

PRZYGOTOWYWANIE OFERT

Ryzyka wykonawcy robót budowlanych

O jakich elementach musi pamiętać wykonawca robót budowlanych, przygotowując swoją ofertę? Przede wszystkim powinien wziąć pod uwagę pewne standardowe ryzyka i zabezpieczyć swoje interesy. Co jednak jest jeszcze zwykłym zdarzeniem, które może wystąpić na budowie, a co już ryzykiem samego inwestora? Granica jest tu bardzo cienka.

Agnieszka Zaborowska

adwokat specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych; założyciel ZABOROWSKA Kancelarii Adwokackiej

Zamawiający nie musi wymieniać wszystkich zagrożeń w specyfikacji zamówienia publicznego. W tym zakresie jako wskazówkę interpretacyjną i element wykładni należy wskazać na art. 354 § 1 kc, zgodnie z którym dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.

Wykonawca jest traktowany jako profesjonalista działający na rynku robót budowlanych, który stale współpracuje z sektorem publicznym. Z tego względu ma za zadanie wykonać odpowiednią analizę zmierzającą do minimalizacji ryzyk oraz zagrożeń mogących mieć negatywny wpływ na prawidłowe wyko-

nywanie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Analizę ryzyka wykonuje się, aby podjąć działania zaradcze, które w sposób oczywisty mogą oznaczać konieczność poniesienia dodatkowych kosztów. Znajomość specyfiki wykonywanych prac oraz korzystanie z gromadzonych na przestrzeni lat wiedzy i doświadczenia umożliwiają dostrzeżenie ryzyk, które mogą wystąpić podczas realizacji zamówienia. Pozwala to z kolei wykonawcy na spostrzeżenie konieczności odpowiedniego zareagowania w określonych sytuacjach.

Nie oznacza to jednak, że osoby zarządzające generalnym wykonawcą robót budowlanych przed złożeniem oferty powinny „zaglądać do szklanej kuli” i przewidywać wszystkie ryzyka, które mogą zaistnieć na budowie. Jest jednak katalog zdarzeń biznesowych i budowlanych, które profesjonalny wykonawca powinien przewidzieć. Są to normalne ryzyka związane z prowadzoną działalnością gospodarczą i inwestycją budowlaną.

Sytuacje nadzwyczajne to z kolei ryzyko zamawiającego. W związku z tym nie może on nakładać na potencjalnego

wykonawcę zbyt dużych ryzyk, które będą utrudniały prawidłowe skalkulowanie oferty i dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym w sposób prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia. Zamawiający nie może w całości uzależniać zakresu wykonywanej roboty budowlanej od zdarzeń przyszłych i niepewnych. Jest to niedopuszczalne.

Elementy ceny za roboty budowlane

Doświadczenie i liczne rozstrzygnięcia sporów sądowych o dodatkowe wynagrodzenie dla generalnego wykonawcy pokazują, że cena oferty na roboty budowlane – poza elementami określonymi w SWZ i załączonej dokumentacji projektowej lub programu funkcjonalno-użytkowego – powinna uwzględniać składniki cenotwórcze konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia, bez których wykonanie zamówienia byłoby niemożliwe. Każda inwestycja jest inna i ma swoją specyfikę, więc tylko przykładowo należy do nich zaliczyć:

- mikroniwelację terenu, w tym usunięcie zbędnych materiałów i elementów,

- zagospodarowanie placu budowy,
- doprowadzenie mediów (energia elektryczna, woda),
- wszelkie prace przygotowawcze i rozbiórkowe, w tym zabezpieczenia, oznaczenia i rusztowania,
- demontaż ogrodzenia, istniejących płyt i fundamentów betonowych,
- oświetlenie terenu,
- koszt utylizacji i transportu,
- wywóz zdemontowanych materiałów na miejsce wskazane przez inwestora,
- wszelkie roboty zabezpieczające przed dostępem osób trzecich (przejścia dla pieszych, daszki ochronne, stosowane oznakowania, stanowiska ochrony itp.),
- prace porządkowe,
- dostawy,
- badania,
- ekspertyzy,
- oceny i odbiory robót (w tym techniczne) wymagane dla wykonanych robót budowlanych, np. przez strony trzecie,
- wywóz nadmiaru gruntu,
- koszty zajęcia pasa drogowego i/lub nieruchomości,
- koszty związane z organizacją placu budowy lub organizacją ruchu związanego z transportem dla potrzeb realizacji zamówienia,
- opłaty za umieszczanie urządzeń w pasie drogowym.

