

Zasada „zaprojektuj i zbuduj”

Ostatnia nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) wprowadziła nową definicję robót budowlanych.

Od 20 lutego 2013 r., zgodnie z nowym brzmieniem art 2 pkt 8 ustawy Pzp, przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art 2c ustawy Pzp lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Jakkolwiek powyższa definicja w dość istotny sposób różni się od dotychczas obowiązującej, to jedna rzecz nie ulegała zmianie w świetle przepisów ustawy Pzp za roboty budowlane nadal uznać trzeba zarówno wykonanie jak i zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego. Innymi słowy utrzymano zasadę, że zamówieniami na roboty budowlane są zamówienia typu "wybuduj" jak i zamówienia typu "zaprojektuj i zbuduj".

Jednak wiele kontrowersji i wątpliwości pojawia się przy rozpatrywaniu czy ustawowa możliwość łączenia w jednym zamówieniu prac projektowych i budowlanych powinna być wykorzystywana w tak szerokim zakresie jak obecnie i czy jej stosowanie jest celowe i prawidłowe w przypadku każdej inwestycji, a w szczególności dużych i skomplikowanych projektów infrastrukturalnych z dużą ilością konstrukcji.

Po pojawieniu się dwóch aktów wykonawczych, tj.:

- a) rozporządzenia Ministra infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym z dnia 18 maja 2004 r. (Dz. U. Nr 139),
oraz
- b) rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 2 września 2004 r. (Dz. U. Nr 202, poz.2072 ze zm.)

...sytuacja zmieniła się diametralnie.

Niewątpliwie możliwość objęcia jednym zamówieniem i jednym postępowaniem prac projektowych i budowlanych, a tym samym uniknięcie konieczności przeprowadzania dwóch odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia jest zaletą samą w sobie. Tym też zapewne należy tłumaczyć popularność zamówień typu „zaprojektuj i zbuduj” wśród Zamawiających. Ponadto wskazać można, że opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego niewątpliwie wymaga mniejszego nakładu sił, środków i czasu niż stworzenie dokumentacji projektowej

oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych potrzebnych w przypadku udzielania zamówień typu "wybuduj". Zamawiającym po prostu wygodniej jest przerzucić obowiązek opracowania projektu i innych potrzebnych dokumentów na wykonawców. Co więcej, w przypadku zamówienia typu "wybuduj" Zamawiający musi dysponować decyzjami, pozwoleniami, uzgodnieniami i opiniami wymaganymi odrębnymi przepisami, w szczególności warunkami lokalizacyjnymi.

Tymczasem, w przypadku zamówień typu "zaprojektuj i zbuduj" obowiązek uzyskania ww. decyzji, pozwoleń, uzgodnień i opinii może i zazwyczaj jest przerzucany na wykonawców, a zatem Zamawiający udzielając zamówienia tego typu zazwyczaj tymi dokumentami nie dysponuje. Wreszcie zauważyć trzeba, że również sama ustawa Pzp nie zawiera żadnych wskazówek co do tego w jakich okolicznościach udzielać zamówień typu "zaprojektuj i zbuduj", a w jakich "wybuduj", pozostawiając tę kwestię do rozstrzygnięcia Zamawiającym. Nic dziwnego zatem, że w coraz większej liczbie postępowań projektowanie staje się elementem przedmiotu zamówienia. Co więcej, w ramach zamówień typu "zaprojektuj i zbuduj" zaczęto zlecać skomplikowane inwestycje infrastrukturalne.

