
GŁUCHOWSKI SIEMIĄTKOWSKI ZWARA



Sprawdzony partner w życiu i biznesie



Głuchowski Siemiątkowski Zwara
Sprawdzony partner w życiu i biznesie

WPŁYW

WARUNKÓW FORMALNYCH ZAMÓWIENIA

I RELACJI KONTRAKTOWEJ

NA SPRAWNOŚĆ PRZEBIEGU REALIZACJI



**Nieprawidłowości
w obecnych relacjach
Zamawiający – Wykonawca
i
możliwe remedia
na etapie udzielania zamówienia,
w zakresie kształtowania zobowiązań
umownych
i w ramach realizacji umowy**



ZASADA RÓWNOŚCI STRON **stosunków cywilnoprawnych**

*W celu ustalenia prawidłowych relacji
Wykonawca – Zamawiający
na początku niezbędna jest zmiana podejścia
Zamawiającego – organu władzy publicznej do Wykonawcy.*

*Relacje te oparte są na stosunkach cywilnoprawnych, które
zakładają równość Stron.*

*Nie ma w nich miejsca na władztwo administracyjne.
Żadna ze Stron nie znajduje się w pozycji dominującej.*



PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

Podział udzielanych zamówień na odcinki – często stosunkowo krótkie

Ukończenie jednego odcinka nie pozwala na jego użytkowanie z uwagi na opóźnienia na odcinkach sąsiadujących



Ukończony i odebrany odcinek wiąże się z koniecznością ponoszenia kosztów jego utrzymania, pomimo braku eksploatacji



Niepotrzebny koszt:

- Państwa (po odbiorze) lub Wykonawcy (związany ze zwłoką w odbiorze robót przez Zamawiającego)

Problemy na „styku” dwóch odcinków
zw. z wpływem zobowiązań jednego Wykonawcy na prace drugiego sąsiadującego Wykonawcy

REMEDIUM

Udzielanie zamówień temu samemu Wykonawcy na dłuższe odcinki

Eliminacja tak dużego rozdrabniania udzielanych zamówień



KRYTERIUM WYBORU WYKONAWCY

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

Istotne kryterium wyboru Wykonawcy stanowi cena, a nie doświadczenie w realizacji podobnych inwestycji, płynność finansowa czy posiadanie stosownych zabezpieczeń (istotne z punktu widzenia konieczności czasowego „kredytowania” inwestycji)

REMEDIUM

Zmiana w zakresie wagi kryteriów wyboru Wykonawcy poprzez odejście od ceny jako kryterium najbardziej istotnego na rzecz znaczenia dotychczasowego doświadczenia w realizacji podobnych inwestycji



KRYTERIA WYBORU W PRZYPADKU KONSORCJUM

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

W przypadku oferty składanej przez konsorcjum Wykonawców kryteria wyboru – co do zasady – odnoszą się łącznie do Wykonawców, nie stawia się wymogów poszczególnym Wykonawcom

(często w konsorcjum znajdują się Wykonawcy – „figuranci”, a w rzeczywistości kto inny realizuje umowę)

REMEDIUM

W przypadku oferty składanej przez konsorcjum Wykonawców wymagania – m.in. w zakresie doświadczenia, płynności finansowej powinny odnosić się również do poszczególnych Wykonawców

(określenie pewnego minimum w stosunku do każdego z Wykonawców)



PODWYKONAWCY

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

Na etapie udzielania
zamówienia i ustalania treści
umowy nie określa się
kryteriów wyboru
Podwykonawców

Nie istnieją dodatkowe
zabezpieczenia płatności
Wykonawcy na rzecz
Podwykonawców

(za wyjątkiem przypadków powstania
solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego
z Wykonawcą)

REMEDIUM

Na etapie udzielania
zamówienia i ustalania treści
umowy należy jasno określać
kryteria wyboru
Podwykonawców

Wykonawcy powinni udzielać
dodatkowych zabezpieczeń
płatności na rzecz
Podwykonawców