Na finiszu realizacji zamówienia publicznego należy natomiast uwzględnić koszty przywrócenia stanu placu budowy do stanu przed jego przejęciem z uwzględnieniem zmian wprowadzonych wykonanymi robotami, prace geologiczne, prace geodezyjne wraz z wniesieniem opracowań do zasobów geodezyjnych, sporządzenie dokumentacji powykonawczej oraz dokumentów wymaganych przez przepisy prawa budowlanego. Warto też pomyśleć o rezerwie finansowej na wypłatę odszkodowań za zniszczenia powstałe w trakcie realizacji robót (np. pełnienia budynków sąsiadujących),



Zanim generalny wykonawca zaplanuje proces logistyczny (ryzyko organizacyjne) i przepływy finansowe (ryzyko finansowe), powinien rozpocząć od analizy ryzyka związanego z tym, co należy wybudować lub zmodernizować.

ewentualne odszkodowania dla właścicieli gruntów za wejście na teren prywatny, koszty opracowania świadectw charakterystyki energetycznej poszczególnych obiektów i instrukcji bezpieczeństwa pożarowego wraz z wyposażeniem w sprzęt.

Ryzyko organizacyjne

Odnosząc się do zdolności technicznych wykonawcy, zagrożenia, które wykonawca robót budowlanych powinien skalkulować w swojej ofercie, to ryzyka prowadzonej działalności gospodarczej. Takimi zdolnościami technicznymi są: odpowiednia kadra kierownicza i inżynierska, wsparcie administracyjno-prawne oraz zasoby maszynowe i materiałowe. Opóźnienia w zakresie realizacji inwestycji z uwagi na warunki personalne, techniczne, technologiczne, ich niedostępność, wady, nieodpowiednie zabezpieczenie będą spoczywały na wykonawcy. Jeżeli kadra zarządzająca kontraktem budowlanym w sposób nieprawidłowy zarządzi procesem dostaw np. kruszyw lub wynajmem maszyn, konsekwencje opóźnień w tym zakresie będą spoczywały również na wykonawcy.

Jednakże nie można przyjmować tego jako zasady, którą zawsze należy się kierować. Możliwe są bowiem zdarzenia nadzwyczajne – w ostat-

nich latach nikt się nie spodziewał pandemii COVID-19 czy wojny, które spowodowały nadzwyczajne braki kadry, zasobów ludzkich, komponentów i produktów. Ostatnie protesty rolników w kraju również spowodowały minimalne opóźnienia w dostawach, a tego racjonalny wykonawca nie mógł przewidzieć. Na podstawie tego można wysnuć wnioski, że każde opóźnienia wynikające z organizacji pracy u wykonawcy należy zbadać indywidualnie.

Zdarzają się nierzadko sytuacje, w których inwestorzy publiczni uznają, że za spóźnienia podwykonawców lub dostawców (np. przy produkcji półproduktów niezbędnych przy modernizacjach) generalni wykonawcy nie powinni odpowiadać, i w takich sytuacjach dokonują wydłużenia terminu realizacji zamówienia publicznego. Z uwagi na to, że wykonawcy odpowiadają za działania swoich podwykonawców i dalszych podwykonawców, takie działania z jednej strony będą kontrowersje prawne. Z drugiej natomiast – że w razie wystąpienia takich problemów warto poinformować o nich inwestora i zawnieioskować o prolongatę terminu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ryzyko finansowe

Już na etapie składania ofert wykonawca powinien wiedzieć, z jakich środków finansowych będzie realizował inwestycję budowlaną, i zadbać o zapewnienie płynności finansowej na ten okres. Konieczne jest także zweryfikowanie nie tylko SWZ, ale też wzoru umowy w sprawie zamówienia, i sprawdzenie, czy zamawiający przewiduje zaliczki, a jeśli tak, to w jakich transzach. Jeżeli zasady wypłacania zaliczek są nierynkowe, już na etapie pytań do SWZ i odwołania na treść dokumentów zamówienia należy zawalczyć o ich zmianę. Podobnie trzeba postąpić z przewidzianymi przez zamawiającego płatnościami w transzach i za



Wykonawca robót budowlanych nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i zrealizować inwestycje zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej.

przeroby. Zmiana warunków płatności już na etapie realizacji zamówienia publicznego często bywa problematyczna i zamawiający (słusznie zresztą) niechętnie się na nią godzą.