Praktyka poszła zatem w kierunku bardzo szerokiego stosowania zamówień typu "zaprojektuj i zbuduj". Tymczasem, podczas prac nad ustawą Pzp i przepisami umożliwiającymi udzielanie zamówień tego typu zakładano, że przepisy te służyć będą głównie do zamawiania „projektowania i budowy” prostych obiektów budowlanych o ściśle sprecyzowanych funkcjach i określonych standardach oraz wymaganiach, np. socjalne budownictwo mieszkaniowe, odcinki dróg lokalnych, sieci uzbrojenia terenu o ustalonej lokalizacji lub przyłącza. Oczekiwano również, że zamówienia tego typu będą stosowane przy kontraktach dotyczących wprowadzania do istniejących obiektów nowych urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz związanych z tym robót budowlanych, stanowiących element drugoplanowy. Powyższe założenia były po części uzasadnione tym, że zamówienia typu „zaprojektuj i zbuduj” są przewidziane również w warunkach kontraktowych FIDIC. Zamówień tego typu dotyczy tzw. żółty FIDIC, czyli "Warunki kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem - dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i Inżynierskich projektowanych przez wykonawcę". Już sam tytuł warunków FIDIC wyraźnie wskazuje, że zakres ich stosowania jest ograniczony i dość specyficzny, podobnie miał też wyglądać zakres stosowania zamówień typu „zaprojektuj i zbuduj”. Stało się jednak inaczej.

Jak powszechnie wiadomo, w polskich realiach podstawowym i w większości wypadków jedynym kryterium oceny ofert jest najniższa cena, co z oczywistych względów zachęca do oferowania robót budowlanych nie wysokiej jakości, tylko jak najtańszych do wykonania. Jednocześnie też przy zamówieniach typu „zaprojektuj i zbuduj” najczęściej stosuje się wynagrodzenie ryczałtowe, którego istotą zgodnie z art. 632 K.C. jest to, że wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Wreszcie, na co już zwrócono uwagę powyżej, program funkcjonalno-użytkowy w porównaniu do dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych stanowi niewątpliwie „uproszczony” opis przedmiotu zamówienia. Rozporządzenie z dnia 2 września 2004 r. wskazuje z jakich elementów ma się składać program funkcjonalno-użytkowy, ale nie określa jakie dokumenty czy opracowania mają stanowić podstawę do jego sporządzenia,

pozostawiając w tym zakresie swobodę Zamawiającym. W konsekwencji praktyka w tym zakresie jest bardzo zróżnicowana, niektórzy Zamawiający przygotowują program funkcjonalno-użytkowy na podstawie koncepcji projektowej zamierzonej inwestycji, opracowanej wcześniej lub jednocześnie z programem. Inni z kolei opracowują program na podstawie swoich wyobrażeń i oczekiwań dotyczących inwestycji. W następstwie powyższego opis przedmiotu zamówienia w zamówieniach typu „zaprojektuj i zbuduj”, w porównaniu z zamówieniami wyłącznie na wykonanie robót budowlanych, jest znacznie bardziej ogólny i zarazem mniej szczegółowy.

Ponadto, przyjmowanie ceny jako jedyne kryterium oceny ofert jest zachęcaniem wykonawców do szukania oszczędności, a najłatwiej przecież jest oszczędzić właśnie na jakości. W rezultacie jest niezwykle prawdopodobne, że rezultat prac wykonanych przez wykonawcę w ramach zamówienia typu „zaprojektuj i zbuduj” będzie szwankował właśnie pod względem jakości, w szczególności będzie drogi w utrzymaniu, bo najtańszy na etapie realizacji. Ponadto przy zamówieniach typu „zaprojektuj i zbuduj”, pomimo małej dokładności opisu przedmiotu zamówienia, obowiązujące przepisy, w szczególności ustawa Pzp, nie nakładają na Zamawiających jakichkolwiek obowiązków dodatkowej kontroli realizacji planowanej inwestycji czy to na etapie jej projektowania i przygotowania czy też na etapie wykonywania prac budowlanych. Również sami Zamawiający z reguły nie są zainteresowani dźwignięciem odpowiedzialności i przeprowadzaniem takiej kontroli dlatego nie przewidują dla siebie żadnych obowiązków w tym zakresie w umowach zawieranych z wykonawcami. W rezultacie pierwsza kontrola Zamawiającego co do jakości prac wykonanych przez wykonawcę w praktyce następuje na etapie odbioru końcowego prac budowlanych. Z oczywistych względów na zgłaszanie zastrzeżeń co do jakości prac projektowych jest wówczas za późno, natomiast odnośnie jakości prac budowlanych to zazwyczaj niewiele można już poprawić. W rezultacie brak należytego nadzoru ze strony Zamawiającego przekłada się na niski poziom jakościowy końcowego efektu prac wykonawcy.

