

KONSULTANT

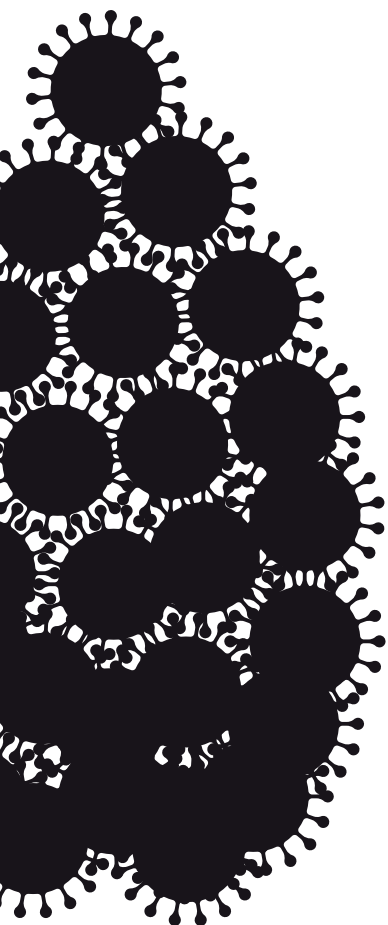
BIULETYN



STOWARZYSZENIE
INŻYNIERÓW DORADCÓW
I RZECZOZNAWCÓW

nr 57 maj 2021





5
OD NACZELNEGO
RAFAŁ BAŁDYS REMBOWSKI
Jazda obowiązkowa

6
KONFERENCJA
JACEK BENDYKOWSKI
Co nas czeka po pandemii?

10
KONFERENCJA
TOMASZ SKOCZYŃSKI
O nadziejach związanych z szerszym wykorzystaniem ADR i Sądu SIDiR do rozstrzygnięcia wzbierającej fali sporów

14
KONFERENCJA
RAFAŁ BAŁDYS REMBOWSKI
Analiza wyników badań ankietowych przeprowadzonych podczas VII ogólnopolskiej konferencji Roszczenia związane z covid 19 w budownictwie: Strategie i sposoby dochodzenia roszczeń w rzeczywistości covidowej

16
KONFERENCJA
MEC. PIOTR MAZURO
Dobrodziejstwo, czy przekleństwo

20
KONFERENCJA
PAWEŁ ZEJER
Wyzwania w kwalifikacji pandemii koronawirusa w praktyce

24
KONFERENCJA
MACIEJ KAJRUKSZTO
Dokumentowanie i dowodzenie wpływu pandemii na roszczenia związane z dodatkowym kosztem i przedłużeniem czasu na ukończenie

28
KONFERENCJA
ANDRZEJ GRABIEC
Czy wykonawcy wykorzystują pandemię do ukrycia swoich opóźnień w realizacji inwestycji i innych problemów

31
PODCAST PRZE:BUDOWA
MEC. PIOTREM STENKO
Roszczenia budowlane w rzeczywistości covidowej

37
KONFERENCJA
MAŁGORZATA KUCZEWSKA – ŁASKA
Co jeśli nie sąd powszechny – czy mediacje mają szansę wpisać się w pejzaż inwestycji budowlanych?



SIDiR jest członkiem:
Fédération Internationale Des
Ingénieurs-Consseils – FIDIC
European Federation of Engineering
Consultancy Associations – EFCA

Biuletyn „Konsultant”
Wydawca: Stowarzyszenia Inżynierów
Doradców i Rzeczników (SIDiR)
ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa
tel.: +48 22 826 16 72
biuro@sidir.pl

Redaktor naczelny: Rafał Bałdys Rembowski

Kolegium redakcyjne:
inż. Tomasz Łatawiec, mgr inż. Tamara Małasiewicz,
mgr inż. Grzegorz Piskorz, mec. Tomasz Skoczyński,
mec. Łukasz Mróz, mgr inż. Rafał Bałdys Rembowski

Skład i opracowanie graficzne: Homework

Publikowane w Biuletynie „Konsultant” artykuły
prezentują stanowiska, opinie i poglądy ich Autorów.

Redakcja zastrzega sobie prawo do adiacji
tekstów i zmiany tytułów. Przedruki i wykorzystanie
opublikowanych materiałów może odbywać się
za zgodą Kolegium redakcyjnego.