CENA

wartość przedmiotu zamówienia

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

Z uwagi na fakt, że istotne kryterium wyboru Wykonawcy stanowi cena

Wykonawcy wskazują ceny często uwzględniające jedynie minimalny zysk

REMEDIUM

Zmiana w zakresie wagi kryterium ceny, co pozwoli na racjonalną realizację inwestycji i osiągnięcie przez Wykonawców zysku



PODWYŻSZANIE WYNAGRODZENIA

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

Konieczność korzystania – co do zasady -

z klauzuli *rebus sic stantibus*

(nadzwyczajnej zmiany stosunków)

(możliwości przewidziane w umowie nie dają gwarancji uwzględnienia roszczeń Wykonawcy)

w przypadku, gdy nastąpił znaczący wzrost cen m.in. surowców,
ponieważ doświadczony Wykonawca powinien przewidzieć możliwość
wzrostu cen

Wzrost, którego nie można było przewidzieć na etapie składania oferty/ zawierania umowy, a ma bardzo duży wpływ na rentowność realizacji inwestycji



PODWYŻSZANIE WYNAGRODZENIA

REMEDIUM

Wprowadzenie możliwości automatycznego podwyższenia wynagrodzenie w przypadku, gdy nastąpił znaczący wzrost cen

Wprowadzenie w miejsce wynagrodzenia ryczałtowego wynagrodzenia kosztorysowo – ryczałtowego

Wzrost cen o określony % oznaczałby automatyczne podwyższenie wynagrodzenia



TERMINY REALIZACJI

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

Wyznaczanie przez Zamawiającego zbyt krótkich terminów realizacji

w szczególności nieuwzględniających możliwości technologicznych pozwalających na prawidłową realizację inwestycji czy też panujących warunków klimatycznych

Zdecydowana większość Wykonawców dotychczas nie była w stanie dochować wyznaczonych terminów

REMEDIUM

Wyznaczanie przez Zamawiającego realnych i racjonalnych terminów realizacji

po uprzedniej szczegółowej analizie przez Zamawiającego przede wszystkim możliwości technologicznych pozwalających na prawidłową realizację inwestycji czy też panujących warunków klimatycznych



ODPOWIEDZIALNOŚĆ za dokumentację

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

Wymaganie, aby Wykonawca złożył oświadczenie potwierdzające kompletność i prawidłowość przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji, w tym dokumentacji projektowej

Obciążenie Wykonawcy ryzykiem związanym z jej brakami

(kryterium doświadczonego Wykonawcy)

Brak realnej możliwości zapoznania się z dokumentacją na etapie składania oferty

REMEDIUM

Zmiana zakresu odpowiedzialności Wykonawcy i Zamawiającego za kompletność i prawidłowość przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji, w tym dokumentacji projektowej



FIDIC

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

Oparcie umów na „FIDIC – u”

Niezgodność „FIDIC-a”

z polskim porządkiem prawnym

- niezgodność z zasadami prawa cywilnego, np.: zasadą słuszności kontraktowej
 - brak odpowiedników określonych instytucji w polskim porządku prawnym, np.: roszczenia o przedłużenia Czasu na Ukończenie
 - brak precyzyjnego uregulowania zasadniczych kwestii, np.: kryteriów przedłużenia Czasu na Ukończenie
 - problemy interpretacyjne na gruncie polskiego prawa cywilnego związane z nieprecyzyjnym polskim tłumaczeniem - problem tłumaczenia niektórych instytucji np.: odstąpienie a wypowiedzenie

REMEDIUM

Opracowanie własnego wzoru umowy – na wzór „FIDIC –a”,

- zgodnego z polskim porządkiem prawnym
- dostosowanego do instytucji polskiego prawa cywilnego
- precyzyjnie definiującego określone pojęcia

co przełamie przyjętą,
ale nieobligatoryjną praktykę



DEFINIOWANIE POJĘĆ w treści umowy

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

W związku z oparciem się na „FIDIC-u” istnieje problem braku precyzyjnego definiowania pojęć użytych w treści umów,

(Akt Umowy, Warunki Ogólne, Warunki Szczególne)

co powoduje rozbieżności i trudności interpretacyjne na etapie realizacji umowy i ewentualnego sporu