Ryzyko zmian i błędów projektowych

Zanim jednak generalny wykonawca zaplanuje proces logistyczny (ryzyko organizacyjne) i przepływy finansowe (ryzyko finansowe), powinien rozpocząć od analizy ryzyka związanego z tym, co należy wybudować lub zmodernizować. Zagrożenia wynikające stricte z przedmiotu zamówienia są najtrudniejsze przy wynagrodzeniach ryczałtowych, zwłaszcza przy projektach w formule „buduj”, a rzadziej w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Najpopularniejsze spory związane z przedmiotem zamówienia dotyczą takich zagadnień jak:

- nieprzewidywalne ryzyka związane z ewentualnymi wadami dokumentacji projektowej;
- nieprzewidywalne decyzje zamawiającego powodujące zmiany sposobu wykonania przedmiotu umowy bez dodatkowego wynagrodzenia;
- nieprzewidywalne decyzje uprawnionych organów powodujące zmiany sposobu wykonania przedmiotu

umowy bez dodatkowego wynagrodzenia;

- wystąpienie warunków geologicznych i gruntowych, nieprzewidziane ani przez projektanta, ani przez zamawiającego;
- nieprzewidziana pozostała dokumentacja projektowa potrzebna do wykonania przedmiotu umowy, która nie była dostarczona przez zamawiającego;
- negatywne skutki warunków normalnych zjawisk atmosferycznych (nie można tego mylić z anomaliami pogodowymi).

Ryczałt nie zawsze się sprawdza

Ryczałt polega na ustaleniu określonej kwoty, za którą wykonawca realizuje wszystkie zaplanowane roboty, niezależnie od ich rzeczywistego rozmiaru oraz kosztu. Obie strony ponoszą zatem ryzyko związane z wystąpieniem różnic między planowanym a rzeczywiście wykonanym zakresem pracy. Dla wykonawcy jest to ryzyko konieczności wykonania większej niż zakładana ilości pracy. Zamawiający zaś ryzykuje, że będzie musiał zapłacić wynagrodzenie wyższe w stosunku do rzeczywiście wykonanej pracy, gdy jest ona mniejsza od zakładanej. Charakter ryczałtowy wynagrodzenia (które nie będzie podlegało zmianom, niezależnie od rzeczywistej ilości wykonanych robót budowlanych) jest na pewno korzystny dla zamawiającego, który dysponuje środkami publicznymi.

W teorii brzmi to dobrze, ale w praktyce wygląda to inaczej. Jest dużo rozbieżności między poglądami na temat tego, jaki zakres prac wchodzi w wynagrodzenie ryczałtowe, a jakie prace nieprzewidziane powinny się już wiązać ze zwiększeniem wynagrodzenia (nawet ryczałtowego). Jednocześnie jak rozliczyć wynagrodzenie ryczałtowe, jeżeli generalny wykonawca wycenił budowę 8-kondygnacyjnego biurowca, a finalnie zmieniono dokumentację projekto- wą i wybudowano jedno piętro mniej.

Czy wobec tego można zmniejszyć wynagrodzenie ryczałtowe? W takich przypadkach nie pomaga wykładnia prawa dokonywana przez sądy i Krajową Izbę Odwoławczą, które nierzadko prezentują dwa odmienne stanowiska. W ten sposób znowu istotne jest badanie każdej sprawy indywidualnie.

Pogląd prowykonawczy

W opinii autorki wykonawca realizujący projekt w formule „buduj” nie może być obciążony odpowiedzialnością za błędy projektanta i zamawiającego popełnione w trakcie opracowywania dokumentacji przetargowej. Nieprzewidziane w nich prace nie stanowią przedmiotu zamówienia objętego ceną oferty. Brak jest podstaw do żądania od wykonawcy przeprowadzenia szczegółowej analizy oraz zauważania wszelkich braków wymienionej dokumentacji na etapie postępowania przetargowego. Potwierdza to też Sąd Najwyższy, który już dawno podkreślił, że wykonawca nie ma ustawowego obowiązku szczegółowego zbadania dostarczonego projektu w celu wykrycia wad (zob. wyrok SN z 27 marca 2000 r., III CKN 629/98).

Z przepisów o zamówieniach publicznych wynika bezsprzeczny obowiązek zamawiającego polegający na konieczności precyzyjnego, jednoznacznego i przygotowanego w ściśle określonej formie opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. W związku z tym „wnioskiem wynikającym z ww. obowiązków jest to, że na gruncie ustawy P.z.p. sprawdzenie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót może być wyłącznie prawem, a nie obowiązkiem wykonawcy robót budowlanych” (zob. wyrok KIO z 9 maja 2012 r., KIO 809/12).

