

BIULETYN Konsultant



nr 31, marzec 2014

Temat dnia

str. 2

Konferencja Sądu Arbitrażowego przy SIDiR „Arbitraż, Rozstrzyganie Sporów Budowlanych”

str. 3

Konferencja Sądu Arbitrażowego przy SIDiR (26 marca 2014 r.)

str. 4

Konferencja Sądu Arbitrażowego przy SIDiR

str. 8

Rozwiązywanie sporów w drodze ugody

str. 12

Zastępcze wykonanie i zaspokojenie się wierzyciela na koszt dłużnika

str. 16

CAPEX+OPEX =TOTEX czyli co zrobić, żeby poznać koszt życia projektu w ciągu mgnienia oka

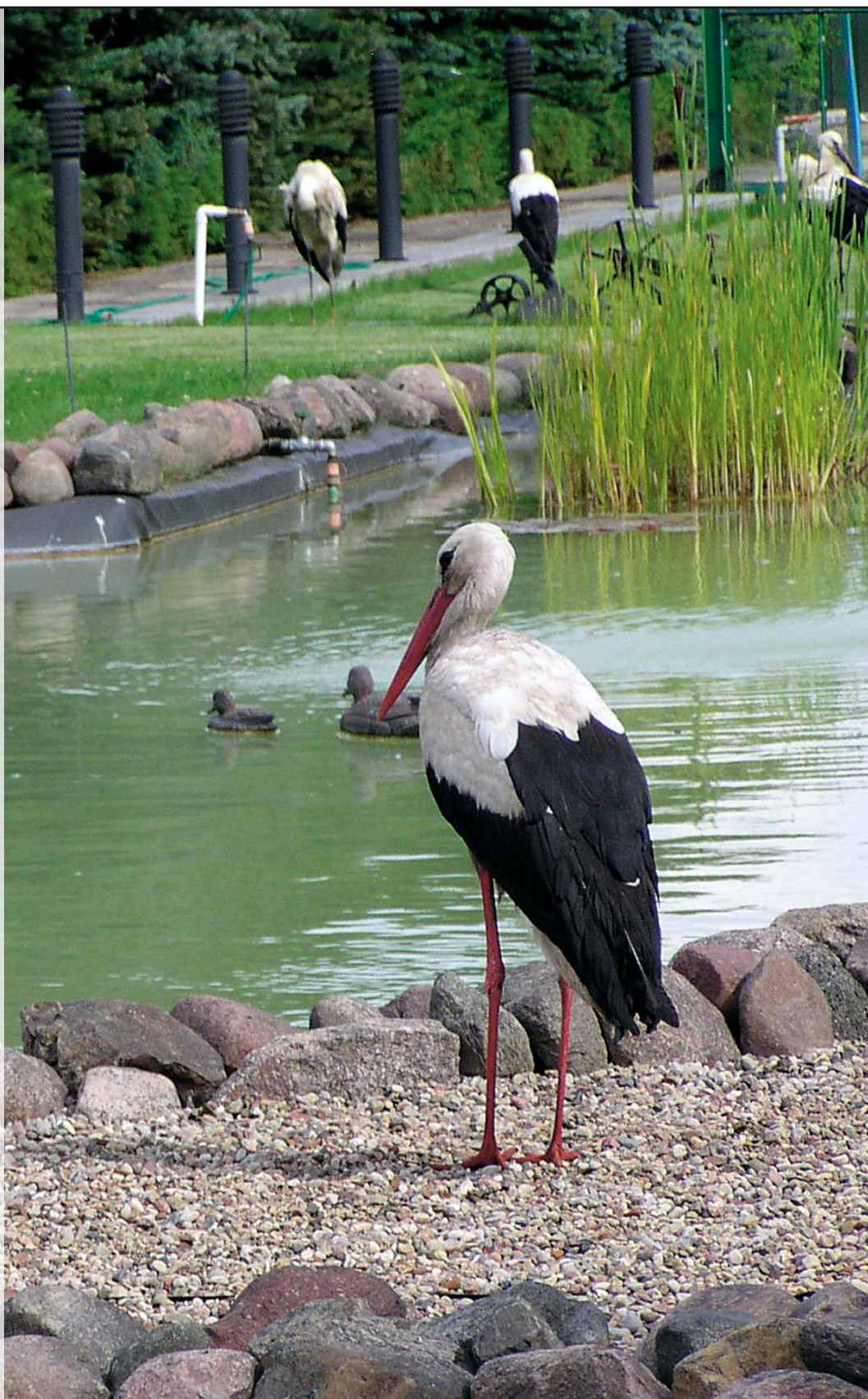
str. 18

Aktywność konsultingowych firm z kapitałem zagranicznym w Polsce po 1989 roku

str. 21

Z korespondencji między stronami kontraktu

str. 23





Tomasz
LATAWIEC
Prezes Zarządu SIDiR

Koleżanki i Koledzy

Czas mija bardzo szybko i już za kilka tygodni będziemy mieć szansę przeżyć niezwykle istotne wydarzenie dla naszego Stowarzyszenia – 100 lecie doradztwa inżynierskiego w Polsce. To powód dla każdego z członków SIDiR do dumy! Ale i powód do refleksji nad tym co było, jest i co będzie się działo z naszym środowiskiem?

To jak jesteśmy postrzegani przez adresatów naszych usług jest zależne w głównej mierze od nas samych i od tego, co wnosimy do realizowanych inwestycji. Nie myślę tutaj o wnoszeniu tylko wiedzy i doświadczenia, ale w głównej mierze dobrych praktyk.

Wiedzę można posiadać, doświadczenie nabywa się z czasem, ale dobre praktyki to coś znacznie trudniejszego do opisania. Dobre praktyki to standard etyczny i naukowy dotyczący planowania, prowadzenia i dokumentowania inwestycji budowlanych. To także zdrowy rozsądek, zdolność przewidywania, rzetelność w wypełnianiu swoich obowiązków. Postępowanie zgodne z dobrymi (może warto powiedzieć – najlepszymi) praktykami stanowi gwarancję zrealizowania inwestycji. Choć wcale nie musi się obejść bez problemów i – jak my to nazywamy – sporów. Dobra praktyka powinna być stosowana we wszystkich nieprzewidzianych sytuacjach i zdarzeniach – one zawsze wystąpią, bo nasze inwestycje są naprawdę skomplikowane i złożone. Ale także we wszystkich normalnych i codziennych działaniach.

Ponieważ jesteśmy jedyną krajową organizacją FIDIC, to warto wspomnieć, że zbiorem takich dobrych praktyk są Warunki Kontraktowe! To tam są opisane przeróżne sytuacje, które zdarzają się w trakcie realizacji inwestycji. To tam są zawarte procedury postępowania w przypadku wystąpienia takich zdarzeń. To tam wreszcie są przypisane zadania różnym uczestnikom i sposób podejmowania decyzji i rozstrzygania sporów. FIDIC wie, że spory są nieodłączną częścią inwestycji, ale w sposób zgodny z najlepszymi praktykami do zarządzania takimi sporami podchodzi. Na dobre praktyki FIDIC zaczynają się powoływać przeróżne osoby i instytucje mające za zadanie poprawić jakość i efektywność realizowanych w Polsce inwestycji publicznych. A to dla nas oznaczać powinno, że jesteśmy bardzo ważnym ogniwem łączącym strony kontraktów, w tym publicznych inwestorów, którzy w sposób szczególny do inwestycji podchodzić powinni.

Szanowni Czytelnicy

Zapraszam gorąco do włączenia się w uroczyste świętowanie obchodów 100 lecia doradztwa inżynierskiego w Polsce. Państwa liczna obecność na konferencji jubileuszowej będzie z pożytkiem dla wszystkich. Im więcej nas będzie, tym bardziej donośny będzie nasz głos, a nic przecież nie przynosi nam większej satysfakcji niż zainteresowanie naszymi sprawami.

Tomasz Latawiec
Prezes Zarządu SIDiR



Biuletyn Informacyjny „Konsultant”
Stowarzyszenia Inżynierów, Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR)
Nakład: 2000 egz.

Adres: ul. Trębacka 4 lok. 429, 00-074 Warszawa,
tel./fax.: +48 022 826 16 72, tel./fax.: +48 022 826 56 49, e-mail: biuro@sidir.pl

Kolegium redakcyjne: Zbigniew J. Boczek (redaktor naczelny)

Członkowie: Grażyna Łuka-Doktorska, Włodzimierz Kiernożycki, Tomasz Latawiec

SIDiR jest członkiem:



Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils – FIDIC



European Federation of Engineering Consultancy Associations – EFCA



The Dispute Resolution Board Foundation – DRBF

Publikowane w Biuletynie „Konsultant” artykuły prezentują stanowiska, opinie i poglądy ich Autorów. Redakcja zastrzega sobie prawo do adiestacji tekstów i zmiany tytułów. Przedruki i wykorzystanie opublikowanych materiałów może odbywać się za zgodą Kolegium redakcyjnego. Redakcja nie ponosi odpowiedzialności za treść zamieszczanych reklam.

Skład i druk: Poligrafia GREG, biuro@greg-drukarnia.pl, www.greg-drukarnia.pl



Sąd Arbitrażowy
przy
Stowarzyszeniu
Inżynierów Doradców
i Rzeczoznawców w Warszawie

Konferencja Sądu Arbitrażowego przy SIDiR „Arbitraż, Rozstrzyganie Sporów Budowlanych”

organizowanej przez Sąd Arbitrażowy przy SIDiR
w dniu 26 marca w Warszawie, ul Trębacka 4

PROGRAM

8.30–9.00 – Rejestracja uczestników

CZĘŚĆ PIERWSZA – WYSTĄPIENIA

9.00–10.30 – Otwarcie konferencji

Tomasz Latawiec – Prezes SIDiR,
„Warunki Kontraktowe FIDIC a ADR”

Andrzej Kąkolecki – Prezes Sądu, „Sąd przy SIDiR.
Kluczowe decyzje i dobre praktyki w arbitrażu”

Zbigniew Boczek – Wiceprezes Sądu, redaktor naczelny
„Konsultanta”, „Arbitraż w zamówieniach publicznych”

10.30–11.00 – Przerwa kawowa

11.00–12.30

Piotr Nowaczyk – Dentons, Przedstawiciel Polski
w Międzynarodowym Sądzie Arbitrażowym ICC w Paryżu
i innych renomowanych sądach arbitrażowych,
„Spory budowlane według wzorców FIDIC”

Sylwester Pieckowski – Chadbourne & Parke, Prezes
Polskiego Stowarzyszenia Sądownictwa Polubownego,
„Arbitraż jako forma skutecznego rozwiązywania sporów”

Tomasz Wardyński – Członek i uczestnik prac wielu
renomowanych organizacji i instytucji – ICC, IBA,
American Counsel Association, Academy of International
Law, „Rola etyki w funkcjonowaniu arbitrów”

Andrzej Michałowski – Rozjemca i arbiter,
„Zalety rozjemstwa w sporach budowlanych”

12.30–13.30 – Przerwa na lunch

CZĘŚĆ DRUGA – PUNKT WIDZENIA UŻYTKOWNIKÓW ARBITRAŻU, PROBLEMATYKA PRAWNA, ORZECZNICTWO, DYSKUSJA

13.30–15.00

Marcin Skromak – Kancelaria Adwokatów i Radców
Prawnych w Gdańsku „Arbitraż – punkt widzenia
Zamawiającego”

Edyta Snakowska-Estorninho – Dyrektor Działu
Prawnego Veolia Water Systems (Grupa OTV/DALKIA)
„Arbitraż – punkt widzenia Wykonawcy”

Piotr Skrzypczak – Kancelaria Radcy Prawnego
w Poznaniu „Walory mediacji”

– Dyskusja

15.00–15.30 – Przerwa kawowa

15.30–17.00

Rafał Morek – Uniwersytet Warszawski, KLGates,
„Orzecznictwo sądowe w sporach budowlanych”

– Dyskusja i podsumowanie

Konferencja Sądu Arbitrażowego przy SIDiR (26 marca 2014 r.)

skróty wystąpień

W Konferencji uczestniczyli wybitni przedstawiciele instytucji państwowych i organizacji pozarządowych. Zaszczycili swoją obecnością przedstawiciele Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Prokuratury Generalnej, Urzędów Marszałkowskich Województwa Mazowieckiego, Pomorskiego i Śląskiego, Uniwersytetu Warszawskiego i Uniwersytetu Poznańskiego, Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa, Zarządu Nieruchomości Województwa Łódzkiego, Centrum Unijnych Projektów Transportowych. Reprezentowana była także Okręgowa Izba Radców Prawnych z Wicedziekanem Panem Mec. Gerardem Madejskim. Życzenia owocnych obrad otrzymaliśmy od Pana prof. Bronisława Sitka Prezesa Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa. Reprezentowane były wybitne Kancelarie prawnicze. Uczestniczyli także przedstawiciele wielu Firm z różnych miast Polski, działających w szczególności w sektorze budownictwa.

Last but not least, w konferencji wzięło udział Kierownictwo Rady Arbitrażowej Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej, jak również Prezes i Sekretarz Generalny Sądu Arbitrażowego przy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan.

Wszystkim serdecznie dziękujemy za przybycie.

WYSTĄPIENIA

Andrzej Kąkolecki – Prezes Sądu Arbitrażowego przy SIDiR

W sporach budowlanych proponujemy Sąd Arbitrażowy przy SIDiR.

Ogromną wartością tego Sądu jest połączenie kompetencji inżynierów i prawników. Nasza Lista Rekomendowanych Arbitrów obejmuje wysokiej klasy specjalistów z obu tych grup zawodowych. W trzyosobowym Zespole Orzekającym zapewniają oni oszczędność czasu i kosztów, sprawne i trafne orzekanie.

Arbitraż przy SIDiR nie jest drogi. Przykładowo, w sprawie o wartości przedmiotu sporu 3 miliony złotych, zgodnie z Taryfą, opłata arbitrażowa wynosi 71.100 zł + VAT. Opłata w postępowaniu przed sądem powszechnym wynosiłaby w takiej sprawie 100.000 zł. Co więcej, postępowanie sądowe oznacza dużo wyższe honoraria pełnomocników procesowych, gdyż jest z reguły dłuższe i często wieloinstancyjne.

W celu poddania sporu pod rozstrzygnięcie Sądu Arbitrażowego przy SIDiR potrzebny jest odpowiedni zapis – klauzula arbitrażowa. Zamieszczona w umowie, załącznikach do umowy czy też zawarta w drodze wymiany pism. Jej wzór znajduje się w broszurze z Regulaminem arbitrażowym i w Internecie. Zapis na sąd arbitrażowy może również nastąpić w drodze modyfikacji odnośnej klauzuli Warunków Kontraktowych FIDIC, jak Kl. 20.6 w tzw. Czerwonej Księżce czy Żółtej Księżce. Można też poddać istniejący już spór rozstrzygnięciu przez Sąd Arbitrażowy zamiast przez sąd powszechny.

Strony powinny zadbać o wybór dobrych arbitrów – do „mieszanego” zawodowo składu. Najbezpieczniej z naszej Listy, z której w każdym razie musi pochodzić arbiter przewodniczący lub arbiter jedyny. Jest to lista bezstronnych, niezależnych, kompetentnych, doświadczonych i asertywnych Arbitrów, dyspozycyjnych czasowo. Istotne jest też angażowanie kompetentnych, proaktywnych i niekonfliktowych pełnomocników.

Sąd Arbitrażowy przy SIDiR zapewnia arbitraż wysokiej jakości, efektywny i ekonomiczny.

