający powinien rozpocząć przygotowania do badania ofert. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wskazują tu na dwa wspierające narzędzia: opis sposobu przygotowywania ofert i opis sposobu obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 10 i 12 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W prawidłowo przygotowanej specyfikacji zamawiający nie powinien więc ograniczać się jedynie do kwestii „technicznych” zawartości oferty, ale ustalić, w jakim zakresie wykonawcy mają przedstawić koncepcję wykonania zamówienia, a także wskazać, jakie założenia wykonawca powinien przyjąć opracowując ofertę. Dzięki temu zamawiający zyskuje możliwość przymuszenia wykonawców do dokładniejszego przemyślenia swoich ofert, a tym samym

uzyskania ofert rzetelniejszych w swojej treści i bardziej porównywalnych między sobą – przy tym już w chwili otrzymania oferty ma pierwszą podstawę do jej badania i to, ze względu na chwilę złożenia informacji, podstawę najbardziej miarodajną i niepodważalną.

Przy zamówieniach na roboty budowlane taką rolę w dużej mierze spełnia kosztorys ofertowy, jakkolwiek zamawiający, oprócz opisów prac zawartych w przedmiarach czy specyfikacjach technicznych, powinien także ujmować instrukcję jego wypełniania odnoszącą się np. do takich kwestii, jak zakaz stosowania tzw. inżynierii cenowej poprzez nieuzasadnione względami technicznymi przenoszenie wycen pomiędzy jego pozycjami, czy też zakaz wyceniania pozycji niżej niż wynagrodzenie podwykonawców prac opisanych w tych pozycjach (zafałszowuje to późniejsze rozliczenia za wykonane prace zarówno z wykonawcą, jak i podwykonawcami, czy

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.).

też prowadzi do ukrytego zaliczkowania tych prac lub obejścia postanowień umowy co do sposobu płatności – takie zabiegi również pozwalają wykonawcy na korzystniejszą wycenę oferty). Dlatego istotne jest żądanie kosztorysów ofertowych nawet przy wynagrodzeniu ryczałtowym, a także, by z tego dobrego wzoru wyniesionego z robót budowlanych korzystać przy usługach i dostawach, choćby w postaci formularzy cenowych lub mini kosztorysów. Jeżeli przedmiot zamówienia albo niektóre elementy zamówienia nie dają się z góry dokładnie określić lub będą zmienne, założenia należy podać dla celów sporządzenia oferty przy zastrzeżeniu ich weryfikacji w trakcie realizacji umowy.

Niezbędnym etapem badania rzetelności wyceny oferty, jest częstokroć badanie jej poszczególnych założeń – znacznym ułatwieniem może być tu żądanie przedstawienia już na etapie oferty koncepcji wykonania zamówienia. Za znacznie poważniejszą należy bowiem uznać ofertę, w której wykonawca już w tym momencie wykazuje zamawiającemu, że sposób realizacji przyszłej umowy ma z góry prze-myślany i ustalony (nawet jeśli w miarę konieczności potem w tej koncepcji trzeba będzie dokonać pewnych korekt), czyli jakie ma własne moce przerobowe, przy pomocy jakich podwykonawców, podmiotów trzecich i osób będzie zamówienie wykonywał, jakie mają oni osiągnięcia zawodowe, uprawnienia, zawarte umowy lub umowy przedwstępne, w jaki sposób skróci termin wykonania zamówienia itd. Informacje tego typu są zresztą często podawane w ramach żądań dotyczących warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów oceny ofert.

Opisane powyżej kwestie mogą wydawać się oczywiste lub nieistotne, należy jednak zauważyć, że doświadczenie życiowe pokazuje, że w chwili sporu na linii zamawiający – wykonawca, a tym bardziej pomiędzy konkurującymi wykonawcami najbardziej „oczywista oczywistość” przestaje taką być i o wiele łatwiej powołać się na konkretne

postanowienie specyfikacji niż udowadniać nawet podstawowe pojęcia.

Warto też zwrócić uwagę, iż w przypadku stwierdzenia w ofercie nierzetelności czy też pewnych manipulacji, czy to zakresem zamówienia, czy też jego ceną, znacznie łatwiej i wygodniej jest zbadać i wykazać jej niezgodność z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub wynikający z tej niezgodności błąd w obliczeniu ceny oferty (art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych), niż istnienie rażąco niskiej ceny.

Zgodność z przedmiotem i warunkami realizacji zamówienia jest zresztą nieodłącznym elementem badania poprawności ceny, trudno bowiem mówić, czy cena oferty jest rażąco niska, czy też nie, jeśli w ogóle nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, wymaganiom umownym lub sposobu obliczenia ceny. Nie można też porównać między sobą cen ofert, jeśli wykonawcy *de facto* coś innego zaoferowali. Znajduje to zresztą odzwierciedlenie w treści art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „jeżeli zaoferowana cena lub koszt wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Jak stwierdzono powyżej, art. 90 ust. 1a3 ustawy Prawo zamówień publicznych jedynie w głównych zarysach przedstawia założenia procedury wyjaśniania ceny.

Przed wszystkim więc, po powzięciu wątpliwości co do prawidłowości wyceny oferty, zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, a następnie dokonuje oceny tych wyjaśnień (oraz ewentualnie złożonych dowodów). Jeżeli ocena ta potwierdza według niego prawidłowość oferty, akceptuje ją – albo odrzuca, jeżeli uzna, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę (przy czym zamawiający ma dokonać własnej oceny – nie musi udowodnić, że cena danej oferty jest lub nie jest rażąco niska).

W art. 90 ustawy Prawo zamówień pu-

blicznych, podobnie jak w art. 69 dyrektywy 2014/24/UE², ustawodawca podaje przykładowy zakres wyjaśnień, dotyczący zarówno samego wykonawcy, jak i jego oferty: 1. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, sprzyjające warunkom wykonania zamówienia, oryginalność projektu; 2. koszty pracy (nie niższe niż minimalne wynagrodzenia za pracę) i inne koszty wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym; 3. korzystanie z pomocy publicznej; 4. koszty wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska; 5. koszty powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Żądając wyjaśnień zamawiający powinien jednocześnie określić odpowiedni termin na ich złożenie, którego długość powinna być adekwatna do zakresu żądanych wyjaśnień oraz dowodów – tak, aby wykonawca był w stanie te wyjaśnienia i dowody przygotować.

Wyjaśnienia poziomu ceny powinny mieć formę dialogu z wykonawcą – nie wynika to, co prawda bezpośrednio z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ale znalazło się w przepisach dyrektyw oraz orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Art. 69 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE wskazuje wprost, że zamawiający ocenia dostarczone informacje „w drodze konsultacji z oferentem”, odrzucić zaś ofertę może wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów.

Również art. 55 poprzedniej dyrektywy 2004/18/WE³ w ustępie 2. wskazywał, że

2 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Odpowiada mu art. 84 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r., tzw. dyrektywy sektorowej.

3 Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień.

„przez konsultacje z oferentem” zamawiający weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody.

Zatem zarówno poprzednie, jak i obecne przepisy wskazywały, że zamawiający powinien tę ofertę z wykonawcą „omówić”, a co najmniej „skonsultować”, żeby wyjaśnić niejasności i wątpliwości co do ceny.

Również w orzeczeniu z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał, że z ww. artykułu dyrektywy wynika w sposób jasny, że zamiarem prawodawcy unijnego było zaistnienie, w odpowiednim momencie procedury badania ofert, skutecznej debaty na zasadzie kontradyktoryjności pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, aby mógł on wykazać, że jego oferta jest poważna i że jest to wymóg dyrektywy mający zapobiec arbitralności zamawiającego i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach.

Określenia takie jak „konsultacje” czy „debaty na zasadzie kontradyktoryjności” wskazują więc na większe zaangażowanie w wyjaśnienia niż tylko jedno pytanie zamawiającego i jedna odpowiedź wykonawcy.

Jak wynika z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ofertę dyskredytuje przede wszystkim brak wyjaśnień – zamawiający odrzuca ją nie prosząc o kolejne wyjaśnienia (po stronie wykonawcy brak jest chęci dialogu).

W orzecznictwie przyjmuje się przy tym, że wyjaśnienia, które zostały złożone jedynie

wień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

formalnie, ale nie zawierają żadnych konkretnych treści, nie zostały złożone w ogóle (złożono raczej pismo o nazwie „wyjaśnienia” niż wyjaśnienia w znaczeniu treści merytorycznej). W takiej sytuacji zamawiający, kierując się którąś z opcji wskazanych w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, albo może uznać, że wyjaśnień nie złożono, albo ocenić je negatywnie, gdyż nie ma tu możliwości dokonania oceny pozytywnej. Co więcej, zamawiający nie ma faktycznej możliwości kontynuowania procedury wyjaśnień zadając wykonawcy kolejne pytania (kontynuując powyższy dialog).

Przebieg procesu wyjaśnień (ilość etapów) zależał będzie przede wszystkim od stopnia szczegółowości oferty, zatem inaczej będą wyglądały wyjaśnienia w przypadku, gdy oferta zawiera jedynie globalną cenę za wykonanie zamówienia, inaczej, gdy znajduje się w niej ogólny formularz cenowy, a inaczej, gdy szczegółowy kosztorys. Jeśli częścią oferty jest obszerny formularz cenowy lub kosztorys, zamawiający może od razu zwrócić się o wyjaśnienie poszczególnych jego pozycji (wskazując, które pozycje budzą jego wątpliwości i dlaczego) lub o przedstawienie dowodów, że zadeklarowane ceny są realne. Natomiast w przypadku jednej, globalnej ceny oferty rozbieżność wynagrodzenia na poszczególne elementy następuje dopiero podczas wyjaśnień, zatem dopiero po otrzymaniu pierwszej, choćby ogólnej kalkulacji, zamawiający będzie mógł sformułować konkretne pytania dotyczące interesujących go pozycji kalkulacji i poprosić o dowody. Dlatego najczęściej wyjaśnienia nie mogą być jednoetapowe, a zakończenie wyjaśnień na pierwszym etapie jest najczęstszym błędem

zamawiających i powoduje trudności w ocenie złożonych wyjaśnień, a tym samym i oferty. Oczywiście jest bowiem, że im bardziej szczegółowe wyjaśnienia, tym więcej danych, a tym samym, tym łatwiej jest dokonać ich oceny – nawet jeśli będzie ona bardziej pracochłonna.

Błędem zamawiającego będzie także wskazanie jako powodu odrzucenia oferty „istnienie wątpliwości” co do sposobu oszacowania pewnych elementów ceny lub braku informacji w tym zakresie – jeśli zamawiający miał takie wątpliwości, powinien poprosić wykonawcę o ich wyjaśnienie. Istnienie wątpliwości wynikających z braku stosownych pytań zamawiającego nie powinno być interpretowane na niekorzyść wykonawcy. Z kolei brak wyjaśnień, wyjaśnienia ogólnikowe i brak odpowiedzi na konkretne pytania zamawiającego oraz nieudowodnienie pewnych okoliczności (w zakresie, w którym wykonawca był o dowody proszony) powinien skutkować nie tyle „wątpliwościami” zamawiającego, co jego negatywną oceną wyjaśnień.

Wyjaśnienia służą wskazaniu lub weryfikacji kosztów realizacji zamówienia. Niezależnie od podstaw do żądania wyjaśnień wskazanych w art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, a odnoszących się do porównania cen ofert oraz wartości szacunkowej zamówienia, wyjaśnieniom i ocenie podlega już wyłącznie badana oferta.

Poprawnie złożone wyjaśnienia powinny zatem zawierać konkretne dane liczbowe i poczynione założenia odnoszące się do tej oferty, czyli kalkulację, z jej uzasadnieniem i, w miarę możliwości, dowodami na jej poparcie. Jakże to będą koszty i w jakiej wysokości oraz jakie elementy powinna obejmować kalkulacja, zależy od danego zamówienia. Składając wyjaśnienia wykonawca powinien wskazać, co spowodowało możliwość zaoferowania danego poziomu ceny, jej obniżenia oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Przy tym najczęściej wykonawcy nie tyle wyjaśniają przyczyny wyjątkowego obniżenia ceny, co wskazują, że zaoferowali „zwykły” poziom tej ceny.

Aby przynieść prawidłowy wynik badania, wyjaśnienia muszą zawierać informacje

przydatne dla oceny, której zamawiający ma dokonać – a tym samym i samo wezwanie do wyjaśnień musi zostać prawidłowo skonstruowane. Najlepsze bowiem i najbardziej szczegółowe przepisy prawa nie zastąpią istniejącej po stronie zamawiającego i wykonawcy obustronnej współpracy, rzetelności i zdrowego rozsądku oraz chęci otrzymania rzeczywistego rezultatu.

W przywołanym wyroku C-599/10 Trybunał wskazał, że z wymogu zapewnienia skuteczności przepisów wynika, że zamawiający powinien w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do wykonawców, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty.

Tym samym nagminna praktyka zamawiających cytowania jedynie w wezwaniu treści przepisu art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych jest kolejnym błędem zamawiających popełnianym podczas prowadzenia wyjaśnień. Zamawiający powinien wskazać wykonawcy, jakie elementy powinien w swoich wyjaśnieniach ująć, a także, na jakie okoliczności przedstawić dowód (oczekiwanie „ogólne”, a zwłaszcza milczące, dowodów np. na 600 pozycji kosztorysu jest nierealne i stanowi dla wykonawcy nadmierną uciążliwość).

Nie budzi wątpliwości, że ciężar udowodnienia rzetelności zaproponowanej ceny oferty spoczywa na wykonawcy, ale to zamawiający powinien podać mu wskazówki co do kierunku, w którym wykonawca ma wyjaśnienia poprowadzić i przedstawić dowody. Trudno bowiem przedstawiać wyjaśnienia i dowody na okoliczności bliżej nieokreślone. Jeśli więc wykonawca nie otrzyma od zamawiającego pytań w interesujących go kwestiach, udzieli odpowiedzi w zakresie, który sam uzna za najbardziej istotny, choć nie zawsze idący torem oczekiwanym przez zamawiającego. Jeśli więc wykonawca przedstawił wyjaśnienia i dowody, które w jego mniemaniu udowodniły jego stanowisko, zamawiający powinien ewentualnie wskazać inne okoliczności, które wykonawca ma dodatkowo udowodnić lub wyjaśnić.