REMEDIUM

Precyzyjne definiowanie wszystkich pojęć użytych w treści umów

(Akt Umowy, Warunki Ogólne, Warunki Szczególne)

w celu eliminacji rozbieżności i trudności interpretacyjnych na etapie realizacji umowy i ewentualnego sporu



PIERWOTNY CZAS NA UKOŃCZENIE tzw. „przejezdność”

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

W treści umów wprowadza się termin wykonania
tzw. Pierwotny Czas na Ukończenie

(niepodlegający przedłużeniu niezależnie od występujących okoliczności)

- niezależny od Czasu na Ukończenie -

W tym czasie Wykonawca ma obowiązek „*wykonania robót umożliwiającym
co najmniej tymczasowe dopuszczenie do ruchu*”

tzw. przejezdność

Brak definicji powyższej klauzuli



PIERWOTNY CZAS NA UKOŃCZENIE

tzw. „przejezdność”

REMEDIUM

Wyeliminowanie z umów terminów, których przedłużenia nie mogą spowodować nawet okoliczności niezależne od Stron

Zrównanie praktyki rozwiązywania kwestii w kontekście Pierwotnego Czasu na Ukończenie z praktyką rozstrzygania kwestii w kontekście Czasu na Ukończenie

Wprowadzanie określonych pojęć i klauzul do treści umowy musi być związane z jednolitą i powszechną regulacją kontraktową w zakresie precyzyjnego definiowania



ODPOWIEDZIALNOŚĆ

za drogę „przejezdną”

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

Brak regulacji
w zakresie odpowiedzialności
(w tym podmiotu odpowiedzialnego)
za drogę tymczasowo
dopuszczoną do ruchu –
„przejezdną”

REMEDIUM

Precyzyjne uregulowanie
kwestii „przejezdności”, w tym
w zakresie odpowiedzialności
(tylko w przypadku, gdy nie
eliminuje się
terminu Pierwotnego Czasu na
Ukończenie i rozwiązania
polegającego na zapewnieniu
„przejezdności”)



TREŚĆ UMOWY

Zasada swobody umów i autonomii woli

Stron

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

Adhezyjność umów - treść umów - co
do zasady –

nie stanowi przedmiotu negocjacji
pomiędzy Stronami



Zaburzenie relacji pomiędzy
Stronami co do ich praw
i obowiązków



Umowy zdecydowanie jednostronne
– na korzyść Zamawiającego

REMEDIUM

Godziwy tryb zawierania umów

Na etapie udzielenia zamówienia –
określenie podstawowych warunków
(przedmiot, cena , termin)

Wprowadzenie realnej możliwości
negocjacji treści umów w pozostałym
zakresie

(z określeniem ich terminu bez utraty całości
wadium)

Równe rozłożenie
praw i obowiązków Stron



KARY UMOWNE

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

Bardzo wysokie – w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia kary umowne, do których zapłaty zobowiązani są

Wykonawcy

średnio

0,01% - 0,1%

wartości przedmiotu zamówienia

za każdy dzień

Potrącane z bieżących płatności

bez uprzedniego rozstrzygnięcia

zgłoszonych roszczeń

REMEDIUM

Racjonalizacja wysokości kar umownych

Wprowadzenie możliwości naliczenia kar umownych po zakończeniu realizacji przedmiotu umowy,

w tym po całościowym rozliczeniu roszczeń

zgłoszonych przez Wykonawcę w związku z realizacją umowy



INŻYNIER KONTRAKTU

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

Problem osoby Inżyniera
Kontraktu

„osoby wyznaczonej przez
Zamawiającego”

