

Warszawa, 26 czerwca 2012 r.
L.dz. 276/PKD/2012

Pani
Ewa Kopacz
Marszałek Sejmu RP

Dotyczy: Stanowisko PKD w sprawie uregulowania prawnych warunków prowadzenia inwestycji drogowych

W Sejmie toczą się w szybkim tempie prace nad rządowym projektem ustawy, mającej zapewnić zapłacenie podwykonawcom kontraktów autostradowych. W porządku obrad dzisiejszego posiedzenia Wysokiej Izby znalazł się punkt: „Sprawozdanie Komisji o projekcie ustawy w sprawie spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych.” Polski Kongres Drogowy, skupiający w swych szeregach pełną reprezentację środowiska drogowego, w tym także pełniących funkcje inwestorów (Zamawiających), generalnych wykonawców i mniejsze firmy pełniące role podwykonawców i usługodawców uważa za konieczne zwrócenie uwagi na pilną potrzebę szerszego uregulowania kwestii warunków dla prowadzenia inwestycji drogowych. Tych wymogów nie spełni rozpatrywana ustawa.

Pomoc przedsiębiorcom, którzy bez swojej winy znaleźli się w dramatycznej sytuacji z powodu niepłacenia należności przez generalnych wykonawców kontraktów na budowę dróg krajowych, jest celowa i uzasadniona względami ekonomicznymi i społecznymi. Nie kwestionujemy potrzeby uchwalenia wymienionej ustawy, która może uratować wiele miejsc pracy i pomoże zachować potencjał branży drogowej. Nie może to jednak przesłonić faktu, że takie doraźne działanie, na które wpłynęły zaostojące się protesty i groźba dalszych opóźnień w budowie dróg, nie przeciwdziała zasadniczym powodom powstawania problemów, co oznacza, niestety, że one wkrótce powrócą. Używając porównania bliskiego Pani Marszałek: jeśli jest poważny stan zapalny w organizmie, to trzeba go zwalczyć, a nie sięgać po środki jedynie chwilowo uśmierzające ból.

Tymczasem proponowana ustawa będzie miała jedynie epizodyczne znaczenie i wąskie zastosowanie. Publicznie znane są podobne problemy do tych spotykanych na drogach, które dotyczą podwykonawców na budowie stadionów czy na kolei.

Niepokoić może swoista „konsekwencja”, z jaką rząd proponuje, a parlament uchwała, takie prowizoryczne rozwiązania. Przyjętym wzorcem stanowienia prawa stała się najwyraźniej tegoroczna ustawa „O zmianie ustawy o szczególnych warunkach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych”, znana powszechnie jako „ustawa o przejezdności”. Tym razem chodzi o tymczasową „przejezdność dróg”, po których pieniądze za wybudowane już drogi dotrą do podwykonawców.

Warto zauważyć, że „ustawa o przejezdności” wprowadzała zmianę w ustawie, zwanej „specustawą”, a więc też będącej aktem prawa wprowadzającym zasady odmienne od powszechnie obowiązujących w jakiejś dziedzinie. W Polsce, oprócz wspomnianej „specustawy drogowej”, obowiązują inne ustawy o takim samym charakterze, m.in. „Ustawa o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w piłce nożnej UEFA EURO 2012”, „Ustawa o transporcie kolejowym”, „Ustawa o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego”, czy „Ustawa o szczególnych zasadach przygotowania inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych”. Ich wspólną cechą jest to, że mają ułatwić prowadzenie inwestycji infrastrukturalnych. Bez odpowiedzi pozostaje jednak pytanie, dlaczego te warunki są tak trudne i dlaczego nie można zmienić generalnych regulacji, co wydawałoby się znacznie prostsze i efektywniejsze.