Zalety i wady.

System „zaprojektuj i zbuduj” realizowany jest na bazie żółtej książki FIDIC oraz wymaga przygotowania przez zamawiającego materiałów przetargowych najczęściej opracowanych przez niezależnego konsultanta. W skład SIWZ wchodzi: Instrukcja dla Wykonawców, Warunki Kontraktu, Program Funkcjonalno-Użytkowy, Wykaz Cen. Dodatkowo zamawiający powinien posiadać i załączyć do SIWZ decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach, ewentualne oświadczenie stwierdzające prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane (powinien dysponować pasem drogowym), kopię mapy zasadniczej oraz Koncepcję Programową, która jest podstawą szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia.

Niewątpliwą zaletą systemu „zaprojektuj i zbuduj” jest mniejsza ilość problemów po stronie Zamawiającego, który decydując się na realizację inwestycji w ww. systemie eliminuje ze

swoich czynności m.in. weryfikację i odbiór prac projektowych, uzyskanie pozwolenia na budowę. Również sama procedura udzielenia zamówienia jest niewątpliwie mniej skomplikowana – jeden przetarg w miejsce dwóch, ograniczona ilość pytań ze strony Wykonawców, zmniejszone ryzyko zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia oraz mniejsze ryzyko odrzucenia korzystnej cenowo oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. W przypadku dobrze opracowanych materiałów przetargowych, w szczególności projektu umowy możliwe jest również uniknięcie przez Zamawiającego aneksów terminowych i roszczeń, które są zmorą tradycyjnych kontraktów, w których Zamawiający ponosi odpowiedzialność za błędy w dokumentacjach. Zasadniczo dobrze przygotowane materiały przetargowe pozwalają Zamawiającemu na wskazanie i przekazanie wielu ryzyk Wykonawcy, który będzie w stanie sobie z nimi poradzić bez angażowania Zamawiającego. Zamawiający w takim przypadku tylko raz musi pochylić się nad przygotowaniem inwestycji i teoretycznie przy bardzo sprzyjających warunkach może jej bieg pozostawić Wykonawcy.

Dla Wykonawcy korzyści mogące płynąć z realizacji inwestycji w formule „zaprojektuj i zbuduj” to przede wszystkim możliwość zastosowania rozwiązań konstrukcyjno-montażowych, które dany Wykonawca robót ma najlepiej opanowane i do których jest przygotowany sprzętowo, co w efekcie daje możliwość optymalizacji kosztów i przygotowanie konkurencyjnej oferty. Wykonawca nie jest związany dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego i zawartymi w niej rozwiązaniami, użytymi materiałami czy urządzeniami – ma większą możliwość ich uzgadniania z projektantem a w konsekwencji negocjacji z Podwykonawcami i Dostawcami.

Model „zaprojektuj i zbuduj” stawia Wykonawcę inwestycji wobec problemu odpowiedzialności za błędy projektowe, którą wziął na siebie, przyjmując realizację od projektu do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Nie ma wątpliwości, że taka odpowiedzialność istnieje. Wynika ona z różnych regulacji prawnych, w zależności od tego, w jakiej relacji pozostają Projektant i Wykonawca.

Ryzykiem Wykonawcy jest przede wszystkim konieczność ścisłej współpracy z Projektantem, którego efekty pracy nie zawsze jest w stanie zweryfikować (np. poprawność obliczeń konstruktora), a za błędy którego ponosi on odpowiedzialność niezależnie od tego czy Projektant jest Konsorcjantem czy też Podwykonawcą. Zdarza się, że mniej doświadczeni Wykonawcy nie rozumieją procesu projektowego i nie potrafią współpracować z projektantami stosując kryterium Zamawiającego, czyli „**najtańszy najlepszy**”, co w tym przypadku może mieć dla nich bardzo poważne skutki finansowe, a każde opóźnienie odbije się karami dla Wykonawcy. Projektanci ze swej strony też nie zawsze potrafią projektować dla Wykonawcy; nie rozumieją, iż w systemie „zaprojektuj i zbuduj” stoją po tej samej stronie co Wykonawca i dopiero ich wspólny wysiłek może przynieść wymierny efekt.

