

Arbitraż w sprawach budowlanych

KRZYSZTOF WOŹNICKI

W Polsce wybudowano całą serię budynków na bazie „czerwonego” FIDIC-a, poczynając od Marriotta, poprzez Port Lotniczy razem z Cargo i Cateringiem, hotel Hyatt i Złote Tarasy.

Pprzed wojną było wiadomo, że jeżeli coś komuś nie wychodzi, to winni byli Żydzi i cykliści. Po wojnie znajomi prywaciarze mówili: ja bym rozwinął skrzydła, tylko komuna mi nie daje. Nie mamy już komuny, więc na kogo obecnie możemy zrzucić winę, jak nam coś nie wychodzi? Na Brukselę i FIDIC. Co by się złego nie działo na budowie, winny jest FIDIC. Co to jest FIDIC?

Pan Fidik

Parę lat temu w stowarzyszeniu zdarzały się telefony z prośbą o połączenie z panem Fidikiem. Takich telefonów już

nie odbieramy, natomiast różne opinie o FIDIC nadal krążą. Jest to organizacja, która powstała blisko sto lat temu. Obecnie toczy się wewnątrz niej dyskusja, gdzie i w jaki sposób będziemy celebrować setne urodziny, żeby nagłośnić, że istniejemy, mamy się dobrze, rozwijamy się i jesteśmy obecni we wszystkich krajach. FIDIC jest zorganizowany w ten sposób, że jego członkiem jest organizacja z danego kraju, nie osoba. Osobiście nie jestem członkiem FIDIC. Jestem członkiem FIDIC poprzez polską organizację członkowską. Założenie jest takie, że istnieje jedna organizacja członkowska w każdym kraju. Taką organizacją w Polsce jest SIDiR – Stowarzyszenie In-

żynierów, Doradców i Rzeczoznawców. Nazwa może nie specjalnie wygodna, ale jest to kopia przedwojennej nazwy, dlatego że Polacy byli w tej organizacji od jej założenia, aż do wojny. Po wojnie było to oczywiście „nie po linii”, dlatego przez wiele lat nie mogliśmy w tej organizacji funkcjonować. Organizacja FIDIC byłaby jeszcze jedną organizacją zrzeszającą towarzystwo wzajemnej adoracji, o której wiedzą tylko ci, którzy w niej są, ale tak się składa, że jakieś 51–52 lata temu, organizacja ta wypuściła pierwszy dokument, zwany: Warunki kontraktu na budowę. Warunki te rozchodziły się, zresztą rozchodzą się do dzisiaj, jak świeże bułeczki i zostały



Fot. Materiały prasowe
Hotel Hyatt w Warszawie

rozpowszechnione na całym świecie. Na wszystkich kontynentach. Są używane, z gorszym lub lepszym skutkiem, na ogół z lepszym, w dziesiątkach tysięcy kontraktów budowlanych. Co parę lat te warunki były poprawiane i udoskonalane, aż wreszcie w latach 90. komitet redakcyjny doszedł do wniosku, że czas, aby zrobić całkiem nowy model.