Mając tę świadomość, uważamy, że konieczne jest podjęcie działań dla zdecydowanej systemowej zmiany warunków prowadzenia inwestycji drogowych. Bo to właśnie niewłaściwie funkcjonujący system zamawiania robót i zawierania umów z wykonawcami ma wmontowany mechanizm wpędzania w problemy firm wykonawczych, podwykonawców, usługodawców i dostawców – czyli całego łańcucha biznesowego, zaangażowanego w prowadzenie inwestycji drogowych. To ten właśnie mechanizm, a nie – z całą pewnością mające miejsce w niektórych przypadkach – nieuczciwość i nierzetelność a nawet działanie w złej wierze wykonawców, stanowi fundament perturbacji na rynku budowlanym i zagrożenia istnienia dla wielu firm i co najmniej kilkudziesięciu tysięcy miejsc pracy. Bez jego zmiany, sytuacje podobne do tych z podwykonawcami odcinków autostrad A2 i A4 , na które reakcją jest procedowana ustawa, będą się powtarzać regularnie.

Zasadniczą częścią tego mechanizmu jest prawo zamówień publicznych i praktyka jego stosowania przez Zamawiającego czyli urząd Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w tym szczegółowe zapisy umów z Wykonawcami. Trzeba wyraźnie powiedzieć, że złe prawo nie działa jedynie na niekorzyść Wykonawców. Także Zamawiający ma w wielu przypadkach skrupowane ręce. Praktycznie nigdzie w Polsce nie buduje się dróg bez pieniędzy z Unii Europejskiej. To oznacza, że każde zadanie, przez kontrolę ex post, jest weryfikowane pod kątem zgodności ze wstępną aplikacją. Zamawiający mają ograniczone pole manewru, jeśli chodzi o możliwości dokonywania zmian i korekt, podlegają także naciskom

w kierunku „zagospodarowania” wszystkich dostępnych środków. Oznacza to unikanie ryzyka braku ostatecznego rozliczenia i refundowania wydatkowanych środków. Rozumiemy też, że Zamawiający rozporządzają środkami publicznymi, a nam wszystkim, jako obywatelom i podatnikom, zależy przecież na jak najgospodarniejszym wydatkowaniu naszych wspólnych pieniędzy.

Tym mocniej, jako reprezentacja całego środowiska drogowego, dopominamy się o zmianę regulacji prawnych, niekorzystnych dla wszystkich stron postępowania. Najwięcej problemów przysparza oczywiście utożsamienie w praktyce zawartego w ustawie pojęcia „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie” z ofertą o najniższej cenie. Następną grupą problemów jest nierówny podział ryzyk między Zamawiającym i Wykonawcą (przerzucenie wszystkich na Wykonawcę), a wreszcie – brak elastyczności w reagowaniu na zmieniające się uwarunkowania.

Tym co należy zmienić, to obecny brak odpowiedzialności Zamawiającego za cenę zawartą w kontrakcie. Jak wiadomo, rozpisanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzedza sporządzenie kosztorysu inwestorskiego. Odpowiedzialny Zamawiający nie byłby w stanie zaakceptować oferty na poziomie 50-60 % własnego kosztorysu, gdyż to oznaczałoby albo że jego służby przygotowania inwestycji są rażąco niekompetentne w kwestii wyceny albo że świadomie podpisuje kontrakt niemożliwy do zrealizowania. *Tertium non datur*. Umowa z natury rzeczy wiąże obie strony i obie powinny ponosić odpowiedzialność za jej wykonanie. Jeżeli argumentem przeciwko wykonawcom jest to, że podpisywali umowy wiedząc z góry, że za cenę kontraktową nie są w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia, to dokładnie taki sam zarzut można postawić drugiej stronie umowy.

Znane w prawie zamówień publicznych pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie zostało zastosowane przez Zamawiającego na żadnym z kontraktów na budowę autostrad czy dróg ekspresowych. Reprezentanci Skarbu Państwa, obserwując to, co nazywane bywa „wojną cenową” między oferentami w ogłaszanych przetargach, chwalili się publicznie „oszczędnościami” jakie poczynili w środkach przeznaczonych na budowę dróg. Niewykluczone, że te „oszczędności” to właśnie pieniądze, których teraz domagają się podwykonawcy. W obecnym systemie prawnym, Zamawiający nie musi badać czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, chyba że podejmie uzasadnioną wątpliwość. Uczynienie z badania ceny obowiązku w jasno zdefiniowanych warunkach (np. przy określonym procentowo odstępstwie od kosztorysu Zamawiającego) pomogłoby wyeliminować nierealistyczne oferty zdesperowanych lub nierzetelnych Wykonawców.