Zagrożeniem dla Zamawiającego jest efekt końcowy, ryzyko w zakresie zastosowanych materiałów czy trwałości poszczególnych rozwiązań. Jakość produktu końcowego może pozostawiać wiele do życzenia. Wadą tego systemu może okazać się wyższa cena, która zawiera w sobie ryzyka związane między innymi z uzyskaniem wszelkiego rodzaju dokumentów formalnoprawnych (warunki techniczne, uzgodnienia, zgoda na wejście na teren itp.) i ryzyko ceny ryczałtowej, zawierającej zwiększone koszty robót nieprzewidzianych. W systemie „zaprojektuj i zbuduj” zamawiający ma mniejszy wpływ na rozwiązania projektowe.

Wbrew krytycznym opiniom rozpowszechnianym przez media, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zawierają mechanizmy pozwalające przy zastosowaniu procedury „zaprojektuj i zbuduj” zrealizowanie inwestycji z korzyścią dla obu stron. Problemem jest nieumiejętność bądź też niechęć ich stosowania. Przykładem mogą być kluczowe inwestycje drogowe, realizowane w oparciu o FIDIC, w których m.in. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych oprócz programu funkcjonalno-użytkowego (PF-U) przekazuje Wykonawcom dokumentację projektową zamówioną wiele miesięcy wcześniej, niezweryfikowaną i o nieokreślonym charakterze (zgodnie z przepisami Pzp w przypadku „zaprojektuj i zbuduj” Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia wyłącznie za pomocą PF-U). Ponadto Zamawiający wykreśla najczęściej z Warunków Ogólnych wszystkie te klauzule które mogłyby w minimalnym choćby stopniu utrzymać równowagę pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą przy założeniu, iż jedynym kryterium oceny ofert jest cena, która powinna zawierać wszystkie ryzyka związane z realizacją inwestycji.

Srodek zaradczy na wskazane powyżej ryzyka i negatywne zjawiska wydaje się dość oczywisty; inaczej niż obecnie zamówienia typu „zaprojektuj i zbuduj” powinny być wyjątkiem od reguły, stosowanym tak jak to zakładano podczas prac nad ustawą Pzp przy bardzo prostych inwestycjach, gdzie Zamawiającemu nie zależy na jakości. Z pewnością odstąpić należy od posługiwania się tą formułą przy skomplikowanych zamówieniach infrastrukturalnych, gdyż z punktu widzenia interesu publicznego przynosi ona wówczas więcej szkody niż pożytku. Generalnie przyjęć należałoby jako zasadę, że zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych zleca się osobno. W takim przypadku usługi projektowe byłyby usługą priorytetową lub mogłyby być zlecane w drodze konkursu, natomiast wykonanie prac budowlanych według dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji dalej byłoby zamówieniem na roboty budowlane w rozumieniu ustawy Pzp. Wyjaśnić też od razu należy, że z ustawowej definicji robót budowlanych nie wynika nakaz łączenia prac projektowych i budowlanych w jedno zamówienie, a jedynie taka możliwość. Tym samym udzielanie odrębnych zamówień na projekt i na prace budowlane nie będzie stanowić zakazanego ustawą Pzp dzielenia zamówienia w celu zaniżenia jego wartości.

Zamawiający winien zawrzeć w SIWZ w ramach opisu przedmiotu zamówienia niezbędne dane do sporządzenia koncepcji projektowej. Wreszcie, ponieważ opracowanie dobrej koncepcji projektowej wymaga czasu, Zamawiający powinien wskazać odpowiednio długi termin składania ofert, umożliwiający wykonawcom przygotowanie koncepcji na odpowiednim poziomie. Podkreślić trzeba, że to właśnie dysponowanie koncepcją projektową umożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny oferty pod względem technicznym, funkcjonalnym i ekonomicznym, czyli oceny jej jakości. Jakość koncepcji projektowej ma kluczowe znaczenie, ponieważ wady koncepcji projektu, dotyczące podstawowych założeń przyjętych na etapie projektowania, po wykonaniu projektu mają charakter nieusuwalny.

