

Zasady prowadzenia przetargów budowlanych - cz. I

30 września 2006

Motto: Celem organizowania czyuczestniczenia w przetargu nie jest zawarcie umowy. Celem jest zawarcie umowy obustronnie korzystnej.

Wstęp

Zmiany ustrojowe, które nastąpiły w Polsce w okresie po 1989 roku, mają swoje odbicie w organizacji budownictwa, które w bardzo krótkim czasie przestawiło się z gospodarki nakazowo-rozdzielczej na gospodarkę wolnorynkową. O ile jednak ten wolny rynek powstawał w innych sektorach gospodarki w dość prosty sposób - poprzez pojawienie się różnych form sprzedaży, poczynając od najprostszych chodnikowo-straganowych, poprzez bazy, niekiedy ogromnych rozmiarów, aż do wielkich hurtowni, super- i hipermarketów oraz luksusowych salonów sprzedaży - o tyle powstanie rynku dla wykonawstwa robót budowlanych wymagało całkiem innej, mniej rzucającej się w oczy formy.

Formą rynku dla wykonawstwa budowlanego są przetargi budowlane. Jest to forma sprzedaży, ale przedmiot sprzedaży w chwili zawierania umowy jeszcze nie istnieje - dopiero ma powstać, i to zarówno w przestrzeni, w formie konkretnego obiektu, jak i w czasie - często dość odległym, liczonym w miesiącach lub w latach.

W 1989 roku kadra zajmująca się budownictwem, a zapoznana z zawieraniem umów w drodze przetargów, była nieliczna i składała się niemal wyłącznie z osób uprzednio zatrudnionych na kontraktach zagranicznych i to w tzw. II obszarze płatniczym, gdyż w ramach RWPG transakcje załatwiano w inny sposób. Brakło też odpowiednich regulacji prawnych, poza mało znanymi postanowieniami Kodeksu cywilnego, gdzie przetrwały elementy przedwojennego ładu gospodarczego. Nie miały one praktycznie żadnego zastosowania, a jeszcze w 1992 roku elita prawników z ówczesnego Ministerstwa Budownictwa wyrażała się lekceważąco o potrzebie zawierania umów cywilnoprawnych z wykonawcami robót - nie wspominając nawet o przetargach.

Przełom nastąpił dopiero w 1994 roku, gdy w nowej ustawie o zamówieniach publicznych pojawił się zapis, że skutkiem postępowania ma być zawarcie umowy cywilnoprawnej. To mało rzucające się w oczy postanowienie ginęło jednak pod masą postanowień dotyczących samego postępowania.

Inaczej sprawy miały się na odcinku inwestycji finansowanych ze środków zagranicznych, w szczególności funduszy pomocowych PHARE i ISPA, oraz banków międzynarodowych, jak Bank Światowy, EBRD i IBRD, które stawiały swoim beneficjentom i kredyto- czy pożyczkobiorcom warunki ujęte w standardowe dokumenty przetagowe lub inne podobne dokumenty. Te warunki odzwierciedlały współczesne praktyki handlowe, obowiązujące w gospodarce rynkowej praktycznie na całym świecie. W przeciwieństwie do ustawy o zamówieniach publicznych we wszystkich takich dokumentach kładziono mniejszy nacisk na procedury, a większy na treść powstających umów.

Zamówienia publiczne

Prawo zamówień publicznych (PZP), wprowadzone w 2004 roku po dziesięciu latach funkcjonowania ustawy o zamówieniach publicznych i licznych jej nowelizacjach, obejmuje zagadnienia wszystkich zamówień publicznych, w tym także zamówienia robót budowlanych oraz usług niematerialnych. Tutaj zajmujemy się problemem przetargów, słusznie uznanych za główną drogę zawierania umów dla budownictwa, byłoby jednak błędem traktowanie PZP jako prawa przetargowego, gdyż:

- reguluje ono całokształt nabywania dóbr przez określone podmioty (sektora publicznego) i finansowanych ze środków budżetowych, przyczym wprowadzie zapewni preferencję dla trybu przetargowego, lecz obejmuje także inne tryby;
- nie reguluje ono postępowań leżących poza tym zakresem, a więc zawieranie umów przez inwestorów prywatnych, które obecnie mają znaczny i rosnący udział w działalności inwestycyjno-budowlanej.