Innym zaniedbywanym obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z ustawy Prawo zamówień publicznych, jest badanie zdolności oferenta do realizacji przedmiotu zamówienia. Gdyby to zostało wykonane w przypadku udzielenia zamówienia z wolnej ręki na dokończenie budowy odcinka C autostrady A2

między Łodzią i Warszawą, być może nie byłoby potrzeby uchwalania w trybie pilnym ustawy o spłacie niezaspokojonych należności. W ostatnich latach nastąpiło też obniżenie kryteriów, które musi spełnić ubiegający się o zamówienie, przez co – jak z dumą podkreśla GDDKiA – wielokrotnie wzrosła liczba podmiotów, które mogły ubiegać się o zamówienie. Jeśli do tego dodać ustawową możliwość nieograniczonego „polegania na zasobach innych podmiotów” przy ubieganiu się o zamówienie, okazuje się, że system nie stwarza żadnych zabezpieczeń przed wykonawcami, którzy nie dają gwarancji wywiązania się z realizacji umowy. Stanowisko prezentowane przez przedstawicieli strony publicznej, że „to jest problem Wykonawcy, który złożył ofertę” w świetle wydarzeń wokół budowy autostrad, nie da się obronić.

Poważnym problemem jest nierówność stron kontraktów, a zwłaszcza podział ryzyk. Dążeniem Zamawiającego jest przerzucenie niemal wszystkich ryzyk na Wykonawcę. Temu służy preferowanie formuły „Zaprojektuj i Buduj”, który zdejmuje z inwestora odpowiedzialność za wadliwe przygotowanie inwestycji i odsuwa niebezpieczeństwo roszczeń ze strony Wykonawców. Przygotowywane w GDDKiA dokumenty, które były niedawno poddane konsultacjom środowiskowym (Program Funkcjonalno Użytkowy – część opisowa) odpowiadają tej filozofii. Charakterystyczne dla niej jest zdanie: „zmiany ilości lub parametrów (...), przy których użyto określeń „orientacyjnie” lub „około”, jakie mogą mieć miejsce w trakcie opracowywania przez Wykonawcę raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko, Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.”

Ilości, o których mowa w cytacie to między innymi: długości łącznic na węzłach, ilość i gabaryty przejść ekologicznych, parametry obiektów inżynierskich, ilość i powierzchnia ekranów akustycznych, powierzchnia zbiorników retencyjnych, ilość i rodzaj kolizji z urządzeniami obcymi i wiele innych. Wykonawca, w ramach określonej przez siebie ceny zawartej w ofercie, ma wykonać wszelkie inne roboty, jakie okażą się niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia i nawet o odmiennych parametrach niż założono w PFU, a których nie jest w stanie przewidzieć na etapie składania oferty. Dodatkowo na Wykonawcę nakłada się obowiązek wynegocjowania i przygotowania dla Zamawiającego umów z gestorami urzędzeń obcych i wiele innych obowiązków tradycyjnie należących do inwestora, bez względu na formułę realizowanego kontraktu. Są to warunki, w których odpowiedzialny Wykonawca nie powinien składać oferty. Jeżeli jednak złoży i w trakcie realizacji kontraktu napotka na przeszkody, usłyszy od Zamawiającego, że powinien takie ryzyka wkalkulować w ofertę.