Zabawa w kolory

W 1999 r. wypuszczono nowy model, oparty na trochę innych zasadach. Nie będę rozwijał teraz tego tematu, bo zajęłoby to około dwóch dni. Wypuszczono kilka nowych modeli. Na rynku dominują dwa: jeden nazywamy „czerwonym”, drugi nazywamy „żółtym”. Model „czerwony” stosujemy, kiedy zamawiający ma projekt budowlany, projekt wykonawczy i oczekuje od wykonawcy wybudowania tego, co sobie zaprojektował i wymarzył. Model „żółty” stosujemy wtedy, kiedy zamawiający wie i umie opisać to, czego mu potrzeba, ale samo projektowanie zostawia wykonawcy. Proszę zwrócić uwagę na słowa: „wie i umie opisać”, bo jeżeli zamawiający nie wie, czego chce, to żaden FIDIC mu nie pomoże. Jest jeszcze wersja pod klucz, która jest niezmiernie rzadko używana. Spotkałem się z jednym przypadkiem, kiedy ktoś zastosował ją do budowy superapartamentów. Miało to miejsce na Powiślu w Warszawie: Menolly – Nowe Powiśle. Budowa idzie jak burza, wszystko gra. Dlaczego zastosowano ten kontrakt, nie wiem, ale spróbuję się dowiedzieć. Natomiast to jest wersja BOT – Build Operate Transfer. Kupiłem ją miesiąc temu i była wtedy jeszcze ciepła. Trzy dni po wyjściu z drukarni. Jest to wersja, która w założeniu ma służyć do kontraktów typu PPP – partnerstwo publiczno-prywatne. Mamy ustawę, mamy centrum, może tym razem nam się uda uruchomić ten sposób inwestowania. Oby tak się stało.

Gdzie jest cymes

W Polsce wybudowano całą serię budynków na bazie „czerwonego” FIDIC-a, poczynając od Marriotta, mniej więcej w 1985 r., poprzez Port Lotniczy razem z Cargo i Cateringiem, hotel Hyatt i Złote Tarasy. Dlaczego je pokazuję? Proszę zwrócić uwagę, że żadna z tych inwestycji nie była realizowana według reguł prawa



Hotel Marriott w Warszawie

zamówień publicznych. Byli to inwestorzy, albo prywatni, w potocznym znaczeniu, jak Hyatt, który przyjechał z Włoch i uruchomił inwestycję, albo prywatne w sensie; z udziałem państwa, ale niepodlegające prawu zamówień publicznych. Dlatego powtarzamy: to nie Unia, to nie prawo zamówień publicznych narzuca nam kontrakty FIDIC-owskie. One są powszechnie stosowane, a obecnie instytucje finansowe jedynie wskazują, że my byśmy chcieli, aby taki lub podobny kontrakt został wykorzystany. A ponieważ są najbardziej popularne na całym świecie, to siłą rzeczy oczywiście dominują również i na naszym rynku.

Czasami pada pytanie – gdzie jest ten cymes w tych kontraktach? Dlaczego one są takie popularne? Jednemu z kolegów, Stasiowi Baziakowi, udało się pokazać ten cymes. Proszę Państwa, algorytm, dokładny przepis podający sposób rozwiązania określonego zadania w skończonej liczbie kroków, zbiór poleceń odnoszących się do pewnych obiektów

ze wskazaniem porządku, w jakim mają być realizowane. To jest definicja algorytmu. Algorytm zapisany za pomocą języka programowania jest programem. Bo pierwsi wymyślili to komputerowcy, programiści. Natomiast algorytm budowy zapisany w formie umowy, to jest właśnie kontrakt FIDIC. To jest fundamentalna różnica pomiędzy umowami na usługi budowlane, które większość z Państwa pisze z zamkniętymi oczyma, obudzeni o dwunastej w nocy, które znacie na pamięć, a kontraktami, które my, inżynierowie preferujemy. Dlatego że ten kontrakt pokrywa się z całym programem zarządzania inwestycją. Mało tego, jak mamy niedoświadczonego wykonawcę czy niedoświadczoną kadrę zarządzającą, to ten kontrakt wymusza na nich pewne procedury, pewne sposoby postępowania. Tylnymi drzwiami wprowadzamy project management na budowę, tym bardziej że w większości naszych uczelni, przynajmniej za moich czasów, o tym się w ogóle nie mówiło. W tej chwili są to



Fot. Materiały prasowe

Nowe Powiśle (wizualizacja Menolly Group)

dotatkowe studia, ale nadal znajomość zarządzania budowlami, inwestycjami, jest delikatnie mówiąc średnia.