Redakcja nie ponosi odpowiedzialności za treść
zamieszczanych reklam.

Reklama w biuletynie:
W sprawie szczegółowej oferty i cennika reklam
prosimy o kontakt z biurem SIDiR:
biuro@sidir.pl



TOMASZ LATAWIEC
Stowarzyszenie Inżynierów Doradców
i Rzeczoznawców (SIDiR)
Prezes Zarządu

Koleżanki i Koledzy!

Ten biuletyn poświęcony jest wydarzeniu, które zaskoczyło nas w dwójnasób. Po pierwsze liczba uczestników naszej konferencji przerosła nasze najśmielsze oczekiwania. Jak się jest przygotowanym organizacyjnie na 400 uczestników w formie zdalnej, to ponad 1000 zarejestrowanych może przyprawić organizatorów o ból głowy. Serwery, routery, łącza, lągi, timing – wszystko trzeba było zaplanować od nowa. Po drugie pokonferencyjne komentarze – tylu pochlebstw i szczerych gratulacji odnośnie merytorycznego i technicznego poziomu Konferencji jeszcze nie było. Pora zatem podziękować tym, którzy się do tego przyczynili. Ja już dziękowałem i możecie to zobaczyć na naszym kanale na YouTube: SIDiRpoland, gdzie zamieściliśmy relację ZZA KULIS.

A nie było łatwo, o nie... Ale na szczęście się udało, wbrew prawu Murphy'ego, a może właśnie zgodnie z nim – nie ważne. Warto w tym miejscu wspomnieć, że choć samo wydarzenie trwa dwa dni, to proces przygotowania takiego wydarzenia trwa kilka miesięcy. A już sam filmik trwa zaledwie 5 minut 31 sekund z reklamami. I jaka dramaturgia! Jaka zmienność akcji, jaka sceneria, która tylko za kulis jest widoczna...oczywiście bez Partnerów by się nie udało i dlatego w tym filmiku są i reklamy :)

To wydanie Biuletynu Konsultant zdecydowaliśmy się poświęcić najważniejszym wątkom Konferencji. Całość relacji, wszystkie panele i wystąpienia zamieszczone na naszej stronie internetowej i są dostępne dla zarejestrowanych użytkowników – warto tam od czasu do czasu zajrzeć, żeby się przekonać czy paneliści trafili ze swoimi przewidywaniami co do dalszego rozwoju wydarzeń związanych ze skutkami pandemii.

Cóż – czas pokaże. A my jako organizator za jakiś czas wrócimy do archiwalnych zapisków i sprawdzimy. Może za kilka lat zorganizujemy kolejną konferencję, żeby przekonać się kto miał rację?

Wierzę, że do tego czasu uda nam się zbudować bazę wiedzy, która pomoże profesjonalistom łatwiej przewidywać przyszłość.

Do zobaczenia podczas VIII edycji Konferencji Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców oraz Sądu Arbitrażowego przy Stowarzyszeniu!



Fot. Quality Studio





RAFAŁ BAŁDYS REMBOWSKI
Redaktor Naczelny

Jazda obowiązkowa

Niniejsze po konferencyjne wydanie biuletynu Konsultant to gotowe opracowanie dla menadżerów po wszystkich stronach procesu inwestycyjnego na temat tego, co należy zrobić, żeby maksymalnie ograniczyć wpływ pandemii na procesy budowlane. Rekomendacje poparte są rzetelnymi badaniami na reprezentatywnej grupie uczestników procesu budowanego, więc wystarczy je „jedynie” wdrożyć.

Nasza konferencja to już wydarzenie historyczne, ale dzięki technologii będzie służyć w przyszłości jako repozytorium cennej wiedzy. Cała konferencja dostępna jest w trybie off-line po zalogowaniu na portal akademii umiejętności SIDiR (akademia.sidir.pl).