Zbigniew J. Boczek – Wiceprezes Sądu Arbitrażowego przy SIDiR

Arbitraż w zamówieniach publicznych

Ostatnie lata to przełom w myśleniu ukierunkowanym na prawo i ekonomię, oraz wiedzę branżową. Związek tych, dotychczas niezależnych nurtów myślenia i działania, stał się bardzo ścisły i nabrał nowego charakteru. Bez tej wiedzy rozstrzyganie sporów branżowych nie będzie profesjonalne, a strony sporu mogą nabrać przekonania, że nie jest to dla nich właściwa forma rozstrzygania powstałych sporów, które w gospodarce rynkowej są niestety nieuniknione.

Dla realizacji zamówień publicznych w Unii Europejskiej stworzono podstawy prawne w formie rozporządzeń i dyrektyw. To spowodowało konieczność harmonizacji i ujednolicenia prawa państw członkowskich. Przy czym zasadniczych barier nie stanowią rozporządzenia i dyrektywy UE, ale problemem pozostaje zrozumienie tych przepisów i ich wdrożenie w życie w państwach członkowskich. Przepisy wspólnotowe wiążą tylko, co do celu jaki ma być osiągnięty. Jak pokazuje praktyka, wiele państw wydało w tym zakresie akty prawne, które nie zawsze są w pełni komplementarne z rozporządzeniami i dyrektywami Unii Europejskiej.

W zakresie nieuregulowanym postanowieniami prawa wspólnotowego, obowiązują odpowiednie przepisy prawa krajowego każdego z państw członkowskich. Rodzi to szereg nieporozumień, szczególnie w interpretacji pojęć stosowanych w państwach członkowskich.

Jednym z zasadniczych celów stworzenia uregulowań w zakresie zamówień publicznych na płaszczyźnie wspólnotowej, było zapewnienie jak największej jawności i przejrzystości przy udzielaniu zamówień. Dlatego też istotną rolę odgrywa w praktyce system ogłaszania informacji o zamówieniach.

Zamówienie publiczne, to pojęcie znane wszystkim, ale niewiele osób rozumie złożoność realizacji inwestycji budowlanych po wejściu Polski do Unii Europejskiej. Powstały nowe pojęcia i zasady prawne. Szczególnego znaczenia nabiera znajomość realizacji inwestycji budowlanych w systemie zamówień publicznych, zwłaszcza według obowiązującego Prawa zamówień publicznych, dyrektyw Unii Europejskiej, Warunków Kontraktowych FIDIC i Banku Świato-

wego. Procedury FIDIC wykorzystywane są z powodzeniem w Polsce, w realizacji inwestycji celu publicznego, szczególnie współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej.

Wiele problemów w rozstrzyganiu sporów wynika z różnego pojmowania pojęć szczególnie w zamówieniach publicznych, które nabierają innego znaczenia od zwyczajowo przyjętych w kontraktach komercyjnych (prywatnych) np. zamawiający, inwestor, inżynier kontraktu, konsorcjum, kontrakt, umowa i zmiana umowy na zamówienie publiczne, roboty budowlane, zamówienia dodatkowe, zamówienia uzupełniające, przedmiar robót, ryczałt, specyfikacje techniczne, program funkcjonalno-użytkowy, specyfikacja istotnych warunków zamówienia itp.

W prawie wspólnotowym istotnego znaczenia szczególnie nabierają specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, będące składową dokumentów przetargowych, które zamieszczane są w ogłoszeniach na zamówienia publiczne. Ze specyfikacji technicznych wynikają wymagania dla potencjalnych oferentów. Zgodnie z postanowieniami dyrektyw regulujących kwestie przyznawania zamówień, specyfikacje techniczne powinny być określone przez zamawiającego poprzez wskazanie norm krajowych wdrażających normy europejskie, lub jako europejskie specyfikacje techniczne. Jednak prawo wspólnotowe przewiduje szereg wyjątków od powyższej zasady. Dotyczy to m.in. sytuacji, gdy normy europejskie nie zawierają żadnych wymagań dotyczących zapewnienia zgodności, a zastosowanie tych norm wymagałoby wykorzystania przy realizacji zamówienia materiałów lub produktów niekompatybilnych z dotychczas używanym sprzętem, co w konsekwencji prowadziłoby do znacznego zwiększenia kosztów.

Powstał również nowy zwód Inżyniera Kontraktu, który zobowiązuje inżynierów do poszerzenia swojej wiedzy technicznej o podstawową znajomość prawa związanego z realizacją inwestycji, a szczególnie inwestycji celu publicznego.

Rozwój gospodarki wolnorynkowej, pociąga za sobą konieczność rozstrzygania sporów, szczególnie tych, które powstają z związku z realizacją inwestycji budowlanych. Wymaga to od arbitrów nie tylko wiedzy prawniczej, ale również wiedzy branżowej. Dlatego też, we współczesnej gospodarce polskiej, rozstrzyganie sporów budowlanych najlepiej powierzyć zespołom arbitrów składającym się z prawników i inżynierów, przy czym inżynierowie powinni wzbogacić swoją wiedzę i zrozumienie istoty uregulowań w prawie cywilnym, a prawnicy powinni zrozumieć proces inwestycyjny i występujące w nim zależności.

**Adw. Sylwester Pieckowski, LL.M.,
Chadbourn & Parke, PSSP**

Arbitraż jako forma skutecznego rozwiązywania sporów gospodarczych

Pytanie: czego oczekują przedsiębiorcy od systemu wymiaru sprawiedliwości w sporach gospodarczych?

Na podstawie przeprowadzonych studiów empirycznych w USA i UE (Studium Cornell University 1998, Studium AAA 2003-2006, Oxford Study 2008, Studium ADR Center w Rzymie dla UE 2010) rysują się następujące wnioski:

A. Spory biznesowe są kategorią ekonomiczną i jako takie są rozwiązywane przez zarządy, z pomocą wydziałów prawnych, przy zastosowaniu kryteriów czasu, kosztu i kontroli. Spółki, które robią to dobrze są: DISPUTE-WISE.

B. Metoda Dispute-Wise Business Management (skuteczne zarządzanie sporami) przynosi korzystne skutki biznesowe, poprzez oszczędność czasu i pieniędzy oraz budowę trwałych powiązań z partnerami.

C. ADR - Arbitraż i mediacja odgrywają centralną rolę w korporacyjnym systemie zarządzania sporami. Im większa spółka – tym chętniej i częściej stosuje ADR.

D. Zdecydowana większość badanych spółek stosuje i ceni ADR, arbitraż pełni rolę standardu, natomiast coraz większą popularność zdobywa mediacja, jako metoda tańsza i szybsza oraz pozwalająca zachować relacje.

W globalnej skali arbitraż jawi się jako główny partner biznesu w rozwiązywaniu międzynarodowych sporów gospodarczych a oferta instytucji arbitrażowych jest nowoczesna i oparta na najwyższych profesjonalnych standardach.

Polski system sądownictwa polubownego jakościowo nie odstaje od standardów światowych i wyróżnia się następującymi cechami:

- duża oferta (liczebność instytucji arbitrażowych i mediacyjnych),
- profesjonalizacja (standardy UNCITRAL, IBA),
- specjalizacja (sądownictwo branżowe np. SIDIR)
- jurydyzacja.

Kondycja polskiego arbitrażu jest dobra, z dużym potencjałem rozwoju w kierunku budowy regionalnego centrum arbitrażowego (perspektywa międzynarodowa) oraz znaczącego rozwoju sądownictwa polubownego w sprawach między podmiotami krajowymi.

Tomasz Wardyński – Członek i uczestnik wielu renomowanych organizacji i instytucji – ICC, IBA, American Counsel Association, Academy of International Law

Rola etyki w funkcjonowaniu arbitrów

1. Sądy arbitrażowe są instytucją społeczeństwa obywatelskiego. Przede wszystkim idea społeczeństwa obywatelskiego istotna jest w odniesieniu do funkcjonowania systemu społeczno-gospodarczego. Realizuje się poprzez samoorganizację środowisk przedsiębiorców w postaci izb przemysłowo-handlowych, zrzeszeń pracodawców, związków zawodowych, czyli różnego typu organizacji o charakterze samorządowym. Ich zadaniem jest troska o prawidłowy rozwój gospodarki, ten zaś zależy od poziomu zaufania istniejącego pomiędzy uczestnikami obrotu. **Zaufanie będzie zawsze funkcją zasad etyki, jakie istnieją i są szanowane w danej społeczności.**
2. Arbitraż, jako instytucja nie jest substytutem postępowania przed sądem powszechnym, tak jak „margaryna jest substytutem dla masła”. **Arbitraż jest komplementarny w stosunku do sądownictwa i powstał ze względu na to, że uczestnicy obrotu zawsze mieli naturalną potrzebę powierzenia rozwiązywania dzielących ich sporów osobom obdarzanym zaufaniem i kompetentnym w dziedzinie łączących strony, skomplikowanych stosunków prawno-gospodarczych.**
3. **Obowiązkiem arbitrów jest więc wykonywanie funkcji w taki sposób, by zaufanie do instytucji arbitrażu nie zostało podważone.** Zburzenie zaufania w jednej sprawie kładzie się cieniem na arbitrażu w ogóle. W zglobalizowanym środowisku prawno-gospodarczym częste przypadki naruszenia zasad etycznych kompromitują ideę arbitrażu skutecznie i w sposób generalny.



4. **Arbitrzy są więc zobowiązani zasadami etyki, tak jak każdy adwokat, czy radca prawny wykonujący zawód.** Powinni brać pod uwagę przede wszystkim zasady etyczne o pierwszorzędnym znaczeniu dla budowania zaufania uczestników obrotu do funkcji arbitra. Zakaz przyjmowania powołania na arbitra, w razie istnienia konfliktu interesów, stanowi minimum standardów. Wszelkie interpretacje tej zasady w odniesieniu do konkretnych sytuacji muszą być stosowane rozszerzająco. **Bezstronność, staranność i aktywność w prowadzeniu postępowania są również obowiązkiem etycznymi arbitra.** Arbiter musi pamiętać, że strony w sporze ulegają napięciom i emocjom ograniczającym postrzeganie rzeczywistości. Pod wpływem presji zaczynają przeżywać zubożenie intelektualne, a ich zdolność do przekazywania i interpretowania informacji staje się ograniczona. **Ten szczególny, emocjonalny wymiar każdego sporu powoduje, że podstawową zasadą deontologii arbitra jest zasada staranności i odpowiedzialności za losy sporu.** Sporu, czyli problemu który strony wspólnie powierzają arbitrowi właśnie ze względu na zaufanie żywiące do jego uczciwości i kompetencji. **Arbiter musi działać zgodnie z poczuciem tak rozumianej misji i nie może przyjmować postawy biernej lub asekuracyjnej, zasłaniając się fałszywie rozumianą zasadą kontrydiktoryjności lub formalną interpretacją prawa.**
5. **W odniesieniu do arbitrażu budowlanego etyka ma swoje specjalne znaczenie dlatego, że przedsięwzięcia budowlane są zawsze istotne nie tylko dla stron, ale dla całej społeczności, dla których są wykonywane.** Przedłużające się budowy dróg, mostów, budynków w centrach miast, wpływają na jakość życia mieszkańców w sposób odczuwalny i widoczny. Wszystko to zobowiązuje arbitrowi w sprawach budowlanych do szczególnej staranności, ostrożności w podejmowaniu decyzji i lojalności w stosunku do społeczeństwa obywatelskiego.

Andrzej Michałowski – Arbiter i Rozjemca przy SIDI

Zalety Rozjemstwa w Sporach Budowlanych

Komisja Rozjemcza (KR) jest panelem ekspertów, wyznaczanym wspólnie przez strony umowy o roboty budowlane. Przy 3-osobowej KR strony wyznaczają po jednym członku i uzgadniają trzeciego, który staje się przewodniczącym KR. Wyznaczony przez stronę członek KR w żadnym wypadku nie jest adwokatem strony wyznaczającej.

KR może być stała lub „ad hoc”. Stała KR działa przez cały okres realizacji kontraktu, aż do wydania Świadectwa Wykonania (zakończenia budowy i ostatecznego rozliczenia zobowiązań umownych). Komisja ta powinna mieć ciągły, bieżący kontakt z kontraktem i budową, gdyż znając kontrakt i budowę jest w stanie szybko rozstrzygnąć spór, a często zapobiec jego powstaniu. KR na życzenie Stron może wydać opinię.

Komisja Rozjemcza wydaje decyzję w ciągu 84 dni od wpływnięcia wniosku o rozstrzygnięcie sporu do KR. **Wydana decyzja jest wiążąca**, ale nie ostateczna, gdyż strona niezadowolona z decyzji (lub jej braku w terminie 84 dni) może w ciągu 28 dni dać drugiej stronie powiadomienie o niezadowoleniu. **Przy braku takiego powiadomienia o niezadowoleniu decyzja KR staje się ostateczna i wiążąca.**

Decyzja KR jest wiążąca dla obu stron, które winny niezwłocznie wprowadzić ją w życie. Decyzja ta jako jeszcze nie

ostateczna, może być następnie zmieniona w postępowaniu pojednawczym lub wyrokiem arbitrażu. Protest (powiadomienie o niezadowoleniu) nie zwalnia jednak żadnej ze stron z obowiązku niezwłocznego zastosowania się do decyzji KR.

Zalety Komisji Rozjemczej:

- szybkość powołania KR w oparciu o znane i ustalone zasady podane w Warunkach Kontraktu,
- bieżąca znajomość uwarunkowań realizacji kontraktu przez stałą KR,
- możliwość doboru składu KR optymalnego dla przedmiotu sporu,
- rozpatrywanie sporu w pełnym aspekcie zagadnień technicznych i prawnych przez KR w składzie np. 2 inżynierów i 1 prawnik,
- możliwość wnikania przez KR w kwestie techniczne, technologiczne itd., w celu dogłębnej analizy przyczyny i podstawy sporu,
- możliwość wykorzystania przez członków KR z własnej wiedzy specjalistycznej dla rozstrzygnięcia sporu.

Marcin Skromak – współnik w Kancelarii Adwokatów i Radców Prawnych Pawłowski Kamiński Skromak Dąbrowska i Partnerzy w Gdańsku

Arbitraż z punktu widzenia Zamawiających

To Zamawiający będący jednostkami sektora finansów publicznych, a zatem w ogromnej większości udzielający zamówień w trybach przewidzianych przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, w chwili opracowania i publikacji SIWZ decydują o wpisaniu do warunków kontraktu klauzuli arbitrażowej. Decyzja Zamawiających determinowana jest różnymi czynnikami; ścierają się tu argumenty pozytywne, jak i negatywne.

Do argumentów pozytywnych, widocznych zwłaszcza u Zamawiających, którzy mieli praktyczną styczność z arbitrażem, należy przede wszystkim profesjonalizm i wysokie walory merytoryczne postępowania. Zamawiający doceniają odformalizowany tok postępowania i możliwość rozwiązania rzeczowej, merytorycznej dyskusji na problemy techniczne związane w rozpoznawaniem roszczeniami. Ta główna zaleta arbitrażu to niewątpliwie największa przewaga nad sądownictwem powszechnym. Innymi istotnymi czynnikami pozytywnymi są możliwość uzgadniania kwestii proceduralnych oraz możliwość złożenia wyjaśnień przez świadków – przynajmniej w fazie wstępnej – na piśmie. Wszystkie te czynniki wydatnie wpływają na oszczędność czasu, a personel komórek Zamawiających odpowiedzialnych za przygotowanie i realizację inwestycji należy do najbardziej zajętych.