Rozdziały i klauzule

Zdefiniowanie wydarzeń technicznych i administracyjnych itd., występujące w definicjach, które mamy w naszych kontraktach FIDIC-owskich. Na początku mamy definicje, żebyśmy wiedzieli, o czym mówimy, żebyśmy nie używali tego słowa w różnym rozumieniu, co się bardzo często zdarza, nie tylko pomiędzy ludźmi mówiącymi w innych językach. W pracy z Amerykanami dopiero po roku zacząłem rozumieć mojego pracodawcę, nie z powodu języka, tylko z powodu innego sposobu myślenia. To wymagało czasu.

Dalej, podanie sposobu ich realizacji i kolejności działań z jednoznacznym ustaleniem zakresu praw i obowiązków stron tej realizacji. Rozdziały i klauzule. Proszę zwrócić uwagę na słowa o „zakresie praw i obowiązków stron”. Niedawno szef olbrzymiej firmy podlegającej urzędowi miasta opowiadał mi, jak na wszelki wypadek do urzędu miasta wysłał projekt umowy. Myślał, że w ogóle nie dostanie żadnej odpowiedzi, ale ku swemu zdziwieniu po tygodniu czy dziesięciu dniach dostaje odpowiedź, w której jest napisane przez jakiegoś prawnika „prawie każda klauzula nie zabezpiecza interesów zamawiającego”. Jest to absolutnie normalne i powszechne podejście większości urzędników i większości prawników pracujących na potrzeby

urzędów. Proszę Państwa, ci ludzie nie dostrzegają tego, że celem nie jest zabezpieczenie interesów zamawiającego. Celem jest wybudowanie tej autostrady, tego mostu czy żłobka. Celem jest wybudowanie. Celem pośrednim jest zawarcie kontraktu z firmą, która będzie chciała to wykonać. I w tym momencie, jeżeli my ciągle mówimy o zabezpieczeniu interesów zamawiającego, to wylewamy dziecko z kąpielą. Kiedyś matki mówiły swoim młodym córkom, że najlepszym środkiem antykoncepcyjnym jest szklanka wody, nie przed, nie po, zamiast. Mielśmy niedawno taką opcję, która próbowała walczyć z korupcją w inwestycjach. Doszli do wniosku, że zlikwidują korupcję w inwestycjach, likwidując inwestycje. Rozumowanie samo w sobie słuszne, tylko pytanie, czy o to nam chodzi? Oczywiście nie jestem za korupcją, tylko za innymi sposobami jej zwalczania.

Paraliżujący strach

Niedawno w Warszawie było spotkanie, na którym zebrali się ludzie z całej Polski, którzy zajmują się kontraktowaniem usług, kontraktowaniem zakupów itd. Człowiek biorący udział w tej konferencji powiedział mi, że oni nie rozmawiali o kontraktowaniu, nie rozmawiali o metodach zamówień, rozmawiali o strachu, bo ci wszyscy ludzie od początku do końca się boją. Dlaczego? Dlatego, że jeżeli weźmiemy do ręki dowolną umowę czy kontrakt, to zawsze możemy powiedzieć, że można było wynegocjować lepiej. Zawsze możemy powiedzieć, nie zabezpieczono interesu zamawiającego. Szczególnie, jeżeli są problemy z tym kontraktem. W tym momencie mamy do czynienia z ludźmi z trzyliterowymi organizacjami, którzy przychodzą i zaczynają nas spowiadać z tego, co żeśmy zrobili. Gorzej, większość tych ludzi ma ten sam sposób myślenia. Oni widzą tylko przepis i zawsze uważają,

że można było zrobić lepiej; zawsze można było zabezpieczyć zamawiającego.

