

Ryzyko wykonawcy robót budowlanych w zamówieniach publicznych

Dr inż. Beata Grzyl, Politechnika Gdańska

Abstrakt:

Omówiono i przeanalizowano niektóre działania podejmowane przez zamawiających publicznych, stanowiące próbę przetransferowania na wykonawców ryzyka o różnym charakterze oraz przeniesienia odpowiedzialności w zakresie przygotowania i realizacji inwestycji budowlanej.

The risk of building contractors in public procurement

The article presents and analyzes some actions taken by contracting authorities in public procurement that an attempt to transfer risk of various types to contractors and to transfer responsibility of the preparation and implementation of the construction project

Słowa kluczowe: ryzyko, umowa na roboty budowlane, zamówienia publiczne

Rozpoczynając budowlany proces inwestycyjny zamawiający powierza do wykonania poszczególne zadania określonym podmiotom, podając swoje oczekiwania w zakresie rezultatu oraz konsekwencje w przypadku braku osiągnięcia efektu. W celu zabezpieczenia swoich interesów, m.in. w kwestii przedmiotu zamówienia, wysokości wynagrodzenia, zakresu odpowiedzialności, strony określają rodzaj i warunki umowy [7]. Każda umowa uwzględnia inne okoliczności jej zawarcia - różne możliwości techniczne, prawne, finansowe, odmienne oczekiwania stron, inny stan faktyczny. Podmioty zawierające umowę są zobowiązane do znajomości postanowień wielu aktów prawnych (m.in. Kodeksu cywilnego [10], Prawa zamówień publicznych [9], Prawa budowlanego [5]), ustalających ich prawa i obowiązki, ale również mających wpływ na wzajemne relacje powstające w toku przygotowania i realizacji budowlanego procesu inwestycyjnego. Zawarcie każdej umowy: o

prace projektowe, roboty budowlane, generalne wykonawstwo, podwykonawstwo itp. skutkuje przyjęcie na siebie przez każdą ze stron określonego ryzyka i odpowiedzialności.

Oczywistym jest, że wysoka efektywność przedsięwzięć budowlanych jest możliwa wyłącznie w przypadku sprawiedliwego i równomiernego rozkładu ryzyka pomiędzy strony zaangażowane w realizację inwestycji. Zamawiający, zarówno publiczni, jak i prywatni, podczas formułowania treści wzorca umowy, na którego podstawie zostaną zakontraktowane roboty budowlane, usługi lub dostawy, wykazują jednak wyraźną "skłonność" do minimalizowania własnego ryzyka i zakresu odpowiedzialności. Powszechną praktyką stało się obecnie transferowanie przez zamawiających na wykonawców ryzyka związanego z jakością i kompletnością dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB). W przypadku umowy o roboty budowlane (w modelu "buduj") lub programu funkcjonalno-użytkowego (w modelu "zaprojektuj i wybuduj") dotyczy to ryzyka związanego z niedotrzymaniem terminu realizacji inwestycji i przekroczeniem planowanego budżetu (np. z powodu nieplanowanego na etapie przygotowania postępowania przetargowego i składania ofert zwiększenia przez zamawiającego zakresu prac), ryzyka nieosiągnięcia przez zamawiającego założonego efektu inwestowania, ryzyka złych warunków gruntowych itp.

Celem artykułu jest wskazanie i analiza niektórych działań podejmowanych przez zamawiających publicznych, stanowiących próbę przetransferowania na wykonawców ryzyka o różnym charakterze i przeniesienia odpowiedzialności w zakresie przygotowania i realizacji inwestycji budowlanej.

Pojęcie ryzyka

W literaturze brakuje wyczerpującej definicji pojęcia "ryzyko". W praktyce ryzyko jest kojarzone często z możliwością poniesienia straty, wystąpienia wyniku odmiennego od oczekiwanego, jako odstępstwo od "planu bazowego" tj. jako zagrożenie lub szansa [1]. Wartość ryzyka można ustalić posługując się iloczynem prawdopodobieństwa wystąpienia określonego zdarzenia i wielkości jego skutku (konsekwencji). Takiej kwantyfikacji ryzyka dokonują m.in. wykonawcy przystępujący do postępowania przetargowego na roboty budowlane i kalkulujący cenę w swojej ofercie. Z punktu widzenia wykonawcy, ryzyko to odnosi się do dwóch zasadniczych parametrów inwestycji budowlanej (kosztu i terminu) i może oznaczać: zwiększenie kosztu i/lub wydłużenie czasu realizacji przedsięwzięcia (co w konsekwencji również skutkuje dodatkowym wydatkiem).