Do argumentów negatywnych należy przede wszystkim wysoki koszt arbitrażu, znacznie wyższy, niż w sądach powszechnych, w tym brak (w niektórych sądach) limitu na wysokość wpisu sądowego. Należy mieć wzgląd, że Zamawiający są jednostkami sektora finansów publicznych, w których obowiązuje inna praktyka stosowania kryteriów efektywnego, celowego i oszczędnego wydatkowania środków, aniżeli w sektorze prywatnym. W ocenie wielu Zamawiających wysoki koszt arbitrażu jest nieadekwatny w zestawieniu z korzyściami, jakie otrzymują.

Zamawiający wskazują również na fakt, iż w praktyce realizacji projektów, orzeczenie sądu arbitrażowego u instytucji kontrolnych, dochodzeniowo-śledczych oraz uczestniczących w wydatkowaniu środków unijnych ma niższy autorytet (powa-

gę), aniżeli orzeczenie sądu powszechnego. Niektórzy Zamawiający obawiają się uprzywilejowania w arbitrażu Wykonawców oraz – o dziwo – wskazują na kwestię braku instancji odwoławczej. Argumentem negatywnym jest również długotrwałość procedury uznawania i stwierdzenia wykonalności wyroku sądu arbitrażowego. Wreszcie, personel Zamawiających podejmujący decyzję o wyborze arbitra z radością powitałby szerszą informację o arbitrach, ich doświadczeniu i dokonaniach zawodowych. Informacja o doświadczeniu prawnym jest nieczytelna; pożądana natomiast byłaby informacja zawierająca szczegóły branżowe i techniczne doświadczenia zawodowe arbitrów.

Od Redakcji:

Wypowiedź spotkała się z odmiennymi poglądami uczestników Konferencji, którzy wskazywali, że nie wszystkie opłaty arbitrażowe są wyższe niż w sądach powszechnych, a nawet są najczęściej niższe (vide Pan Andrzej Kąkolecki – Prezes Sądu Arbitrażowego przy SIDIr). Wskazywano również na zalety sądownictwa arbitrażowego, które Redakcja przedstawia powyżej w niniejszym artykule.

Edyta Snakowska-Estorninho

– Radca Prawny/dyrektor działu prawnego
VEOLIA WATER SYSTEMS Sp. z o.o.

Arbitraż – punkt widzenia Wykonawcy

Z praktyki wynika, iż nawet najlepiej przygotowana i zaplanowana inwestycja nie gwarantuje, że w procesie inwestycyjnym i w trakcie wykonywania robót nie pojawią się różnice stanowisk i spory pomiędzy zamawiającym (inwestorem), a wykonawcą.

Stąd potrzeba funkcjonowania mechanizmu, który eliminowałby przyczyny wszelkich potencjalnych konfliktów tak wcześnie, jak to tylko będzie możliwe, bez potrzeby rozwiązywania sporu w trakcie postępowania sądowego. Takie mechanizmy został przewidziany w Warunkach Kontraktowych FIDIC (WK FIDIC) – JEST TO KOMISJA ROZJEMCZA.

Spory, w stosunku do których decyzja Komisji Rozjemczej, chociaż wydana, nie stała się ostateczna i wiążąca, a spory nie zostały następnie rozstrzygnięte polubownie na drodze negocjacji bezpośrednich lub mediacji, powinny być zgodnie z zasadami i strukturą WK FIDIC ostatecznie rozstrzygane przez Sąd Arbitrażowy. Jest to trzeci etap rozwiązywania sporów zgodny z koncepcją FIDIC. Konciliacyjny arbitraż sprawdza się tam, gdzie strony planują dalszą współpracę. Przekazanie rozstrzygnięcia sporów na tym etapie do sądu powszechnego zakłóca przyjętą filozofię WK FIDIC.

Najistotniejszą cechą arbitrażu jest jego konsensualny charakter i wynikająca z tego elastyczność, odformalizowanie i poufność postępowania arbitrażowego. Oszczędność czasu i zainwestowanych środków finansowych w znaczeniu też wartości pieniądza w czasie w odniesieniu do dochodzonych roszczeń, to główne elementy na które uwagę zwracają wykonawcy. Zarówno kompetencja arbitrów do rozstrzygania sporu, jak i wymagania co do kwalifikacji arbitrów, sposób ich powoływania oraz zasady postępowania arbitrażowego mają swoje źródło przede wszystkim w umowie stron, co sprawia iż strony mają istotny wpływ na prowadzone postępowanie.

Jako słabą stronę obecnych uregulowań w zakresie arbitrażu można wskazać brak uregulowań w zakresie zabezpieczenia roszczeń. Możliwość skutecznego zabezpieczenia roszczeń jest niezbędnym elementem każdej procedury rozwiązy-

wania sporów – czy to przed sądem powszechnym, czy to przed sądem polubownym. Tymczasem strony postępowania arbitrażowych od lat podkreślają, że uregulowania dotyczące sądownictwa arbitrażowego oraz ich regulaminy nie dają możliwości optymalnego i odpowiednio wczesnego zabezpieczenia roszczeń. Warto też dodać, iż sąd arbitrażowy jest rozwiązaniem właściwym przy skomplikowanych inwestycjach, gdzie wartość przedmiotu sporu jest znacznej wartości.

GŁOS W DYSKUSJI

Mieczysław Grabiec – Rozjemca i Arbitr SIDIr

Na dzisiejszej konferencji padło wiele słów o tym, że w realizacji umów budowlanych spory powstają i będą powstawać, bowiem ze swej natury procesy budowlane są trudne i nie wszystko da się przewidzieć.

Wydaje się, że jedyną rozsądną drogą rozwiązywania sporów są procedury polubownego rozwiązywania sporów takie jak: komisje rozjemcze, mediacje czy ostatecznie arbitraż. Cóż z tego że wszyscy – łącznie z przedstawicielami Rządu – mówią, że jest to droga słuszną i wydaje się jedyną rozsądną. Sądzę, że problem tkwi w mentalności zamawiających publicznych a właściwie w całej sferze jednostek odpowiedzialnych za kontrolę – popularnie nazywanych „trzyliterówki”. Dzisiaj trudno mówić o negocjacjach trudnych problemów, uzgadniania dodatkowego czasu na wykonanie, dodatkowych kosztów itp. Nie ma miejsca na rozsądny kompromis, ponieważ każdy kontrolujący zada pytanie – czy nie można było uzgodnić lepsze parametry umowy? Potem są tłumaczenia, wyjaśnienia i konsekwencje, że nie wykorzystano pełne drogi prawnej! Czy można więc mówić o rozsądku? Nie. Zamawiający idą na drogę sądową, nawet w sytuacjach beznadziejnych, ponieważ wyrok sądu jest ostatecznym argumentem z którym się nie dyskutuje. Nie znam przykładów, że „ktoś” poniósł konsekwencje za to, że zgodnie z prawem zakończył inwestycję rok lub dwa po terminie i wielokrotnie drożej zamiast na bazie zawartej umowy zakończyć zadanie szybciej i po niższych kosztach – ale jak to udowodnić kontrolującym?

Sądzę, że niezbędne są szkolenia, seminaria i po prostu dyskusje pomiędzy odpowiedzialnymi specjalistami w zakresie realizacji umów, a wszystkimi „trzyliterówkami”. Sądzę, że SIDIr mógłby podjąć się zorganizowania takich paneli dyskusyjnych o ile z drugiej strony będą chęci i wola do podjęcia dyskusji. Musimy pracować nad zmianą mentalności i podejścia do realizacji umów budowlanych. Ostatnia dyrektywa unijna dotycząca zamówień publicznych pokazuje, że jest bardzo dużo do zrobienia.

Joachim Hilla – Radca Prawny

Ciężar sporów budowlanych leży z reguły w ustaleniu stanu faktycznego w obszernych, aczkolwiek rzadko skomplikowanych wyliczeniach. Akta spraw budowlanych obejmują zwykle wiele tomów, zawierają zestawienia, mapy, rysunki i inną często specjalistyczną dokumentację. Sądy powszechne nie są przygotowane do prowadzenia tego rodzaju spraw. Dodatkowym utrudnieniem dla właściwego ustalenia stanu faktycznego jest obecne brzmienie artykułu 207 § 3 zdanie 2 kodeksu postępowania cywilnego. Uniemożliwia ono stronom złożenie kolejnych pism przygotowawczych bez zezwolenia sądu. Utrudnia to dodatkowo przedstawienie stronom ich racji w toku toczącego się procesu. Powyższe przemawia także za wyborem arbitrażu jako bardziej odpowiedniej formy dla rozstrzygnięcia sporu budowlanego.

Konferencja Sądu Arbitrażowego przy SIDiR



Piotr

NOWACZYK

Adwokat, partner
kancelarii DENTONS,
członek Międzynarodowego Sądu
Arbitrażowego ICC w Paryżu

Spory budowlane wg wzorów FIDIC (wystąpienie na Konferencji Sądu Arbitrażowego przy SIDiR)

adw. Piotr Nowaczyk (Dentons): Dzień dobry Państwu. Witam w ten piękny poranek i cieszę się bardzo, że taką liczną widownią zaszczytiliście Państwo pierwszą konferencję Sądu Arbitrażowego przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczników. Dziękuję bardzo Panu Prezesowi za zaproszenie.

Chciałbym Państwu opowiedzieć krótko o sposobie rozstrzygania sporów budowlanych według wzorów FIDIC. O FIDICu wspominał Pan Prezes Latawiec cytując anegdotę z pewnego sądu, gdzie sędzia chciał przesłuchać świadka FIDICa. Otóż ten „pan FIDIC” powinien raczej występować jako *Messieur FIDIC*, jako że FIDIC jest akronimem francuskiej nazwy organizacji *Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*, założonej w Genewie w 1913 roku. Jak niektórzy wiedzą, stulecie FIDIC obchodzone było hucznie w roku ubiegłym w Barcelonie. Stulecie SIDIRu będzie obchodzone, pewnie równie hucznie, w tym roku w Warszawie. Za granicą, wszędzie gdzie mówię o FIDICu i o SIDIRze z dumą podkreślam fakt, że Polski nie było na mapie w 1914 roku a polski ruch inżynierski już powstawał. Niewiele jest instytucji, których 100-lecie możemy w tej naszej epoce obchodzić.

FIDIC jest organizacją międzynarodową. Zrzesza przeszło 90 państw. Stawia to FIDIC w gronie największych organizacji na świecie. Mamy bowiem 215 państw na świecie, dziewięćdziesiąt kilka komitetów narodowych ICC, a ICC jest drugą pod względem liczby członków organizacją na świecie po ONZ, zaś FIDIC plasuje się chyba na trzecim miejscu.

FIDIC znany jest ze swoich kolorowych książek. Wszyscy słyszeli o nich, więc po krótko tylko przypo-

mnę ich istnienie. Jedną z najważniejszych jest czerwona książka, której kariera rozpoczęła się od czwartego wydania z roku 1987, kiedy to powszechnie zaczęto stosować ten wzór kontraktu. Został on tak skonstruowany, aby dało się go zastosować w każdym kraju, bez względu na typ lokalnego systemu prawnego.

Następne książki, najważniejsze w historii całego FIDICu, pojawiły się w 1999 roku. Mówimy tutaj o „kolekcji tęczy”, do której należą: nowa książka czerwona, książka żółta, książka srebrna, a także książka zielona. O tej ostatniej w Polsce mało się mówi. Czym one się różnią? Różnią się przede wszystkim odpowiedzialnością za projektowanie. Czerwona książka dotyczy robót projektowanych przez Zamawiającego, żółta książka - projektowanych przez Wykonawcę, a srebrna - obiektów projektowanych, zbudowanych i wykonanych pod klucz przez Wykonawcę. Odnośnie srebrnej książki mamy zamieszanie, gdyż polskie wydanie zostało wykonane, nie wiadomo czemu, w kolorze niebieskim. Tak więc polska srebrna książka FIDIC ma kolor niebieski, czego za granicą nie potrafią zrozumieć, bo niebieska książka FIDIC to jest zupełnie coś innego. Jest jeszcze złota książka FIDIC, niedawno przetłumaczona również na język polski. Dotyczy ona projektowania budowy, wykonania, finansowania, ale również obsługi gotowego obiektu. Zielona książka FIDIC, o której wspominałem, jest dosyć mało znana, ale warta upowszechnienia. Dotyczy ona prac prostych, krótkich robót budowlanych. Moim zdaniem dałoby się ją łatwiej w Polsce wprowadzić niż pozostałe księgi.

W zależności od tego, którą książkę FIDIC wybieramy, przesuwają się ryzyko ponoszone przez Zamawiającego, na Wykonawcę. Zwiększa się koszt i czas trwania umowy.

Wszystkie wzory kontraktów z punktu widzenia rozstrzygania sporów dotyczą ryzyka. Na każdej budowie jest jakieś ryzyko. Są ryzyka, od których można ubezpieczyć się i takie, od których ubezpieczyć się nie można. Można ubezpieczyć się od zdarzeń losowych, wypadków, pożarów, siły wyższej, a także nawet błędów ludzkich. Jednak nie można ubezpieczyć się na wypadek opóźnienia w przejściu placu budowy, zmian w projekcie, czy też różnic cenowych, dewaluacji lokalnej waluty itd.

Jeżeli już dochodzi do sporu to najważniejszą cyfrą, o której należy pamiętać jest cyfra 20. We wszystkich kolorowych książkach FIDIC, z wyjątkiem książki zie-

lonej, klauzula numer 20 dotyczy rozstrzygania sporów. Jest to klauzula wielostopniowa. Po angielsku *multi-step clause*. Opisuje ona co po kolei następuje od momentu pierwszego nieporozumienia do jego rozwiązania i rozstrzygnięcia. Jak policzymy poszczególne stopnie to wyjdzie ich 10.

Wszystko zaczyna się od powiadomienia (*Notice*). Jest to jedna z najważniejszych spraw, o których należy pamiętać. Inżyniera należy powiadomić w terminie 28 dni od dnia w którym nastąpiło zdarzenie uprawniające do... Do czego? Do dodatkowej zapłaty albo dodatkowego czasu na ukończenie. To są dwa przedmioty sporu – czas i pieniądze. I wtedy albo Inżynier nam przyzna dodatkowy czas albo zadecyduje o dodatkowej zapłacie, albo odmówi.

Roszczenia powyższe muszą zostać zgłoszone w ciągu tych 28 dni. Część polskich teoretyków twierdzi, że ta klauzula jest bezprawna, bo trudno określić, że roszczenie jest przedawnione po 28 dniach, jeżeli kodeks cywilny przewiduje inne terminy przedawnień. Ale zostawmy te rozważania teoretykom. Tak więc, jeżeli mówimy np. o przedłużeniu czasu na budowę to nie będziemy się zastanawiać nad kodeksem cywilnym, tylko idziemy do Inżyniera z pisemnym powiadomieniem.