Zasadą jest, że jeśli zamawiający formułuje konkretne pytania, wykonawca musi w wyjaśnieniach na nie odpowiedzieć, in-

czej prawdopodobnie wyjaśnienia zostaną ocenione negatywnie. Jednak wykonawca może wykraczać poza pytania zamawiającego. Podobną zasadę stosuje się do dowodów, które są częścią wyjaśnień. Wykonawca zatem może je przedstawić z własnej inicjatywy, jak i zamawiający może ich zażądać dla pewnych okoliczności, w szczególności wykazania, że wykonawca jest w stanie dane koszty ponieść właśnie we wskazanej wysokości, np. cena materiałów, wynagrodzenie dla pracowników czy podwykonawców.

Brak dowodów nie stanowi formalnej przyczyny nieuznania wyjaśnień czy odrzucenia oferty (zresztą wyjaśnienia własne wykonawcy także są rodzajem dowodu), ale może spowodować, że zamawiający dojdzie do wniosku, że bez dodatkowych, „zewnętrznych” dowodów wyjaśnienia nie są przekonujące i dokona negatywnej ich oceny.

Aby wyjaśnienia i dowody mogły być uznane za przekonujące, muszą m.in. dotyczyć możliwości i czynników dostępnych samemu wykonawcy składającemu wyjaśnienia, przy realizacji danego zamówienia, którego dotyczą. Nie zawsze bowiem fakt, że w przeszłości ten sam lub inny wykonawca zakupił dane materiały czy usługi po atrakcyjnej cenie oznacza, że możliwość taka będzie istniała także przy realizacji przyszłej umowy.

Ocena oferty w zakresie ceny nie może też odbywać się wyłącznie „na dzień składania ofert”, jak to się często wskazuje, gdyż oferta już z samego założenia dotyczy okresu przyszłego, czyli realizacji umowy. Nie może więc odnosić się wyłącznie do stanu, który istniał w chwili złożenia oferty, lecz musi obejmować okres, przez który będzie obowiązywała umowa, przynajmniej w zakresie warunków i wydarzeń, które nie wchodzą w zakres nadzwyczajnej zmiany okoliczności.

Samo badanie złożonych wyjaśnień i oferty to najczęściej żmudne analizowanie kolejnych pozycji wyceny. Dokonując oceny, aby uzyskać prawidłowy wynik badania, zamawiający musi kierować się własną wiedzą o realiach rynku oraz własnym zdrowym rozsądkiem i doświadczeniem w zakresie realizacji danego typu zadań, rozważając,

w jakim stopniu wyjaśnienia są racjonalne i przemyślane, a założenia i prognozy kosztów i zysków realne, na jakich podstawach zostały oparte, jak bardzo zagwarantowana jest wskazywana cena danych materiałów i usług, czy możliwy jest ich wcześniejszy zakup do magazynu itd.

Jak wskazuje praktyka, im dłuższy i bardziej skomplikowany kontrakt, tym ostrożniejsze muszą być szacunki i większa rezerwa wykonawcy, a nawet wieloletnie doświadczenie wykonawcy w branży nie jest w stanie uchronić ani jego, ani inwestora przed przykrymi konsekwencjami niedoszacowanej oferty.

Na zakończenie należy przypomnieć, że choć z treści art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przywołanego powyżej art. 69 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE można wywieść, że zamawiający nie jest zobowiązany do udowodnienia, czy cena badanej oferty jest, czy też nie jest rażąco niska (dokonuje on jedynie w tym zakresie własnej oceny), to dokonana ocena, czy to pozytywna, czy negatywna, powinna zostać przez zamawiającego uzasadniona – jest to wymogiem zasad ogólnych postępowania: przejrzystości oraz uczciwej konkurencji.

Anna Packo

Prawnik
Członek Krajowej
Izby Odwoławczej

Prawdy i mity pozacenowych kryteriów oceny ofert – ujęcie praktyczne

■ Marcin Skromak

W dniu 28 lipca 2016 roku na świecie i w Polsce pozornie nie wydarzyło się nic szczególnego. Dzień jak co dzień, piękna letnia pogoda. Jednak dla zamawiających i wykonawców w Polsce to data o bardzo istotnym znaczeniu. W tym dniu weszła w życie ustawa z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 roku poz. 1020). Ustawa ta, w sposób niezwykle szeroki, nowelizowała ustawę z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej zwaną „ustawą PZP”). Jedną z kluczowych był pakiet zmian odnoszących się do kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej.

Niniejszy artykuł przedstawia spojrzenie praktyczne na jeden z istotnych celów tej nowelizacji, jaką było wzmocnienie pozacenowych kryteriów oceny ofert. Po przytoczeniu odpowiednich przepisów autor przedstawi przykłady odpowiedzi rynku (czyli zamawiających) na ten postulat ustawodawcy oraz subiektywną, lecz opartą na własnych, wieloletnich doświadczeniach w bezpośrednim doradztwie dla zamawiających, udziale w komisjach przetargowych oraz rozmowach z personelem odpowiedzialnym za przygotowanie i realizację procedur zamówień publicznych, ocenę realizacji tego celu nowelizacji ustawy PZP. Uzupełnieniem artykułu będzie prezentacja w toku konferencji, kiedy to przedstawione zostaną konkretne przykłady dobrych praktyk w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert i ich ocena.

Brzmienie kluczowych przepisów sprzed i po nowelizacji było następujące:

Art. 2 pkt 4 przed nowelizacją: Ilekroć w ustawie jest mowa o: najkorzystniejszej ofercie – należy przez to rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać

w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego;

Art. 2 pkt 4 po nowelizacji: Ilekroć w ustawie jest mowa o: najkorzystniejszej ofercie – należy przez to rozumieć ofertę:

a) która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo

b) z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt;

Art. 91 ust. 2 przed nowelizacją: Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji.

Art. 91 ust. 2 po nowelizacji: Kryteriami

oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Bez wątpienia najważniejsza zmiana (dlaczego najważniejsza, o tym dalej), **art. 91 ust. 2a przed nowelizacją:** Kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe,

z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Art. 91 ust. 2a po nowelizacji: Zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3.

Dodano również kolejne ustępy tego artykułu o brzmieniu:

2b. Zamawiający może ustalić stałą cenę lub koszt, jeżeli przepisy powszechnie obowiązujące lub właściwy organ określiły stałą cenę lub koszt. W takim przypadku ofertę wybiera się w oparciu o inne kryteria oceny ofert niż cena.

2c. Kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

2d. Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Głównym celem nowelizacji ustawy PZP była implementacja dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady:

– dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.), zwanej „dyrektywą klasyczną”, oraz

– dyrektywy 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.), zwanej „dyrektywą sektorową”.

Natomiast wprowadzenie w art. 91 ust. 2a 60% limitu dla ceny jako kryterium oceny ofert z potrzeby implementacji dyrektyw nie wynikało. Jak czytamy w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej, celem było wzmocnienie przepisów o stosowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert. Faktycznie ówczesnie na rynku rządziło niepodzielnie kryterium najniższej ceny, a pozostałe kryteria służyły za przysłowiowy „kwiatek do kożucha”. W tzw. powszechnym odczuciu społecznym, ale również i w wypowiedziach wielu wykonawców, praktyka stosowania kryterium najniższej ceny była piętnowana jako przyczyna niemal wszystkich patologii zamówień publicznych, wliczając zwłaszcza problemy z jakością robót, usług i dostaw, płynnością finansową wykonawców robót, usług i dostaw, brakiem innowacyjności w zamówieniach itd. Cudownym panaceum na te bóle miało być powszechne stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert. Jako przyczyny stosowania kryterium najniższej ceny wymieniano przyzwyczajenia i wygodę zamawiających, trudność w sformułowaniu innych, niż cena kryteriów oceny ofert, podejście instytucji kontrolnych czy obawę przed przewlekaniem postępowań przy zastosowaniu bardziej skomplikowanych kryteriów oceny ofert. Bez wątpienia wprowadzenie 60% limitu można nazwać rozwiązaniem radykalnym i wyrazem braku zaufania ustawodawcy do miękkich środków perswazji na zamawiających. Gwoli usprawiedliwienia ustawodawcy, wskazać można, że wcześniejsze „miękkie” środki perswazji ustawodawcy były nieskuteczne.

Obserwowane natychmiastowe efekty nowelizacji były dwa. Po pierwsze, „wypchnięcie” maksymalnej ilości postępowań przed wejściem nowelizacji w życie (nawet kosztem jakości ich przygotowania) i po drugie, spadek (przez pewien czas) nowych postępowań po jej wejściu, przy wyczekiwaniu zamawiających na pojawienie się praktyki stosowania nowych rozwiązań ustawy PZP. A zwłaszcza wyczekiwanie na konkretne, rozsądne przykłady.

Pracownicy odpowiedzialni za przeprowadzenie procedur zamówień publicznych przygotowujący nowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanęli przed dużym problemem, jakim było wymyślenie kryteriów, które wypełniłyby wagę aż 40%. Nie dało się już utrzymać poprzedniej praktyki windowania kryterium ceny do poziomu ponad 90% i wypełniania do stu

kryterium pomocniczym (typowy przykład: okres gwarancji – rękami). Każdy miał świadomość, że uzasadnienie stosowania przykładowo kryterium okresu udzielonej gwarancji i rękami do wagi 40% jest niewykonalne z merytorycznego punktu widzenia i przesłanek racjonalności.

Analiza ogłoszeń o zamówieniach publicznych wszczynanych po 28 lipca 2016 roku ujawnia następujące przykładowo stosowane kryteria (analizowano ogłoszenia powyżej progów unijnych – wybrane całkowicie losowo spośród jednostek nieobsługiwanych przez autora):

GDDKiA:

1. okres rękami (gwarancji) za wady – waga 20%; doświadczenie kierownika robót drogowych – waga 20%;
2. termin realizacji kontraktu, Personel Wykonawcy, właściwości przeciwpoślizgowe nawierzchni, równość podłużna nawierzchni, zagospodarowanie gruntu rodzimego,,²
3. termin realizacji kontraktu, Personel Wykonawcy, właściwości przeciwpoślizgowe nawierzchni, równość podłużna nawierzchni,

samorządy:

4. gwarancja – waga 20%, doświadczenie kierownika budowy – waga 20%,
5. okres rękami – waga: 15%, wysokość kary umownej za każdy dzień opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy – waga: 20%, termin udostępnienia do ruchu ronda – waga: 5%,
6. zatrudnienie osób bezrobotnych zarejestrowanych w Powiatowym Urzędzie Pracy – waga: 10%, przedłużenia minimalnego okresu gwarancji jakości i rękami na roboty budowlane – waga: 10%, przedłużenie minimalnego (24 miesiące) okresu gwarancji jakości i rękami w zakresie dostarczonych w ramach zamówienia urządzeń i sprzętu – waga: 10%, przedłużenie minimalnego (36 miesięcy) okresu gwarancji jakości i rękami w zakresie zieleni i jej pielęgnacji – waga: 10%.
7. W zakresie postępowania ad.2 powyżej,

1 GDDKiA O/Szczecin, post. wszczęte 20 lutego 2017 roku; nr przetargu GDDKiA O.Sz.D-3.2412.5.2017

2 GDDKiA O/Warszawa post. wszczęte 9 lutego 2017 roku; nr przetargu O.B.I.D-3.2410.2.2017,

z informacji na stronie zamawiającego wynika, że złożono 11 ofert, wszyscy wykonawcy zadeklarowali identyczny poziom kryteriów pozacenowych (postępowanie opisane w odnośniku nr 2). Dla postępowania opisanego w odnośniku nr 3 złożono 8 ofert, wszyscy wykonawcy zadeklarowali ten sam poziom kryteriów pozacenowych technicznych (niewielkie różnice dotyczyły wyłącznie doświadczenia personelu).

W zakresie postępowania ad. 3 powyżej złożono 5 ofert, przy czym wszyscy wykonawcy zadeklarowali identycznie kryteria pozacenowe. W postępowaniu ad. 5 powyżej złożono 5 ofert; w zakresie kryteriów pozacenowych jedynie jedna oferta przewidywała dłuższy termin udostępnienia do ruchu ronda. W zakresie postępowania ad. 6 brak ofert na dzień sporządzenia niniejszego referatu (termin przedłużony jeszcze nie upłynął).

Jak pokazała dalsza praktyka GDDKiA, we wszystkich postępowaniach (autor analizował wyłącznie rozstrzygnięcia w postępowaniach nadprogowych na roboty budowlane), wygrywała cena, a prawie wszyscy wykonawcy nie mieli problemu z uzyskaniem maksymalnej punktacji za kryteria pozacenowe. Praktyka niżej podpisanego autora wskazuje, że jeżeli chodzi o roboty budowlane, wygrana postępowania (na roboty budowlane w systemie wbuduj) na bazie kryteriów innych niż, cena, zdarza się wyjątkowo rzadko.

Tyle zostało z intencji ustawodawcy. Ustawodawca poległ zatem na całej linii, niemniej jednak należy zastanowić się nad dwiema sprawami; po pierwsze, jakie są rzeczywiście tego przyczyny oraz czy pomysł ogólnego 60% limitu dla wszystkich postępowań w ogóle był racjonalny. Przeanalizujemy zatem te przyczyny okiem praktyka pracującego na co dzień z osobami odpowiedzialnymi za tworzenie SIWZ oraz prowadzenie postępowań.