Pandemia, choć słabnie będzie jeszcze długo wpływać na gospodarkę, a wiele procesów biznesowych na lata ugrzęźnie w sądowych sporach, które będą miały wskazać tego, kto ma ponieść koszt jej wystąpienia. Wiedza, którą podzielili się uczestnicy konferencji pod wieloma względami jest unikatowa i ponadczasowa. Po pierwsze nie dotyczy tylko rzeczywistości covidowej, ale obejmuje wszelkie nadzwyczajne zakłócenia, za które strony umowy nie mogą odpowiadać. Poznanie zasad i taktyki postępowania w sytuacjach nadzwyczajnych to obecnie lektura obowiązkowa kardy zarządczej dla każdej ze stron. Ponadto konferencja dała wykonawcom możliwość zapoznania się praktycznymi metodami prowadzenia kontraktu w sytuacji zakłóceń i wiele porad jak uniknąć błędów. To wydanie Biuletynu Konsultant poświęcamy wątkom poruszonym na Konferencji w poszczególnych panelach, które rozszerzyliśmy o dane zebrane z badań przeprowadzonych w trakcie konferencji. Nie ulega wątpliwości, że znaleźliśmy się jako zawodowa społeczność w szczególnym miejscu. Z jednej strony utrzymujący się strumień inwestycji, a z drugiej pandemia i jej skutki, przez co jeszcze szybciej przybywać będzie sporów. To jeszcze bardziej odciągnie uwagę od kwestii inżynierskich podnosząc koszty transakcyjne procesów budowlanych i obniżając wydajność pracy. Wdrożenie szeregu

rozwiązań, o których mowa była na konferencji może pomóc ograniczyć negatywne skutki, bo nikt nie ma złudzeń, że uda się ich w ogóle uniknąć. Kilka rzeczy musi równocześnie zagrać, żeby najbliższe lata nie okazały się dla inwestorów i wykonawców prawdziwą udręką:

1. zrównoważone warunki umów (dla nowych zamówień);
2. działająca praktycznie zasada współdziałania;
3. szerokie wykorzystanie ADR;
4. standardy gromadzenia danych i dokumentowania zdarzeń.

Pojedyncze rozwiązania nie odniosą pożądanego skutku, dlatego musimy namawiać, zachęcać i przekonywać, żeby tam, gdzie to możliwe stosować ADR, nawet dla zawartych już kontraktów, a we własnych organizacjach wdrożyć standardy gromadzenia i przetwarzania danych.

W tym miejscu chciałbym w imieniu całej organizacji podziękować partnerom Konferencji za udział w jej organizacji, których wymienię w kolejności alfabetycznej:

Ad Casum

BSJP

CMS

JDP

Jerzykowski i Wspólnicy

Mazurkiewicz Cieszyński Mazuro

Misiewicz Mosek Partnerzy

Skoczyński Kolańczyk i Partnerzy

Kancelaria Radcy Prawnego Piotra Skrzypczaka

Z informacji, które zacerpnęliśmy z ankiet wynika, że nasza następna konferencja, którą planujemy na wrzesień będzie dotyczyła ryzyk kontraktowych oraz metod ich mitygacji.

Zapraszam do lektury.



JACEK BENDYKOWSKI

Wiceprezes Sądu Arbitrażowego przy SIDiR
Radca prawny, Misiewicz Mosek i Partnerzy
Kancelaria Radców Prawnych,

Co nas czeka po pandemii?

To pytanie zadajemy sobie wszyscy w Polsce i dotyczy ono wszystkich dziedzin życia. Jaki pandemia będzie miała wpływ psychologiczny i socjologiczny na dzieci i ludzi młodych, jakie wywoła zmiany na rynku pracy, rynku budowlanym – biurowym, mieszkaniowym, turystycznym, jakie wywoła też zmiany w naszych zachowaniach społecznych.

Z naszej SIDiR-owskiej perspektywy najważniejsze są skutki dla rynku inwestycji budowlanych – istniejących i przyszłych kontraktów. Pytaliśmy o to m.in. w ankiecie, którą wypełniali uczestnicy marcowej konferencji. Pozyskaliśmy obszerny, a przez to cenny materiał badawczy, szczególnie, że uczestnicy reprezentowali zarówno największych krajowych zamawiających, jak i wiele firm wykonawczych, w tym największe w Polsce.