Minął okres, kiedy modne było budzenie o szóstej rano i wyprowadzanie w kajdankach w świetle reflektorów. Natomiast pozostał sposób myślenia i pozostał strach, który obezwładnia urzędników i prawników, którzy ich obsługują. Parę lat temu rozmawiałem z ówczesną szefową działu prawnego Urzędu Zamówień Publicznych. Ona mi mówi, ależ panie Krzysztofie, w dzisiejszej ustawie to wszystko, co pan mówi o wyborze usług intelektualnych nie na bazie ceny, to się da zrealizować. Tak proszę Państwa. Ja, po pierwsze, widzę potrzebę wyboru nie najtańszego konsultanta i możliwości w ówczesnym i w dzisiejszym prawie, aby to zrealizować, i miałbym odwagę to zrobić. Natomiast, jeżeli przetarg realizuje burmistrz i jego sekretarka czy urzędnicy, to oni się po prostu boją. Jeżeli nie wybiorą na bazie najtańszej ceny, natychmiast, w ciemno, cała okolica powie – wziął. Tylko nie wiemy, ile. Takie jest nasze potoczne rozumienie.

FIDIC a polskie prawo

Kiedyś pytano; czy FIDIC przystaje do prawa polskiego, czy nie? Po pierwsze, na pierwszej stronie każdego kontraktu piszemy, że jest to realizowane zgodnie z prawem Rzeczypospolitej Polskiej. I w zasadzie to jedno zdanie, którego nawet nie musimy pisać, ale na wszelki wypadek dobrze jest napisać, załatwia sprawę. Jest kilka elementów, o które musimy uzupełnić kontrakt FIDIC-owski: o instytucję inspektora nadzoru inwestorskiego, o dziennik budowy, o odbiory końcowe, o przepisy, które w innych krajach nie występują. Parę lat temu, na konferencji w Singapurze, kolega tu siedzący, opowiadał ludziom z innych państw o naszym nadzorze inwestorskim. Im się to tak spodobało, że następnego dnia na sesji plenarnej powiedzieli: a w Polsce jest taki system, on jest świetny, dlaczego w innych krajach go nie ma. W tej chwili słyszę, że mamy to zlikwidować. Pożyjemy, zobaczymy. Już dawno zauważono, że praktycznie nie ma kontraktu budowlanego, który by się nie kończył sporem o czas i pieniądze, i dlatego, jakieś 20 parę lat temu, Bank Światowy w Hondurasie powiedział: proszę tytułem eksperymentu stworzyć Komisję Rozjemczą, która będzie rozstrzygała wszystkie kwestie wątpliwe lub

KRZYSZTOF WOŹNICKI

Krzysztof Woźnicki jest prezesem Stowarzyszenia Inżynierów, Doradców i Rzeczników.



Fot. SIDOR



Nowe Powiśle (wizualizacja Menolly Group)

sporne w trakcie budowy, w trakcie inwestycji. Zanim pójdziecie do sądu, to oni to rozstrzygną. Ten eksperyment zakończył się tak daleko idącym sukcesem, że najpierw Bank Światowy, a potem FIDIC, wprowadził do swoich przepisów klauzulę mówiącą o tym, że należy powołać Komisję Rozjemczą od razu w dniu, w którym podpisujemy kontrakt. Jeszcze wszyscy są szczęśliwi. My się pokłócimy? Ależ to jest nie możliwe. Pożyjemy, zobaczymy. W tych starych wzorach FIDIC-owskich inżynier był niezależnym konsultantem i on miał rolę rozjemcy. On rozstrzygał spór pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. W obecnych warunkach inżynier jest przedstawicielem wykonawcy. Jest to jednoznacznie postawione. W związku z tym nie może być rozjemcą, no bo ja będę rozstrzygał spór pomiędzy moim pracodawcą, a jakimś „brzydkim” wykonawcą? Jest to niemożliwe. Stąd jest Komisja Rozjemcza.