Na wstępie można zarysować wizję, jak powinno przebiegać przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w myśl intencji ustawodawcy. Przypomnieć należy bowiem, że zgodnie z ustawą PZP, kryteria oceny ofert mają być jednoznaczne, zrozumiałe, umożliwiające sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców, związane z przedmiotem zamówienia oraz oczywiście nie mogą odnosić się do właściwości wykonawcy. Hektolitry atramentu wylano dla omówienia tych

przesłanek. Tymczasem życie dopisało jeszcze do tej listy co najmniej następujące postulaty (dotyczące kryteriów innych niż cena):

1. kryteria muszą się dać obronić przed kontrolą uprawnionych instytucji, w tym tzw. „trzyliterowych”,
2. kryteria nie mogą zagrażać sprawności postępowania i muszą się dać obronić przed Krajową Izbą Odwoławczą,
3. najlepiej, żeby były to kryteria sprawdzone winnych postępowaniach,
4. kryteria powinny być zrównoważone, toznaczy wielkość wagi przypisanej danemu kryterium powinna w jakiś sposób korespondować z logiką i racjonalnością,
5. kryteria nie powinny dawać możliwości nadmiernej kombinacji wykonawcom.
6. Spośród powyższych, kluczowy jest postulat pkt 1. Zamawiający, z czego z reguły wykonawcy nie zdają sobie sprawy, podlegają bowiem względnie mogą podlegać kontroli wielu instytucji: Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Regionalnej Izby Obrachunkowej (jednostki samorządu terytorialnego), Urzędu Kontroli Skarbowej, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Policji, Prokuratury, Najwyższej Izby Kontroli, kontroli resortowej (dla administracji rządowej), kontroli jednostek odpowiedzialnych za wydatkowanie funduszy unijnych w rodzaju Centrum Unijnych Projektów Transportowych, Wojewódzkiego czy Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska, Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, urzędów marszałkowskich i innych. Każda z tych instytucji, a niektóre zwłaszcza, mogą zadać pytanie, dlaczego zamawiający (a w praktyce konkretne osoby) zastosowały dane kryterium i w tej wadze. Pytanie to ma mocny wydźwięk zwłaszcza w sytuacji, w której wskutek zastosowania innych niż cena kryteriów, wygrała oferta z ceną wyższą, niż najniższa. Dodajmy, że niektóre z tych instytucji pytanie zadają w zdecydowanie bardziej stresujący sposób, doszukując się z zasady niemal zastosowania mechanizmów korupcyjnych.

Mówiąc konkretnie, przykładowo przy wadze danego pozacenowego kryterium 10% (np. okres gwarancji 3 lata – 0 pkt, 10 lat

– 10 pkt), jeden z wykonawców dając cenę 100 mln i standardowy okres gwarancji przegrał postępowanie z wykonawcą, który dał cenę 109 mln i 10-letnią gwarancję. W toku kontroli trzeba odpowiedzieć na pytanie, jakie względy uzasadniły to, że za tą samą robotę wydatkowano o 9 milionów więcej i czy dane kryterium rzeczywiście jest tyle warte. Trudność odpowiedzi polega na tym, że kryteria inne, niż cena z zasady są dużo mniej konkretne i mierzalne, niż cena. A przy niektórych instytucjach brak uzasadnienia odpowiedzi jest jednoznaczny z odpowiedzialnością karnoprawną, gdyż, jak wskazano wcześniej, daną robotę, usługę czy dostawę można było wykonać przy wydatkowaniu mniejszej ilości środków publicznych. Każdy bowiem urzędnik zna słynny przepis art. 231 kodeksu karnego (nadużycie uprawnień przez funkcjonariusza publicznego), będący wielkim, pojemnym workiem niemal bez dna, do którego wrzucić można wszystko i każdą sprawę.

Postulat drugi, czyli to, że kryteria nie mogą zagrażać sprawności postępowania i muszą się dać obronić przed Krajową Izbą Odwoławczą jest również istotny. Nie znam zamawiającego, u którego nie występuje presja na szybkie przeprowadzenie postępowania i szybką realizację zamówienia. Presja kierownictwa czy presja instytucji współfinansujących zamówienia kierowana jest zawsze w pierwszej kolejności na wydział czy komórkę zamówień publicznych. Kryteria skomplikowane, wiele kryteriów, kryteria ocenne, pozwalające na różne interpretacje, choć często ciekawe w teorii, to w praktyce znacząco zwiększają ryzyko przewleczenia postępowania czy skutecznego kwestionowania czynności zamawiającego przed Krajową Izbą Odwoławczą, czy Sądem Okręgowym. Dodajmy, że wydziały czy komórki zamówień publicznych z reguły są jednymi z najbardziej obciążonych pracą u zamawiających z jednej strony, a od ich sprawności zależy wydatkowanie niemal każdej publicznej złotówki przez instytucje sektora finansów publicznych.

Postulat trzeci, jakim jest to, aby kryteria były sprawdzone w innych postępowaniach jest związany oczywiście z postulatem drugim, ale i wynika ze zwykłej ludzkiej cechy obecnej u każdego z nas, jakim jest lenistwo. Jeżeli coś jest sprawdzone, to jest bezpieczne i ma tą cenną z punktu widzenia pracownika cechę, że pozwala na posłużenie się niepodważalnym argumentem „przecież zawsze tak było i było dobrze”. No i zapracowani po prostu zwyczajnie nie mają czasu dla wymyślenia

nowości.

Postulat czwarty, to jest to, aby wielkość wagi przypisanej danemu kryterium powinna w jakiś sposób korespondować z logiką i racjonalnością, po części został opisany przy omówieniu postulatu pierwszego. Bynajmniej jest on dość często pomijany, jednak większość z nas instynktownie powstrzyma się przed rozwiązaniami w rodzaju 40% waga kryterium gwarancji i rękojmi. Instynkt wspiera rozum i logika, które wspólnie powinny zadziałać jako przysłowiowa czerwona lampka. Mówiąc poważniej, waga każdego kryterium powinna w perspektywie ewentualności wytłumaczenia się z wyboru oferty z wyższą ceną, dać się wytłumaczyć logicznymi i racjonalnymi argumentami. Na przykład korzyścią dla zamawiającego lub społeczności lokalnej czy zabezpieczeniem zamawiającego przed rzeczywistymi ryzykami mogącymi wystąpić w toku realizacji zamówienia itp.

Postulat piąty, to jest to, aby kryterium nie dawało nadmiernej możliwości kombinowania wykonawcom, może na pierwszy rzut oka brzmieć kontrowersyjnie, jednak dla każdego praktyka czy to od zamawiających, czy wykonawców, jest dość oczywiste. Kryterium nie może prowadzić do sytuacji, w której o wygranej (być może droższej oferty) decyduje kreatywność wykonawcy w wymyśleniu sposobu na obejście w toku realizacji zamówienia, zadeklarowanego zakresu wypełnienia danego kryterium. Prowadzić to będzie bowiem do kłopotliwej dla zamawiającego na etapie realizacji zamówienia rozbieżności pomiędzy tym, czego zamawiający oczekiwał, a tym, co rzeczywiście dostał.

Co więcej, w ramach tego postulatu, kryterium nie może zachęcać wykonawców do deklarowania niewykonalnych potem zobowiązań. O ile bowiem rozsądny wykonawca dwa albo trzy razy rozważy wszystkie za i przeciw możliwości spełnienia wymagań dla danego kryterium, to wykonawca nierozsądny, jakich nie ma, zadeklaruje poziom maksymalny, którego potem nie będzie w stanie nijak zrealizować.

Przekładając powyższe na to, jak faktyczne wygląda techniczne przygotowanie i przeprowadzenie postępowania, wskazać należy, co następuje (dokonując niezbędnych skrótów uzasadnionych potrzebami zwięzłości treści).

Standardowo wydział merytoryczny, a w praktyce wyznaczony pracownik tej komórki, przygotowuje

wniosek do wydziału zamówień publicznych, na sformalizowanym aktem wewnętrznym pochodzącym od kierownika zamawiającego formularzu, zawierający m.in. opis kryteriów oceny ofert, propozycje członków komisji przetargowej, opis przedmiotu zamówienia, sposób finansowania, szacowanie itp. oraz wzór umowy parafowany przez radcę prawnego. Następnie odbywa się zbieranie wymaganych podpisów pod wnioskiem (w międzyczasie m.in. zdobycie parafy radcy prawnego pod wzorem umowy) i wniosek trafia do wydziału zamówień publicznych do dalszej obróbki.

Czytając zapisy ustawy PZP dotyczące tego, jak powinno wyglądać kryterium i co nim może być, to poza ceną, ustawa wymienia:

- 1) *jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;*
- 2) *aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;*
- 3) *aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;*
- 4) *aspekty innowacyjne;*
- 5) *organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;*
- 6) *serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji).*

Pracownik wydziału merytorycznego powinien zatem przeanalizować przedmiot zamówienia i samodzielnie, a być może we współpracy z innymi pracownikami merytorycznymi, prawnikiem i pracownikiem wydziału zamówień, szczegółowo rozważyć możliwość zastosowania zwłaszcza pkt (1), (4), (5) i (6). A jak już coś wymyśli, musi to opisać w sposób jednoznaczny, zrozumiały i sprawdzalny. W praktyce pracownik przygotowujący, względnie komórka merytoryczna samodzielnie odpowiada za sformułowanie kryteriów i:

1. nie posiada wiedzy o możliwych parametrach technicznych czy aspektach innowacyjnych, mogących stanowić kryterium jakościowe,
2. nie ma w ogóle parametrów technicznych czy eksploatacyjnych mogących stanowić kryterium

(szczególne częste przy robotach realizowanych w systemie „wybuduj”),

3. nawet jeżeli ma wiedzę (czy też raczej wyobrażenie o możliwych kryteriach), to nie potrafi opisać w sposób jednoznaczny, zrozumiały,
4. z uwagi na obciążenie pracą nie ma czasudła przygotowania takich kryteriów,
5. z uwagi na szczupłość zasobów nie ma możliwości pozyskania konsultacji zewnętrznych,
6. stoi w perspektywie wielokrotnego zwrotu wniosku z wydziału zamówień jako niespełniającego wymagań ustawowych (zwrot bez wskazania propozycji brzmienia kryterium),
7. działa w sytuacji presji czasowej i przeciążenia obowiązkami,
8. ma świadomość ewentualności głębokiego niezadowolenia przełożonych w razie przegranej w KIO i konieczności zapłaty kosztów.

W tej sytuacji zaryzykować można twierdzenie, że mitem jest to, że ustawowe zasady opracowania kryteriów mają pierwszoplanowe znaczenie. Prawdą jest natomiast, że w większości przypadków, kryteria pozaustawowe, których próbę wyszczególnienia podjęto powyżej, mają kluczowe znaczenie. A z punktu widzenia wymienionych tam postulatów i spokojnego snu pracowników zamawiających, najważniejszy postulat i jednocześnie prawda można streścić w zdaniu: „najlepiej, jakby w wyniku zastosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert i tak wygrała cena”. Zaletą takiego rezultatu postępowania jest zasadniczo brak „pretensji” organów kontrolnych. Wadą – budowanie sztucznych kryteriów, które i tak doprowadzą do wyboru w oparciu o najniższą cenę.

Przechodząc dalej, należy podjąć próbę odpowiedzi na pytanie, jak prawidłowo wypełnić ustawowe 40%, aby spełnić wyżej zarysowane postulaty. Można oczywiście udać, że tych postulatów nie ma, można podejmować próbę wyeliminowania czynników, które leżą u podstaw ich istnienia (jak na przykład praktykę organów kontrolnych, złe rozumianą wygodę zamawiających itp.) Są to jednak działania obliczone na długi czas, a zamówienia trzeba realizować tu i teraz. Spróbujmy zatem zarysować pewne wskazówki, które mogą być pomocne. Rozwinięcie tych wskazówek przedstawione zostanie w toku prezentacji ze wskazaniem dobrych

praktyk.

Z pewnością odmienne rozwiązania zastosować należy w zależności od rodzaju zamówień. W przypadku niektórych rodzajów zamówień o określonym przedmiocie otwierają się bowiem szerokie możliwości skorzystania z pozacenowych kryteriów oceny ofert. W zakresie procesu budowlanego takimi zamówieniami są zamówienia na usługi intelektualne, czyli zasadniczo usługi projektowe i usługi inżyniera kontraktu. W tego rodzaju zamówieniach można bowiem bez problemu stosować kryterium kwalifikacji i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, gdyż bez wątplenia mają one istotne znaczenie dla jakości wykonania zamówienia. Inaczej, jak przy robotach budowlanych, gdzie posługiwanie się tego rodzaju kryterium budzi wątpliwości. Jaki bowiem wpływ – przy ustalonej jakości (a musi to być wpływ istotny) na jakość wykonania roboty budowlanej ma doświadczenie kierownika budowy czy dyrektora kontraktu? W zakresie usług intelektualnych można również stosować kryteria związane z polepszeniem jakości świadczenia wykonawcy w trakcie realizacji umowy czy też skrócenia kontraktowych terminów na podejmowanie decyzji. Przykłady dobrych praktyk autor przedstawił w toku prezentacji na konferencji.

W zakresie robót budowlanych i dostaw jest dużo trudniej. Niektóre dostawy (jak na przykład tabor komunikacji publicznej) również charakteryzują się szeroką możliwością stosowania kryteriów pozacenowych. Podobnie te roboty budowlane, które dotyczą wykonania (lub zaprojektowania i wykonania) obiektu użytkowego media czy przetwarzającego jakiś produkt w inny. Wszędzie tam można i należy dążyć do optymalizacji procesów technologicznych pod kątem zużycia energii czy też polepszenia parametrów produktu. Jeżeli eksploatacja przedmiotu dostawy wiąże się z wykorzystaniem (a co idzie zużyciem) infrastruktury zamawiającego, czy też ponoszeniem kosztów obsługi technicznej, dążyć można do ich minimalizacji.

Jakie jest jednak rozwiązanie w zakresie typowych robót infrastrukturalnych, jak budowa czy przebudowa drogi, infrastruktury szynowej, obiektu mostowego itp. W odniesieniu do tego rodzaju robót standardy jakościowe są przecież opisane w projekcie budowlano-wykonawczym i specyfikacji wykonania i odbioru robót. Jak wskazano wcześniej,

próby kreacji kryteriów jakościowych w rodzaju równości nawierzchni czy jej właściwości antypoślizgowych i tak prowadzą do wyboru opartego o najniższą cenę. Kryteriom w rodzaju skrócenia terminu realizacji (względnie wcześniejsze udostępnienie pewnej części robót), czy okres gwarancji, nie można przypisać zbyt dużej wagi. Dodatkowo zbyt długi okres rękojmi i gwarancji w praktyce obraca się przeciwko zamawiającemu.