Oczywiste jest, że realizowanie robót budowlanych wiąże się z dużym ryzykiem, zwłaszcza w odniesieniu do inwestycji skomplikowanych, wykonywanych na dużą skalę i w długim okresie. Praktyka wskazuje, że na niektóre rodzaje ryzyka, występujące w toku przygotowania i realizacji robót budowlanych, bardziej narażone są inwestycje realizowane na podstawie umów zawieranych w obszarze zamówień publicznych [6].

Zarządzanie ryzykiem

Procedura zarządzania ryzykiem szeroko pojętego budowlanego przedsięwzięcia inwestycyjnego obejmuje następujące, powiązane ze sobą etapy:

- identyfikację ryzyka, która oznacza rozpoznanie wszystkich czynników ryzyka, istotnych z punktu widzenia realizacji przedsięwzięcia;
- analizę ryzyka, obejmującą określenie stopnia prawdopodobieństwa wystąpienia zidentyfikowanych czynników ryzyka i rozmiaru ich potencjalnych konsekwencji;
- alokację ryzyka, oznaczającą przypisanie określonej stronie umowy odpowiedzialności za ponoszenie konsekwencji poszczególnych czynników ryzyka lub określenie sposobu ich podziału;
- ograniczenie lub wyeliminowanie ryzyka, obejmujące podejmowanie określonych działań mających na celu zmniejszenie stopnia prawdopodobieństwa wystąpienia danego czynnika ryzyka oraz ograniczenie jego konsekwencji dla strony ponoszącej ryzyko;
- monitorowanie, obejmujące dokonywanie przeglądu wcześniej zidentyfikowanych, ale również nowych czynników ryzyka w toku realizacji przedmiotu umowy.

Kluczowym etapem, z punktu widzenia treści umowy o roboty budowlane i dalszej współpracy podmiotów w toku przygotowania i realizacji inwestycji, jest identyfikacja ryzyka tj. ustalenie i opisanie czynników stanowiących źródła potencjalnych zagrożeń i przyczyn ewentualnych sporów pomiędzy stronami. Na tym etapie należy w uporządkowany sposób usystematyzować rodzaje ryzyka według przyjętych kryteriów, dokonać ich racjonalnego podziału pomiędzy strony umowy i sformułować sprawiedliwe warunki umowy. Takie działanie przyczynia się niewątpliwie do skutecznego ograniczenia przyczyn ewentualnych konfliktów.

Ryzyko w zamówieniach publicznych

Głównym źródłem ryzyka stron na etapie przygotowania i prowadzenia procedury wyboru wykonawcy na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (PZP), jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a w szczególności: ustalenia zawarte we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego, dokumentacja projektowa i Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (lub odpowiednio program funkcjonalno-użytkowy), pytania dotyczące wyjaśnienia treści SIWZ, oferta składana przez wykonawcę.

Ryzyko w zamówieniach publicznych można rozpatrywać z punktu widzenia zamawiającego oraz wykonawcy.

Do najczęściej wymienianych przez zamawiających publicznych rodzajów ryzyka należą:

- brak zrozumienia lub bagatelizowanie przez wykonawców konsekwencji niektórych zapisów w treści umowy,

- zbyt niska cena oferowana za zrealizowanie przedmiotu zamówienia,
- zła organizacja pracy oraz niewystarczający potencjał ludzki i techniczny wykonawców,
- brak płynności finansowej wykonawców.

Do najczęściej wymienianych przez wykonawców przystępujących do postępowania i realizujących zamówienia publiczne rodzajów ryzyka należą:

- niska jakość dokumentacji projektowej i STWiORB lub odpowiednio programu funkcjonalno-użytkowego,
- stosowanie przez zamawiających wynagrodzenia ryczałtowego przy jednoczesnej niskiej jakości dokumentacji projektowej i braku przewidzenia możliwości wprowadzania zmian do treści umowy (np. roboty dodatkowe, zamiennie),
- stosowanie w większości przypadków wyłącznie jednego kryterium oceny ofert - "cena" i nieodrzućanie z postępowania ofert z "rażąco niską ceną",
- brak chęci współpracy ze strony zamawiających.