Dlaczego pisemnym? Jest to niezwykle ważna sprawa. Znam z praktyki i opowiadań kolegów wiele przypadków gdzie tego pisemnego zgłoszenia zapomniano złożyć, co mocno skomplikowało sprawę. W Bośni i Hercegowinie niedawno był taki przypadek, gdzie, wyobraźcie sobie Państwo, na teren budowy weszła maciora z warchlakami. Nieostrożny kucharz, chyba Bośniak, ubił jednego z tych warchlaków i przygotował na kolację. Kolacja wszystkim smakowała, ale rezultat był dość fatalny. Mianowicie nazajutrz na teren budowy, a właściwie na drogę prowadzącą na teren budowy, przyszło całe stado dzików. W poszukiwaniu tego zaginionego małego, a może nawet z chęci rewanżu nad bośniackim kucharzem, który dokonał tego kulinarnego aktu. Sprawa na początku wyglądała dość śmiesznie. Niemniej dziki zachowywały się agresywnie. Robotnicy zrezygnowali z pracy tego dnia myśląc, że uda się je rozpedzić. Po dwóch dniach okazało się, że stado dzików jest jeszcze większe, a drogą nie da się dotrzeć do placu budowy. Przerwano roboty. W pewnym momencie zjawiła się ciężarówka z materiałem budowlanym. Kierowca nie będąc świadomym co się dzieje, wjechał rozpedzony w to stado dzików, po czym, chcąc uniknąć jeszcze dalszej hekatombie biednych zwierzków, nieostrożnie zjechał na brzeg szosy i spadł z całym samochodem ciężarowym w przepaść. Ratowanie kierowcy wśród tych wściekłych dzików, to przygoda, powiedzmy sobie, robinsońska. Sprawiała ona, że kompletnie zapomniano o tym by złożyć powiadomienie na piśmie Inżynierowi. No i co? No i dopiero jak się zaczęło dochodzenie dotyczące wypadku i kierowcy w szpitalu, ktoś przypomniał sobie, że trzeba powiadomić Inżyniera, bo wcześniej robotnicy tylko telefonicznie mówili o tych dzikach i wywoływali śmiech u rozmówców. Złożono powiadomienie (*Notice*) na piśmie, bo był wypadek. Ale wypadek był kilka dni po pierwszym zdarzeniu jakim było

pojawienie się dzików. I w rezultacie, doszło do poważnego sporu, od którego momentu liczyć zdarzenie i od którego momentu domagać się przedłużenia czasu bądź dodatkowej zapłaty. Tymczasem, w takich sytuacjach, decyduje data pisemnego powiadomienia. Dlatego zachęcam wszystkich zainteresowanych, by w razie jakichkolwiek wątpliwości, nie zważając nieraz na śmieszność sytuacji czy absurdalność niektórych zdarzeń, powiadamiać Inżyniera i to na piśmie.

Kolejne 42 dni przewidziane są na zgłaszanie roszczeń. Mogą one być składane również w formie roszczeń przejściowych. Według FIDIC, roszczenia przejściowe mają być składane w przedziałach miesięcznych. Zwracam uwagę, że chyba jest to jedyne miejsce gdzie FIDIC mówi o miesiącach, czy o przedziałach miesięcznych. Wszędzie indziej czas mierzony jest w dniach.

Dlaczego czas mierzony jest w dniach? Odpowiedź, moim zdaniem, jest prosta i logiczna. FIDIC dotyczy międzynarodowych kontraktów, które stosowane są na całym świecie. Na całym świecie obchodzi się różne święta – państwowe, religijne, karnawał i inne wydarzenia będące dniami wolnymi od pracy. Jeżeli mierzymy czas w miesiącach, albo nawet w tygodniach, jak to bywa w wielu kodeksach, jeżeli koniec terminu przypada na jakieś święto to właściwy termin upływa dzień później. No to wyobraźmy sobie taką budowę, gdzie mamy chińskiego Zamawiającego i rosyjskiego Wykonawcę. Jeden obchodzi chiński nowy rok, a drugi obchodzi prawosławną Wielkanoc. Jest ona nota bene trudniejsza do obliczenia i przewidzenia bo jest świętem ruchomym i trzy lata pod rząd przypada tydzień po naszej Wielkanocy, a raz na cztery lata cztery tygodnie po naszej Wielkanocy. Gdyby FIDIC zdecydował się na mierzenie czasu inaczej niż w dniach, to powstałby wielki galimatias w liczeniu ostatnich dni terminów.

Inżynier oraz my, arbitrzy praktykujący w arbitrażu międzynarodowym, musimy być zorientowani w jakim kraju jakie święto kiedy przypada. Kiedy prowadziłem poważny arbitraż w Indiach musiałem poprosić o sporządzenie specjalnej tabeli z listą świąt w poszczególnych stanach w Indiach. Bez takiej „pomocy” trudno byłoby domagać się obecności na rozprawie świadków, którzy akurat obchodzili któreś ze swoich świąt.

Kolejne 42 dni ma Inżynier na dokonanie swoich ustaleń. Po angielsku mówi się o „*Determination*”. Te „*Determinations*” mają być „*fair*”. W języku polskim przetłumaczono to jako „Obiektywne Ustalenia”, ale nie jestem pewien czy to tłumaczenie oddaje ducha FIDIC. Czy „*fair*” to to samo co „obiektywne”? Tak więc Inżynier ma 42 dni na ewentualne przedłużenie czasu albo przyznanie dodatkowej zapłaty.

Wielostopniowa klauzula 20, o której Państwu w tej chwili opowiadam, przewiduje kolejny krok którym jest spór co do ustaleń Inżyniera. Taki spór najlepiej jest poddać rozstrzygnięciu Komisji Rozjemczej. Komisję Rozjemczą warto powołać na początku kontraktu, zamiast szukać komisji w trakcie albo gdy się budowa kończy, a spór zaczyna. Jestem zwolennikiem powoływania stałych komisji. Stałe komisje kosztują niewiele więcej od komisji ad hoc a mają przy okazji działanie bardzo prewencyjne.



Na zdjęciu widzicie Państwo komisję międzynarodową działającą w warunkach zderzenia kultur – włoski wykonawca i białoruski zamawiający. Wyobraźcie sobie Państwo naszą rolę, kiedy mieliśmy do czynienia z tym zderzeniem włoskiego optymizmu przemnożonego przez włoski nieporządek i romantyczną naturę, z post-sowieckim biurokratyzmem, inflacją i zastalymi post-komunistycznymi zwyczajami. Tak więc, komisja w składzie – Szkot, Luksemburczyk i Polak miała tam co robić. Moi koledzy Luksemburczyk i Szkot pytali mnie co to znaczy po rosyjsku „*bez pol litra nie razbierosz*”. W czasie kolejnej wizji lokalnej nauczyli się, że faktycznie bez pół litra nie rozumiem o co chodzi. Z rozrewnieniem wspominam niektóre wizje lokalne na tych budowach, gdzie kończyliśmy spór bankietem, toastami, uściskami. Mniej więcej po roku zaczęliśmy dopytywać Białorusinów i Włochów czy mają faktycznie jakieś poważne roszczenia, jakieś konflikty. Włosi odpowiadali: „Mamy pretensje, bo tutaj rubel uległ inflacji. Nie zdążymy, nie wyjdziemy na swoje, nie zarobimy na tym”. Białorusini mówią: „Ci Włosi to bałaganiarze, opóźnienia mają, nie wiedzą co to nasza zima. Oni myśleli, że tu w grudniu będą sobie asfalt na drodze wylewać, a tu śnieg, wyjść nie można”. Pytaliśmy więc czy zgłaszają jakieś roszczenia. Byliśmy na miejscu więc mogliśmy wydać wiążącą albo niewiążącą opinię. „Nie” odpowiadali zgodnie. A dlaczego? „Bo właściwie przez to, że wy tu jesteście to my się tak wszyscy polubiliśmy, że spierać się nie będziemy”. No i jakoś się porozumieli. Przysłali nam listy z podziękowaniem. A ja zrozumiałem, że stała komisja rozjemcza nie tylko rozstrzyga spory, ale przez sam fakt swojej obecności te spory likwiduje. Trochę jak piorunochron lub element łagodzący obyczaje. Zachęcam więc wszystkich aby powoływać komisje stałe, a nie czekać z powołaniem komisji *ad hoc*.

Powołanie Komisji Rozjemczej to także kwestia umów z rozjemcą i wynagrodzenia rozjemcy. Zwróćcie Państwo uwagę, że jeżeli nie ma komisji stałej, powołanej na początku, zgodnie przez obie strony, to strony skłócone już tej komisji tak łatwo nie powołają. I czasami to powoływanie i negocjowanie umów z rozjemcami trwa bardzo długo. Jedna strona się spieszy, druga strona opóźnia. Zasadą jest, że strony po połowie pokrywają honorarium Komisji Rozjemczej. Ale są różne sposoby liczenia tej „połowy”. Na przykład, niektórzy uważają, że Wykonawca i Zamawiający płacą wynagrodzenie powołanego przez siebie członka komisji, a honorarium przewodniczącego będą pokrywać po połowie. Później czasem dochodzi do sytuacji, że jeden członek komisji jest opłacony, drugi honorarium nie otrzymał, a przewodniczący otrzymał, ale tylko połowę. Umowa przewiduje zaś, że komisja ma prawo zawiesić swoją działalność, rozwiązać się albo, że członek komisji może ustąpić jeżeli nie ma zagwarantowanej zapłaty. I co w takiej sytuacji? Komisja ma pracować, czy nie? Dlatego warto ustalić, że strony wspólnie, solidarnie odpowiadają za wynagrodzenie. Oznacza to, że niezapłacenie wynagrodzenia jednemu członkowi komisji upoważnia go do zwrócenia się do drugiej strony o zapłatę. Może też być tak, że wszystkim płaci Wykonawca, a Zamawiający zwraca mu połowę w późniejszym terminie. Dobrze jest, jeżeli

komisja działa solidarnie i solidarnie zawiesza postępowanie z uwagi na brak zapłaty wynagrodzenia, chociażby jednemu członkowi.

Powyższych problemów można uniknąć powołując komisję stałą na samym początku i do tego Państwa ponownie zachęcam.

Komisja ma 84 dni na wydanie decyzji. Decyzja jest wiążąca. Proszę zwrócić uwagę, że znowu to wszystko liczy się w dniach, a każda z tych tajemniczych cyfr, czy to 28, czy 42, czy też 84, daje się idealnie podzielić przez 7. I tak naprawdę, kto chce sobie uprościć liczenie, może te terminy liczyć w tygodniach.

Po rozpoznaniu sporu, komisja wydaje decyzję. Decyzję tę może odrzucić jedna ze stron, albo nawet obie. Decyzję odrzuca się przez tzw. Notice of Dissatisfaction. Bardzo mi się to angielskie określenie podoba, bo przypomina mi słynny numer The Rolling Stones i Mike Jaggera „I can get no satisfaction”. To nieosiągnięcie satysfakcji, to *dissatisfaction* tłumaczone jako Niezadowolenie trafia w Polsce na dobry grunt. Polacy często są niezadowoleni, nawet bez powodu. A to, że można na piśmie swoje niezadowolenie zgłosić, tym bardziej pod taką nazwą, powinno się podobać.

Proszę Państwa, jeżeli mamy Oświadczenie o Niezadowoleniu, to strona i tak ma wykonać decyzję, chociaż jest niezadowolona. Bywa, że jej nie wykonuje. W tej ostatniej sytuacji jest arbitraż. W między czasie przewidziana jest próba polubownego rozstrzygnięcia sporu. Na nią przewidziane jest kolejnych 56 dni. Teoretycznie arbitraż nie powinien się w tym czasie rozpocząć. Toczą się długie dyskusje czy pozew arbitrażowy wniesiony przed upływem tych 56 dni powinien być odrzucony, zwrócony, czy postępowanie powinno być zawieszone, aby jednak te 56 dni na rozstrzygnięcie polubowne wykorzystać. Na ten temat są różne zdania.

Proszę Państwa, FIDIC przewiduje wszędzie arbitraż ICC. Oczywiście, jako przedstawiciel Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego ICC powinienem optować za tym sądem, reklamować go i polecać. Sąd ten ma wiele zalet, o których mógłbym mówić długo. Do wad, ostatnio zgłaszanych, należą jego dosyć wysokie koszty i trochę przedłużający się czas trwania sporu. Kto się na ten sąd decyduje powinien poznać jego regulamin. Od 1 grudnia 2012 regulamin jest nowy. Dostępna jest również jego wersja polska przygotowana przez Polski Komitet Narodowy ICC. Co jest ważne w regulaminie ICC? Czego Polacy często nie wiedzą? Otóż ważny jest sposób powołania arbitrów. Wszyscy myślą, że to jest tak jak w innych sądach: powołuje się arbitrów bocznych, arbitrzy boczni wyznaczają arbitra przewodniczącego. W ICC też tak może być, o ile strony tak zaznaczą w umowie. Natomiast, jeśli tego nie zaznaczą w umowie, to arbitra przewodniczącego wybiera ICC. Jest to czasami zaskoczenie, nie tylko dla Inżynierów, ale również dla prawników. Kto w regulamin ICC wcześniej nie zajrzy i nie dopilnuje, aby w umowie ustalić inny sposób wybrania przewodniczącego, to naraża się na pewien kłopot. Mianowicie, ICC na swoim posiedzeniu będzie zastanawiać się jakiej narodowości powinien być ten arbiter przewodniczący. Po czym zwróci się do komitetu narodowego kraju, który wybierze. Komitet ten będzie

wybierał odpowiedniego kandydata. Kandydat będzie musiał złożyć swoje referencje i oświadczenia. Strony będą mogły się sprzeciwić wyborowi konkretnego arbitra albo danego komitetu narodowego. Wybrany arbitry musi być później zatwierdzony przez sąd ICC. Sam wybór przewodniczącego zgodnie z regulaminem przedłuża samo rozpoczęcie arbitrażu nieraz o 3 miesiące. Dlatego, aby tego uniknąć, warto w umowach, w których wpisujemy Państwo klauzulę ICC zastrzec, że przewodniczącego wybiorą obie strony, albo arbitrzy wybrani przez strony.

Arbitraż również zaczyna się wtedy, gdy strona po odrzuceniu decyzji nie wykonuje jej. Decyzja jest ostateczna i wiążąca. Niemniej jednak arbitraż jest potrzebny, gdyż decyzje komisji są niewykonalne. Żaden komornik ich nie wykona, ani żaden sąd nie nada im klauzuli wykonalności. Zobowiązania według FIDIC są honorowe i, tak jak Pan Prezes Kąkolecki wspominał, arbitraż jest dla dżentelmenów i między dżentelmenami

powinien być przeprowadzony i wykonywany bez zbędnego gadania. Jeżeli ktoś się opiera, to musimy jednak pójść do arbitrażu. Wyrok arbitrażowy jest wykonywany za granicą, według moich danych w 147 różnych państwach świata, które ratyfikowały, bądź uznały Konwencję Nowojorską z 1958 roku.

Podsumowując, czas trwania całej procedury liczymy w dniach (albo tygodniach). Myśląc o arbitrażu myślimy o ICC, albo o innym sądzie. Do umowy możemy wpisać klauzulę arbitrażową typową dla ICC, albo możemy zostać w tym budynku 2 piętra wyżej, w Sądzie Arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej, który do tej pory jest największą i najważniejszą w Polsce instytucją arbitrażową. Około 20 – 25% spraw, czyli praktycznie co czwarta, czy co piąta sprawa rozstrzygana przed Sądem Arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej jest sprawą budowlaną.

Dziękuję Państwu za uwagę.