Jedną z propozycji jest posłużenie się kryterium przejścia ryzyk, zwłaszcza dla kontraktów realizowanych wg FIDIC. Istotnym elementem Warunków Kontraktowych FIDIC są bowiem kwestie związane z ryzykiem. Kwestii ryzyka i odpowiedzialności poświęcona jest w całości Klauzula 17 FIDIC; najistotniejsza jest Klauzula 17.3 [Ryzyko Zamawiającego], określająca zakres ryzyk leżących po stronie Zamawiającego. W praktyce kontraktowej najistotniejsze znaczenie mają: lit. (d) amunicja – innymi słowy niewybuchy i niewypały na budowie, lit. (g) projekt, lit. (h) nieprzewidywalne działania sił natury. Spośród klauzul dotyczących ryzyk, a umiejscowionych w innych miejscach czerwonej książki niż Klauzula 17, najistotniejsze są: Klauzula 4.24 Wykopaliska (dotycząca zasadniczo znalezisk archeologicznych) oraz Klauzula 4.12 Nieprzewidywalne warunki fizyczne. Wszystkie te ryzyka (choć ich wykaz bywa modyfikowany) leżą po stronie Zamawiającego, a Wykonawcy w razie ich wystąpienia co do zasady przysługuje roszczenie terminowe i kosztowe.

Przygotowując SIWZ zawierający przejęcie ryzyk należy najpierw postawić sobie pytanie, jakie ryzyka faktycznie mogą na terenie danej budowy wystąpić. Czy budowa prowadzona jest częściowo na terenie byłego poligonu lub na terenie intensywnych działań wojennych (w grę wchodziłoby wówczas ryzyko wystąpienia niewybuchów i niewypałów); czy może na terenie możliwych znalezisk archeologicznych (np. w centrum historycznego miasta, gdzie dany układ komunikacyjny nie ulegał zasadniczej zmianie od średniowiecza)? A może dany zamawiający ma nie najlepsze zdanie o jakości pracy projektanta (w grę wchodziłoby wówczas przejęcie ryzyka projektowego)? Czy niezależnie od jakości projektanta, z uwagi na uwarunkowania historyczne, możliwe jest wystąpienie niezewidencjonowanych sieci podziemnych czy istotnych niezgodności pomiędzy ewidencją a stanem rzeczywistym. Wpisywanie do SIWZ

przejęcia ryzyk, których wystąpienie na danym terenie czy w danych warunkach jest bliskie zeru, logicznie rzecz biorąc jest bez sensu. Takie kryterium byłoby czysto wirtualne i niepowiązane z realiami danego zamówienia.

Wybrawszy ryzyka, należy zdecydować o wadze danego ryzyka w kryteriach oceny ofert. W ocenie autora, przejęcie ryzyk nie powinno mieć wyższej wagi, niż kilka procent dla danego ryzyka. Decydując o wadze należy mieć na względzie wytłumaczalność danego kryterium.

Kolejnym, dużo trudniejszym, aczkolwiek najistotniejszym etapem jest określenie, co tak naprawdę przejęcie ryzyka ma oznaczać dla stron? Czy chodzi wyłącznie o przejęcie ryzyka terminowego (przedłużenie Czasu Na Ukończenie), czy też może i finansowego (Kosztu). Jeżeli tak, to w jakim zakresie? Nielimitowanym, czy może należałoby zlimitować (termin i Koszt). W ocenie autora nie należy dążyć do przejmowania przez wykonawców ryzyka kosztowego, a przejęcie ryzyk ograniczyć wyłącznie do ryzyka terminowego, dodatkowo jeszcze je limitując (ograniczając liczbą dni). Wychodząc bowiem z założenia, że kontrakt ma być mimo przejścia ryzyk nadal dobrym interesem dla obu stron, uczciwość wymaga, aby nie przerzucać na wykonawcę kosztów, których policzyć się po prostu nie da. Wbrew pozorom, byłoby to również niezgodne z interesem zamawiającego. Dobry odpowiedzialny wykonawca nie weźmie udziału w kontrakcie, w którym ryzyk policzyć nie może. Zamawiającemu pozostają albo ci wykonawcy, którzy nie doczytają tak naprawdę, co przejmują, desperaci szukający roboty za wszelką cenę lub ryzykanci bezpodstawnie sądzący, że okoliczności przejętego ryzyka nie wystąpią. W ostateczności dywersanci, po których trzeba poprawiać. We wszystkich tych przypadkach skutki dla budowy będą opłakane.

Rozsądne jest natomiast (o czym dalej) przeniesienie na stronę wykonawcy przy przejęciu danego ryzyka jedynie pewnych kosztów. W przeciwieństwie do ryzyka kosztowego, przejęcie ryzyka terminowego i jeszcze rozsądnie zlimitowanego (ograniczonego liczbą dni) jest policzalne, przewidywalne i powinno zmotywować rozsądnego wykonawcę do zastosowania środków zaradczych. Są nimi przede wszystkim właściwa organizacja budowy (np. przeniesienie ryzyk na wstępny etap robót – zwłaszcza łatwe do wykonania dla ryzyka niewypałów i niewybuchów),

przeprowadzenie dodatkowych badań geologicznych, dodatkowe rozpoznanie sieci podziemnych, optymalizacja metod budowy itp.). W każdym razie rozsądne zastosowanie ryzyk jako kryterium zwiększa znacząco prawdopodobieństwo, że wykonawca należycie rozważy organizację budowy jeszcze przed złożeniem oferty, co bynajmniej jest nieczęstym zjawiskiem.

Zwrócić uwagę należy na:

1. dokładne zdefiniowanie, co wykonawca przejmuje,
2. przejście wyłącznie ryzyka terminowego ograniczonego limitem,
3. wyraźne zaznaczenie, jakich ryzyk (okoliczności) wykonawca nie przejmuje (m.in. kosztów czy ryzyka przedłużonego postępowania w sprawie zmiany decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej),
4. nałożenie na wykonawcę dodatkowych obowiązków związanych z przejętym ryzykiem (badania, dokumentacja itp.).
5. Praktyka zastosowania powyższych kryteriów pokazała, że wykonawcy i tak zawsze deklarowali poziom

maksymalny, a zatem o wyborze decydowała cena. Jedyną korzyść dla zamawiającego miała miejsce na etapie realizacji zamówienia, kiedy okoliczności objęte przejętym ryzykiem faktycznie wystąpiły.

Całość powyższych wywodów odnoszących się do możliwości zastosowania kryteriów pozacenowych w typowych robotach infrastrukturalnych prowadzi do prawdziwego, aczkolwiek smutnego wniosku, że takich „prawdziwych” kryteriów po prostu stworzyć się nie da, a przynajmniej nie w wadze 40%. Trzeba stanowczo stwierdzić, że w odniesieniu do typowych robót infrastrukturalnych, rzetelne (czyli rzeczywiste) stosowanie kryteriów w wadze 40% jest po prostu niemożliwe, a zapisy ustawy w tym zakresie nierealizowane. O ile jako ze wszech miar słuszny ocenić należy kierunek ustawodawcy premiowania pozacenowych kryteriów, to wciskanie ich na siłę do każdego rodzaju roboty budowlanej jest bez sensu i nie przyniesie, bo przynieść po prostu nie może, pożądanych efektów. Mitem jest również założenie, że kryterium cenowe jest złe. Przeciwnie, jest to bardzo dobre kryterium dla większości postępowań realizowanych w systemie

buduj, o ile Zamawiający dysponuje dobrą jakościowo dokumentacją techniczną, w miarę zrównoważonym kontraktem oraz zespołem ludzkim (w tym zespołem inżyniera kontraktu i prawnym) o wysokich kwalifikacjach.

W ocenie autora bolączek zamówień publicznych należy szukać zupełnie gdzie indziej jak w kryterium cenowym. Ale to już temat na kolejny artykuł.

Referat pierwotnie został wygłoszony przez autora na 23 konferencji naukowo-technicznej SEKOCENBUD „Zmiany w zamówieniach publicznych na roboty budowlane – aspekty praktyczne” 11n13/10/2017 w Ciechocinku.

Niniejsza wersja jest wersją skróconą i zaktualizowaną.

Marcin Skromak

Adwokat, specjalizuje się w obsłudze prawnej inwestycji budowlanych

SPOTKAJMY SIĘ



RZECZPOSPOLITA

26.03.2018 Warszawa

NOWE WARUNKI KONTRAKTOWE FIDIC

Praktyczny przewodnik po zmianach

<https://konferencje.rp.pl/wydarzenia/4/1030-nowe-warunki-kontraktowe-fidic>



Warsaw Arbitration & Mediation Days

23-25.05.2018 Warszawa

WARSAW ARBITRATION & MEDIATIONS DAYS

<https://www.warsawarbitration.pl/>



22-23.11.2018 Warszawa

5 EDYCJA KONFERENCJI ARBITRAŻOWEJ

<https://sidir.pl/>

Rozstrzygnięcie Konkursu Młodych Profesjonalistów na najciekawszy projekt

■ Grzegorz Piskorz

Za nami druga edycja Konkursu dla Młodych Profesjonalistów 2017 organizowanego przez Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców.

Ogłaszając konkurs, organizatorzy pragnęli wyróżnić osoby, które w przyszłości staną się liderami naszej branży.

Zamierzeniem SIDiR jest, aby Krajowy Konkurs dla Młodych Profesjonalistów na stałe zagościł w kalendarzu branżowych wydarzeń i stał się platformą promocji młodych talentów.

Dlatego już teraz planujemy organizację III edycji konkursu w 2018 roku, licząc, że zaktywizuje on młodych i ambitnych profesjonalistów oraz przyczyni się do nawiązania nowych znajomości zawodowych i zachęci do dzielenia się doświadczeniem i wiedzą.

Zgodnie ze statutem SIDiR Młodymi Profesjonalistami są osoby, które są aktywne zawodowo i w 2017 roku nie miały ukończonego 35 roku życia oraz wniosły ciekawy wkład w Projekt, nad którym pracowały w zakresie swojej specjalności.

Jury w składzie: Pan Paweł Zejer – Wiceprezes Zarządu SIDiR, Pan Grzegorz Piskorz – Przewodniczący Koła Młodych Profesjonalistów oraz Pan Leszek Bochen – Członek Zarządu SIDiR nadesłane prace oceniali pod kątem dotychczasowych osiągnięć kandydatów, biorąc pod uwagę wiek i doświadczenie, zakres oryginalności i innowacyjności, aktualności i wagi problemu, przydatności praktycznej rozwiązania a przede wszystkim na szczególny nacisk kładli na umiejętność komunikacji.

Pierwszą nagrodę w tegorocznej edycji konkursu otrzymał Pan Arkadiusz Frączek. Jako zwycięzca Pan Arkadiusz otrzymał nagrodę pieniężną w wysokości 3 000 zł netto. Drugą nagrodę otrzymał Pan Adrian Dul.

Obaj Panowie otrzymali pamiątkowe dyplomy, ponadto mają możliwość publikacji prac konkursowych w formie artykułu na łamach Biuletynu Konsultant oraz otrzymali darmowy wstęp na IV Ogólnopolską Konferencję Arbitrażową SIDiR.

Zwycięzcy mają również zagwarantowane miejsce wśród osób, których prace SIDiR zgłosi do przyszłorocznej edycji międzynarodowego konkursu EFCA Young Professionals Competition 2018.

Poza wymiernymi korzyściami materialnymi jest również możliwość zaistnienia w gronie wysokiej klasy specjalistów, zrzesza nych przez SIDiR i wielu innych, do których dociera Konsultant.

Zachęcam wszystkich młodych profesjonalistów do udziału w przyszłorocznej III edycji Krajowego Konkursu dla Młodych Profesjonalistów 2018.

Zapraszam do lektury zwycięskich prac konkursowych, specjalnie przygotowanych w formie artykułu, które to będą publikowane w kolejnych numerach Biuletynu.

Gratulujemy Panu Arkadiuszowi Frączkowi i Panu Adrianowi Dul oraz życzymy dalszych sukcesów zawodowych!

I nagroda

Pan Arkadiusz
FRĄCZEK

II nagroda

Pan Adrian DUL

Grzegorz Piskorz

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



Stowarzyszenie Inżynierów
Doradców i Rzeczoznawców

Polska Krajowa
Organizacja Członkowska
International Federation
of Consulting Engineers



Członek
European Federation
of Engineering
Consultancy Associations



Księgarnia SIDiR

Polskie tłumaczenia Warunków Kontraktowych FIDIC
oraz wydawnictwa dotyczące realizacji
inwestycji budowlanych

<http://sidir.pl/ksiegarnia/>

Wpływ orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej na zobowiązania stron kontraktów budowlanych

■ Magdalena Zadora-Redźko, Andrzej Grabiec

Rozważania na temat wpływu orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) na zobowiązania stron kontraktów budowlanych należy poprzedzić krótkim wprowadzeniem na temat stanowiska tego organu co do możliwości poddawania kontroli KIO treści przyszłych umów o roboty budowlane. Wpływ KIO na zobowiązania stron przyszłej umowy, nie tylko o roboty budowlane, wyraża się bowiem w rozstrzyganiu odwołań składanych na podstawie przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19 poz. 177; dalej: ustawa PZP). Wzór przyszłej umowy o zamówienie publiczne, ogólne warunki umowy albo istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy zgodnie z art. 36 pkt 16) ustawy PZP stanowią minimalną treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którą zamawiający zobowiązany jest udostępnić wykonawcom. Opracowanie specyfikacji, w tym wzoru umowy, stanowi czynność z zakresu przygotowania postępowania, na którą zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy PZP wykonawcom przysługuje odwołanie. Ponieważ podstawę do wniesienia odwołania stanowić może jedynie niezgodna z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, wniesienie odwołania na postanowienia przyszłej umowy wymaga wskazania, jakie przepisy ustawy narusza kwestionowany punkt umowy. Najczęściej podstawą formułowania zarzutów w stosunku do treści przyszłej umowy o roboty budowlane jest art. 14 ustawy PZP w zw. z art. 353 (1) kc. W przypadku umowy o roboty budowlane wynika to z dość ogólnej regulacji w zakresie umowy o roboty budowlane w samym kc. jak też z dyspozytywnego charakteru zawartych tam przepisów.