Prawidłowe określenie rodzajów i wielkości ryzyka oraz zasad jego racjonalnego podziału pomiędzy zamawiającego i wykonawcę na etapie zawierania umowy stanowi niezwykle trudne zagadnienie. W obszarze zamówień publicznych kwestia ta jest "rozwiązana" przez zamawiających, którzy przygotowując materiały przetargowe, opracowują m.in. treść wzoru umowy na roboty budowlane i dołączają go do SIWZ. Wielu zamawiających jest przekonanych, że przez odpowiednie zapisy w treści umowy przenoszą wszelką odpowiedzialność i ciężar konsekwencji wystąpienia jakiegokolwiek ryzyka na wykonawców. W praktyce jednak nie wszystkie rodzaje ryzyka można skutecznie przetransferować na wykonawcę a dodatkowo taka "skłonność" zamawiającego i odmawianie wykonawcy wszelkich uprawnień, nie są korzystne dla zamawiającego - powodują istotne zwiększenie ceny kalkulowanej przez wykonawcę w ofercie. W powyższym kontekście chęć ograniczenia własnej odpowiedzialności przez jednostki państwowe lub samorządowe może zostać potraktowana jako swoiste naruszenie interesu społecznego. Zgodnie z ideą PZP prawidłowe warunki przetargu, to takie które pozwalają zawrzeć najkorzystniejszą ekonomicznie umowę zapewniającą maksymalizację efektów w stosunku do nakładów. W celu osiągnięcia tego rozwiązania należy m.in. przypisać poszczególne rodzaje ryzyka tej stronie umowy, która ma na nie większy wpływ, potrafi nim lepiej zarządzać i dla której koszt ponoszenia ryzyka jest niższy.

Ryzyko wykonawcy

Istotnym ryzykiem, na które często napotykają wykonawcy jest zła jakość dokumentacji projektowej sporządzanej przez zamawiającego (zawiera wady, braki, niejasności). Przyczyną błędów występujących w dokumentacji projektowej może być np. zbyt krótki czas poświęcony na jej wykonanie lub zbyt długi okres, jaki upłynął pomiędzy wykonaniem projektu a zawarciem umowy z wykonawcą w ramach zamówienia publicznego.

Innym rodzajem ryzyka wykonawcy jest nakładanie na niego obowiązku zrealizowania poleceń inspektora nadzoru inwestorskiego lub inżyniera (w kontraktach realizowanych wg warunków FIDIC), w zakresie wykonania prac wykraczających poza zakres zamówienia i/lub których nie zawarto w opisie przedmiotu zamówienia i/lub których zamawiający nie przewidział na etapie przygotowania postępowania (roboty dodatkowe), a nie będących wynikiem wadliwych lub sprzecznych z prawem działań podjętych przez wykonawcę. Zrealizowania powyższych prac zamawiający oczekuje w ramach zamówienia podstawowego, a podstawą żądania bywa często jego odwołanie się do ryczałtowej formy wynagrodzenia.

Należy podkreślić, iż wykonawca jest zobowiązany do wykonania zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym m.in. w dokumentacji projektowej, a wszelkie zmiany wprowadzane przez zamawiającego (polegające np. na doprojektowaniu brakujących elementów obiektu) stanowią zmianę w stosunku do treści złożonej oferty. Rozszerzenie w ten sposób świadczenia wykonawcy ponad zakres przedmiotu zamówienia określony wcześniej jest niedopuszczalne. Za jakość dokumentacji projektowej odpowiada zamawiający [4], a ryzyka z tym związanego nie jest on w stanie przenieść na wykonawcę bez naruszania równowagi kontraktowej oraz istoty umowy o roboty budowlane.

Ryzykiem na jakie może również napotykać wykonawca jest opóźnianie się zamawiającego w przekazywaniu terenu pod budowę czy też zwlekanie z przekazaniem dokumentacji projektowej [8]. Takie działania stanowią dla wykonawcy duże utrudnienie gdyż nie może on realizować prac zgodnie z zaplanowanym i zaproponowanym w ramach złożonej oferty harmonogramem, często zmuszony jest do wykonywania robót przy zmniejszonym potencjale sprzętowym i ludzkim, w krótszym terminie niż planowany lub do wydłużenia przewidzianego na to czasu. W efekcie wykonawca nie osiąga wydajności zakładanej na etapie formułowania harmonogramu finansowo-rzeczowego. Nagromadzenie powyższych problemów stanowi podstawę wielu konfliktów pomiędzy stronami i zaostrzenia relacji już na samym początku przedsięwzięcia.