Rozwiązywanie sporów w drodze ugody



Tomasz
LATAWIEC

Prezes Zarządu SIDiR
Ekspert i Rozjemca FIDIC
Prezes Zarządu Stow. Inżynierów
Doradców i Rzeczników
Wiceprezes Sądu Arbitrażowego
przy Stow. Inżynierów Doradców
i Rzeczników w Warszawie

Wbudownictwie spory nie są niczym niezwykłym – były są i będą, i żadną ujmą dla stron realizujących kontrakty budowlane nie jest sam fakt wystąpienia sporu. Po prostu tak jak i samą budową, tak i sporami należy prawidłowo zarządzać. I starać się je rozwiązywać w sposób przynoszący jak najmniej szkody dla inwestycji i dla stron. W zamówieniach publicznych sprawa sporów jest szczególnie istotna, ponieważ inwestor publiczny dysponuje środkami publicznymi i jest zobligowany do efektywnego gospodarowania tymi środkami – zwłaszcza w rozumieniu wymagań nowej ustawy o finansach publicznych, która weszła w życie w dniu 1 stycznia 2010 r., oraz do szczególnej dbałości o interes publiczny. Często jest to opacznie rozumiane i przedstawiane opinii publicznej w sposób daleko odbiegający od zasad gospodarowania finansami publicznymi. W skrajnych przypadkach zachowawczość urzędników i ich niechęć do podejmowania samodzielnych decyzji prowadzi do całkowitego odstępowania stron od kontraktów – vide kontrakty autostradowe i tsunami sporów w XXV Wydziale Sądu Okręgowego w Warszawie, właściwego do rozstrzygania sporów, w których stroną jest Skarb Państwa. A o słowach padających z ust osób reprezentujących zamawiających – „Jak sąd wam zasądzi to ja z przyjemnością zapłacę. Ale bez wyroku to nie mogę...” – większość wykonawców mogłaby powiedzieć – „Ja to już słyszałem”. Tylko, że jak już sąd zasądzi i wyrok będzie korzystny dla wykonawcy, to i odsetki niemałe też pewnie zamawiający będzie zobowiązany zapłacić. Czy takie wydawanie środków publicznych mieści się w rozumieniu ustawy o finansach publicznych i dbałości o nie? Pytanie retoryczne, ale na potrzeby tego artykułu musiało paść. O tym kiedy – w jakiej perspektywie czasowej – te wyroki mogą być wydane lepiej nie wspominać. Kolejka wydłuża się w szybkim tempie w ostatnich kilku latach, a pomysłu na zakończenie jej wydłużania nie widać.

Sprawa jest poważna na tyle, że Minister Gospodarki powołał specjalny zespół, którego zadaniem jest między innymi przygotowanie propozycji działań mających na

celu upowszechnienie alternatywnych metod rozwiązywania sporów gospodarczych. Natomiast Minister Sprawiedliwości od kilku lat bardzo intensywnie promuje mediację jako pożądaną metodę rozstrzygania sporów, w tym także dotyczących sporów w zamówieniach publicznych. Powołał nawet w tym celu Społeczną Radę ds. Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów, która jest zespołem doradczym Ministra Sprawiedliwości do spraw szeroko rozumianej problematyki Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów – czyli popularnie zwanych ADR. Nieprzypadkowo tymi metodami rozstrzygania sporów zainteresował się także Prezes NIK, który dołączył do grona propagatorów ADR. A polski ustawodawca co i rusz próbuje wprowadzać zmiany w przeróżnych aktach prawnych, by nadać za propozycjami, które wyznacza prawodawstwo Unii Europejskiej. W ślad za nim, między innymi, Polska przyjęła dyrektywę o ułatwieniu dostępu do mediacji.

Obserwując rynek zamówień publicznych i spory powstające na tle realizacji tych zamówień, zastanawiam się nad tym dlaczego tak rzadko strony sięgają po alternatywne metody rozstrzygania sporów. Czy w zamówieniach publicznych nie ma możliwości rozstrzygania sporów na drodze innej niż tylko na sądowej, w dodatku w sądach powszechnych?

Są i dlatego pragnę podzielić się swoimi uwagami o najskuteczniejszym sposobie rozwiązywania sporów – w tym także w zamówieniach publicznych – jakim jest zawarcie przez spierające się strony ugody.

Do zawarcia ugody może dojść w wyniku przeprowadzenia mediacji lub postępowania pojednawczego. Ustawodawca przewidział taki sposób rozwiązywania sporów i opisał go w Kodeksie Postępowania Cywilnego [kpc, Dział II – przepisy dotyczące Mediacji i Postępowania pojednawczego].

Ugodowe metody rozwiązywania sporów należą do grupy ADR – promowanych i rozpowszechnianych przez Unię Europejską, nasze najwyższe władze państwowe i przeróżne organizacje, w tym także przez Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczników (SIDiR), które powołało Sąd Arbitrażowy przy SIDiR (www.arbitraz-sidir.pl) oraz prowadzi Ośrodek Mediacji przy SIDiR.

Ugoda

Ugoda jest opisana w Kodeksie cywilnym, w Księdze Trzeciej, Tytuł XXXV, art. 917 i 918.

Ale czym tak naprawdę jest ugoda? Jest po prostu umową zawartą przez Strony, której celem jest przekształcenie, przy wzajemnych ustępstwach stron, niepewnego lub spornego stosunku prawnego łączącego

strony w stosunek pewny i bezsporny. Niezbędną przesłanką ugody jest istnienie niepewności co do powstania między stronami sporu co do roszczeń wynikających z łączących je umowy. Może to być warunek już spełniony lub mogący się spełnić w przyszłości. Bez znaczenia jest fakt, czy niepewność ta rzeczywiście istnieje, czy istnieje tylko według wyobrażenia stron. **Ugoda – mówiąc najogólniej – jest kompromisowym rozwiązaniem wypracowanym przez strony sporu bez udziału sądu.**

Ponieważ artykuł odnosi się do zamówień publicznych, to chciałbym podkreślić istotę ugody, którą nie jest tworzenie między stronami nowej umowy w sprawie zamówienia publicznego, tylko stworzenie zapisów rozstrzygających co do różnicy stanowisk w zakresie łączącej strony umowy o zamówienie publiczne.

Wzajemne ustępstwa są warunkiem koniecznym zawarcia ugody. Czyli, żeby umowa ugody była skuteczna, konieczne jest uczynienie ustępstw przez obie strony ugody. Ustępstwo uczynienie tylko przez jedną ze zważanych stron czyni ugodę nieważną. Za ustępstwo należy przyjąć jakąkolwiek rezygnację z pierwotnie zajmowanego przez stronę bądź ustanowionego umownie stanowiska. Ustępstwo może dotyczyć już istniejącego sporu lub mogącego powstać pomiędzy stronami w przyszłości. Proszę zwrócić uwagę na ten aspekt szczególną uwagę – mogące powstać w przyszłości. Czyli – jeżeli w trakcie realizacji kontraktu da się zauważyć, że nierozstrzygnięte spory spowodują, że nie uda się zakończyć realizacji robót w terminie z powodów różnych i grozić to będzie całkowitym odstąpieniem od umowy i nieukończeniem kontraktu, to lepiej dokonać wyprzedzających wzajemnych ustępstw, by jednak dane zamówienie publiczne zakończyć i efektywnie wykorzystać środki publiczne. Kosztem ustępstw publicznego zamawiającego, które na ogół dotyczą podpisaniem aneksu terminowego lub odstąpieniem od naliczania kar za opóźnienie. Przykładów można przywoływać setki, niech więc każdy z czytelników doda w tym miejscu „swoje własne” przykłady.

Ustępstwa można oceniać według subiektywnych odczuć stron. Nie muszą one być obiektywnie ocenne oraz nie muszą zachowywać równowagi w czynionych ustępstwach. Każda ze stron ma swobodę i dowolność w korzystaniu z uprawnienia do ustępstw.

Umowa ugody może przyjąć dowolną formę, przepisy nie zawierają szczególnych postanowień dotyczących formy wymaganej dla zawarcia ugody. Ale w przypadku umów w sprawie zamówień publicznych niezbędne jest jej zawarcie w formie pisemnej, co wynika z wymagań przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (uPzp) oraz kodeksu cywilnego (kc).

Możliwe jest zawarcie ugody pod warunkiem zawierającym lub rozwiązującym, z zastrzeżeniem terminu (tzn. że jej skuteczność uzależniona będzie od ziszczenia, bądź nieziszczenia warunku, bądź też upływu terminu) lub z zastrzeżeniem prawa odstąpienia.

Strony muszą pamiętać, że ugoda nigdy nie może być sprzeczna z ustawą, zasadami współżycia społecznego oraz nie może mieć na celu obejścia ustawy. Pisz o tym dlatego, że zdarza się, że rygorystyczne przepisy uPzp w zakresie zmiany umowy lub tożsamości świadczenia

wykonawcy z jego zobowiązaniem wynikającym z oferty, stają się podwaliną do zawierania ugód, mających na celu tylko i wyłącznie obejście ustawy. Wiem, że to są mocne słowa, ale tak po prostu jest, ale nie jest moją rolą wyciąganie konsekwencji.

Idąc dalej - strony mogą zawrzeć ugodę sądową i pozasądową. Ugoda sądowa jest czynnością procesową, która skutkuje umorzeniem toczącego się przed sądem postępowania. Zawarcie takiej ugody czyni zbędnym wydanie wyroku przez sąd. Ugody zawierane przed sądem podlegają kontroli sądowej. Ugoda sądowa może być zawarta w każdym stadium postępowania. Ugoda zawarta przed mediatorem i sądem, która z mocy ustawy podlega wykonaniu w drodze egzekucji sądowej, stanowi tytuł egzekucyjny. Jeśli strony pogodzą się i podpiszą ugodę, to tak zawarta ugoda ma skutki wyroku i może stanowić tytuł egzekucyjny, który po nadaniu mu przez sąd klauzuli wykonalności staje się tytułem wykonawczym, a więc podstawą do wszczęcia przez komornika egzekucji. Gdy do ugody jednak nie dochodzi, sąd stwierdza to w protokole, a w postępowaniu sądowym – prowadzi dalej sprawę.

Natomiast ugoda pozasądowa jest zawierana przez strony bez obecności sądu.

Ugoda może zostać zawarta:

- w postępowaniu pojednawczym – zgodnie z art. 184 kpc dopuszczalne jest zawarcie ugody przed wniesieniem pozwu w sprawach cywilnych, których charakter na to zezwala, jeżeli strona zwróci się do sądu o zawezwanie do próby ugodowej. Jest to ugoda sądowa.
- w toku postępowania sądowego – na podstawie art. 223 § 1 kpc przewodniczący powinien we właściwej chwili skłaniać strony do pojednania, zwłaszcza na pierwszym posiedzeniu, po wstępnym wyjaśnieniu stanowiska stron. Osnowa ugody zawartej przed sądem powinna być wciągnięta do protokołu rozprawy i stwierdzona podpisami stron. Niemożność podpisania sąd stwierdzi w protokole. Jest to ugoda sądowa.
- w postępowaniu przed mediatorem. W tym przypadku taka ugoda może uzyskać walor ugody sądowej dopiero w momencie jej zatwierdzenia przez sąd. Ugoda zawarta przed mediatorem, którą zatwierdzono przez nadanie jej klauzuli wykonalności, jest tytułem wykonawczym. To postanowienie kpc jest wyrazem zasady ugodowego załatwiania spraw cywilnych (art. 10 kpc). Mediacja jest instytucją pośrednią pomiędzy umową ugody a ugodą sądową. Jest ona zawierana w toku postępowania mediacyjnego prowadzonego na podstawie umowy o mediację albo wniosku złożonego przez jedną ze stron spornego stosunku prawnego połączonego ze zgodą drugiej strony, przy czym oba te elementy ukonstytuują umowę o mediację. Ugoda taka nie jest bowiem zawierana z wyłącznym udziałem zainteresowanych stron, ale w obecności trzeciego podmiotu w osobie mediatora, a w samo zawarcie ugody nie jest w żaden sposób zaangażowany sąd, i choćby z tego powodu nie sposób ugody takiej nazwać ugodą sądową. Udział sądu pojawia się dopiero w momencie wszczęcia postępowania co do zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem.



Ugoda sądowa, ugoda zawarta przed mediatorem i w postępowaniu polubownym, jeśli nadają się do wykonania w drodze egzekucji, to będą stanowiły tytuł egzekucyjny. Bowiem postępowanie egzekucyjne można prowadzić na podstawie:

- ugody sądowej (art. 777 § 1 pkt 1 kpc),
- ugody zawartej przed sądem polubownym (art. 777 § 1 pkt 2 kpc),
- ugody zrównanej z ugoda sądową (art. 777 § 1 pkt 3 kpc),
- ugody zawartej w formie aktu notarialnego, w którym strona zobowiązana poddała się egzekucji, a wszelkie jej obowiązki są jasno i jednoznacznie określone (art. 777 § 1 pkt 4 i 5 kpc).

Mediacja.

Mediacja także należy do alternatywnych, pozasądowych metod rozwiązywania sporów. Ustawodawca polski usankcjonował mediację poprzez przepisy prawne umożliwiające taki sposób rozstrzygania sporów i akceptację wyników tych rozstrzygnięć (Kodeks Postępowania Cywilnego, Art. 183).

Mediacja skupia się na poszukiwaniu rozwiązania konfliktu w sposób satysfakcjonujący obie strony. Jest procesem odformalizowanym i poufnym, daje stronom możliwość wyjścia poza stanowisko czysto prawne. Uczestnictwo stron w procesie mediacji jest dobrowolne, a postępowanie mediacyjne jest poufne. W mediacji nie ma konieczności przeprowadzania procesu dowodowego.

Mediację wszczyna się od podpisania przez Strony Umowy o mediację. W umowie o mediację Strony oznaczają przedmiot mediacji - przedmiot sporu.

W przypadku zawarcia ugody przed mediatorem, mediator niezwłocznie składa protokół w sądzie, który byłby właściwy do rozpoznania sprawy według właściwości ogólnej lub wyłącznej.

Sąd, na wniosek stron / strony niezwłocznie przeprowadza postępowanie co do zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem.

Jeżeli ugoda podlega wykonaniu w drodze egzekucji, sąd zatwierdza ją przez nadanie jej klauzuli wykonalności; w przeciwnym przypadku sąd zatwierdza ugoda postanowieniem na posiedzeniu niejawnym.

Ugoda zawarta w postępowaniu mediacyjnym, po zatwierdzeniu przez Sąd, ma moc prawną ugody sądowej.

Sąd odmawia nadania klauzuli wykonalności albo zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem, w całości lub części, jeżeli ugoda jest sprzeczna z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa, a także gdy jest niezrozumiała lub zawiera sprzeczności.

Podstawowe zasady mediacji:

- W mediacji uczestniczą strony postępowania oraz mediator.
- Mediacja jest dobrowolna.
- Postępowanie mediacyjne nie jest jawne.
- Mediator jest obowiązany zachować w tajemnicy fakty, o których dowiedział się w związku z prowadzeniem mediacji, chyba że strony zwolnią go z tego obowiązku.

- Bezskuteczne jest powoływanie się w toku postępowania przed sądem lub sądem polubownym na propozycje ugodowe, propozycje wzajemnych ustępstw lub inne oświadczenia składane w postępowaniu mediacyjnym.
- Mediator jest bezstronnym i neutralnym uczestnikiem mediacji, wspomagającym strony w poszukiwaniu rozwiązania sporu.
- Mediator jest wybierany przez strony lub wyznaczony przez sąd.

Postępowania pojednawcze

Postępowanie pojednawcze rozpoczyna się poprzez zgłoszenie do sądu wniosku o zawezwanie do próby ugodowej. Jest ono zależne od woli stron, a jego celem jest uregulowanie sporu między stronami za pomocą ugody, zawartej jeszcze przed wniesieniem pozwu.

O zawezwanie do próby ugodowej można zwrócić się na piśmie do sądu rejonowego ogólnie właściwego dla przeciwnika nawet wówczas, gdy wartość przedmiotu sporu czy charakter sprawy wskazują, że sądem właściwym rzeczowo byłby sąd okręgowy. W wezwaniu tym należy oznaczyć zwięźle sprawę. Następnie sąd zwraca osobę składającą wniosek do uiszczenia wpisu sądowego, który w tym wypadku jest stały i wynosi 15 zł, po czym zawiadomi ją i jej przeciwnika (któremu doręcza odpis wniosku) o terminie posiedzenia. Posiedzenie to sąd prowadzi w składzie jednoosobowym. Przy tym nie prowadzi się postępowania dowodowego celem wyjaśnienia okoliczności sprawy, gdyż zadaniem sądu nie jest jej rozstrzygnięcie na podstawie zebranych dowodów. Sąd może jedynie zażądać tych dowodów, które świadczą o tym, że postępowanie pojednawcze i zawarcie ugody są w ogóle dopuszczalne.