Zgodnie z art. 353 (1) kc. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Krajowa Izba Odwoławcza dokonała wykładni tego przepisu na gruncie PZP. I tak w wyroku z 17 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 409/17) wyjaśniła, że „[...] z art. 353 (1) k.c. wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy, o ile jest ona objęta ich zgodnym zamiarem. Powoływanie się tylko na wspomnianą regulację, poparte twierdzeniem o nieprawidłowym, nadmiernie obciążającym wykonawcę, rozkładzie ryzyk kontraktowych, nie jest wystarczające do ingerencji w treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia

publicznego. Odpowiedzią na jednostronne ustalenie przez zamawiającego rozkładu ryzyk w umowie jest jednostronne uprawnienie wykonawcy do określenia w ofercie ceny, za którą gotów jest zrealizować zamówienie. Dopóki postanowienia wzoru umowy zawierają informacje pozwalające wykonawcy skalkulować wspomniane ryzyka, dopóty brak jest podstaw do interwencji KIO w kształt stosunku obligacyjnego, jaki zostanie nawiązany w następstwie udzielenia zamówienia publicznego [...] O ile nie zostanie wykazane, że sposób ich (postanowień wzoru umowy – przyp. Autor) ukształtowania niezasadnie preferuje tych spośród wykonawców, którzy – przykładowo – są w stanie wziąć na siebie większe ryzyko kontraktowe, od innych, zarzut na-

ruszenia ww. przepisu nie zasługuje na pozytywną ocenę [...]”. Według zaprezentowanego w cytowanym wyroku stanowiska KIO umowa kształtująca zobowiązania stron sposób jednostronny nie jest niezgodna z ustawą o ile w ten sam sposób umowa traktuje każdego z wykonawców. Ponadto, w ocenie KIO wyrażonej w wyroku z 5 kwietnia 2017 r. (sygn. akt 558/17) wyrazem swobody zawierania umów wyrażonej w art. 353 (1) kc. na gruncie ustawy PZP jest po stronie wykonawcy sama tylko swoboda podjęcia decyzji o zawarciu umowy, której treść kształtuje Zamawiający. Jak stwierdziła bowiem KIO we wskazanym wyroku „[...] cywilistyczna zasada swobody umów w systemie zamówień publicznych ulega znacznemu ograniczeniu – po stronie

zamawiającego z powodu niemożności swobodnego wyboru kontrahenta. Dlatego też zamawiający niejako w zamian ma prawo kształtowania warunków umowy, co z kolei powoduje, że wykonawca często ma ograniczony wpływ na kształt zawieranej umowy, ma jednak możliwość decydowania, czy chce z zamawiającym daną umowę podpisać. Umowa i jej postanowienia w wielu przypadkach (załączenia przez zamawiającego gotowego projektu umowy do SIWZ) są znane wykonawcy na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uprzywilejowanie zamawiającego w relacji z wykonawcą wynika z faktu, że zamawiający działa w interesie publicznym. Wykonawca może rekompensować sobie ryzyka, jakimi jest obciążony, poprzez właściwą wycenę oferty [...] ". Tezy z przywołanych wyroków, powtarzane często w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, pozwalają zdaniem autorów sformułować wniosek, o tym, że samo powołanie jako zarzutu odwołania art. 353 (1) kc. jest niewystarczające z punktu widzenia skutecznego wniesienia odwołania przez wykonawcę na sposób kształtowania obowiązków stron przyszłej umowy. Częściej poddawane są ocenie te spośród postanowień przyszłej umowy, które posiadają własną regulację na gruncie PZP np. postanowienia dotyczące przedmiotu umowy a więc opisu przedmiotu zamówienia. Z punktu widzenia wykonawcy robót budowlanych interesującą w ostatnim czasie jest kwestia opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane realizowane w formule projektuj i buduj, a w szczególności dopuszczalność tzw. optymalizacji tj. rozwiązań innych niż przewidziane przez Zamawiającego w programie funkcjonalno – użytkowym, przedstawianych na etapie złożenia oferty (nie po podpisaniu umowy), i pozwalających osiągnąć zamierzony rezultat umowy o roboty budowlane.

Zagadnienia prawne związane z możliwością optymalizacji technicznych.

W wyrokach KIO wskazać można następujące stanowiska w tym zakresie:

Zamawiający pomimo przyjętej formuły projektuj i buduj może nie przyznać wykonawcy uprawnienia do wprowadzania do oferty optymalizacji w zakresie w zakresie sposobu wykonania zamówienia.

W wyroku z 25 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1563/17 KIO stwierdziła, że „ [...] **Nie jest zasadne stanowisko Odwołującego, iż ustalenie realizacji zamówienia**

w formule „zaprojektuj i wybuduj”, ogranicza zamawiającego w możliwości ustalenia sposobu realizacji zamówienia, gdyż według Odwołującego o tych kwestiach winien samodzielnie decydować tylko wykonawca. Zamawiający sporządzając PFU winien dokonać opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami, mając na względzie przepis art.29 PZP. Oznacza to obowiązek opracowania przez zamawiającego szczegółowych wymagań dla wykonawcy, aby mógł na ich podstawie samodzielnie, biorąc za to odpowiedzialność, zaprojektować i wybudować objęty zamówieniem obiekt budowlany. **Jednakże zamawiający w PFU nie powinien narzucać wykonawcy gotowych i ostatecznych rozwiązań projektowych, gdyż tym samym brałby współodpowiedzialność za dotrzymanie zobowiązań umownych wykonawcy**".

Przywołany wyrok wydany został w stanie faktycznym, w którym odwołujący wprowadził optymalizację do oferty o czym poinformował zamawiającego i co stanowiło podstawę uznania jego oferty za niezgodną z SIWZ a w konsekwencji jej odrzucenia. SIWZ nie zawierała postanowień ani co możliwości wprowadzenia do oferty rozwiązań innych niż wskazane w PFU, ani też co do jej braku. Zgodnie z tym wyrokiem zgodne z ustawą jest opisanie przedmiotu zamówienia w przetargu realizowanym w formule projektuj i buduj z wyłączeniem możliwości prowadzenia optymalizacji do oferty.

1) Zamawiający w formule „projektuj i buduj” może pozostawić swobodę wykonawcy w wyborze sposobu wykonania robót ograniczając się do zdefiniowania rezultatu jaki wykonawca musi osiągnąć.

W wyroku z 22 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2225/16; KIO 2226/16; KIO 2229/16; KIO 2230/16) KIO stwierdziła, że „ [...] Zamawiający w s.i.w.z. podał również, że załączona do teŝe dokumentacja projektowa, przedmiary, stanowi jedynie materiał pomocniczy, mający pomóc wykonawcom w wycenie robót, z zastrzeżeniem, że każdy z wykonawców może dowolnie wykorzystywać w realizacji przedmiotowej inwestycji. **Powyższe oznacza, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie precyzowała sposobu wykonania robót, co z kolei prowadzi do wniosku, że brak jest możliwości postawienia zarzutu**

niezgodności treści oferty z s.i.w.z. skoro s.i.w.z. w sposób bezpośredni nie precyzował w sposób szczególny zakresu oraz technologii wykonania prac [...] "

Daleko idący wniosek z tego wyroku pozwala uznać za zgodny z ustawą opis przedmiotu zamówienia wskazujący jedynie cel, jaki chce osiągnąć Zamawiający pozostawiając Wykonawcy dowolność w doborze środków służących do jego osiągnięcia.

2) Zamawiający w formule projektuj i buduj może dopuścić optymalizacje w wybranym i wskazanym w siwz zakresie, traktując jako wiążące pozostałe tj. niewskazane do optymalizacji, elementy opisu przedmiotu zamówienia.

W wyroku z 5 lutego 2016 r. (syg. Akt KIO 2872/15) KIO stwierdziła, że „ [...] PFU zawiera m.in. opis ogólny przedmiotu zamówienia oraz opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia, z czego wynika, że omawiany dokument stanowi podstawę oceny zgodności oferty z SIWZ w przypadku zamówień realizowanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Niezależnie zatem od okoliczności, że szczegółowe rozwiązania projektowe zamawiający pozna dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, PFU pozwala mu sprawdzić zgodność zamierzeń wykonawcy z oczekiwaniami odnośnie do przedmiotu zamówienia. Z uwagi na powyższe nie mogła odnieść skutku argumentacja Odwołującego zmierzająca do podważenia istotnego charakteru PFU w kontekście dopuszczonych przez Zamawiającego optymalizacji sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. **Jakkolwiek Zamawiający przewidział możliwość odstępstw od prezentowanych w dokumentacji Postępowania rozwiązań, niemniej jednak [...] część postanowień PFU, w tym również związanych z podstawami odrzucenia oferty Odwołującego miała charakter bezwzględnie obowiązujący [...] "**

Przywołany wyrok wydany został w wyniku odwołania wykonawcy, który wprowadził w złożonej ofercie optymalizacje w zakresie wyraźnie wskazanym w PFU oraz w zakresie analogicznych prac, ale nie wskazanych w PFU jako możliwe do optymalizacji. Oferta uznana została za niezgodną

z SIWZ właśnie w zakresie robót wyłączonych spod optymalizacji.

3) O p t y m a l i z a c j a ze swej istoty jest niezgodna z ustawą.

„[...] Pojęcie „optymalizacja” pojawia się w zamówieniach publicznych od jakiegoś czasu, chociaż nie znajduje umocowania ani w przepisach obowiązujących, ani w systemie zamówień publicznych [...] Bowiem co do zasady należy przyjąć, że każdy produkt (usługa, dostawa, robota budowlana) oferowany zamawiającemu co do zasady powinien być optymalny to znaczy stanowić najlepsze rozwiązanie z możliwych. W związku z tym skoro zakłada się optymalizację optymalnej oferty to może budzić to zastrzeżenia co do zasady. Natomiast w ocenie Izby niedopuszczalna jest optymalizacja oferty w stosunku do wymagań PFU w systemie zaprojektuj i wybuduj. Oferta powinna spełniać wszystkie wymagania PFU. Optymalizacja wymagań PFU może nastąpić za zgodą zamawiającego na etapie realizacji zamówienia. W tym kontekście należy uznać za pomyłkę sformułowanie SIWZ Rozdział I SIWZ Instrukcja dla wykonawców „Zamawiający zakłada optymalizację rozwiązań projektowych zawartych w PFU”, ponieważ PFU jest zbiorem opisów a nie jest rozwiązaniem projektowym (...) W ocenie Izby oferta ma odpowiadać PFU, a nie stanowić optymalizację PFU”.

4) Praktyka GDDKiA dotycząca optymalizacji założeń z SIWZ.

GDDKiA jeszcze w 2016 r., dla kontraktów w formule projektuj i buduj, definiowała w PFU parametry funkcjonalne i użytkowe. Dla poszczególnych obiektów budowlanych pozostawiano Wykonawcom dobranie rozwiązań technicznych. Wykonawca nie był związany dokumentami informacyjnymi, niestanowiącymi opisu przedmiotu zamówienia, w tym koncepcjami projektowymi i innymi opracowaniami technicznymi, które udostępniał Zamawiający. Takie podejście oznaczało możliwość przyjęcia w ofercie zoptymalizowanych obiektów i w konsekwencji przedstawienia zoptymalizowanej ceny oferty. Wykonawcy konkurowali pomysłem technicznym na realizację: rozwiązaniami projektowymi.

Z początkiem roku 2017 GDDKiA jednostronnie wprowadziła nowe zasady dotyczące optymalizacji technicznych. Wprowadzono do PFU dokładne parametry techniczne obiektów, nie ograniczając się jedynie do funkcji i celu. Optymalizację dopuszczono na etapie realizacji, wprowadzając „success fee” dla Wykonawcy (Subklauzula 13.2). Oszczędność generowana przez propozycję Wykonawcy ma być dzielona w proporcji 90% – dla Zamawiającego oraz 10% – dla Wykonawcy. Wartość tej oszczędności ma być wyliczona według cen z biuletynów, czyli cen teoretycznych, uśrednionych w skali zadań i kraju. Była to radykalna zmiana podejścia i przesunięcie możliwości wprowadzania optymalizacji z etapu oferty na etap realizacji. Optymalizacje od tej pory

co w roku 2017 doprowadziło do odrzucenia ofert w części postępowań prowadzonych przez GDDKiA. Część oferentów przyjmowała założenia odpowiadające poprzednim postępowaniom tj. niezgodnie z SIWZ oferenci przyjmowali do oferty rozwiązanie zoptymalizowane. To zjawisko pokazuje jak istotna jest bieżąca i całościowa informacja przekazywana rynkowi przez głównych Zamawiających. Informacja odnośnie do reguł gry, a także przyczyn i oczekiwanych efektów.

Do dziś nieznane są przyczyny wprowadzenia ww. zmian przez GDDKiA. Niemniej jednak gdy nie wiadomo o co chodzi, to chodzi o ... rzeczy tajemnicze, które można odczytywać np. z opinii Prezesa Jarosława Kaczyńskiego z listopada

Wariant 1 – wycena biuletynu przewyższa koszty wykonania.

		Cena początkowa	Cena po optymalizacji	Zostaje na realizację
		A	B	C
1	Oferta	85 000 000	56 700 000	56 700 000
2	Wycena biuletyn	100 000 000	66 700 000	70 030 000
3	Oszczędność		33 300 000	
4	10%		3 330 000	55 030 000

Wariant 2 – koszt wykonania przewyższa wycenę biuletynu

		Cena początkowa	Cena po optymalizacji	Zostaje na realizację
		A	B	C
1	Oferta	115 000 000	100 000 000	100 000 000
2	Wycena biuletyn	100 000 000	87 000 000	88 300 000
3	Oszczędność		13 000 000	
4	10%		1 330 000	103 300 000

mają być wprowadzane procedurą Zmiany (Klauzula 13), a nie stanowić element oferty. Konkurować na etapie oferty należy nie pomysłem na rozwiązanie techniczne, lecz de-facto ceną jednostkową, w najlepszym wypadku technologią. Jest to powrót do formuły „Buduj” – tj. „Czerwonego” FIDIC, ze wbudowanym ryczałtem.

