

Drogowe zamówienia infrastrukturalne

– cechy szczególne

W artykule zostały omówione cechy szczególne drogowych zamówień infrastrukturalnych. Przedstawiono dwa rodzaje przetargów oraz najczęściej występujące w ich przypadku problemy.

W ramach wydatkowania środków pochodzących z Unii Europejskiej, pomimo widocznego zwiększenia wydatków na infrastrukturę kolejową, w dalszym ciągu pozostaje znacząca pula pieniędzy przeznaczona na realizację inwestycji drogowych. Co więcej, również samorządy – bez względu na wsparcie z funduszy wspólnotowych – realizują szereg inwestycji drogowych, czy to w zakresie remontów, czy uzupełnienia istniejącej sieci dróg. Warto również wskazać na obserwowany efekt synergii – wraz z realizowanym przez GDDKiA programem rozbudowy sieci autostrad i dróg ekspresowych realizowane są dziesiątki inwestycji o zasięgu lokalnym, w zakresie połączenia powstających dróg z miastami czy terenami inwestycyjnymi. To wszystko sprawia, że w najbliższych latach nie powinno zabraknąć nowych inwestycji drogowych oraz przetargów na ich wykonanie. Co istotne, przetargi na ich realizację będą prowadzone w nowym stanie prawnym.

„Buduj” albo „Projektuj i buduj”

Generalnie w zakresie zamówień na budowę lub modernizację infrastruktury drogowej można wyróżnić dwa rodzaje przetargów – w zależności od koncepcji przyjętej dla danej inwestycji, jak również dokumentacji będącej w posiadaniu inwestora.

Każda ze wspomnianych koncepcji wiąże się przy tym z odmiennymi zagadnieniami, na które warto zwrócić szczególną uwagę już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zarówno z perspektywy inwestora, jak i wykonawcy.

Zatem:

- a) w przypadku formuły „Buduj” – wykonanie robót budowlanych według dokumentacji inwestora, szczególnie ważne jest precyzyjne określenie dokumentacji, jaką zapewnia inwestor, oraz odpowiedzialności za sytuacje, w których dokumentacja ta okaże się niekompletna, istotna jest kwestia terminu i możliwości jego przesunięcia;
- b) w przypadku formuły „Projektuj i buduj” – przedmiot umowy determinowany jest oczekiwanym przez inwestora rezultatem, w tym poprzez odniesienie do założonych parametrów, szczegółowe rozwiązania, które mają doprowadzić do realizacji tego rezultatu pozostawione są samemu wykonawcy (w ramach zleconego projektowania).



Pozornie koncepcje nawiązują zazwyczaj do terminologii FIDIC – należy jednak pamiętać, że w praktyce nie stosuje się „czystego” FIDIC-a, ale jego daleko zmodyfikowaną wersję.

„Projektuj i buduj” – najczęstsze problemy przetargowe

W przypadku przetargów w tej formule należy zwrócić uwagę na kwestię terminu realizacji robót i samego przedmiotu robót. W praktyce bowiem okazuje się często, że sama faza projektowa wydłuża się znacząco powyżej okresów zakładanych przez strony umowy i w ten sposób „konsumuje” czas przewidziany na wykonanie robót budowlanych. Nie należą do rzadkości przypadki, w których np. warunki geologiczne są odmiennie od zakładanych przez wykonawcę lub wskazanych przez inwestora.

Do stosunkowo częstych problemów, zwłaszcza w przypadku realizacji nowych inwestycji na terenie zurbanizowanym, należą sytuacje, w których dopiero na etapie wykonawczym ujawniane są instalacje i urządzenia, które nie były uwzględnione w zgromadzonej dokumentacji, co z jednej strony wydłuża termin re-

alizacji robót, z drugiej zaś – może wiązać się z koniecznością przeprowadzenia prac dodatkowych, które nie wynikały z opracowanego projektu.

Zamawiający przy tym może stać na stanowisku, że nieuwzględnienie konieczności przeprowadzenia robót dodatkowych obciąża wyłącznie wykonawcę, który przecież odpowiada za przygotowanie projektu wykonawczego. Swoboda projektowa wykonawcy jest często mocno ograniczona Programem Funkcjonalno-Użytkowym, który wymaga nie tylko osiągnięcia określonych parametrów inwestycji, ale bardzo często wskazuje na konieczność wykonania określonych prac w konkretnej technologii. Wynika to z ogólnego problemu omawianej formuły, jest ona bowiem wygodna dla inwestora, gdyż zdejmuje z niego szereg zadań, jednakże inwestor ryzykuje, że na etapie projektowania wykonawca wybierze rozwiązanie najtańsze lub gorszej jakości, np. by zaoszczędzić kosztem trwałości lub funkcjonalności, co w praktyce rodzi często konflikty na etapie odbioru dokumentacji projektowej.