osoby nieobiektywnej

podejmującej kluczowe decyzje
związane z realizacją umowy,

w tym rozstrzygające roszczenia
zgłaszane przez Wykonawcę

Brak szczegółowego uregulowania
odpowiedzialności

REMEDIUM

Inżynier Kontraktu powinien
być wybierany przez obie
Strony

co dawałoby większą gwarancję
obiektywności

Odpowiednie rozłożenie kosztów
wynagrodzenia

Szczegółowe uregulowanie zasad
działania i zakresu odpowiedzialności



ROSZCZENIA WYKONAWCÓW

w trakcie realizacji umowy

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

Brak jednoznacznych kryteriów

- pełna uznaniowość -

obliczania i przyznawania przez

Zamawiającego przedłużenia

Czasu na Ukończenie i

dodatkowego wynagrodzenia

Brak możliwości zaskarżenia decyzji

Inżyniera

REMEDIUM

Określenie jasnych

i czytelnych reguł dotyczących

obliczania i przyznawania przez

Zamawiającego przedłużenia

Czasu na Ukończenie i

dodatkowego wynagrodzenia

w celu eliminacji uznaniowości

Wprowadzenie wymogu szczegółowego

uzasadnienia rozstrzygnięć

Wprowadzenie procedury odwoławczej

od rozstrzygnięć Inżyniera

np.: stałej komisji arbitrażowej dla danej

umowy



ROZSTRZYGANIE ROSZCZEŃ

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

Problem nieterminowego
- niezgodnego z umową –
rozstrzygania co do roszczeń
zgłaszanych przez Wykonawcę
w trakcie realizacji umowy

Bardzo długotrwałe postępowania
w ramach umowy
(znaczne przekraczanie 42 –
dniowego terminu)

REMEDIUM

Wprowadzenie
odpowiedzialności Inżyniera
i Zamawiającego za
nieterminowe rozstrzyganie co
do roszczeń

Uznanie, że po upływie terminu
umownego Inżynier uznał roszczenia
za w pełni uzasadnione



ZRZECZENIE SIĘ ROSZCZEŃ

NIEWŁAŚCIWA PRAKTYKA

Rozwiązanie polegające na tym,
że brak zgłoszenia

Zamawiającemu roszczenia w
określonym terminie powoduje
jego zrzeczenie się

Początek biegu terminu nie jest
precyzyjnie określony

„Jeżeli Wykonawca nie da powiadomienia
o roszczeniu w ciągu takiego okresu 28 dni, to
Czas na Wykonanie nie będzie przedłużony,
Wykonawca nie będzie uprawniony do
dodatkowej płatności, a Zamawiający będzie
zwolniony z całej odpowiedzialności w związku
z takim roszczeniem”

REMEDIUM

Wyeliminowanie
przyjętego rozwiązania
i oparcie się na ogólnych
zasadach prawa cywilnego
w szczególności
w zakresie przedawnienia
roszczeń

Ewentualnie – doprecyzowanie początku
biegu terminu, wydłużenie terminu



PRAWIDŁOWO DZIAŁAJĄCY RYNEK INWESTYCYJNO – INFRASTRUKTURALNY WYMAGA w szczególności:

1. Budowy partnerskiej relacji Zamawiający – Wykonawca
2. Zmiany nastawienia – często bardziej istotnego niż litera prawa i zapewnienie równorzędności Stron wynikającej z cywilnoprawnego charakteru stosunku łączącego Strony
3. Odejście od przywiązania do istotności kryterium ceny przy wyborze Wykonawcy
4. Zrozumienie, że najniższa cena nie stanowi gwarancji dobrego wykonania przedmiotu umowy
5. Zrozumienie, że wynagrodzenie Wykonawcy musi uwzględniać osiągnięcie zysku



6. Wprowadzenie realnych terminów realizacji umowy
7. Wprowadzenia realności prowadzonych negocjacji mających na celu ustalenie treści umowy zakładającej równość Stron
8. Opracowanie własnego wzoru umowy zgodnego z polskim prawem
9. Uregulowanie funkcji Inżyniera Kontraktu jako podmiotu wskazanego przez obie Strony
10. Określenie jasnych i precyzyjnych zasad rozstrzygania roszczeń zgłaszanych przez Wykonawcę w trakcie realizacji umowy



AMERYKAŃSKI PRAGMATYZM

Amerykański nowy nurt nauki

(Law & Economics)

zaowocował

m.in. tzw. *efficient – breach theory*



Głuchowski Siemiątkowski Zwara
Sprawdzony partner w życiu i biznesie

Dziękuję za uwagę

prof. dr hab. Tomasz Siemiątkowski