Zmianie zasad gry, tj. podejścia GDDKiA do optymalizacji nie towarzyszyła kampania informacyjna. Zmiana reguł nie została wystarczająco zakomunikowana rynkowi,

2017 r. stwierdzającej, że ceny autostrad nie spadły tak, jak powinny (źródło: <http://www.rynekinfrastruktury.pl/wiadomosci/drogi/kaczynski-ceny-autostrad-nie-spadly-tak-jak-powinny--60635.html>). Czynnikiem ekonomicznym jest czynnikiem bardzo racjonalnym, jednak czy nowe podejście rzeczywiście doprowadzi do oszczędności Skarbu Państwa? Proponujemy przedstawić dwa przykłady:

W wierszu „Oferta” wykazano koszt nieoptymalizowanego wykonania robót,

przyjęty w ofercie przez Wykonawcę [A1]. Gdyby możliwe było przyjęcie optymalizacji już na etapie oferty, Wykonawca umieściłby w kosztorysie „cenę po optymalizacji” z tego wiersza – tyle potrzebowałby na realizację zoptymalizowanego obiektu [B1]. Wycena z biuletynu przedstawia koszt teoretyczny, oparty na uśrednionym wyliczeniu, bez uwzględnienia skali i specyfiki zadania [A2 oraz B2]. Taka cena zawsze będzie się różnić od realnej, dlatego wyliczenie przedstawiono w dwóch wariantach. Mechanizm obliczania „success fee” proponowany przez GDDKiA zakłada odliczenie od realnej ceny oferty, teoretycznego kosztu oszczędności. Obliczenie oszczędności, od której wyliczane jest success fee polega na odjęciu od teoretycznej początkowej ceny z biuletynu, ceny teoretycznej obiektu zoptymalizowanego [B3=A2-B2]. O tę oszczędność zmniejszana jest Zaakceptowana Kwota Kontraktowa. Dla Wykonawcy oznacza to jednak, że od realnej ceny założonej w ofercie należy odjąć teoretyczną cenę wygenerowanych oszczędności, a następnie dodać „success fee”. Tyle pozostaje na realizację [C4 = A1-B3+B4].

Wariant 1 – wycena biuletynu przewyższa koszty wykonania.

W Wariancie 1. kwota, która pozostawałaby na realizację zadania jest o prawie 1,7 mln PLN niższa od tego, co potrzebuje Wykonawca. Trudno zakładać, że Wykonawca zaproponuje lub zgodzi się na taką zmianę. W tym wariancie najprawdopodobniej Zamawiający pozostanie z ceną ofertową 85 mln. PLN, podczas gdy przy „otwartej” optymalizacji mógłby otrzymać cenę 56,7 mln.

W Wariancie 2 Wykonawca najprawdopodobniej chętnie przyjmie cenę wyliczoną wg reguł GDDKiA, jednak przy „otwartej” optymalizacji mógłby zaproponować cenę o 3,3 mln niższą.

To rozważania teoretyczne. Warto jednak zobaczyć jak to działa w praktyce. Poniżej przykłady dwóch realnych przetargów na budowę zachodniej obwodnicy Łodzi – drogi S-14. Obydwa przetargi odbyły się dwukrotnie. Pierwsza edycja odbywała się w formule „Buduj” z „zamkniętymi” optymalizacjami, zaś druga w formule „projektuj i buduj” z otwartymi. Co znaczące, dla powtórzonych przetargów Zamawiający odszedł od obecnie stosowanych,

opisanych powyżej zasad i w PFU pozostawił opis funkcjonalny, pozwalający na przyjęcie optymalizacji. Oto efekt:

S-14 Lublinek – Teofilów

Cena „stara” – buduj [PLN]..	Cena „nowa” – D&B [PLN]
624.941.926,80	433.333.333,33
640.668.540,00	456.748.863,00
665.541.239,80	459.905.136,29
668.000.000,00	511.012.703,70
737.660.560,20	593.147.796,30
756.164.278,90	675.604.850,73
776.639.760,20	744.528.433,56
790.845.407,30	

S-14 Teofilów – Słowik

Cena „stara” – buduj [PLN]..	Cena „nowa” – D&B [PLN]
659.405.586,20	436.796.575,69
716.086.197,00	456.910.569,11
795.752.999,20	469.346.009,05
812.076.609,80	473.218.993,25
833.847.587,00	478.109.937,00
859.477.731,70	599.001.366,83
	603.263.764,85
	766.526.864,56

GDDKiA nie wydała jeszcze powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jednak różnice ofert najtańszych na poszczególnych odcinkach wynoszą odpowiednio: 191,6 mln PLN i 222,6 mln PLN, łącznie 414,2 mln PLN na 28,6 km, co daje prawie 14,5 mln PLN na kilometr. Ciekawostką jest, że sama GDDKiA zmniejszyła kwotę, która zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia, mimo że nie pojawiły się nowe dokumenty techniczne.

Rekordzistą jest jedna i ta sama firma, które składała oferty w pierwszym i drugim postępowaniu i po optymalizacjach oferta tej firmy była odpowiednio tańsza o 316,7 mln PLN, oraz 491,6 mln PLN, łącznie 736,3 mln PLN. Procentowo druga oferta

stanowiła odpowiednio do pierwszej: 59% i 53%.

Czy zatem powinno się „otwierać” możliwości optymalizacji, czy też raczej trwać w obecnej formule? Na to pytanie powinien odpowiedzieć każdy czytelnik samodzielnie, a zwłaszcza czytelnik, który planuje wydatki Skarbu Państwa, czyli nas wszystkich.

Powyższe dane pokazują jednak, że w formule z otwartą optymalizacją Zamawiający konsumuje w całości oszczędności, które Wykonawca może znaleźć w danym zadaniu. Co więcej, utrudnianie lub uniemożliwianie wprowadzenia dozwolonych optymalizacji może prowadzić do poważnej, niezawinionej przez Wykonawcę straty. Optymalizacje założone w ofercie stanowią zwykłą realizację umowy, która musi być honorowana dla właściwego postępu prac i utrzymania jakości i terminów.

Zaprezentowane zestawienie pozwala na analizę tego zjawiska i sformułowanie wniosków, które przekraczają zarówno ramy tematyczne, jak i objętość artykułu. Będą one zapewne przedmiotem kolejnych debat i założeń do przyszłych przetargów.

Magdalena Zadora-Redźko

Radca prawny
CML CONSTRUCTION
SERVICE

Andrzej Grabiec

Członek SIDIIR
Inżynier CML
CONSTRUCTION SERVICE

Zapisy OPZ i warunków kontraktu a roszczenia wykonawcy

■ Andrzej Michałowski

Opis Przedmiotu Zamówienia – klasycznym rozwiązaniem jest opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą rysunków (projekty budowlany i wykonawczy) oraz specyfikacji technicznych. W takim modelu realizacji inwestycji wykonawca ma wybudować przedmiot zamówienia na podstawie powyższe i w ramach odpowiedzialności kontraktowej za jakość wykonania potwierdzić prawidłowość wykonania próbami końcowymi (Czerwona Książka FIDIC). Po stronie Zamawiającego z kolei – jako autora rozwiązania (technicznego i technologicznego) – jest ryzyko związane z podaną na podstawie projektu szacowaną ilością robót oraz z uzyskiwanym efektem. Stąd też we wzorcu Czerwonej Książki rozliczenia robót następują na podstawie obmiary rzeczywiście wykonanych robót, a nie przedmiary z projektu, a próby eksploatacyjne dla potwierdzenia zakładanych efektów nie są przedmiotem umowy między stronami.

Żółta Książka FIDIC to model realizacji inwestycji, w którym wykonawca ma zaprojektować inwestycję według wymagań inwestora, przy czym inwestor określa główne jej parametry pozostawiając dobór technologii i rozwiązań konstrukcyjnych wykonawcy jako specjalistę w danej dziedzinie. Tutaj ryzyko wykonawcy jest rozszerzone o odpowiedzialność z tytułu właściwego oszacowania rozmiarów inwestycji w funkcji określonego przez inwestora celu oraz o odpowiedzialność za uzyskane efekty zaprojektowanej i wykonanej inwestycji, co znajduje odzwierciedlenie w próbach eksploatacyjnych będących przedmiotem umowy między stronami.

Oba powyższe modele w sposób przejrzysty definiują ryzyka oraz odpowiedzialność każdej ze stron kontraktu.

W Polsce dość powszechne, szczególnie w ostatniej dekadzie, są sztucznie tworzone modele realizacji inwestycji

polegające m.in. na tym, że przyjmuje się model realizacji wg Żółtej Książki z projektem budowlanym opracowanym przez zamawiającego i stanowiącym załącznik do PFU, co ogranicza możliwości projektowania przez wykonawcę, albo z projektem budowlanym opracowanym przez zamawiającego, który wykonawca ma zoptymalizować (cokolwiek to by znaczyło) bez wprowadzania istotnych zmian, a następnie wziąć pełną odpowiedzialność za funkcjonowanie tak zaprojektowanej inwestycji. Tego typu kompilacje są bardzo nieprecyzyjne, zawierają wiele nieścisłości, mogą być inaczej rozumiane przez każdą ze stron i z tego względu stanowią najczęstsze źródło roszczeń zarówno jednej, jak i drugiej strony kontraktu.

Zapisy warunków kontraktu

Inżynier – przede wszystkim należy wyjaśnić, po co została wprowadzona funkcja Inżyniera, skąd bierze się

tego Inżyniera i jaką rolę ma on pełnić w kontrakcie.

Otóż zadaniem Inżyniera jest zrealizowanie wraz z wykonawcą kontraktu dla inwestora tak, jak ten kontrakt został podpisany pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Bowiem inwestor nie musi znać się na sprawach technicznych albo po prostu nie chce się w taką realizację angażować i do tego jest mu potrzebny Project Manager, w warunkach kontraktowych FIDIC zwany Inżynierem. W naszych polskich warunkach tzw. Inżynier Kontraktu niestety jest inaczej ustawiony, zazwyczaj walczy z wykonawcą o racje zamawiającego wynikające z interpretacji zapisów warunków kontraktowych, a wypadki konstruktywnego współdziałania z wykonawcą dla dobra kontraktu należą do wyjątków.

Inżynier, który musi mieć odpowiednią wiedzę i doświadczenie, na które pracuje się latami, w naszych realiach wybierany jest

w przetargu za najniższą cenę, co powoduje zatrudnianie przez firmę konsultingową, podpisując umowę na sprawowanie funkcji Inżyniera, ludzi z tzw. łapanek, nie znających ani standardów tej firmy, ani niespecjalnie zainteresowanych losami kontraktu. Bo dłużej trwający kontrakt to najprawdopodobniej przez dłuższy czas zapłata dla członka zespołu Inżyniera.

A efekt końcowy – mało istotny, bo taki członek zespołu jest najczęściej osobą z zewnątrz i jest zaangażowany w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej.

Inżynier jest Project Managerem dla kontraktu, a więc ma zarządzać tym kontraktem. Ponieważ działa w imieniu inwestora, musi się w tym inwestorem komunikować, musi przedstawiać mu swoje analizy i propozycje dotyczące realizacji kontraktu, pojawiających się ryzyk i minimalizacji ich negatywnych skutków. Szczególnie w sytuacjach, gdy dotyczy to budżetu kontraktu czy terminu jego wykonania.

W odniesieniu do wykonawcy Inżynier jest osobą zarządzającą, akceptującą i zatwierdzającą dokumenty i poszczególne elementy robót. Należy podkreślić, że w warunkach polskich Inżynier Kontraktu jest konsultantem dla zamawiającego. Co dziwne, ten konsultant najczęściej nie rozmawia

z zamawiającym i nie przedstawia mu swoich propozycji, a główną drogą komunikacji między nimi są pisma. W stosunku do wykonawcy tenże Inżynier Kontraktu najczęściej zajmuje postawę bierną, wymaga od wykonawcy dostarczenia wszelkich potrzebnych mu informacji i czuje się zdystansowany od problemów budowy twierdząc, że są to problemy jedynie wykonawcy.

Powyższe kwestie powodują narastanie problemów, które pozostają nierozwiązane przez miesiące, a niekiedy i lata. Strony kontraktu mają różne interesy, zakresy odpowiedzialności i ryzyk kontraktowych, ale cel na ogół jest wspólny – realizacja inwestycji. Brak odpowiedniego działania zamawiającego, wykonawcy i Inżyniera, określonego precyzyjnie postanowieniami kontraktu, brak rozwiązywania problemów w aspekcie podstawowego celu kontraktu

jest najczęstszą przyczyną powstawania sporów.

Warunki kontraktowe FIDIC stworzone zostały na podstawie prawa anglosaskiego, a podstawą postępowania w kontrakcie FIDIC jest „Good Faith”. Zatem warunki te zawierają postanowienia, które skora są, będą respektowane przez strony i które mają służyć rozwiązywaniu powstałych problemów i wskazują, jak postępować w wypadku zaistnienia takiej czy innej okoliczności. W Polsce warunki kontraktowe wykorzystywane są inaczej. Poszczególne zapisy klauzul, a często nawet wyrwane z kontekstu słowa służą interpretacjom Inżynierów Kontraktu do tego, by udowodnić wykonawcy, że nie ma racji, wszystkiemu jest winien i nie mu się nie należy. Przykre to, ale niestety prawdziwe.

Spojrzenie na roszczenia wykonawcy

Ilość roszczeń jest wprost proporcjonalna do słabości zarządzania kontraktem. Przy dobrym zarządzaniu kontraktem i silnej merytorycznej pozycji Inżyniera wiele pojawiających się w trakcie realizacji kontraktu problemów jest rozwiązywanych na bieżąco na gruncie zapisów zawartych w warunkach kontraktowych. A dopiero nierozwiązane problemy, przewlekłość działania w podjęciu decyzji lub usztywnienie stanowisk stron i Inżyniera, bez spojrzenia na skutki takiego postępowania na efekt końcowy, rodzą roszczenia. Ciekawe jest to, że w Polsce przeważa tendencja zwracania się z nierozwiązanym sporem do sądów powszechnych, które z całą pewnością nie mogą mieć takiej wiedzy, jaką mają osoby realizujące kontrakt i w związku z tym wyroki sądów bywają co najmniej skrajnie różne w podobnych przypadkach. Ale spowodowane jest to przede wszystkim ucieczką urzędników od podejmowania decyzji.

Nie każde roszczenie musi stać się sporem. Warunki kontraktowe przewidują wiele procedur postępowania przy powstaniu roszczenia, a celem tych procedur jest jak najsprawniejsze rozstrzygnięcie takiego roszczenia na podstawie zaistniałej okoliczności i podział kontraktowej odpowiedzialności stron. Rzetelna analiza roszczenia, a przede wszystkim

okoliczności, które do niego doprowadziły, w wielu wypadkach sprawia, że roszczenie takie zostaje rozstrzygnięte z mocną, merytoryczną argumentacją, która zostaje przyjęta przez strony, a tym samym spór nie powstaje. Natomiast brak takiej analizy i argumentacji, a odwoływanie się jedynie do wybranych wg uznania zapisów kontraktu powoduje, że rozstrzygnięcie roszczenia nie jest akceptowane przez strony i powstaje spór.