Zdarzają się przypadki, w których zamawiający nie dokonuje odbioru dokumentacji projektowej, uzależniając jego dokonanie od wprowadzenia konkretnych zmian (często niewynikających z PFU) – wówczas wykonawca staje przed dylematem, czy żądania takie uwzględnić, nawet jeśli pierwotnie nie były skalkulowane w ofercie, czy też prowadzić w tym zakresie spór z wykonawcą (który w tym czasie zazwyczaj nalicza kary umowne). W tym przykładzie widoczna jest dominująca pozycja zamawiającego w relacji umownej.

W tym zakresie należy wskazać na korzystny dla wykonawców wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 marca 2010 r. KIO 184/10:

„Nie jest dopuszczalne i możliwe zawarcie z góry w SIWZ i we wzorze umowy, zastrzeżenia, iż umowa obejmuje zakres prac, który obojętnie z jakich przyczyn został pominięty na etapie projektowania lub też obejmuje bez obustronnego porozumienia zakres wszelkich prac dodatkowych czy zamiennych, wynikających z ujawnionych w trakcie budowy wad projektu oraz wynikających ze znacząco odmiennych warunków geologiczno-gruntowych”.

W orzeczeniu tym (i szeregu podobnych) przyjęto, że nawet w systemie „Projektuj i buduj” wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za wszystkie prace, których wykonanie okaże się konieczne dopiero w toku realizacji umowy. W orzecznictwie nie zdefiniowano wyraźnej granicy odpowiedzialności wykonawcy, jednak zakłada się, że wykonawca zobowiązany jest jedynie do wykonania tych prac, które na podstawie przedłożonej mu dokumentacji (zakładając jej kompletność) i Programu Funkcjonalno-Użytkowego, powinien uwzględnić w prawidłowo przygotowanym projekcie wykonawczym. Problem w tym, że ewentualny spór co do zakresu obowiązków wykonawcy jest długotrwały, a wykonawca zobowiązany jest do przestrzegania harmonogramu realizacji robót. Może więc wstrzymać się z pracami do czasu rozwiązania sporu – ryzykując kolejny spór o karę umowną lub wręcz odstąpienie od umowy przez zamawiającego – albo zrealizować dodatkowe prace, a następnie dochodzić za ich wykonanie dodatkowego wynagrodzenia w drodze powództwa cywilnego.

Odmienne warunki budowy, czyli niespodzianki w toku prac

Nieco inaczej wygląda ryzyko w przypadku realizacji robót budowlanych według dokumentacji pochodzącej od inwestora

(formuła „Buduj”), choć również w tym przypadku wiąże się ono w największym zakresie z koniecznością wykonania robót innych niż w dokumentacji projektowej lub w odmiennej (droższej) technologii.

W tym przypadku w praktyce często dochodzi do sporów na linii inwestor – wykonawca, dotyczących tego, czy wykonanie takich robót jest obowiązkiem wykonawcy wynikającym z umowy, czy też wykracza poza jej zakres i jako takie powinno być przedmiotem odrębnego zamówienia publicznego (i w ramach dodatkowego wynagrodzenia). Formalne udzielenie zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego wymaga przy tym, po pierwsze, spełnienia ustawowych przesłanek, spośród których największymi problemami są uwzględnienie w SIWZ możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego oraz kwestia braku możliwości przewidzenia konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego, oraz czasu. W sytuacji, w której inwestorzy publiczni często działają pod presją czasu, w związku z koniecznością rozliczenia inwestycji, oraz presją opinii publicznej, z reguły podchodzą oni do kwestii zamówień dodatkowych lub uzupełniających ze sporą dawką sceptycyzmu.