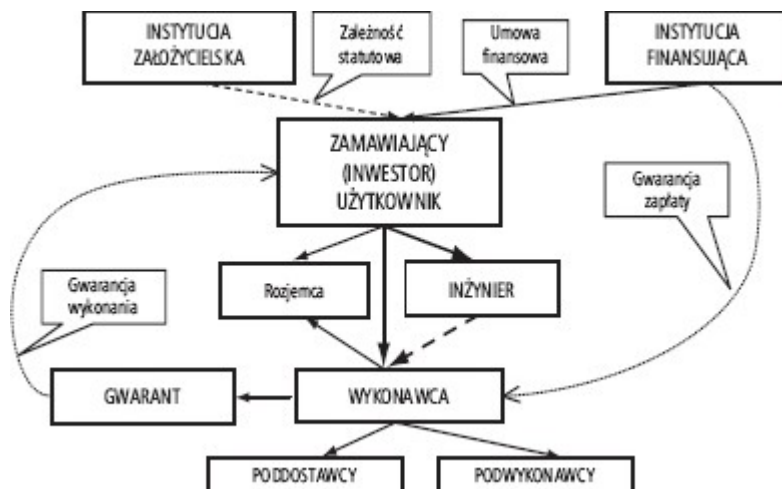
Chroniczna wada PZP tkwi w centralizacji prawa do ostatecznych decyzji w istotnych sprawach zamówień publicznych w jednym urzędzie, który nie jest odpowiedzialny za gospodarcze skutki działań, a w szczególności za koszty i terminy realizacji inwestycji.

Mimo iż PZP poświęca umowom o zamówienia budowlane cały rozdział VI, to ani nie wskazuje na konkretne wzory takich umów, ani na model organizacyjny, na którym mają takie umowy być oparte. Rozpowszechnienie modelu konsultingowego i opartych na nim wzorów FIDIC w zastosowaniu do zamówień publicznych wynika jedynie z wymagań funduszy pomocowych UE dla budownictwa, w których jednocześnie znajdują się postanowienia o obowiązku stosowania PZP oraz wzorów FIDIC. W ten sposób, niejako tylnymi drzwiami, model konsultingowy poprzez wzory FIDIC został ze sobą powiązany przynajmniej dla części zamówień publicznych. Dzięki temu straciły podstawę opory przeciw tym wzorom, bazujące na rzekomych sprzecznościach prawnych i rzeczywistej nieznajomości tego modelu i tych wzorów. Obowiązkowe połączenie PZP ze wzorami FIDIC potwierdziło konsekwentnie głoszoną przez SIDiR tezę, że nie ma i nigdy nie było żadnych prawnych przeszkód przeciw stosowaniu wzorów FIDIC w Polsce.

Model konsultingowy

Model konsultingowy, rozpowszechniony w budownictwie wolnorynkowym, polega na wydzieleniu strefy usług materialnych, takich jak fizyczne wykonywanie robót budowlanych, od usług niematerialnych, często zwanych także intelektualnymi. Poza tymi dwoma rodzajami usług pozostają usługi finansowe oraz ubezpieczeniowe związane z budownictwem.

Najlepiej ilustruje to schemat zamieszczony poniżej.



W tym modelu centralną osobą jest zamawiający, zwany często - np. w Prawie budowlanym - inwestorem. Zakłada się, że budowa ma być realizowana:

- w interesie zamawiającego,
- na jego terenie,
- według jego wymagań,
- w czasie przez niego określonym,
- za jego pieniądze.

Drugą osobą w organizacji budownictwa jest wykonawca, powiązany z zamawiającym umową cywilnoprawną. Dla uproszczenia zakładamy, że nawet dla wielkich zamierzeń budowlanych zamawiający zatrudnia bezpośrednio jednego wykonawcę, zwanego też zwykle generalnym wykonawcą. Ze względu na specjalizację generalny wykonawca zatrudnia zwykle podwykonawców bądź poddostawców.

Czynności tych jest wiele, nie wyliczamy ich, gdyż nie one są tematem tego artykułu.