W innym wyroku Izba podkreśliła, że wykonawca tylko dobrowolnie może przejąć wszelkie obowiązki ustawowe, spoczywające na drugiej stronie

umowy, i idącą za tym odpowiedzialność, gdyż skrajnie prowadziłyby to do zawarcia umowy jednostronnie zobowiązującej. Przepis art. 473 § 1 kc nie dotyczy przejścia przez wykonawcę odpowiedzialności za wady opracowanej przez projektanta dokumentacji. Dotyczy to sytuacji, gdy projektant nie jest stroną danej umowy i działa na zlecenie zamawiającego. Z wykonawcą robót nie wiąże go więc żaden stosunek umowny, na podstawie którego wykonawca mógłby poszukiwać rekompensaty z tytułu przyjętej wobec inwestora odpowiedzialności za skutki wad projektu (zob. wyrok KIO z 2 marca 2010 r., KIO/UZP 184/10).

Przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym nie ma on żadnej kontroli, stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej (zob. wyrok KIO z 18 maja 2015 r., KIO 897/15). Z tego powodu w przyjętej przez zamawiającego formule realizacji zamówienia „buduj” to jego obciąża standardowy rozkład ryzyk w umowie o roboty budowlane, odpowiedzialność za prawidłowość dokumentacji oraz jej adekwatność do zagrożeń zidentyfikowanych oraz mogących wystąpić na terenie budowy.

Wadliwa dokumentacja projektowa

Cena ryczałtowa powinna być jednoznacznie związana z jasnym i wyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia i dopiero w takim przypadku może stanowić niezmienny element umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca nie powinien być zobowiązany do uwzględniania w cenie oferty wszelkich ryzyk, takich jak: sprawdzanie planów dokumentacji projektowej, w tym zauważanie błędów rachunkowych, obmiarowych, przedmiarowych, pominięć, niedoszacowań, braku rozpoznania i doprecyzowania rozwiązań projektowych. Tym samym nadużyciem zamawiającego byłoby przeniesienie na wykonawcę ryzyka

Czy ustawodawca chroni wykonawcę przed różnymi ryzykami, które mogą pojawić się podczas realizacji umowy?

W ramach regulacji pzp pracodawca stara się zniwelować tendencję do obarczania wykonawców w całości ryzykiem realizacji umowy za pomocą wielu rozwiązań systemowych. Co jednak ważne, zamawiający każdorazowo powinien mieć na uwadze to, że jeśli nie uwzględni w treści projektu umowy postanowień niwelujących negatywne konsekwencje ryzyk kontraktowych, będzie zmuszony do zapłaty „z góry” ich kosztów, gdyż racjonalnie działający wykonawca doliczy je do ceny ofertowej. Postanowieniami o takim charakterze są m.in. kodeksowe klauzule *rebus sic stantibus* umożliwiające zmianę umowy (wraz z jej rozwiązaniem), gdyby nagła zmiana stosunków mogła narazić jedną ze stron na rażącą stratę. Ponadto wprowadzenie do umowy takich szczegółowych klauzul chroni obie strony umowy: wykonawcę przed koniecznością uwzględnienia samego ryzyka wystąpienia nieprzewidzianych zdarzeń w cenie kontraktowej, zaś zamawiającego przed koniecznością zapłaty „rekompensaty” z tego tytułu – niezależnie od tego, czy szkoda lub strata będą miały miejsce, a nawet od tego, jakie będzie prawdopodobieństwo ich wystąpienia.

błędów rachunkowych, obmiarowych, przedmiarowych, pominięć, niedoszacowań, brak doprecyzowania rozwiązań projektowych. Jednocześnie nakładanie przez inwestora publicznego na wykonawcę obowiązku wliczenia



Paweł Trojan

prawnik; Prezes KIO w latach 2013–2016; członek GKO w latach 2017–2021; obecnie Prezes Zarządu w Grupa Masovia Sp. z o.o.

w cenę ryzyk, których nie jest w stanie zidentyfikować oraz oszacować na etapie przygotowania oferty, a które mogą powstać wskutek braku należytej staranności zamawiającego (np. przy przygotowywaniu procedury przetargowej), wykracza poza ryzyko mieszczące się w granicach ceny ryczałtowej.

Warto przypomnieć, że **wynagrodzenie ryczałtowe ustalane jest w odniesieniu do zakresu zamówienia objętego dokumentacją. Ryczałt nie może obejmować tego, czego zamawiający nie przewidział w dokumentacji projektowej, a wykonawca na etapie przygotowania oferty.** Są to bowiem przesłanki do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego (zob. wyrok UZP/KIO 184/10).