Innym rodzajem ryzyka wykonawcy, na które należy zwrócić uwagę jest utożsamianie przez zamawiającego terminu wykonania robót z terminem podpisania bezusterkowego końcowego protokołu odbioru robót. Należy podkreślić, że czynność odbioru nie jest elementem robót budowlanych, a odbiór należy do obowiązków inwestora (zgodnie z Kodeksem cywilnym), chyba że wada jest istotna tzn. uniemożliwia prawidłowe użytkowanie obiektu (uzgodnionego zakres) lub istotnie zmniejsza jego wartość. W przypadku wady istotnej jest uzasadniona odmowa odbioru robót lub odstąpienie zamawiającego od umowy i ma to wpływ na kwestię wymagalności roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie za zrealizowane roboty. Inne wady tzn. nieistotne oznaczają wykonanie zobowiązania w sposób nienależyty co do jakości i wówczas inwestor może domagać się ich usunięcia w

oznaczonym terminie lub obniżenia wynagrodzenia wykonawcy z tego tytułu. Wykryte wady nieistotne podlegają usunięciu zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego, jednak to uprawnienie inwestora nie wpływa na obowiązek odbioru robót i zapłaty wynagrodzenia za obiekt wzniesiony zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej [2].

Spośród innych działań zamawiającego, które stanowią próbę przeniesienia na wykonawcę ryzyka i odpowiedzialności w określonym obszarze, należy również wymienić [2, 3]:

- nakładanie na wykonawcę robót budowlanych po podpisaniu umowy, obowiązków ustawowo przypisanych zamawiającemu w procesie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia dotyczących np.: uzyskania prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, wykonania badań gruntowo-wodnych, pomiarów ruchu drogowego, hałasu itp., inwentaryzacji zieleni i obiektów podlegających przebudowie, rozbiórkom itp., uzyskania zgód, pozwoleń lub porozumień oraz warunków technicznych związanych z przyłączeniem obiektów do istniejących sieci wodnych, kanalizacyjnych, gazowych, elektrycznych, dróg itp.,
- nakładanie na wykonawcę odpowiedzialności za obowiązki ustawowo przypisane zamawiającemu, dotyczące np.: występowania do właściwych organów o zmianę pozwolenia na budowę w związku z koniecznością dokonania istotnych zmian w projekcie, uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu, uzyskania zgody właścicieli gruntów, na których ma być realizowana inwestycja (służebność przesyłu),
- uzależnianie przez zamawiającego odbioru robót od okoliczności niezależnych od wykonawcy lub niemających związku z procesem budowlanym,
- uzależnianie zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia od wykonania czynności przez podmioty niebędące stronami umowy.

Wnioski

1. Obecnie częstym i ważnym, z punktu widzenia praktyki, źródłem ryzyka i licznych konfliktów pomiędzy zamawiającym i wykonawcą jest jakość dokumentacji projektowej, za pomocą której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia, a na której podstawie wykonawca sporządza swoją ofertę. W praktyce wiąże się z tym często konieczność wykonania i rozliczenia robót dodatkowych lub uzupełniających.

2. Starannie sporządzona dokumentacja przetargowa, w tym m.in. sprawiedliwie sformułowane warunki umowy o roboty budowlane, są istotnym czynnikiem ograniczającym ryzyko stron umowy, a w konsekwencji liczbę konfliktów i sporów.

3. Strony umowy nie mogą lekceważyć znaczenia ryzyka m.in. z następujących powodów:

- stosowanie przez strony umowy procedury zarządzania ryzykiem, w tym m.in. jego identyfikacji daje szansę na sprawiedliwe i skuteczne rozłożenie odpowiedzialności za dane rodzaje zagrożeń pomiędzy strony umowy;

- wystąpienie wysokiego ryzyka powoduje znaczne, dodatkowe koszty często nieprzewidziane w takiej wysokości w cenie oferty wykonawcy realizującego roboty budowlane;
- podjęcie działań związanych z wyeliminowaniem lub ograniczeniem skutków wystąpienia ryzyka wymaga czasu, który zazwyczaj nie jest uwzględniony w oferowanym terminie wykonania przedmiotu umowy;
- forma wynagrodzenia (ryczałtowa lub kosztorysowa) ma wpływ na zakres ryzyka przypisywanego danej stronie umowy;
- skutkiem wystąpienia znacznego ryzyka może być odstąpienie od umowy, jej rozwiązanie przez którąś ze stron lub konieczność zapłacenia kar umownych.