Jeżeli wzywający nie stawia się na posiedzenie, sąd na żądanie przeciwnika włoży na niego obowiązek zwrotu kosztów wywołanych próbą ugodową. Jeżeli to przeciwnik bez usprawiedliwienia nie stawia się na posiedzenie, a wzywający wniesie następnie w tej sprawie pozew, sąd na jego żądanie uwzględni koszty wywołane próbą ugodową w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.

Z posiedzenia spisuje się protokół. Jeżeli strony dochodzą do porozumienia, zawierają ugoda, której osnowę (treść) wciąga się do protokołu. Jest ona następnie odczytywana i podpisywana przez zainteresowanych.

Podstawowe cechy postępowania pojednawczego:

- niższe koszty niż przy postępowaniu sądowym – wpis sądowy jest stały i wynosi aktualnie tylko 40 zł, a jeżeli dojdzie do ugody, wynosi on dziesiątą część wpisu stosunkowego należnego od wartości przedmiotu ugody, na poczet którego zalicza się wpis stały,
- może być zainicjowane wnioskiem zarówno wierzyciela, jak i dłużnika,
- dobrowolny charakter – jest ono zależne od woli stron,
- szybkość postępowania – pomija się etap postępowania sądowego z całym jego formalizmem (postępowanie dowodowe, zaskarżanie orzeczeń itp.),
- korzystniejszy skutek, wynikający z zawarcia ugody – spór nie przeradza się w ostry konflikt, strony rozstają się we wzajemnej zgodzie.

Jak więc łatwo się przekonać – prawo daje wiele szans na polubowne rozstrzyganie sporów. Dlaczego zatem tak rzadko publiczni zamawiający korzystają z tej ścieżki?

Problemem jest czynnik ludzki – to ludzie podejmują decyzję, by problematyczne sprawy rozwiązywali za nich inni – sędziowie. Przecież nawet jak wyrok nie będzie korzystny dla podmiotu publicznego, to i tak poszczególni urzędnicy nie doznają uszczerbku – ani na zdrowiu ani na finansach. Bo te finanse są publiczne, a nie ich własne. Proszę zwrócić uwagę jak często ci sami ludzie w sprawie swoich prywatnych pieniędzy zachowują się całkowicie odmiennie, niż gdy sprawa dotyczy publicznych pieniędzy. Po drugie, po co się narażać przeróżnym trzyliterowym instytucjom i tłumaczyć dlaczego zawarto ugodę z wykonawcą? Jak sprawa trafi do sądu, to nikt nie będzie pytał o ewentualne konsekwencje przegranej.

Na potwierdzenie moich słów przywołam głośną sprawę zarzutu sformułowanego w protokole kontroli CBA (Centralne Biuro Antykorupcyjne) z dnia 29 maja 2009 r., niezgodnego (według inspektorów CBA) z przepisem art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych aneksowania umowy na wykonanie II-go i III-go etapu robót budowlanych inwestycji pn. „Budowa Wielofunkcyjnej Hali Widowiskowo-Sportowej na granicy miast Gdańska i Sopotu”, skutkującego pozbawieniem możliwości naliczenia kar umownych za nieterminową realizację zadania w kwocie do 24.022.507,84 zł.

Szczegóły można odnaleźć na: [http://www.sopot.pl/eGmina/pl/cityzone/Aktualnosci/Aktualnosci_download/kontrola_cba_Opinia_Hala.pdf]. Zachęcam do lektury zawieszanej na stronie Gminy Miasta Sopotu Opinii w tej sprawie.

Na zakończenie chciałbym zaapelować o zmianę nastawienia zamawiających publicznych do instytucji ugody. Ugoda naprawdę jest najlepszą metodą rozstrzygania sporów! I czas już najwyższy, by ta prawda oczywista przebiła się przez mur zbudowany z niewiedzy, strachu i lenistwa, oraz z dbałości o partykularny własny (osobisty) interes urzędników, zamiast z dbałości o finanse publiczne.

Przecież każdy z nas, płacących podatki w tym państwie, niezależnie od tego czy pracuje po stronie zamawiających czy po stronie wykonawców, jest uczestnikiem inwestycji publicznych. Czyli, że każdemu powinno tak samo zależeć, by kończyły się one z pożytkiem dla ogółu społeczeństwa i temu społeczeństwu służyły. Warto o tym pamiętać, gdy już zaistnieje jakiś spór, i gdy się podejmuje decyzję o skierowaniu sprawy do sądu, który może i rozstrzygnie ten spór, ale straty z powodu niedokończenia inwestycji lub jej wydłużenia będą tak wielkie, że cała inwestycja traci sens ekonomiczny i społeczny, lub gdy wydłużanie jej realizacji pociągnie za sobą tak duże koszty społeczne, że w ostatecznym rachunku przeważą one o negatywnym odbiorze inwestycji.

O kosztach społecznych – jako o temacie pomijanym w przedłużanych lub niekończonych inwestycjach w następnym artykule.



Zastępcze wykonanie i zaspokojenie się wierzyciela na koszt dłużnika



Jacek
KOSIŃSKI
adwokat i partner
Kancelaria Kurzyński, Kosiński,
Łyszyk i Wspólnicy Adwokaci
i Radcowie Prawni sp. p.
w Warszawie



Małgorzata
BYSTRZONOWSKA
Aplikant adwokacki

W obrocie profesjonalnym, gdzie stronami umów są przedsiębiorcy, istotne znaczenie mają postanowienia umów regulujące kwestie opóźnienia lub zwłoki dłużnika ze spełnieniem świadczenia oraz wynikającej z tego tytułu odpowiedzialności. Ze względu jednak na przedmiot umów, w szczególności gdy obowiązki dłużnika sprowadzają się np. do wykonania określonych robót budowlanych lub dostarczenia towaru, wierzyciel jest najczęściej zainteresowany prawidłowym wykonaniem umowy. W takim wypadku nakładanie na dłużnika kar umownych, odstąpienie od umowy lub żądanie jej wykonania, może okazać się niewystarczające i schodzi na drugi plan.

Gdy w grę wchodzi przykładowo umowy o roboty budowlane i zasadnicze znaczenie ma terminowa realizacja prac, szczególną wagę w sytuacji opóźnienia wykonawcy nabierają zapisy umowne uprawniające zamawiającego do zastępczego wykonania zobowiązania. Odbyywa się to na koszt wykonawcy. Mowa tu o instytucji tzw. „**wykonania zastępczego**” lub „**transakcji zastępczej**”, która została uregulowana w art. 480 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem, w razie zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania czynienia (czyli np. wykonania usługi lub dostarczenia towaru), wierzyciel może żądać sądowego upoważnienia do wykonania czynności na koszt dłużnika. Wydaje się jednak, iż przepis ten należy do tzw. norm dyspozytywnych. Oznacza to,

że strony umowy mogą odmiennie uregulować przesłanki wykonania zastępczego. W szczególności odnosi się to do wyeliminowania w umowie konieczności uzyskania przez wierzyciela zgody sądu.

Uprawnienie do zastępczego wykonania nie pozbawia jednak wierzyciela roszczeń odszkodowawczych. Może on żądać od dłużnika naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki. Ponadto, należy opowiedzieć się za prezentowanym w doktrynie poglądem, iż uzyskanie przez wierzyciela upoważnienia sądu do zastępczego wykonania (lub posiadanie takiego prawa wprost na podstawie umowy), nie pozbawia wierzyciela możliwości domagania się w dalszym ciągu spełnienia świadczenia przez dłużnika. Ponadto do czasu aż świadczenie zostanie zastępczo wykonane, dłużnik ma prawo je samodzielnie wykonać. Oznacza to, że wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia od dłużnika pozostającego w zwłoce twierdząc, że zostanie ono wykonane zastępczo.

Wykonanie zastępcze tylko zanim zamawiający (inwestor) odstąpi od umowy

Na przykładzie umowy o roboty budowlane, można wskazać, iż skorzystanie przez inwestora (zamawiającego) z uprawnienia do zastępczego wykonania czynności w razie zwłoki wykonawcy, może być realizowane tylko w czasie obowiązywania umowy. Wynika to chociażby z faktu, iż uprawnienie do zastępczego wykonania nie pozbawia zamawiającego prawa żądania spełnienia świadczenia przez wykonawcę. To zaś może być skutecznie dochodzone wyłącznie w ramach istniejącej tj. nierozwiązanej pomiędzy stronami umowy będącej źródłem obowiązku, co do którego wykonawca pozostaje w zwłoce.

Zaspokojenie zastępcze – czyli świadczenie po rozwiązaniu umowy

W konsekwencji powyższego, rozwiązanie (np. na skutek odstąpienia) łączącej strony umowy o roboty budowlane wyłączałoby prawo domagania się przez zamawiającego do spełnienia świadczenia przez wykonawcę. W następstwie, zamawiający mógłby wystąpić już wyłącznie z roszczeniami odszkodowawczymi wynikającymi z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W tym wypadku w ramach odszkodowania może jednak domagać się też odszkodowania z tytułu **zastępczego zaspokojenia świadczenia po wyższej cenie („zastępcze zaspokojenie”)**. Należy je odróżnić od instytucji wykonania zastępczego i związanym z nią roszczeniem zwrotu poniesionych kosztów. Wynika to z tego, że wykonanie zastępcze może być realizowane tylko w czasie trwania umowy. Natomiast

zaspokojenie zastępcze po jej rozwiązaniu – jako dodatkowy składnik potencjalnie dochodzonego odszkodowania. Na różnicę tę zwraca uwagę doktryna.

Roszczenie z tytułu zastępczego zaspokojenia się przez zamawiającego po wyższej cenie może być zasadne, jeżeli na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę, zamawiający rozwiązuje umowę (np. poprzez odstąpienie). Dodatkowo nowy wykonawca musi realizować swoje świadczenie na mniej korzystnych warunkach od przewidzianych rozwiązana umową. Mowa tu o odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy jako dłużnika, z tytułu tzw. **szkód następnych**, będących konsekwencją niespełnienia świadczenia. Szkoda zamawiającego obejmowałaby w takim przypadku stratę spowodowaną koniecznością zastępczego zaspokojenia za wyższym wynagrodzeniem.

Co na to Sąd Najwyższy?

Zagadnienie możliwości domagania się naprawienia szkody z tytułu zastępczego zaspokojenia się przez wierzyciela po wyższej cenie było przedmiotem rozważań sądów powszechnych. Za dopuszczalnością takiego roszczenia opowiedział się Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 marca 2003 r. (III CZP 6/03), w której czytamy:

„W literaturze przedmiotu, w wypowiedziach rozpatrujących odpowiedzialność odszkodowawczą dłużnika za niewykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.), do strat wierzyciela w znaczeniu art. 361 § 2 k.c. zalicza się uszczerbek wyrażający się niespełnieniem przez dłużnika należnego wierzycielowi świadczenia. Przyjmuje się, że o wysokości występującej w tym wypadku straty decyduje wartość należnego wierzycielowi świadczenia wyznaczona przez wartość przedmiotu świadczenia, np. obliczona zgodnie z art. 363 § 2 k.c. wartość rzeczy, która miała być wydana wierzycielowi. Stanowisko to jest konsekwencją tego, że wierzytelność stanowi składnik majątku wierzyciela, czyli – innymi słowy – należy do jego aktywów. Niewykonanie zobowiązania przez dłużnika pozbawia ten składnik wartości. Innymi stratami wierzyciela, są w szczególności tzw. szkody następne, będące konsekwencją niespełnienia świadczenia, jak np. zastępcze zaspokojenie się przez wierzyciela po wyższej cenie lub wydatki spowodowane niemożnością wykonania przez wierzyciela swego zobowiązania wskutek nieotrzymania świadczenia.”

Powyższe stanowisko zostało szerzej zaprezentowane we wcześniejszym wyroku Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 12 lutego 2002 r. (I CKN 486/00), zgodnie z którym:

„Kupujący, który od umowy odstąpił, może żądać nadto odszkodowania w granicach pozytywnego interesu umowy obejmującego m.in. szkodę (stratę) spowodowaną koniecznością i faktem zastępczego zaspokojenia się po wyższej cenie. W szczególności może się ona wiązać ze wzrostem cen w okresie od daty zawarcia umowy i zapłaty ceny do czasu zastępczego zaspokojenia się w formie nabycia takiej samej lub podobnej rzeczy.

Zdaniem Sądu Najwyższego orzekającego w obecnej sprawie, *zasady te w całej rozciągłości należy stosować w wypadku odstąpienia od umowy o roboty bu-*

dowlane przez inwestora, z tym zastrzeżeniem, że zastępcze zaspokojenie może nastąpić w drodze spełnienia świadczenia przez osobę trzecią, a szkoda wyrażać się będzie ewentualną różnicą wysokości wynagrodzeń. Świadczenia te muszą być takie same lub zbliżone. Brak podstawy do obciążania wykonawcy obowiązkiem ponoszenia kosztów wykonania innego świadczenia, w szczególności przy użyciu innych materiałów i technologii. Odszkodowanie powinno bowiem naprawić w tym wypadku szkodę wynikającą z niedokonanej wymiany ekwiwalentnych świadczeń wzajemnych określonych umową będącą normalnym następstwem jej niewykonania, mimo że utraciła moc ze skutkiem wstecznym (ex tunc) – art. 361 § 1 w zw. z art. 471 KC. Ponadto na zasadach ogólnych odpowiedzialności odszkodowawczej podlegać może wyrównaniu inna szkoda inwestora, obejmująca m.in. utracony zysk i koszty poniesione po odstąpieniu od umowy. Z istoty kompensacyjnego charakteru odszkodowania wynika jednak, że łączne odszkodowanie nie może przekraczać ogólnej szkody majątkowej doznanej przez wierzyciela (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z 28.4.1958 r., OSN 1959, poz. 53).”

Na gruncie powyższego, zasadność żądania odszkodowania z tytułu zaspokojenia się przez zamawiającego po wyższej cenie, będzie zależeć od tego, czy świadczenie zastępowane oraz świadczenie zastępcze są tożsame lub zbliżone na tyle aby można było nadać im przymiot ekwiwalentnych. W zależności od tego, z jakiego rodzaju zobowiązaniem będziemy mieć do czynienia, istotne byłoby więc aby świadczenie zastępcze było realizowane na tożsamych warunkach umownych, a więc na gruncie porównywalnych zakresów umowy pierwotnej (zastępowanej) oraz umowy zastępczej (ekwiwalentność świadczeń).

Porównywalność świadczeń przy przetargu

Odpowiedzialność wykonawcy z tytułu zastępczego zaspokojenia się przez zamawiającego po wyższej cenie nabiera także istotnego znaczenia w przypadku umów zawieranych w wyniku przeprowadzonego postępowania przetargowego. W sytuacji bowiem gdy wybrany podmiot po zawarciu umowy jej nie realizuje, zamawiający może być zmuszony do wyboru innej oferty, mniej korzystnej niż pierwotna, co w konsekwencji stanowić będzie po jego stronie szkodę. Tym niemniej, w zmiennej sytuacji wysokość szkody z tytułu zastępczego zaspokojenia po wyższej cenie (wybór innej, droższej oferty) może być trudna do ustalenia. Ustalenie odszkodowania musiałoby bowiem opierać się na różnicy cenowej przy założeniu tożsamych lub chociażby zbliżonych świadczeń – tj. świadczenia zastępowanego oraz świadczenia zastępczego – realizowanych na tożsamych warunkach umownych, a więc na gruncie porównywalnych zakresów obu złożonych ofert na zawarcie umowy. Oferta dla kontraktu zastępczego musiałaby więc dać się traktować jako ekwiwalentna w stosunku do oferty pierwotnej. Miernikiem tej ekwiwalentności mógłby być np. przedmiot, rodzaj, ilość, jakość, czas realizacji danej inwestycji oraz jej termin. W praktyce więc trudnym może okazać się wypracowanie obiektywnych kryteriów oceny ekwiwalentności ofert.