KR ma rozstrzygać spór, a nie roszczenie, o czym wielokrotnie pisał jeden z ekspertów FIDIC i guru w tej dziedzinie – Christopher Seppälä. Należy podkreślić, iż spór powstaje nie z tytułu złożonego roszczenia, tylko rozstrzygnięcia takiego roszczenia i przedstawionej argumentacji takiego rozstrzygnięcia, która jest nie do przyjęcia przez stronę lub strony kontraktu.

Mając w ramach realizowanego kontraktu zaangażowanych po stronie zamawiającego, wykonawcy i Inżyniera wiele osób o dużej wiedzy merytorycznej i doświadczeniu, znających szczegóły realizacji inwestycji, w tym okoliczności, które stały się podstawą roszczenia, jak najbardziej istnieją przesłanki, by rozważyć wszelkie konsekwencje wynikające z braku rozwiązania takiego sporu na bieżąco, w trakcie realizacji kontraktu. Bowiem im późniejsze rozwiązanie sporu, tym większe koszty ponoszą często obie strony kontraktu. Należy pamiętać, że każdy spór może być rozwiązany polubownie, a wynik takiego rozwiązania leży w rękach stron kontraktu, a nie instytucji zewnętrznej, jak sąd. Tym samym strony mogą wspólnie znaleźć rozwiązanie dla nich akceptowalne. Mogą to uczynić w drodze negocjacji lub mediacji, zapraszając do pomocy w znalezieniu kompromisu mediatora. Należy pamiętać, że istnieją negocjacje „wygrana-wygrana”, tzn. takie, z których wyniku obie strony czują się usatysfakcjonowane.

Andrzej Michałowski

Inżynier, niezależny konsultant

*Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDiR
Członek SIDiR*

Znaczenie procedury mediacyjnej dla minimalizacji ryzyk kontraktowych w systemie zamówień publicznych

■ Piotr Skrzypczak

Praktyka realizacyjna polskiego procesu inwestycyjnego w systemie zamówień publicznych niezwykle długo traktowała z dystansem jakiejkolwiek procedury mediacyjne pomiędzy wykonawcą oraz zamawiającym publicznym. Taki stan rzeczy nie powinien w istocie dziwić praktyków, to z uwagi na fakt, iż procedura mediacyjna w polskim systemie prawnym jest instytucją stosunkowo młodą, której rozwój blokowany był m.in. przez regulacje dotyczące dyscypliny finansów publicznych.

W tak ustalonych uwarunkowaniach prawnych i faktycznych trudno jest mówić, iż w naszym kraju obowiązuje wykształcona „kultura mediacyjna”. Wiodący przez lata prym w inwestycjach budowlanych sektor publiczny nie był bowiem w stanie wykształcić standardów mediacyjnych na miarę tych obowiązujących na świecie. Od końca ostatniego dwudziestolecia XX wieku na terenie USA i Kanady dawało się zaobserwować istotny wzrost zainteresowania procedurami mediacyjnymi. Popularność procedur mediacyjnych szybko została dostrzeżona także w Europie Zachodniej. Odformalizowana, szybka i co najważniejsze skuteczna procedura mediacyjna gwarantowała sprawne rozstrzyganie sporów. Z praktycznego punktu widzenia mediacja wprowadzała przy tym pewien element „biznesowego” działania jako alternatywę dla legalnego i długotrwałego postępowania sądowego. Wszystkie te pozytywne doświadczenia w istocie omijały nasz kraj. W tym zakresie – celem głębszego zrozumienia procesu mediacji – należy zadać sobie pytanie czym w praktyce jest mediacja i jakie są warunki

jej powodzenia?

Istota każdego procesu mediacyjnego sprowadza się do istnienia sporu pomiędzy stronami mediacji. Spór jest zatem przesłanką każdej procedury mediacyjnej. Dla lepszego zrozumienia istoty mediacji ustalić należy na wstępie, iż każdy spór oznaczać musi różnicę poglądów na tę samą kwestię istniejącą pomiędzy jego uczestnikami. Przedmiotowa różnica wynika z głębokiego przekonania o przysługujących każdej ze stron racjach – prawnych lub faktycznych. Tak zdefiniowane rozumienie sporu pozwoli nam łatwiej ustalić przesłanki i podstawy skutecznej mediacji. Wiedząc już, że podstawą każdego sporu pozostaje głębokie przekonanie każdej ze stron o przysługujących jej racjach, nie sposób zauważyć prostego schematu działań mediacyjnych prowadzących do zawarcia ugody i zażegnania sporu.

Jak wynika z przedstawionego schematu skutecznej procedury mediacyjnej istnieje kilka najważniejszych elementów warunkujących owocną mediację:

1. Prezentacja istoty sporu – jeden z najważniejszych elementów ugodowej procedury mediacyjnej. Istotne jest w tym zakresie zrozumienie, iż nie mediacja nie jest prowadzona w schemacie sporu sądowego. Mediacja jako taka doprowadzić ma bowiem do osiągnięcia ugody, a aby stało się to możliwe należy odstąpić od metodologii generowania

najwyższego poziomu roszczeń celem pozyskania lepszej pozycji negocjacyjnej. Mając na uwadze fakt, iż procedura mediacyjna może być najczęściej poprzedzona procedurą sądową przyjąć należy, iż to właśnie w procedurze sądowej strony zaprezentowały wysoki status roszczeniowy. W toku prowadzonej mediacji korzystnym jest zracjonalizowanie swojego stanowiska, ograniczenie poziomu roszczeniowego do najistotniejszych kwestii i ostatecznie jego pełna prezentacja drugiej stronie.

2. Zrozumienie stanowiska drugiej strony – to jeden z kluczowych elementów skutecznej mediacji. Brak wykazania jakiegokolwiek zamiaru zrozumienia intencji oraz uwarunkowań dla funkcjonowania drugiej strony nie pozwala na racjonalne dostosowanie własnego stanowiska do realiów mediacyjnych. Tzw. „okopanie się na własnych pozycjach” utrwała z pewnością własną argumentację, ale nie przyczyni się do osiągnięcia ugody. Istotnym elementem procesu negocjacyjnego pozostaje bowiem uświadomienie i zrozumienie przez każdą ze stron możliwości ugodowych drugiej strony. Ograniczenia formalne (takie jak na przykład przepisy systemu zamówień publicznych lub dyscypliny finansów publicznych), budżetowe (takie jak warunki dofinansowania inwestycji, ograniczone zasoby finansowe inwestora) lub terminowe, bardzo często wytyczają granice skutecznej mediacji. Granice, których żadna ze stron przekroczyć już nie będzie mogła.

3. Wzajemne i racjonalne ustępstwa – stanowią naturalną konsekwencję procesu zrozumienia stanowisk drugiej strony. Bez ewentualnych wzajemnych ustępstw trudno bowiem mówić o osiągnięciu racjonalnego konsensusu. Tylko wzajemne odstąpienie od stanowisk wyjściowych gwarantować może po jednej i po drugiej stronie przekonanie o osiągnięciu sukcesu w procesie mediacyjnym, co z kolei pozostanie zabezpieczeniem dla akceptacji ugody. Co niezwykle istotne ustępstwa stron stanowią narzędzie dopasowujące treść konsensusu do granic mediacyjnych określonych w ramach działań opisanych w pkt. 2 powyżej.

4. Mediator – to najważniejszy element/podmiot procesu mediacyjnego. Zmienione regulacje art.183^{3a} kpc. doprowadziły do sytuacji, w której przestał on pełnić funkcję obserwatora, a stał się kreatywnym liderem zespołu mediacyjnego. Mediator prowadzi mediację, wykorzystując różne metody zmierzające do polubownego rozwiązania sporu, w tym poprzez wspieranie stron w formułowaniu przez nie propozycji ugodowych, lub na zgodny wniosek stron może wskazać sposoby rozwiązania sporu, które nie są dla stron wiążące. Przekazane do kompetencji mediatora możliwości wskazywania stronom sposobu rozwiązania sporu pozwala na kreatywne (możliwe nawet przy zastosowaniu elementów presji) oddziaływanie na stanowiska uczestników mediacji oraz treść proponowanej ugody.

Istota i skuteczność metod mediacyjnych w systemie zamówień publicznych została w ostatnim okresie skutecznie wzmocniona modyfikacjami przepisów prawnych dotyczących systemu odpowiedzialności z tytułu dyscypliny finansów publicznych. Skala zmian daje bowiem podstawy do modyfikacji klasycznego w procesie inwestycyjnym określenia „tsunami sporów” i postawienia tezy o czekającym nas „tsunami mediacji”

Wprowadzona w życie dnia 1 czerwca 2017 roku ustawa o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wiarytelności z dnia 7 kwietnia 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 933) w istocie dała podmiotom publicznym możliwość zażegnania sporów w drodze mediacji i to z pełną delegacją wynikającą wprost z aktu ustawowego. Wprowadzono m.in.

nowy art. 54a do Ustawy o finansach publicznych (Dz.U. z 2016 r. poz. 1870 z późn. zm.), który wskazuje, iż jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej w przypadku dokonania oceny, że skutki ugody są dla tej jednostki lub odpowiednio Skarbu Państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego, albo arbitrażowego. Ocena skutków ugody nastąpi, w formie pisemnej, z uwzględnieniem okoliczności sprawy, w szczególności zasadności spornych żądań, możliwości ich zaspokojenia i przewidywanego czasu trwania oraz kosztów postępowania sądowego albo arbitrażowego. Jednocześnie wprowadzono zmiany art. 5 ust. 4 oraz art. 11 ust. 2 obowiązującej ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, które wskazują, że nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych:

wykonanie ugody w sprawie spornej należności cywilnoprawnej zawartej zgodnie z przepisami prawa,

dokonanie wydatku ze środków publicznych na podstawie ugody w sprawie spornej należności cywilnoprawnej zawartej zgodnie z przepisami prawa,

zaciągnięcie lub zmiana zobowiązania na podstawie ugody w sprawie spornej należności cywilnoprawnej zawartej zgodnie z przepisami prawa.

Skala i zakres opisywanych zmian prowadzą do jednoznacznego wniosku, iż obecnie inwestor publiczny nie powinien dostrzegać żadnych przeszkód w podejmowaniu prób racjonalnego zażegnania sporów w drodze mediacji.

Piotr Skrzypczak

*Radca prawny, rozjemca,
mediator i arbiter Sądu
Arbitrażowego przy SIDIr*

PROFESJONALNE SZKOLENIA OTWARTE PROWADZONE PRZEZ EKSPERTÓW FIDIC

SKIEROWANE DO WSZYSTKICH UCZESTNIKÓW PROCESU INWESTYCYJNEGO

Najbliższe szkolenia

- 27-28.2.2018 Przygotowanie zamówienia publicznego na roboty budowlane z wykorzystaniem warunków kontraktowych FIDIC
- 13-14.3.2018 Specyfika warunków kontraktu FIDIC oraz możliwość ich dostosowania do polskiego prawa
- 20-21.3.2018 Zarządzanie budową na podstawie warunków kontraktowych FIDIC (z uwzględnieniem wpro wadzonych zmian w ustawie PZP)
- 27-28.3.2018 Praktyczne aspekty przygotowania i rozstrzygania roszczeń
- 10-11.4.2018 Wprowadzenie do Warunków Kontraktowych FIDIC
- 10-11.5.2018 Przygotowanie zamówienia publicznego na roboty budowlane z wykorzystaniem warunków kontraktowych FIDIC
- 22-23.5.2018 Praktyczne aspekty przygotowania i rozstrzygania roszczeń
- 05-06.6.2018 Specyfika warunków kontraktu FIDIC oraz możliwość ich dostosowania do polskiego prawa

więcej informacji, aktualne trerminy na <http://sidir.pl/harmonogram-szkolen/>

Brak czasu na szkolenie w Warszawie?
Potrzebujesz szkolenia w swojej firmie?
Możemy je zorganizować dla Ciebie.

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

 **Szczegóły na <http://sidir.pl/pelna-lista-szkolen/>**



Podsumowanie konferencji

■ Jacek Bendykowski

Czwarty już raz Sąd Arbitrażowy przy SIDiR oraz SIDiR zorganizowały ogólnopolską konferencję arbitrażową. Tym razem tematem konferencji była „Efektywna realizacja kontraktów w zamówieniach publicznych”.

Dwa dni intensywnej merytorycznie dyskusji, 19 mówców i bardzo dobra atmosfera to najprostsze podsumowanie. Temat konferencji narzucił znacznie bardziej praktyczne podejście do problemów realizacji kontraktów inwestycyjnych. Zarówno wykłady prawników, jak i inżynierów dotyczyły problemów na tyle powszechnie doświadczanych, że udało się to, co było głównym celem organizatorów – powszechny udział uczestników konferencji w dyskusjach. Te konferencje od początku miały charakter bardziej interaktywny niż zwykle. Tym razem jednak można mówić w pełni o grupowym uczestnictwie w konferencji wszystkich jej uczestników.

Ułatwiły to z pewnością również dwie debaty, prowadzone przez Prezesa SIDiR Tomasza Latawca i niżej podpisanego nt. skuteczności pozacenowych kryteriów wyboru wykonawców oraz wzajemnych relacji podmiotów umów FIDIC ze szczególnym uwzględnieniem roli Inżyniera. Do debat zaproszono mówców, prezentujących odmienne punkty widzenia i różne doświadczenia. W pierwszej

z ww. swoje stanowisko prezentowali przedstawiciele zamawiających (Pani Dyr. Stępień-Kotlarek z GDDKiA oraz Mec. Marcin Skromak) oraz „oceniających” Panie Anna Packo Członek KIO oraz sędzia Honorata Łopianowska (były członek KIO, dziś sędzia WSA w W-wie); w drugiej z ww. dwójka Inżynierów: Michał Skorupski (prezentujący bardzo wolnorynkowe, tradycyjnie FIDIC-owskie podejście) oraz Tadeusz Żaba (dyrektor spółki komunalnej, uzasadniający zachowawcze podejście zamawiających publicznych). Obie debaty wywołały dość naturalnie żywą dyskusję, ujawniając odmienne podejścia i emocje różnych stron i aktorów procesu inwestycyjnego.