Należy tu zauważyć, że do podstawowych czynności wykonawcy nie należy sporządzenie projektów robót stałych, chyba że zawrze on z zamawiającym umowę o projektowanie i budowę. Nie zakłada się, ale i nie wyklucza, że zamawiający posiada wiedzę o sztuce budowlanej potrzebną do samodzielnego rozwiązywania problemów organizacyjnych i technicznych, a nawet do odpowiedniego sprecyzowania własnych wymagań bądź do egzekwowania spełnienia tych wymagań. Mimo to skupianie w jego własnym ręku wszystkich czynności decyzyjnych nie jest racjonalne i w praktyce gospodarki wolnorynkowej spotyka się tylko w gronie inwestorów, którzy prowadzą stałą działalność inwestycyjną, a i to nie u wszystkich. Pozostali posługują się konsultingiem.

W modelu konsultingowym pomiędzy zamawiającym a wykonawcą występuje trzecia osoba, zwana umownie inżynierem lub inżynierem-konsultantem bądź inżynierem kontraktu, która:

- działa w imieniu i na rzecz zamawiającego, na podstawie zawartej z nim umowy i udzielonych mu pełnomocnictw;
- wykonuje wszystkie świadczenia niematerialne, potrzebne do realizacji budowy takie jak projekty i nadzór inwestorski wykonywanych robót.

Istotne znaczenie ma fakt, że w tym modelu organizacji znaczna część istotnych dla budowy czynności zamawiającego, wynikających z potrzeb budowy, a niekiedy także z obowiązującego prawa, jest w rzeczywistości sprawowana przez inżyniera, wprowadzającego w imieniu i na rzecz zamawiającego, ale związanego z nim tylko umową, a nie związkiem organicznym czy stosunkiem pracy.

Właśnie osoba inżyniera budziła największe opory przeciwwdrażaniu modelu konsultingowego w Polsce w ostatnich latach ubiegłego wieku. Podnoszono pseudoprawne zarzuty, w rodzaju rzekomej sprzeczności tego modelu, a szczególnie osoby inżyniera z Prawem budowlanym, rozmyciu odpowiedzialności itp. Opory te nie wygasły całkowicie do chwili obecnej, jednak wobec znacznej liczby pozytywnych doświadczeń mają one jedynie zakres ograniczony do rzekomej „specyfiki branży”, a nie do totalnej negacji.

Świadczenia niematerialne

Jak wiadomo, realizacja zamierzeń budowlanych wymaga zarówno wykonania czynności materialnych, takich jak wykonanie wykopów, wylewanie betonu czy układanie cegieł jak i czynności niematerialnych, takich jak projektowanie czy nadzory nad wykonywaniem czynności materialnych. Podział taki jest też utwierdzony Prawem budowlanym, które ustanawia odrębnie związane z tym podziałem kwalifikacje, obowiązki, uprawnienia i odpowiedzialność.

Trzeba jednak zauważyć, że z ważnych powodów FIDIC nie zakłada dalszego podziału umówo usługi niematerialne, mimo świadomości technicznego podziału na czynności przedprojektowe, przedumowne, projektowe, nadzory, próby techniczne, szkolenie i inne elementy specjalistyczne. Założeniem FIDIC jest obejmowanie wszystkich tych świadczeń jedną Umową Klient/ Konsultant („Biała Książka”, aktualnie FIDIC 1998). Takie łączenie różnych usług niematerialnych w jedną umowę ma ogromne zalety, ale, niestety, w Polsce dominuje odziedziczony po gospodarce planowej system, w którym czynności projektowania są oddzielane organizacyjnie i w umowach od czynności nadzoru. Sprzyja temu umieszczenie w rozdziale 2 [Przygotowanie postępowania] PZP art. 31.1. wymagania dotyczącego posiadania dokumentacji projektowej, przy jednoczesnym przemilczeniu potrzeby zorganizowania nadzoru. W

Tylko generalny wykonawca jest podmiotem bezpośredniej umowy z zamawiającym i on na podstawie takiej umowy odpowiada za wykonanie podstawowych czynności, niezbędnych do wykonania robót.

Model konsultingowy, o którym była mowa, respektuje taki podział i nadaje mu formę organizacyjną. Ponieważ charakter czynności materialnych różni się w istotnych elementach od charakteru czynności niematerialnych, FIDIC opracował osobne wzory dla jednych i dla drugich.

praktyce jest to rozumiane tak, że zamawiający zawiera umowę na wykonanie projektu oraz specyfikacji, natomiast o potrzebie zorganizowania nadzoru zaczyna myśleć po zawarciu umowy o wykonanie robót. Nierzadko bywa, że ten podział powoduje opóźnienie rozpoczęcia budowy, a równie często bywa on źródłem znacznych komplikacji organizacyjnych już po rozpoczęciu budowy.