CAPEX+OPEX =TOTEX

czyli co zrobić, żeby poznać koszt życia projektu w ciągu mgnienia oka



Marcin
MIKULEWICZ
Członek SIDiR
Członek Zarządu Młodych
Profesjonalistów przy Europejskiej
Federacji zrzeszającej
Konsultingowe Stowarzyszenia
Narodowe w Brukseli (EFCA)

Z takiego założenia wyszła Komisja powołana przy rządzie Wielkiej Brytanii dla usprawnienia systemu zamówień publicznych. Powszechnie wiadomo, że digitalizacja jest potrzebna. Nie ma także wątpliwości, że digitalizacja przyczyni się do usprawnienia procesu budowlanego. Co więcej, każdy wie, że proces ten jest nieunikniony. Transformacja systemu z analogu do cyfry wymaga czasu, determinacji, jasno określonych celów oraz – co bardzo ważne – nakładów finansowych. Państwo musi zapewnić środki finansowe, aby mogła funkcjonować niezależna Komisja składająca się z ekspertów nienarażonych na polityczne turbulencje.

Zacznijmy jednak od początku.

Capex (ang. *capital expenditures*), czyli wydatki kapitałowe, oznaczają w ekonomii wydatki związane bezpośrednio z rozwojem produktu. Przenosząc to na budowlane „podwórko”, można w uproszczeniu powiedzieć, że pod tym pojęciem kryją się wydatki ponoszone przez zamawiających, związane z samym kosztem wybudowania obiektu. Wszystkie opracowania koncepcyjne, projekty i dokumenty pozwoleniowe oraz realizacja są właśnie wydatkami kapitałowymi. Koniec i kropka. I ani grosza więcej.

Pojęcie opex (ang. *operating expenditures*), czyli wydatki operacyjne, oznacza z kolei wydatki ponoszone w trakcie korzystania z produktu, związane z kosztami jego eksploatacji. W budownictwie do wydatków operacyjnych będą należeć wszystkie koszty związane z utrzymaniem wybudowanych obiektów, ponoszone od momentu rozpoczęcia ich eksploatacji.

W nomenklaturze ekonomicznej capex praktycznie zawsze będzie w konflikcie z opex, ponieważ optyma-

lizacja (obniżanie) kosztów operacyjnych będzie powodować wzrost kosztów kapitałowych. Wiąże się to bezpośrednio z innowacją i rozwojem nowych technologii, które są zawsze na początku droższe od technologii już znanych i upowszechnionych. Ich zaletą jest jednak to, iż są tańsze (bardziej efektywne) w trakcie eksploatacji. Niemniej skoncentrowanie się jedynie na pojęciu opex nie musi skutkować powstawaniem doskonałych produktów (budowli), których początkowy koszt realizacji będzie bardzo wysoki, ale w trakcie użytkowania będzie amortyzowany zarówno w aspekcie czysto finansowym (niższe koszty eksploatacyjne), jak i pod względem ochrony środowiska – w kontekście zrównoważonego rozwoju (ang. *sustainable growth*).

Otóż postawienie na ultrainnowacyjne podejście mające skutkować ultraoszczędnościami w trakcie użytkowania może wiązać się z ultrawysokim ryzykiem, iż końcowy produkt będzie bardzo drogi i nie będzie działał. Sytuacja taka jest szczególnie niebezpieczna w sektorze budowlanym, w którym każdy projekt jest inny, a zbudowanie czegoś po raz drugi jest po prostu nierealne. Dla kontrastu można sobie wyobrazić pracę np. nad smartphonem. Steve Jobs (założyciel i prezes Apple) dysponował specjalnym tajnym pomieszczeniem, w którym były tworzone i testowane nowe telefony, innowacyjne rozwiązania, nowe materiały czy nowatorskie technologie. Jobs był tak ekscentryczny, że prototyp, który mu się z jakichś względów nie podobał, potrafił połamać, zniszczyć i wyrzucić do śmieci. Nad powstaniem doskonałego (i przełomowego) iPhone'a pracowano właśnie w taki sposób przez długie miesiące. W pewnym jednak momencie capex projektu był tak ogromny, że zarząd Apple zastanawiał się nad zawieszeniem prac związanych z omawianymi technologiami właśnie z uwagi na ogromne koszty kapitałowe. Wprowadzenie na rynek telefonów Apple okazało się jednak przełomowe, zaś zwrot ze sprzedaży i niskie koszty opex (czy raczej rozsądnie wysoka cena produktów) spowodowały, że firma Apple przez jakiś czas była najwyżej wycenianą firmą na amerykańskiej giełdzie, posiadając równocześnie niewyobrażalnie wysoką nadpłynność finansową.

Na rynku budowlanym trudno wyobrazić sobie podobne jak w Apple podejście, oparte na tworzeniu fizycznych modeli rzeczywistych, gotowych budowli (czy przedsięwzięć budowlanych), które jak nie działają, są

niszczone i budowane od nowa. Absurd. Można owszem w ten sposób tworzyć innowacyjne elementy instalacyjne, materiały budowlane czy inne technologie, ale tylko do momentu, w którym ktoś w firmie nie powie „STOP. Koszty są już za wysokie”.

W przemyśle budowlanym w każdym projekcie winno się dążyć do racjonalnej równowagi pomiędzy capex i opex. Z tego powodu tworzy się różnego rodzaju scenariusze, analizy techniczne, raporty, ekonomiczne analizy ROI (*Return on Investment*, zwrot z kapitału; liczone są koszty capex + opex vs. zakładane przychody) mające na celu wypracowanie rozwiązania optymalnego, czyli zbilansowanego z punktu widzenia użytkownika lub inwestora. W wariantcie skromniejszym – najtańszym i niestety wszechobecnym w naszej rzeczywistości – scenariuszy takich nie ma, jest za to prywatna opinia autora projektu, który w oparciu o doświadczenie lub „inne pobudki” tworzy opracowania projektowe, specyfikacje techniczne, opisy itp., często – co warto podkreślić – ze sobą niespójne. Do tego należy dodać niezaangażowanego inwestora, który chce mieć produkt budowlany najtaniej (filozofia wszechobecnego w polskich zamówieniach publicznych kryterium tzw. „najniższej ceny”), nieinteresującego się tym, co *de facto* kupuje, co dostanie oraz jakie będą koszty użytkowania (3 lata gwarancji w pełni go zadowolają).

Niniejsze opracowanie nie ma być przejawem narzekania na rzeczywistość. Wręcz przeciwnie, zamierzam spojrzeć na przedstawiony problem nieco bardziej optymistycznie. Sądzę, że jesteśmy świadkami zmierzchu dotychczasowego opisanego zjawiska. **Przejawem działań w dobrym kierunku jest rekomendacja UE, zgodnie z którą wykonawcy zamówień publicznych mają być wyłaniani w oparciu o całkowity koszt życia projektu, a nie kryterium najniższej ceny.** Optymizmem napawają również ostatnie wypowiedzi Prezesa Najwyższej Izby Kontroli Krzysztofa Kwiatkowskiego, otwarcie krytykującego zasadę najniższej ceny, która dominuje w polskich przetargach. Optuje on za wprowadzeniem kryterium najniższego kosztu całkowitego inwestycji (NIK ma wystąpić do sejmu z prośbą o przyspieszenie prac nad tym projektem).

Tak naprawdę istnieje wiele pozytywnych, od dawna już funkcjonujących metodologii, ułatwiających tego typu podejście, jak choćby warunki kontraktowe FIDIC DBO (*Design Build Operate*; projektuj, buduj i użytkuj), wycena kosztu życia projektu w oparciu o normę ISO 15686:5 (*Buildings and constructed assets – Service-life planning – Part 5: Life-cycle costing*) czy wreszcie przełomowy BIM (*Building Information Modelling*).

Nadszedł czas, aby wyjaśnić, czym w kontekście powyższych rozważań jest użyte w tytule opracowania słowo TOTEX. Tym neologizmem posłużyła się Komisja działająca przy rządzie Wielkiej Brytanii, mająca zreformować budowlany system zamówień publicznych. Dopiero słowo TOTEX, określające nic innego jak sumę kosztów kapitałowych i operacyjnych (czyli całkowity koszt życia projektu), dotarło do wyobraźni angielskiego publicznego klienta (rząd Wielkiej Brytanii), który zgodził się w oparciu o specjalnie

powołaną Komisję rozpocząć już w 2011 roku potężny i innowacyjny program naprawczy mający na celu obniżenie do 2016 r., o 20% kosztów budów i ilości emisji dwutlenku węgla.

Prace nad wdrożeniem projektu są obecnie bardzo zaawansowane (połowa założeń projektowych została już zrealizowana). Zgodnie z planem w 2016 r. cele projektowe zostaną osiągnięte w pełni – wszystkie budowlane zamówienia publiczne będą musiały być prowadzone w technologii/filozofii BIM, tj. w formie w pełni cyfrowej, w oparciu o rysunki 3D, bez użycia grama papieru. Technologia BIM będzie obowiązywała od początku projektu, czyli na etapie koncepcyjnym, oraz w dalszych fazach: projektowej, przetargowej, wykonawczej i, co najważniejsze, TOTEX – użytkowej.

Głośne hasło CZAS NA ZMIANĘ w odniesieniu do angielskiego rynku budowlanego znalazło ujście. Dzięki temu Wielka Brytania w 2016 r. stanie się najbardziej zaawansowanym krajem świata w zakresie technologii BIM, funkcjonującej w oparciu o jednolite i wspólne narzędzia cyfrowe (system gwarantuje brak preferencji w zakresie dostawców oprogramowania), nowe metody współpracy (w globalnym i wirtualnym świecie bez granic) oraz standardowe interfejsy w trakcie realizacji przedsięwzięć budowlanych (najbardziej kolizyjne elementy w trakcie procesu budowlanego). Za przykład może posłużyć wykonany już, pilotażowy projekt odcinka londyńskiego metra (projekt 3D umożliwiający symulację funkcjonującego/użytkowanego obiektu). Dość powiedzieć, że ten odcinek został wirtualnie zbudowany cztery razy (!), w tym trzy razy za pomocą narzędzi BIM umożliwiających modelowanie obiektów budowlanych i symulację ich działania w 3D. Czwarte „podejście”, czyli fizyczne wykonanie wspomnianego odcinka nie przyniosło żadnych niespodzianek. Steve Jobs niszczył setki fizycznych prototypów telefonów, a technologia BIM umożliwia niszczenie i udoskonalanie obiektu budowlanego w nieskończoność w oparciu o modele 3D, które symulują działanie/funkcjonowanie obiektu i potrafią błyskawicznie i praktycznie bezbłędnie określić koszty capex i opex (TOTEX).

Jak wspominałem na początku artykułu, tego typu podejście wymaga m.in. centralnej (rządowej) inicjacji i determinacji, zarówno w skali kraju, jak i w odniesieniu do firm funkcjonujących na rynku. Z pewnością system ten nie jest (i nie będzie) panaceum na wszystkie bolączki sektora budowlanego, ale pozwala osiągać lepsze efekty i dawać nowe rozwiązania, a jego kluczowym elementem jest zawsze człowiek, który go używa.

Cyfryzacja – przedstawienie funkcjonowania państw z rozwiązań analogowych na cyfrowe – jest nieunikniona i dzieje się na naszych oczach. Powodów jest oczywiście wiele. Nie zapominając o podstawowym – niespotykanej dotąd szybkości rozwoju technologii IT – warto wspomnieć o nieustannym wzroście ilości danych, pozwoleń, dokumentów, akceptacji, członków grup projektowych, globalnej lokalizacji uczestników poszczególnych projektów. Trzeba również w tym kontekście pamiętać o rosnącej globalnej rywalizacji i konkurencji ekonomicznej. Otóż według Komisji BIM, dzia-



lającej – jak wspominałem – przy brytyjskim rządzie, efektywność rynku budowlanego osiągnięta po pełnym wdrożeniu systemu pozwoli Anglii stać się krajem konkurencyjnym nawet względem takich państw, jak Chiny. Co więcej, istnieje pogląd, iż sam BIM będzie działał stymulująco w zakresie wzrostu gospodarczego Anglii, choćby z uwagi na fakt, iż pozwoli angielskim firmom pracować gdziekolwiek i z kimkolwiek, w wirtualnym i cyfrowym świecie bez granic.

Zgodnie z posiadanymi przeze mnie informacjami sam system nie jest trudny w obsłudze. Otóż zakładając, że będzie on naturalnym środowiskiem funkcjonowania kolejnego pokolenia, przeprowadzono badanie pilotażowe wśród dwunastolatków – dzieci, działając w oparciu o BIM, poradziły sobie z wykonaniem prostego projektu. Samo wdrożenie systemu odbywa się w Anglii w oparciu o dwanaście centrów informacyjnych zlokalizowanych w strategicznych miastach Wielkiej Brytanii. Każdy może tam przyjść, otrzymać informację czy edukować się. Funkcjonuje dwadzieścia grup roboczych odpowiedzialnych za wdrożenie odpowiednich elementów BIM w skali państwa. Chociaż program wdrożenia cyfryzacji zamówień publicznych w Anglii jest „dopiero” w połowie, już zauważono wzrost wydajności pracy, m.in.

z uwagi na fakt, iż wszyscy członkowie grup projektowych znajdują się w sposób ciągły bliżej informacji.

Warto również wspomnieć o kolejnych celach wyznaczonych na 2025 rok, które zakładają przyspieszenie realizacji projektów budowlanych o dalsze 50% oraz obniżenie kosztów o dalsze 33%. *Nota bene* cele wyznaczone na 2016 r. zostały już osiągnięte, ponieważ powstały obiekty (np. więzienie), które wykazały zakładaną 20-procentową redukcję kosztów.

Wracając do TOTEX, czyli do kosztów życia projektów, trzeba na koniec dodać, że wprowadzany w Anglii system pozwala na zautomatyzowane zarządzanie obiektami (w skali zamawiającego, którym jest rząd Wielkiej Brytanii), co wiąże się z kontrolą przez system BIM wszystkich czynności i kosztów wynikających z konieczności bieżącego zarządzania nieruchomościami (okresowe przeglądy, przeglądy gwarancyjne, wymiany elementów, serwis itp.). Dodatkowo system wyposażony jest w bazę wiedzy, która rozwija się w oparciu o już zrealizowane i będące w fazie operacyjnej projekty i związane z nimi *lessons learnt*, a to gwarantuje dalszą optymalizację projektów w przyszłości w kontekście pełnego cyklu życia projektu.



Aktywność konsultingowych firm z kapitałem zagranicznym w Polsce po 1989 roku



Aleksander
GRANOWSKI

Członek Zarządu SIDiR
Członek Komitetu FIDIC-EFCA
ds. Zrównoważonego Rozwoju

Przemiany gospodarcze w Polsce po 1989 roku, takie jak przejście od gospodarki centralnie sterowanej do wolnorynkowej, zwiększenie swobód gospodarczych umożliwiających uczestnictwo w rynku różnym podmiotom, zarówno osobom fizycznym, jak i prawnym, czy dopuszczenie do rynku kapitału zagranicznego i umożliwienie dokonywania inwestycji przez osoby indywidualne, miały ogromne znaczenie dla rozwoju rynku usług, w tym eksperckich usług doradczych. W okresie tym, we wczesnych latach 90-tych zaczęły pojawiać się więc na rynku prywatne firmy doradcze, z których dużą część stanowiły firmy inżynierskie. Trudno było nie dostrzec ogromnego potencjału rynku wynikającego z potrzeby rozwoju infrastruktury czy ochrony środowiska, sektorów tak zaniedbanych w latach poprzedniego ustroju gospodarczego. Również środowisko inżynierów konsultantów i ekspertów dostrzegło pojawiające się szanse rozwoju branży i podjęło natychmiastowe działania ukierunkowane na reaktywowanie stowarzyszenia, tym bardziej, że pojawiło się na polskim rynku duże zapotrzebowanie na wdrożenie FIDIC. Ostatecznie rejestracja Stowarzyszenia SIDiR została sfinalizowana w roku 1994.