Obowiązki Zamawiającego, jeżeli faktycznie chce zapewnić sobie wysoką jakość zamawianej dokumentacji i wykonanych na jej podstawie prac budowlanych, nie mogą jednak sprowadzać się do sporządzenia SIWZ i oceny ofert na podstawie przyjętych kryteriów. Konieczny jest aktywny udział Zamawiającego na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez kontrolę zgodności tworzonej dokumentacji projektowej z wymaganiami zawartymi

w opisie przedmiotu zamówienia. W tym celu Zamawiający powinien zapewnić sobie możliwość żądania od wykonawcy przedstawienia do oceny :

- projektu budowlanego, oczywiście przed złożeniem wniosku o pozwolenie na budowę,
- projektu wykonawczego oraz specyfikacji technicznych, przed rozpoczęciem prac na ich podstawie.

Natomiast udzielając zamówienia na prace budowlane, Zamawiający powinien zapewnić sprawne funkcjonowanie nadzoru inwestorskiego, który w jego imieniu będzie nadzorował realizację robót budowlanych pod względem jej zgodności z opracowaną wcześniej dokumentacją projektową oraz odbierał wykonane prace.

Rozdzielenie zamówienia na projekt od zamówienia na prace budowlane powinno pozwolić również uniknąć innego negatywnego zjawiska występującego w przypadku zamówień typu „zaprojektuj i zbuduj”. Z oczywistych względów przy zamówieniach tego typu zazwyczaj większą rolę odgrywa wykonawca prac budowlanych, zaś wykonawca projektów ma minimalny wpływ na warunki oferty i wykonanie przedmiotu zamówienia. Powyższe wynika choćby z tego, że zasadniczy element ceny oferty stanowi wynagrodzenie za wykonanie prac budowlanych, a nie projektowych. Nie jest też tajemnicą, że w praktyce bardzo często występuje zjawisko swoistego podporządkowania firmy projektowej wykonawcy prac budowlanych, którego interesy zazwyczaj są zupełnie różne od interesów projektantów, a czasami wręcz z nimi sprzeczne. Zamawiający powinien być świadomy, że w zamówieniach typu „zaprojektuj i zbuduj” projektant jest poddawany presji ze strony wykonawcy prac budowlanych. Presja ta może przybierać różną postać, przede wszystkim finansową, gdyż zazwyczaj wynagrodzenie projektanta uzależnione jest od tego, czy i w jakim stopniu dostosuje się on do oczekiwań wykonawcy robót budowlanych, w szczególności czy przewidzi w projekcie zastosowanie rozwiązań gorszych jakościowo, ale tańszych tudzież umożliwiających szybsze czy łatwiejsze wykonanie prac budowlanych. Powyższe niewątpliwie w istotny sposób wpływa na obniżenie poziomu jakości dokumentacji, a w efekcie całej inwestycji, w tym szczególnie jej żywotności. Podsumowując, w zamówienia typu "zaprojektuj i zbuduj" wmontowane są mechanizmy osłabiające twórczą działalność projektanta i stosowanie przez niego rozwiązań nowoczesnych i innowacyjnych, czy też po prostu trwałych lub ekonomicznych w użytkowaniu.

W podsumowaniu także trzeba podkreślić, że szerokie udzielanie przez Zamawiających zamówień w formule "zaprojektuj i zbuduj" w połączeniu z przyjmowaniem najniższej ceny jako jedynego kryterium oceny ofert przynosi negatywne skutki. Efektem takiej praktyki jest to, że zamówienie z reguły przypada wykonawcy o najniższych lub co najwyżej średnich kwalifikacjach, lecz o niskich kosztach. W rezultacie Zamawiający otrzymuje przedmiot zamówienia na niskim poziomie jakościowym, jakość bowiem kosztuje. Tymczasem nic nie stoi na przeszkodzie, aby opisanych powyżej negatywnych skutków uniknąć. Wymaga to jednak odejścia przez Zamawiających od utartych i wygodnych schematów postępowania.