Dosłowne przestrzeganie PZP prowadzi zamawiających (= inwestorów) do zawarcia jednej umowy z wykonawcą (= projektantem), drugiej z wykonawcą (= wykonawcą) oraz trzeciej z wykonawcą (= inżynierem); w wyniku tego w dokumentach budowy występuje aż trzech wykonawców, jeden prawdziwy i dwóch rzekomych z nadania PZP.

Istnieje też poważny problem związany z wyborem firmy, której zamierza się powierzyć pełnienie świadczeń niematerialnych. O ile dla wykonawców robót dominującym kryterium wyboru - całkiem słusznie - jest cena, a wprowadzony art. 91.1.3 zakaz uwzględniania właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej można uznać za słuszny, o tyle w odniesieniu do usług niematerialnych jest on sprzeczny zarówno ze zdrowym rozsądkiem, jak i z ugruntowaną praktyką światową. W tej dziedzinie bowiem powszechnie stosuje się do największych zamierzeń wybór według kwalifikacji, a do wszystkich innych - albo zasadę: najlepszy zespół realizacyjny za rozsądną cenę (np. 10 - 15% powyżej średniej ceny z wszystkich ofert), albo maksymalną punktację złożoną z cech kwalifikacyjnych (nawet 70% przyznawanej punktacji) oraz ceny (w granicach 30 - 50%).

Pewnym dodatkowym problemem jest stosowane przez PZP słownictwo, które dla postępowań o zamówienia publiczne przewiduje tylko dwie nazwy związane ze stronami postępowania: zamawiający i wykonawca, z pominięciem osoby oferenta (który przecież może się stać, ale nie musi, wykonawcą), podczas gdy np. w Prawie budowlanym występuje inwestor, projektant, inspektor nadzoru, a w dokumentach FIDIC ponadto inżynier.

Wybór według ceny stosowany do świadczeń niematerialnych jest powszechnie uważany za szkodliwy i pozostaje wierzyć, że zniknie on z polskiej gospodarki zanim wywoła nieodwracalne, wielkie szkody.

Stowarzyszenie Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR)

SIDiR powstało na bazie kadry inżynierskiej, związanej z budownictwem zagranicznym i od początku było związane z Międzynarodową Federacją Inżynierów-Konsultantów (FIDIC), wkrótce po tym z Europejską Federacją Inżynierów-Konsultantów (EFCA), a ostatnio także z Fundacją Rozstrzygania Sporów (DRBF). Z tego tytułu działalność SIDiR skupiała się na promowaniu publikacji FIDIC, a także pokrewnych publikacji Banku Światowego i EBRD. Tą drogą zainteresowani uzyskali dostęp do polskich przekładów procedury przetargowej FIDIC, BŚ i EBRD oraz do wzorów warunków kontraktowych tych instytucji. Te publikacje służyły jedynie rozpowszechnianiu wiedzy, gdyż poza ograniczonym zakresem finansowania ze źródeł międzynarodowych nie miały one w Polsce żadnej mocy prawnej. Z czasem okazało się, że wiedza, nawet niepoparta przymusem jej stosowania, ma wystarczającą siłę przebicia, aby międzynarodowe wzory znalazły drogę do realizacji licznych przedsięwzięć inwestycyjnych w Polsce. Nie chodzi tu tylko o wiedzę o postępowaniu przetargowym i wzorach warunków kontraktowych, lecz także o sprawę bardziej podstawową - o formę organizacyjną, dominującą w gospodarce wolnorynkowej.

Realizacja budowy wymaga zgodnego współdziałania co najmniej kilku niezależnych podmiotów gospodarczych, które nie mają wspólnego zwierzchnika, a jedyne powiązania między nimi zapewniają właśnie umowy cywilnoprawne, tak do niedawna lekceważone i zaniebywane.

Opracowanie: mgr inż. ADAM HEINE, mgr BOGDAN ROGUSKI
konsultanci, członkowie SIDiR

Źródło: Artykuł ukazał się w „Inżynierze budownictwa”