Należy przy tym zaznaczyć, że sytuacja, w której wykonawca bez formalnego udzielenia zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego realizuje takie dodatkowe prace – bazując na nieformalnych zapewnieniach o późniejszym rozliczeniu – generuje ryzyko, że wynagrodzenie za te prace będzie musiało być dochodzone na drodze postępowania sądowego. Z punktu widzenia zamawiającego zobligowanego do stosowania przepisów PZP udzielenie zamówienia po wykonaniu robót czy też zapłata wynagrodzenia bez podstawy w postaci odpowiedniej umowy rodzą bowiem zbyt duże ryzyko pod kątem odpowiedzialności za dysponowanie środkami publicznymi – zapłata dodatkowego wynagrodzenia na podstawie prawomocnego wyroku sądu jest dla zamawiających bezpieczniejszym rozwiązaniem.

W praktyce często dochodzi do prób takiego sformułowania treści SIWZ i umowy, aby przetrzymać na wykonawcę wszelkie możliwe ryzyko. Praktyki takie były przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej, która we wskazanym wyżej wyroku z 2 marca 2010 r. KIO 184/10 zakwestionowała m.in. następujące postanowienia umowy:

- „Cena oferty (...) obejmuje należność za wykonanie wszystkich czynności niezbędnych do kompleksowej realizacji przedmiotu umowy, przez co rozumie się w szczególności możliwość jego eksploatacji zgodnie z przeznaczeniem”.
- „Zgodnie z SIWZ i projektem umowy wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ma obejmować dodatkowo roboty nieprzewidziane w dokumentacji projektowej i ryzyka niemożliwe do przewidzenia i wyceny na etapie przygotowywania oferty”.
- „Cena oferty ustalona zgodnie z powyższym punktem winna zawierać wszystkie elementy nie przewidziane (elementy ryzyka, np. odmiennie warunki geologiczne w rodzaju gruntu, czy konieczność prowadzenia odwodnienia robót, negatywne skutki warunków atmosferycznych), ale konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia, zawierając także koszty wszelkich innych robót – prac i nakładów, bez których wykonanie zamówienia byłoby niemożliwe”.

- „W związku z dokonaną inspekcją i zbadaniem terenu budowy i jego otoczenia oraz uzyskaniem potrzebnych informacji dotyczących rodzaju gruntu i warunków gruntowych przed złożeniem oferty przetargowej uznaje się także, że wykonawca wziął pod uwagę ukształtowanie i charakter terenu budowy, rozmiar i charakter robót i materiałów niezbędnych do ukończenia robót, środków komunikacji i dostępu do placu budowy, zaplecza, jakiego może wymagać, oraz że uzyskał wszelkie niezbędne informacje dotyczące ryzyka, ewentualnych wydatków oraz wszelkich innych okoliczności wpływających lub oddziałujących na jego ofertę”.

Mając na uwadze powyższe, trzeba pamiętać, że tego typu postanowienia mogą być zarzewiem odwołań wykonawców (na etapie przetargu) lub późniejszych sporów co do zakresu obowiązków wykonawcy.

Idzie nowe...

Do 18 kwietnia 2016 r. Polska była zobowiązana implementować unijne dyrektywy, które weszły w życie w 2014 r., a mianowicie: dyrektywę klasyczną (2014/24/UE), sektorową (2014/25/UE) i koncesyjną (2014/23/UE), które regulują prawo zamówień publicznych. Wprowadzają one istotne zmiany, wśród których należy wymienić wykluczenie kredytów i pożyczek z reżimu zamówień publicznych, uproszczenie postępowania, większą innowacyjność. Obecnie trwa procedura legislacyjna nowelizacji PZP, która ma implementować postanowienia wspomnianych dyrektyw. Co ciekawe, równoległe trwają prace nad nową ustawą o zamówieniach publicznych, która jednakże również będzie musiała uwzględnić wymogi dyrektyw.

Z punktu widzenia inwestycji drogowych poza zmianami dotyczącymi samej procedury postępowania przetargowego największe znaczenie praktyczne będą miały rozwiązania dotyczące kryteriów oceny ofert.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a PZP kryterium ceny będzie mogło mieć wagę powyżej 40% lub stanowić jedyne kryterium oceny ofert tylko wówczas, gdy przedmiot zamówienia ma ustalone standardy jakościowe. Pytanie brzmi, czy w odniesieniu do dróg publicznych, których podstawowe parametry są regulowane przepisami prawa budowlanego i szeregiem rozporządzeń wykonawczych, można mówić o ustalonych standardach jakościowych.

W zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert projekt wskazuje przede wszystkim na kwestię kosztu – opisanego w art. 91 PZP. Z przepisu tego wynika, że to zamawiający ma określić każdorazowo – biorąc pod uwagę specyfikę danego zamówienia – jak ustalić koszt związany z daną usługą lub dostawą, aby uwzględnić on nie tylko koszt nabycia, ale również wydatki związane z eksploatacją, utrzymaniem czy wreszcie wycofaniem z eksploatacji. Należy zauważyć, że w projekcie wycofanie eksploatacji powiązane jest z kosztami zbiórki i recyklingu, jako kosztami ponoszonymi przez zamawiającego. W odniesieniu do dróg wycofanie z eksploatacji nie powinno mieć praktycznego znaczenia, a nacisk należy raczej położyć na koszty eksploatacji i utrzymania – a więc w pierwszym rzędzie trwałość zaoferowanych materiałów czy długość okresu gwarancji.

Pozostałe kryteria proponowane przez autorów projektu to zarówno kryteria ekonomiczne (handel, serwis, warunki dostawy,

okres realizacji), kryteria społeczne i środowiskowe czy rozwojowe, jak i – co jest nowością – organizacja, kwalifikacje i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Oznacza to odejście od obowiązującej dotychczas zasady, przestrzeganej również na gruncie orzecznictwa KIO, w myśl której kwestie podmiotowe dotyczące wykonawcy nie mogły mieć wpływu na ocenę oferty (oceniany miał być produkt/usługa, nie zaś podmiot, który będzie realizował zamówienie) – co miało zapewnić większą obiektywność zamawiających.

Nie wiadomo, jak będzie wyglądała praktyka stosowania nowych rozwiązań. Można oczekiwać, że zamawiający będą podchodzili do tej kwestii z pewną rezerwą, albowiem zastosowanie kryteriów pozacenowych wymaga od nich ustalenia takich zasad oceny tych kryteriów, które byłyby obiektywnie usprawiedliwione – a co do kryteriów kosztu czy innowacyjności, to brak jest jakiegokolwiek orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, co zwiększa ryzyko odwołań do KIO, a więc wydłużenia całego postępowania.

Z jednej strony można wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający pozostawia oferentom znaczny zakres swobody w skonstruowaniu oferty, chociażby w zakresie użytych materiałów. W takim postępowaniu to wykonawca musiałby ocenić, czy w oparciu o kryteria oceny ofert bardziej korzystne jest dla niego zaoferowanie wykonania danej drogi z nawierzchnią asfaltową, według relatywnie taniej technologii, czy też zaoferowanie wyższej ceny za drogę z nawierzchnią betonową, z jednoczesnym uzyskaniem dodatkowych punktów za wykonanie robót w nowatorskiej technologii, niższy koszt utrzymania (związany z większą trwałością) czy też pozyskanie surowców do budowy z lokalnych źródeł (w ramach kryteriów ekologicznych i społecznych). Rolą zamawiającego jest zaś takie ustalenie kryteriów, aby promować pożądane przez siebie rozwiązania.

Z drugiej jednak strony, zwłaszcza w postępowaniu realizowanym w formule „Buduj”, swoboda wykonawców może być tak ograniczona, że rywalizacja pomiędzy nimi w dalszym ciągu odbywać się będzie na polu ceny i innych kryteriów (społeczne, doświadczenie) – niemających bezpośredniego przełożenia na parametry realizowanej inwestycji.

Kolejną istotną zmianą, na którą zwracano już uwagę w dotychczasowych publikacjach poświęconych nowelizacji, jest zmiana art. 67 PZP dotycząca rozszerzenia katalogu przypadków, w których zamawiający może udzielić zamówienia publicznego z wolnej ręki. Do sytuacji związanych z okolicznościami udzielania zamówienia ustawodawca planuje bowiem dodać pkt 12, w myśl którego zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, może udzielić zamówienia publicznego osobie prawnej:

- a) nad którą sprawuje kontrolę prawną (również pośrednią);
- b) której ponad 90% działalności dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego;
- c) w której nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Wydaje się, że taka zmiana sytuacji spółek komunalnych (które bez wątpienia będą największym beneficjentem nowego rozwiązania), może w znaczącym stopniu ograniczyć (czy wręcz wykluczyć) konkurencję w zakresie usług dotyczących np. komunikacji publicznej czy bieżącego utrzymania dróg.

Co istotne, zamówienie z wolnej ręki może być również udzielone innemu zamawiającemu lub podmiotom kontrolowanym przez zamawiających. □