4. Wybór wykonawcy w obszarze zamówień publicznych, w oparciu o jedyne kryterium - ceny, stanowi w praktyce przyczynę licznych nieprawidłowości i źródło ryzyka. Niektórzy wykonawcy już na etapie składania ofert, na podstawie analizy SIWZ i dokumentacji projektowej oraz zawartych tam błędów szacują kwoty możliwe do uzyskania w ramach zgłaszanych w przyszłości roszczeń, uwzględniając je w ramach proponowanej ceny ofertowej. Należy podkreślić, iż ustawa PZP dopuszcza inne znaczące kryteria (pozacenowe), które mogą być zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane. I tak kryterium oceny oferty może stanowić:

- sposób realizacji przedmiotu zamówienia (zastosowanie nowoczesnych technologii, ograniczenie liczby zakłóceń w działalności zamawiającego, zaproponowanie nowatorskiego i oryginalnego sposobu rozwiązania problemu lub sposobu ograniczenia liczby zagrożeń związanych z realizacją przedmiotu zamówienia);
- czas realizacji przedmiotu zamówienia i harmonogram prac (podział realizacji obiektu na etapy z uwzględnieniem właściwego stopnia szczegółowości i ciągłości realizacji prac, zaproponowanie odpowiednich procedur stosowanych w celu dotrzymania terminów zaplanowanych w harmonogramie);
- długość okresu gwarancji jakości.

5. Umowy o roboty budowlane powinny być realizowane przez ściśle współpracujące ze sobą strony, przy zachowaniu równomiernego rozłożenia praw i obowiązków oraz sprawiedliwego obciążenia ryzykiem, które można oszacować określając jego wpływ na koszt i czas realizacji przedsięwzięcia. Istotny jest również bezwzględny obowiązek przestrzegania sformułowanych w umowie postanowień – zarówno przez zamawiającego jak i wykonawcę oraz wszystkie inne podmioty zaangażowane w realizację przedmiotu zamówienia.

Bibliografia

- [1] *Jajuga K.*: Zarządzanie ryzykiem. Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009.
- [2] *Lubieniecka M., Wiktorowska E.*: Wybrane ryzyka prawne w umowie o roboty budowlane. "Zamówienia publiczne. Doradca", 196/sierpień 2013.
- [3] *Merkwa W.*: Granice swobody umów w zamówieniach publicznych. Zamówienia publiczne. Doradca, 197/wrzesień 2013.
- [4] *Niemczyk R.*: Opis przedmiotu zamówienia w praktyce, "Inżynier budownictwa", nr 2/2011.
- [5] Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 października 2013 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy Prawo budowlane. DzU z 2013 poz. 1409.
- [6] *Olszewski A.*: Rozwiązywanie sporów z umów o roboty budowlane zawartych w zamówieniach publicznych. www.inzynierbudownictwa.pl, 20.01.2011.
- [7] *Pernak W.*: Racjonalna granica przypisywania odpowiedzialności przez Zamawiających - Inżynierom kontraktu, Projektantom jak i Wykonawcom robót budowlanych. XIX konferencja naukowo-techniczna "Największe ryzyka i błędy w procedurach udzielania, realizacji i rozliczania zamówień na roboty budowlane", Ciechocinek 9-11 października 2013.
- [8] *Szełąg M.*: Przyczyny konfliktów między zamawiającym a wykonawcą robót budowlanych. XIX konferencja naukowo-techniczna "Największe ryzyka i błędy w procedurach udzielania, realizacji i rozliczania zamówień na roboty budowlane", Ciechocinek 9-11 października 2013.
- [9] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. DzU z 2010 r. nr 113, poz. 759 wraz z późniejszymi zmianami.
- [10] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. DzU z 1964 nr 16, poz. 93 wraz z późniejszymi zmianami.