Przed paru laty rząd Chin podpisał kontrakt na olbrzymi system zabezpieczenia wody dla kilkumilionowego miasta. Olbrzymie tamy, rurociągi, nieprawdopodobne. Oczywiście wykreślił z kontraktu wszelkie rozjemstwa. Zostawili jakiś sąd. Doszło do sporu. Wykonawca zgłosił roszczenia. Władze chińskie skierowały sprawę do kancelarii prawnej, prosząc o przygotowanie materiałów do postępowania sądowego. Po kilku miesiącach otrzymali rachunek na 2 mln dolarów. Władze chińskie w tym momencie zaprosiły wykonawcę i zapytały go, czy wyrazi zgodę na przywrócenie do kontraktu

zapisów o Komisji Rozjemczej i alternatywnych metodach rozstrzygania sporu. Wykonawca się zgodził. Powołano Komisję Rozjemczą. Trzech dżentelmenów z różnych państw rozstrzygnęło, bodajże, nie pamiętam już w tej chwili, jedenaście czy siedemnaście sporów na przestrzeni trzech lat. Zgadnąłem szefa tej Komisji i mówię: słuchaj rachunek tamtej kancelarii wyniósł 2 mln dolarów, a ile kosztowało wasze rozstrzyganie sporów przez dwa lata? Policzył i mówi; około 450 tys. dolarów. Tylko, mówi, zwróć uwagę, że ja jestem z Anglii, drugi jest z Bliskiego Wschodu, trzeci ze Stanów, a spotkania mieliśmy w Chinach, w związku z czym, duży procent tej sumy to są koszty przelotów. I to też jest różnica pomiędzy sporem przed sądem a Komisją Rozjemczą. Jest jeszcze jeden element. Jeżeli zamawiający czy wykonawca chce iść do sądu, to musi mieć pieniądze na obsługę prawną, na koszty postępowania. Nie da się tego zrobić przy pomocy nawet najlepszego prawnika, który grzecznie siedzi na posadzie u zamawiającego.

Komisja Rozjemcza

Pozwolę sobie zwrócić uwagę na zapis dotyczący Komisji Rozjemczej. Jej decyzja jest wiążąca dla obu stron, które winny niezwłocznie wprowadzić ją w życie, dopóki, i jeżeli, nie zostanie ona zmieniona w postępowaniu pojednawczym lub wyrokiem arbitrażu. Co to oznacza? Jeżeli Komisja Rozjemcza wydaje decyzję, że

firma A winna jest zapłacić firmie B 5 mln zł, to tego samego lub następnego dnia firma B przychodzi do firmy A z fakturą na te 5 mln zł i ta ma ją zapłacić. Koniec rozmowy. To nie przeszkadza, że każda ze stron, a szczególnie ta, która ma płacić, ma otwartą drogę do dalszego postępowania przed sądem arbitrażowym lub sądem powszechnym. To im nie zamyka drogi. Oni mają to zapłacić, a potem się będą procesować. Dlaczego? Gdybyśmy uzależnili zapłacenie od dalszego toku postępowania, to strona niezadowolona może powiadomić sąd i koniec, nie idzie do sądu. Bardzo często tak się dzieje. Grzmia, że będą się sądzić i nie idą do sądu. I w tym momencie, gdyby w ogóle nie było rozjemcy, to tak jakby w ogóle nie było decyzji, bo co mi po decyzji, której nikt nie realizuje. Natomiast, jeżeli ją zrealizuje, jeżeli by się zdarzyło, a zdarza się to, mniej więcej w 1 procentie przypadków, że sąd arbitrażowy lub powszechny mówi, decyzja była błędna, jemu się nie należy 5 mln, tylko więcej, mniej, albo odwrotnie, to wówczas strony na mocy tego wyroku będą musiały uregulować swoje rozliczenia zgodnie z decyzją instancji wyższej, czyli sądu arbitrażowego lub sądu powszechnego. Nie ma tak, że to jest już nieodwracalne. Jeżeli w sądzie arbitrażowym wykazana zostanie błędność decyzji Komisji Rozjemczej, to można ten błąd poprawić. ■

Powyższy tekst jest zapisem wystąpienia podczas seminarium „Arbitraż w sprawach budowlanych”, które odbyło się 8 października 2008 roku. Źródły tuły pochodzą od redakcji.