Wyrok KIO z 18 maja 2015 r. (KIO 897/15)

„Nie może zatem usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka [tym bardziej te nieokreślone]. (...) wycena [nieznanych] ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości

zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji [podanej przez zamawiającego]”.

Główny wykonawca to nie projektant

Jak zostało już podkreślone, istnieją poglądy, zgodnie z którymi wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dokumentacji projektowej (zob. wyrok KIO z 9 maja 2012 r., KIO 889/12).

Wyrok Sądu Najwyższego z 27 marca 2000 r. (III KKN 629/98)

„(...) z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i zrealizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej”.

Sprawdzenie dokumentacji wiązałoby się bowiem z koniecznością zweryfikowania wszystkich wyliczeń projektowych i skontrolowaniem, czy dokumentacja jest skoordynowana między poszczególnymi branżami, a także przeprowadzeniem badań geologicznych w celu sprawdzenia, czy warunki geologiczne przewidziane w dokumentacji odpowiadają rzeczywistym warunkom geologicznym zaistniałym na terenie budowy. Na etapie przygotowania oferty wykonawca nie jest w stanie zauważyć wad wynikających z nieskoordynowania dokumentacji projektowej, gdyż poszczególne branże robót są wyceniane przez specjalistów od różnych zakresów kosztorysowania i nie ma technicznych możliwości merytorycznego sprawdzenia wszystkich elementów dokumentacji pod kątem zgodności ze sztuką budowlaną i przepisami prawa budowlanego.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17 czerwca 2015 r. (V ACa 731/14)

„Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania”.

Pogląd proinwestorski

Inwestorzy zupełnie inaczej interpretują ryzyka błędów projektowych przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Ich zdaniem wykonawca, kalkulując cenę ofertową, powinien założyć ryzyko wystąpienia potrzeby wykonania pewnych prac dodatkowych, gdyż przy zamówieniu publicznym na roboty budowlane trudno idealistycznie zakładać, że zamawiający będzie w stanie przewidzieć i opisać w 100% wszystkie niezbędne do wykonania prace. Zatem ryzyko to przenoszą na generalnych wykonawców.

Inwestorzy publiczni, wykorzystując swoją dominującą pozycję, uznają, że przenoszenie wszelkich ryzyk na wykonawcę robót budowlanych mieści się w zasadzie wynagrodzenia ryczał-

towego i w wyrażonej w art. 353¹ kc zasadzie swobody umów i nie narusza innych bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Prace całkiem nieprzewidziane

Z dotychczasowych rozważań należy wysnuć wniosek, że cena ryczałtowa oferty nie podlega zwiększeniu ani obniżeniu na żądanie stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, pod warunkiem że nakład pracy oraz zakres faktycznie zrealizowanych przez wykonawcę zadań w trakcie wykonywania robót budowlanych istotnie się zmieni względem pierwotnych założeń.

Przy czym nie każda zmiana zakresu czy nakładu prac może uzasadniać roszczenia generalnego wykonawcy związane ze zwiększeniem jego wynagrodzenia. Dotyczy to co do zasady takiej sytuacji, w której należycie oceniając przedmiot zamówienia, w tym również związane z tym ryzyka, zarówno jedna, jak i druga strona procesu inwestycyjnego, pewnych zjawisk nie mogła przewidzieć. Można tu mówić o wyjątkowości sytuacji czy okoliczności, których zaistnienie może generować większe nakłady pracy, i to tylko takie, które są niezbędne do realizacji przedmiotu i celu umowy, a które wykraczają poza szeroko rozumiane ryzyko stron inwestycji budowlanej, ponieważ w ramach prowadzonej działalności gospodarczej powinny się one kierować zawodowym charakterem tej działalności, jak również określonym doświadczeniem w tym zakresie.

Na koniec nie można zapominać, że zgodnie z ogólną regułą dowodową wyrażoną w art. 6 kc to wykonawca zobowiązany jest do udowodnienia faktów, z których wywodzi określone skutki prawne. To więc wykonawca musi wykazać, że nakład pracy oraz zakres zadań w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego istotnie się zwiększyły, a ponadto iż nie dało się tych okoliczności w żaden sposób przewidzieć.



Opóźnienia w zakresie realizacji inwestycji z uwagi na warunki personalne, techniczne, technologiczne, ich niedostępność, wady, nieodpowiednie zabezpieczenie będą spoczywały na wykonawcy.