Okres rejestracji SIDiR w 1994 roku zbiega się w czasie z początkiem aktywności w Polsce firm doradztwa i konsultingu inżynierskiego z kapitałem zagranicznym, które ustanawiały swoją działalność w Polsce poprzez spółki z o.o. lub oddziały firm macierzystych. Największą aktywność w tym czasie wykazywały firmy brytyjskie starając się przenieść tradycje brytyjskiego konsultingu inżynierskiego do Polski.

Jedną z pierwszych firm tego typu był WS Atkins, który w 1992 roku zarejestrował w Polsce spółkę WS Atkins Polska Sp. z o.o. Rozpoczęła ona swoją działalność w 1993 roku. We wspomnianych latach pojawiły się tu również takie firmy, jak: Sir Alexander Gibb & Partners (obecnie Jacobs); Scott Wilson & Kirkpatrick and Partners (obecnie URS Corporation); Arup (obecnie Ove Arup & Partners); Halcrow (obecnie CH2M HILL); Euromost Poland (obecnie Hill International); PM Group i inne.

Z innych krajów, takich jak USA, Francja, Holandia, Belgia, Dania, Hiszpania, zaczęły pojawiać się również firmy doradcze, z których należy wymienić przykładowo następujące: Scetaroute; BCEOM; Transroute (obecnie wszystkie trzy znajdują się w strukturze Grupy EGIS); ERM; CH2M HILL, która w 2011 roku przejęła firmę Halcrow; Arcadis (częścią tej firmy jest dziś również EC Harris) COWIconsult; Royal Haskoning; DHV (obecnie, po połączeniu Royal HaskoningDHV), WYG International (w Polsce od 1999 roku); Mott MacDonald (w Polsce od 2001 roku); Parsons Brickerhoff (w Polsce od 2001 roku); Grontmij (w Polsce od 2002 roku) i wiele innych. Nie można pominąć również grupy firm tzw. Quantity Surveyor (QS), które również pojawiły się w tym czasie w Polsce. Są to: GLEEDS (w Polsce od 1992 roku), BOVIS (w Polsce od 1991 roku) i inne.

We wszystkich wyżej przedstawionych firmach znaleźli zatrudnienie polscy inżynierowie, a wielu z naszych koleżanek i kolegów, członków SIDiR, uczestniczyło w przedsięwzięciach projektowych prowadzonych poprzez wspomniane wyżej firmy. Podejmowały one również szeroką współpracę z polskimi partnerami, takimi jak biura projektowe, instytuty naukowe, wyższe uczelnie oraz powstające w tym czasie krajowe firmy doradcze (np. PROEKO, Inżynieria Pro-Eko, BMF).

We wczesnych latach swojej działalności w Polsce, przytoczone firmy podejmowały realizację projektów finansowanych głównie przez zagraniczne fundusze pomocowe, takie jak EU/PHARE, EU/TACIS, Brytyjski Know-How Fund. W okresie późniejszym (jeszcze przed rokiem 2004), dołączyły do nich Unijne Fundusze Przedakcesyjne – ISPA, a dopiero po 2004 roku Unijne Fundusze Strukturalne.



W początkowym okresie realizowano głównie projekty studialne, takie jak Przeglądy Sektorowe, Studia Wykonalności, Master Plany, Przeglądy Ekologiczne itp. W oparciu o tak wypracowaną bazę, ruszyły następnie projekty wykonawcze i towarzyszące im projekty nadzorów – Inżyniera Kontraktu wg. FIDIC i Niezależnego Inżyniera w projektach typu DBFO (Design, Build, Finance, Operate).

Innymi źródłami finansowania podejmowanych wówczas projektów, czyli na początku i w połowie lat 90-tych, były kredyty Banku Światowego, Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju (EBRD) oraz Europejskiego Banku Inwestycyjnego (EIB).

Wspomniane wyżej struktury unijne i instytucje finansowe wymagały realizacji finansowanych przez siebie projektów w oparciu o międzynarodowe procedury, najczęściej FIDIC. Projekty te dotyczyły w tym czasie głównie sektorów wodno-ściekowego, ochrony środowiska oraz infrastruktury transportu.

Sektor ogólnobudowlany w tym czasie (budowa nowoczesnych hoteli, kompleksów handlowych i biurowych) rozwijał się głównie dzięki bezpośrednim inwestycjom zagranicznym w Polsce (FDI), które zaczęły napływać do kraju coraz większym strumieniem.

Mówiąc o udziale konsultingowych firm z kapitałem zagranicznym w rozwoju branży i popularyzacji innowacyjnych rozwiązań projektowych nie sposób pominąć działalności izb handlowych funkcjonujących w Polsce. Szczególną aktywnością w tym względzie wyróżniała się Amerykańska Izba Handlowa w Polsce (AmCham) oraz Brytyjsko Polska Izba Handlowa (BPCC). W ramach struktur AmCham działał Komitet Infrastruktury, któremu miałem zaszczyt przewodniczyć. W roku 2002 Komitet ten opracował i opublikował Raport w formie broszury zatytułowanej „Partnerstwo Publiczno-Prywatne Jako Metoda Rozwoju Infrastruktury w Polsce”. Celem broszury było wprowadzenie w tematykę PPP (Partnerstwa Publiczno-Prywatnego) oraz prezentacja tzw. dobrych praktyk w realizacji projektów tego typu na świecie. W zespole redakcyjnym pracującym pod kierownictwem mojej skromnej osoby znaleźli się przedstawiciele takich firm takich jak PwC, Bank of America, CMS Cameron McKenna, Fluor Daniel Prosynchem. Wspomniana broszura była pierwszą, ekspercką publikacją w języku polskim dotyczącą tematyki PPP.

W BPCC działa tzw. Transport and Infrastructure Policy Group, która organizuje dziesiątki seminariów, konferencji, wyjazdów studialnych dla popularyzacji dobrych praktyk i nowatorskich koncepcji realizacji projektów infrastrukturalnych.

Przykładowymi projektami dużej skali w wymienionych wyżej sektorach realizowanymi również z udziałem członków i dyrektorów SIDiR, były następujące: Budowa Hotelu Marriott w Warszawie, w którym to projekcie uczestniczył kol. Mieczysław Grabiec (lata 1987-1989).

W innym, dużej skali projekcie budowy Złotych Tarasów w Warszawie uczestniczył kol. Krzysztof Woźnicki (lata 2002-2007). W projektach realizowanych w sektorze wodno-ściekowym i drogowym uczestniczył kol. Andrzej Michałowski. Kolejny przykład projektu dużej skali w sektorze infrastruktury transportu to Budowa Autostrady A4 Wrocław (Bielany) – Nogawczyce o długości 126 km

(1996-2001) – gdzie funkcję zarządzania projektem oraz sprawowanie nadzoru wykonawczego nad realizacją pięciu kontraktów budowlanych pełniła firma WS Atkins we współpracy z firmą Scetaroute.

Niewątpliwą korzyścią dla naszej branży wynikającą z realizacji wyżej wymienionych projektów był transfer do Polski „technologii i know-how” w zakresie przygotowania, organizacji, prowadzenia i zarządzania dużymi projektami budowlanymi, głównie wg. zasad FIDIC oraz innych, jak DBFO, w którym to schemacie realizowano budowę autostrady A2, odcinek Konin-Świecko oraz autostrady A1, odcinek Gdańsk (Rusocin)-Toruń. W obydwu tych projektach funkcje Niezależnego Inżyniera sprawowała firma WS Atkins.

W latach 1989-2004 większość przetargów, w tym na wyżej przytoczone duże projekty, były przygotowywane i przeprowadzane przez struktury unijne (np. EC Delegation Office, czy PMU – Project Management Unit) lub przez struktury wspomnianych instytucji finansowych, które finansowały dane przedsięwzięcie (np. EBRD, World Bank, British Know-How Fund). W przypadku projektów realizowanych w formule DBFO, organizatorem przetargów byli koncesjonariusze, np. AWSA na wymieniony wyżej projekt budowy autostrady A2.

Na uwagę zasługuje również inny projekt dotyczący sektora planowania transportu, a mianowicie „Strategii Planowania Zrównoważonego Rozwoju Warszawskiego Węzła Transportowego w Horyzoncie 5, 10, 15 i 20 lat”. Realizowany był on na zlecenie Ministerstwa Infrastruktury w latach 2002-2004 przez WS Atkins we współpracy z BPRW.

Powyższe przykłady potwierdzają mocną obecność w Polsce oraz istotny wkład firm konsultingu i doradztwa technicznego z kapitałem zagranicznym w rozwój reprezentowanej przez SIDiR branży w Polsce. Mówiąc o roli SIDiR we współpracy z firmami i instytucjami zagranicznymi nie można pominąć faktu uczestnictwa członków i dyrektorów SIDiR w pracach EFCA, wyrażającego się zarówno w pracach Komitetów, jak i Zarządu EFCA.

Aktywność ta obejmowała takie Komitety, jak Komitet Rynku Wewnętrznego, Standaryzacji Terminologii Projektowej, Project Finance, Przyszłości Konsultingu Europejskiego, Zrównoważonego Rozwoju, Rynku Wewnętrznego.

Podsumowując, aktywność konsultingowych firm z kapitałem zagranicznym w Polsce po 1989 roku przypadła w szczególnym dla naszego kraju okresie. Był to czas przemian gospodarczych i przejścia do gospodarki wolnorynkowej. Fundamentalnym przemianom gospodarczym towarzyszyła konieczność natychmiastowego przystąpienia do nadrobienia zaległości ubiegłego ustroju gospodarczego w zakresie ochrony środowiska, rozwoju nowoczesnej infrastruktury czy w dziedzinie przekształceń własnościowych wybranych sektorów gospodarki. Wyzwaniom tym znakomicie podołały omawiane w niniejszym artykule firmy wykorzystując w pełni potencjał rynku. Wniosły one również elementy nowatorskie w zakresie schematów przygotowania, realizacji i zarządzania projektami dużej skali i, co bardzo ważne, wypracowując jednocześnie modelowe rozwiązania w oparciu o zasady FIDIC.

Z korespondencji między stronami kontraktu

Wnawiązaniu do pisma nr XXXXX z dnia XXXXX, opisującego zgłoszenie problemu obecności kaczki krzyżówki na placu budowy, Wykonawca chciałby wyrazić swoją opinię w tym temacie.

Wykonawca deklaruje, że kaczka w żaden sposób nie przeszkadza mu w robotach, a z rozpoznania w terenie widać, że prowadzone roboty przez Wykonawcę również nie przeszkadzają kaczce w bytowaniu w okolicy placu budowy (tj. w miejscu instynktownie i naturalnie wybranym przez kaczkę, jako najlepszym do tymczasowego zasiedlenia), w innym wypadku kaczka nie osiedliłaby się w tej okolicy.

Z uwagi na fakt, że kaczka krzyżówka założyła gniazdo i wysiadyuje 9 jaj, Wykonawca proponuje nie ingerowanie w sprawę kaczki. Wykonawca wyraża stanowisko, że budowa autostrady jest już wystarczającym obciążeniem dla środowiska naturalnego.

Proponowane przez Nadzór przyrodniczy stosowanie zabezpieczeń, ograniczeń i mobbingu wobec wolności kaczki, zakłóca naturalny rytm przyrody i niesprzyjająco może wpłynąć na jej obecne i późniejsze zachowania, a dodatkowo może powodować stres kaczki (co jest niewskazane w jej stanie – wysiadywania jaj).

Jednak Wykonawca podporządkuje się Poleceniom Inżyniera, jeśli tylko będzie zalecenie ograniczenia wolności kaczki-matki, jaj i/lub wyklutych piskląt, a także może podjąć próbę zapewnienia dodatkowej inwigilacji (także mini kamerą), w szczególności w postaci specjalistów do wykonania łapanek (jeżeli zajdzie potrzeba to również ojca-kaczki jeżeli tylko pojawi się w pobliżu) i przewiezienia wszystkich do wskazanego przez Nadzór ośrodka np. wg. propozycji Nadzoru przyrodniczego do XXXXXX, no chyba, że i tam zabraknie miejsca dla kaczek.

Doświadczenie Nadzoru przyrodniczego w wyżej opisanych sprawach i szczegółowych zaleceniach postępowania w tych sprawach jest dla Wykonawcy nowym wyzwaniem i doświadczeniem. Ponieważ do tej pory Wykonawca realizował zadania wyłącznie w zakresie robót budowlanych, a zakres robót pośrednio związanych z budową (np. zabezpieczenia środowiskowe na placu budowy) zawarty był w Kontraktowych dokumentach Zamawiającego oraz wyszczególniony w pozycjach Wymagań Ogólnych Kosztorysu, to w tym przypadku na realizowanym Kontrakcie takich pozycji Kosztorysu Wykonawca nie odnalazł, co w domniemaniu wskazywało, że decyzje środowiskowe podejmo-

wane będą przez stronę Zamawiającego na bieżąco i bez ograniczeń według potrzeb, w tym dokonywanie płatności za zlecone i wykonane roboty przez Wykonawcę (o tym również świadczy zapis Umowy o możliwości zwiększenia wartości kontraktu do 110%).

Jak zauważył Inżynier zdarzyło się, że ptaki po raz kolejny zagnieździły się na budowie. Wykonawca proponuje aby podjąć próbę ogrodzenia siatką całego terenu budowy, także wysokościowo nad całą powierzchnią budowy, co w zasadzie wykluczałoby przedostanie się intruzów i większych zwierząt na plac budowy (w tym kaczek i dzikich gęsi). Wykonawca, o ile Inżynier poleci, postara się zapewnić dodatkowe zasoby wyłapujących wszystkie zwierzęta w okolicy placu budowy. Problem może się pojawić gdy zabraknie miejsc ich przetrzymywania. Wykonawca ma nadzieję, że Nadzór przyrodniczy współpracuje z odpowiednimi organizacjami przyrodniczymi i posiada stosowną wiedzę, aby bez przeszkód prawnych i formalnych ingerować w wartości środowiska naturalnego i jeszcze bardziej niż to obecnie, ograniczać wolność zwierząt.

W przypadku gdy Nadzór przyrodniczy wyrazi wolę wydania kolejnego Polecenia dla Podwykonawcy, prosimy także o poinformowanie o tym fakcie Wykonawcę, a przede wszystkim wcześniejsze skonsultowanie możliwości kontraktowych w zakresie dodatkowych działań środowiskowych.

Wykonawca powiadamia, iż wszelkie działania środowiskowe i niestandardowe dla robót budowlanych Oferty Wykonawcy, wydawane są przez Inżyniera za zgodą Zamawiającego, ponieważ stanowią koszt dodatkowy o pokrycie którego Wykonawca będzie się ubiegał.

Z poważaniem
XXXXXXXXXX
Dyrektor Kontraktu



S ą d A r b i t r a ż o w y
przy
S t o w a r z y s z e n i u
Inżynierów Doradców
i Rzeczoznawców w Warszawie



**DEDYKOWANY SPOROM
W SPRAWACH
BUDOWLANYCH**

www.arbitraz-sidir.pl