Równość stron powinna polegać na tym, że w sytuacji kiedy pojawia się problem, np. brak lub błąd w dokumentacji, nieprecyzyjny opis przedmiotu

zamówienia, siadają one wspólnie do poszukiwania rozwiązań i dyskutują o ewentualnych związanych z tym kosztach. Tymczasem strona publiczna odmawia wszelkich dyskusji, uważając, że Wykonawca podpisując kontrakt decyduje się na realizację niezależnie od wszystkich okoliczności. Niedostatek partnerskich relacji stron umowy znajduje też wyraz w odmowie dyskusji na temat rozwiązań alternatywnych, stosowania znanego w świecie mechanizmu zwanego value engineering, czyli poszukiwania metod obniżki kosztów z korzyścią dla obu stron.

Brak elastyczności w stosowaniu przepisów przetargowych wyraża się także w niemożliwości waloryzowania kontraktów (indeksowania) o wskaźnik wzrostu cen surowców i materiałów budowlanych, paliw. Od momentu opracowania oferty do rozpoczęcia budowy mija często znaczny czas, ruchy cenowe materiałów i paliw trudno przewidzieć. Jak wynika z raportu dla Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Drogownictwa, w okresie od marca 2009 do marca 2012 średnia cena asfaltu drogowego 35/50 wzrosła aż o 108%. Ponieważ udział kosztów materiałów i energii w ogólnych kosztach operacyjnych firm budowlanych przekracza 60%, tak znaczny wzrost cen asfaltu a także paliw, musiał przyczynić się do spadku rentowności firm drogowych. Te, które żyją wyłącznie z budownictwa drogowego, w wielu przypadkach ponoszą straty.

Podsumowując: Wadliwie zorganizowany system udzielania zamówień Wykonawcom i niewłaściwe zapisy umowne, a także brak partnerskich relacji między Zamawiającym a podmiotami rynkowymi wydał „zatrute owoce”. W Polsce, która uniknęła recesji i mogła wpompować w inwestycje infrastrukturalne ogromne środki z Unii Europejskiej, zamiast rozwoju całej branży drogowej, mamy upadłości firm, desperację podwykonawców nie mogących doczekać się zapłacenia należności, opóźnienia sztandarowych inwestycji.

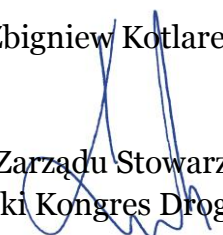
Apelujemy do Sejmu RP, aby w drodze stanowienia mądrego prawa stworzył podwaliny dobrze działającego systemu, sprzyjającego inwestycjom infrastrukturalnym, a jako organ najwyższej władzy poddał wnikliwemu nadzorowi sposób wykonywania tego prawa przez administrację państwową. Wierzymy bowiem, że kontynuowany będzie wielki program budowy nowoczesnej sieci drogowej w Polsce, a decyzje o środkach budżetu UE w nowej perspektywie zapewnią mu podstawy finansowe. Tym ważniejsze wydaje się uniknięcie popełnionych w ostatnich latach błędów.

Przypomnijmy raz jeszcze zmiany, które uważamy za absolutnie konieczne:

- Zabronienie stosowania najniższej ceny jako jedyne kryterium przy rozstrzyganiu przetargów na prace projektowe i nadzór
- Wprowadzenie minimalnej wartości zamówienia, powyżej której obowiązkowe jest badanie wiarygodności oferentów z zachowaniem szczególnych procedur

- Zapisanie w ustawie obowiązku szczegółowego badania ceny pod kątem stosowania cen rażąco niskich w przypadku gdy odbiega od kosztorysu inwestora o określoną wielkość (np. 15%)
- Zabronić w ustawie umownych zapisów nakazujących Wykonawcom wykonywanie dodatkowych prac w ramach Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej
- Wykluczyć możliwość tzw. „handlu referencjami” przez wyłączenie pewnego typu zamówień z możliwości „polegania na potencjale innych podmiotów”
- Wprowadzić indeksację wysokości umów w zależności od zmian cen surowców i materiałów

Z wyrazami szacunku

Zbigniew Kotlarek

Prezes Zarządu Stowarzyszenia
Polski Kongres Drogowy