Jakie wnioski merytoryczne płyną z tej konferencji? Gdzie można było dostrzec rodzący się konsensus większości uczestników i prelegentów.

Obawiam się, że wnioski te można uznać za nieco naiwne, ale czym byłoby życie bez marzeń i wyzwań.

Po pierwsze zrozumienie istotności społecznej inwestycji w zamówieniach publicznych. Każda z tych inwestycji (teoretycznie przynajmniej) zaspokaja jakieś potrzeby społeczne. Wszyscy aktorzy zatem procesu inwestycyjnego powinni to mieć na uwadze. Kontrakt w zamówieniach publicznych nie musi i nie powinien być polem walki i permanentnej wzajemnej podejrzliwości. Poprawnie przygotowane zamówienie powinno kreować **wspólny interes wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego** (inwestora, wykonawcy, inżyniera, rozjemców). Celem wszystkich powinna być pełna realizacja kontraktu – prawidłowe jego wykonanie i prawidłowe uczciwe rozliczenie. Wydaje się to banalne i trywialne, a przecież wiemy, jak dalece rzeczywistość zamówień publicznych w Polsce odbiega od tego modelu. Mówili o tym Mecenasi Maciej Jamka, Tomasz Skoczyński, Piotr Skrzypczak i nestor wśród inżynierów – Inż. Andrzej Michałowski.

Na efektywność wykonywania umowy wpływa jakość PFU i SIWZ (często

wszystkim ludzi i relacje międzyludzkie. Tak długo, jak tego nie rozumiemy, trudno będzie osiągnąć prawdziwy sukces na rynku inwestycji, realizowanych w trybie zamówień publicznych.

Wykonawca kamikadze – ten termin stał się jednym z leitmotivów konferencji. Nasz rynek zamówień publicznych znów zaczyna cierpieć na nagły wysyp wykonawców, którzy ofertują znacznie poniżej realnych kosztów wykonania, często deklarując równocześnie nierealne czasy na ukończenie. Wykonawcy kamikadze to koszmar zarówno dla zamawiających – te kontrakty zazwyczaj kończą się w sądzie, sama zaś inwestycja zostaje opóźniona ponad miarę – jak i dla rzetelnych wykonawców, którzy, aby mieć pracę zostają zmuszeni do konkurowania z ewidentnym dumpingiem

cenowym, a tym samym do „żyłowania finansowego” swoich ofert często do poziomu, który kreuje następnie nadmierne ryzyka i pozbawia wykonawcę niezbędnego marginesu bezpieczeństwa. Obecna treść ustawy o zamówieniach publicznych nie dostarcza dobrych instrumentów do zwalczania, czy przeciwdziałania temu zjawisku. Jednym z nich mogłoby być – szczególnie przy większych i bardziej skomplikowanych projektach – zaostrożenie wymagań dotyczących wiedzy i doświadczenia personelu wykonawcy oraz gwarancji jego dyspozycyjności na potrzeby projektu (wobec częstych nadużyć zgłaszania tych samych pracowników w kilku różnych projektach równolegle). Alternatywą mogłoby być stosowanie tego kryterium jako wagi do oceny oferty. O ile bowiem zamawiający nie może stosować takich wymagań jako wagi wobec wykonawcy, wymogi formalne zaś załatwia się poprzez udzielanie referencji, o tyle wydaje się, że nie ma przeszkód, by takie kryterium wobec wymaganego personelu zastosować do oceny ofert. Dotychczas stosowane pozacenowe kryteria oceny ofert, jak dowiodła debata na ten temat – nie przyniosły spodziewanych

efektów. Wykonawcy ochoczo deklarują maksymalnie oczekiwane zmienne (najdłuższe okresy gwarancji, najkrótsze terminy realizacji, najwyższe współczynniki ścieralności nawierzchni etc.). Jako, że są to deklaracje wykonawców, niewymagające szczególnego pokrycia, wykonawcy szafują nimi bez większych oporów. Personel natomiast trzeba wykazać od początku realizacji kontraktu. Taki wymóg mógłby wyeliminować przynajmniej część firm, które wygrywają kontrakty bez realnej możliwości ich wykonania.

Jak zwykle podczas naszych konferencji nie zabrakło tematów tradycyjnych. Uczestnicy mogli poznać najbardziej aktualne orzecznictwo KIO i jego wpływ na interpretację zobowiązań kontraktowych (Magdalena Zadora-Redźko, i Andrzej Grabiec). Mec. Jerzy Sawicki przypomniał o niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego.

Kolejną nowość stanowiło przybliżenie problematyki ubezpieczenia budów przez doświadczonych brokerów ubezpieczeniowych (Elżbieta Holnicka-Szulc oraz Grzegorz Romanowicz) oraz rzadko praktykowanej procedury mediacyjnej dla rozwiązywania sporów kontraktowych (Mec. Piotr Skrzypczak).

Przez całą konferencję przewijał się wątek „Szanujmy wspomnienia” w odniesieniu do tradycyjnego modelu umów FIDIC. W polskiej rzeczywistości umowy FIDIC, znane z wyważonego i opartego na wzajemnym partnerstwie i lojalności doznały licznych modyfikacji ze strony publicznych zamawiających. Niektórzy prelegenci wspominali praktykę pierwszych kontraktów realizowanych w Polsce na wzorach FIDIC jeszcze niemodyfikowanych, w tym stosowanych przez dużych inwestorów prywatnych (Mec. Jacek Bendykowski, Inż. Andrzej Michałowski). Swoistym podsumowaniem konferencji jednak było wystąpienie Mec. Rafała Morka na temat światowych kierunków zmian w umowach FIDIC. Problem modyfikacji zasad FIDIC jest bowiem bardziej powszechny, niż mogłoby się nam w Polsce wydawać. FIDIC powołał zatem specjalną grupę roboczą Nr 15 ds. ustalenia tzw. Złotych Zasad FIDIC, które powinny być nienaruszalne, aby umowa mogła być oparta na wzorach FIDIC. W Grupie tej SIDiR „ma swojego człowieka” i jest nim właśnie Pan Mec. Morek.

Jacek Bendykowski – Wiceprezes Sądu Arbitrażowego przy SIDiR

niska), niezbędna elastyczność (roboty dodatkowe, roboty zamiennie, błędy projektowe przy czerwonym FIDIC-u, niespodziewane zdarzenia, fikcyjne harmonogramy, nierealistyczne terminy wykonania etc.), skłonność i gotowość obu stron do wygaszania konfliktów w trakcie realizacji (rola Inżyniera i komisji rozjemstwa), obowiązujący stan prawny (wciąż zbyt rygorystycznie pojmowany w praktyce) i wreszcie, co najważniejsze ... ludzie. Ten ostatni czynnik był wielokrotnie podkreślany – za każdym problemem w istocie stoją konkretni ludzie. Efektywna realizacja kontraktów wymaga ludzi nie tylko kompetentnych, ale też **poszukujących porozumienia i świadomych wspólnoty interesów**. Banałem, jest teza, iż dobry biznes jest tylko wtedy, gdy występuje mutual benefit – obie strony są zadowolone. Mimo to ten banał często stanowi tajemnicę niedostępną dla obu stron kontraktu, choć w praktyce znacznie częściej ten problem dotyczy zamawiających niż wykonawców. Tylko taki kontrakt przynosi finalnie pożytek społeczny i długoterminową satysfakcję obu stron, jeżeli obie strony wychodzą z realizacji kontraktu zadowolone. O tym, czy tak się dzieje decydują przede

Doświadczenie FIDIC wskazuje, że szczególnie w krajach, które z pewną „kreatywnością” podchodzą do zasady równowagi stron kontraktu oraz realnego partnerstwa (kraje Bliskiego Wschodu, kraje azjatyckie, Ameryki Łacińskiej oraz Europy Wschodniej) modyfikacje umów FIDIC sięgają tak głęboko, że zaczynają naruszać podstawowe zasady tych umów do tego stopnia, iż zaczynają zagrażać renomie FIDIC i pewności obrotu gospodarczego.

Grupa wypracowała 5 Złotych Zasad, stanowiących swoiste granice „non possumus”.

Zasady te jako w praktyce odpowiadające wnioskowi płynącemu z Konferencji można uznać za swoiste jej resume:

1. **Kompetencje, prawa, obowiązki, funkcje i zakresy odpowiedzialności** uczestników kontraktu FIDIC powinny co do zasady odpowiadać Warunkom Ogólnym. Najważniejszym elementem, który z tego wynika z polskiej perspektywy, to powrót do tradycyjnej roli Inżyniera, która była przedmiotem jednej z konferencyjnych debat. Ta pierwsza ze Złotych Zasad zakłada, że Inżynier:

- a. Wykonuje swoją rolę kontraktową w sposób obiektywny – uwzględniając uzasadnione interesy zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy
- b. Uwzględnia istotne okoliczności i działa zgodnie z warunkami kontraktu

2. Warunki Szczególne powinny być **zredagowane w sposób klarowny i jednoznaczny**. Klarowność i jednoznaczność postanowień kontraktowych zostaje osiągnięta tylko wówczas, gdy Warunki Szczególne są harmonijnie skorelowane z Warunkami Ogólnymi.

3. Warunki Szczególne nie mogą być sprzeczne z **rozkładem ryzyk** przewidzianym w Warunkach Ogólnych. Odmienne rozłożenie ryzyk – w polskich warunkach przenoszenie ich ciężaru na wykonawcę, zawsze niesie ze sobą większe zagrożenie dla prawidłowej realizacji kontraktu, kreuje antagonizm pomiędzy stronami, zwiększa ryzyko zerwania umowy przed jej zakończeniem i stanowi jedno ze źródeł pojawiania się wspomnianych „wykonawców

Tomasz Latawiec – Prezes SIDiR

kamikadze”, którzy w swoich ofertach nie uwzględniają większości dodatkowych ryzyk.

4. Warunki Szczególne powinny określać **rozsądny czas na wykonywanie** praw i obowiązków kontraktowych. Najczęstsze naruszenia tej zasady to wydłużanie terminów do wydawania świadectwa płatności, odraczanie płatności, skracanie terminów dla powiadomień, składanych przez wykonawcę w tym roszczeń itp. Takie praktyki prowadzą do pogarszania płynności finansowej wykonawcy na budowie, problemy finansowe wykonawcy zaś są zawsze niekorzystne dla efektywności realizacji kontraktu i w efekcie uderzają w zamawiającego, rozumianego jako interes publiczny.

5. Wszelkie spory powinny być w pierwszej kolejności kierowane do **komisji rozjemczej**. To spory kłopot wielu zamawiających, którzy niezależny od stron podmiot ekspercki, traktują jak zbędne ciało obce. Komisja rozjemstwa zaś nie bez powodu została przewidziana przez autorów FIDIC, jako organ **łagodzący spory**, na wczesnym etapie, gwarantujący uczciwe rozstrzygnięcia, których celem jest trwanie kontraktu i doprowadzenie go do końca.

6. To dość znamienne, że 5 Złotych Zasad FIDIC, które niedługo zostaną przyjęte formalnie, tak dobrze odpowiada na większość oczekiwań i problemów, zgłaszanych podczas dotychczasowych konferencji arbitrażowych. Potwierdza to spostrzeżenia większości prelegentów, również ostatniej konferencji, że

źródłem największych problemów jest odchodzenia w warunkach kontraktowych od uczciwych zasad partnerskich, wymuszających wzajemne lojalne zachowania i wzajemną współpracę, którą w końcu jest jedną z zasad również polskiego prawa cywilnego – zasadą niestety najczęściej zapominaną ...

Ostatnią konkluzją konferencji jest postulat de lege ferenda. Sytuacja niewątpliwie dojrzała do uchwalenia nowej ustawy, regulującej warunki kontraktów budowlanych z udziałem publicznych zamawiających. Ubóstwo dotychczasowych regulacji ogólnych, zawartych w kodeksie cywilnym i prawie budowlanym, wobec specyfiki tych kontraktów i ich kolosalnej wagi w polskiej gospodarce, w której absolutna większość dużych kontraktów inwestycyjnych wciąż realizowanych jest przez sektor publiczny, jest aż nadto widoczne. Ten deficyt mógłby pewnie być pokryty przez profesjonalizm i dobrą wolę ludzi, wykonujących swoje obowiązki, co stanowiło również temat kilku wykładów i głosów w dyskusji. Praktyka jednak dowodzi, że z tą dobrą wolą jest wciąż trochę krucho ...

Jacek Bendykowski

Radca prawny,
Misiewicz Mosek
i Partnerzy Kancelaria
Radców Prawnych
Wiceprezes Sądu
Arbitrażowego przy SIDiR



Sąd Arbitrażowy
przy
**Stowarzyszeniu
Inżynierów Doradców
i Rzeczoznawców w Warszawie**



**DEDYKOWANY SPOROM
W SPRAWACH
BUDOWLANYCH**

SPORY W BUDOWNICTWIE JUŻ NIE MUSZĄ TRWAĆ LATAMI!

Dlaczego warto wybrać Sąd Arbitrażowy przy SIDiR?

- Wysoką jakość postępowań arbitrażowych. Strony mają prawo wyboru arbitrów. Składy orzekające mogą być dobierane w zależności od rodzaju sprawy z przewagą na aspekty techniczne lub prawne, ale zawsze arbitrzy są profesjonalistami w zakresie rozstrzygania sporów i odpowiednio doświadczeni
- Szybkość i efektywność postępowań. Wyrok powinien być wydany przed upływem 9 miesięcy od dnia ustanowienia Zespołu Orzekającego
- Z uwagi na krótszy przebieg postępowania niższe koszty arbitrażu w porównaniu z sądownictwem powszechnym
- Postępowanie jest proaktywne, oparte na określonym współdziałaniu arbitrów ze stronami. Pozwala to nierzadko uniknąć zbędnej zwłoki czy nie trafnych decyzji proceduralnych
- Miejsce postępowania przed sądem arbitrażowym wskazują strony
- Sąd Arbitrażowy może przeprowadzić dowód z przesłuchania świadków, z dokumentów, oględzin, a także uznać inne konieczne dowody, nie może jednak stosować środków przymusu
- W postępowaniu dowodowym w arbitrażu dopuszcza się pisemne zeznania świadków

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

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