Choć wielu przedstawicieli wykonawców i zamawiających dostrzega duży lub bardzo duży wpływ pandemii na toczące się procesy budowlane, to jednak większość (62% wykonawców i 52% zamawiających) uważa, że ten wpływ jest umiarkowany. Świadczy to o tym, że paradoksalnie to zamawiający zostali nieco bardziej dotknięci wpływem pandemii, zarówno pod względem praktycznym, jak i prawnym. Uwzględnić należy fakt, że większość zamawiających publicznych w Polsce to samorządy, których sytuacja w okresie pandemii jest wyjątkowo trudna, gdyż nie mają oni łatwego dostępu do dodatkowych źródeł przychodów. Są zaś skazani na swój udział w podatkach państwowych i dochody z czynszów i nieruchomości. Te ostatnie z uwagi na lock-down wyraźnie spadły.

Przewidywania dotyczące nowych inwestycji są spójne, choć niezbyt budujące. 58% wykonawców i 53% zamawiających uważa natomiast, że pandemia będzie miała znaczący wpływ na projekty w przyszłości. Jeżeli dodamy do tego, że 83% wykonawców i aż 85% zamawiających spodziewa się wzrostu lub znaczącego wzrostu liczby sporów kontraktowych w związku z pandemią, to prawie osiągnęliśmy jednomyślność, zapowiadającą wysyp sporów w przyszłym roku.

Nadto, 86% wykonawców i 74% zamawiających uważa, że spory powinny być rozstrzygane w trakcie trwania kontraktu, tzn. przed jego zakończeniem, w tym 50% wykonawców i 44% zamawiających, że powinny być rozstrzygane w ciągu najdalej 6 m-cy od dnia zgłoszenia. To znów spełnienie wygłaszanych od lat na naszych konferencjach sugestii. Problem w tym, że większość przedstawicieli zamawiających wśród uczestników ankiety to ich prawnicy i doradcy, a nie sami decydenci. Ten postulat jednak wyraźnie potwierdza znaczny deficyt stabilności i pewności prawnej realizowanych kontraktów, w których wszelkie spory odsuwa się na przyszłość lub na „święty nigdy”.

67% wykonawców i 69% zamawiających uważa, że najlepszą drogą rozstrzygania sporów są różne formy mediacji, koncyliacji i ugód pozasądowych. Do tego można dodać 11% wśród wykonawców i 7% wśród zamawiających zwolenników Komisji Rozjemstwa na kontraktach.

Tylko 22% przedstawicieli wykonawców i uważyła raptem 24% przedstawicieli zamawiających preferuje sporne rozstrzygnięcie konfliktów, z tego wśród wykonawców 2/3 bardziej ufa sądom arbitrażowym, a 1/3 sądom powszechnym. Nawet wśród przedstawicieli zamawiających (spośród których większość była prawnikami) nieco więcej 13% do 11% opowiedziało się za sądami arbitrażowymi, a nie powszechnymi.



Fot. Quality Studio

Wszystkie te dane są znamienne i mogłoby prowadzić do radykalnej zmiany sposobu rozstrzygania sporów budowlanych, gdyby ten sposób myślenia został zaaprobowany przez tych przedstawicieli zamawiających, którzy realnie władni są podejmowania decyzji. To wymagałoby jednak radykalnej zmiany mentalnej polskich służb i organów kontrolnych, gdyż to one stanowią źródło i przyczynę, dla której 90% zamawiających boi się ugód, polubownego rozwiązywania sporów, nie mówiąc o arbitrażu w sytuacjach bez wyjścia. Normy art. 591-595 nowego prawa zamówień

się na roszczenia już w trakcie realizacji robót. Według Urzędu Zamówień Publicznych to główna bariera w dostępie do rynku zamówień publicznych¹, przynajmniej z punktu widzenia wykonawcy. Tu ustawodawca częściowo wyszedł naprzeciw zgłaszanym od lat problemom wykonawców, wprowadzając nową normę art. 433 PZP, wprowadzającą do systemu prawa zamówień publicznych instytucję klauzul abuzywnych. To niewątpliwie krok do przodu, gdyż większość polskich zamawiających z lubością stosowała szczególnie klauzule z art. 433 pkt 1 i 2., tj. obarczanie

Należy zwrócić uwagę, iż art. 591 ust. 1 i 2 PZP zezwalają Stronom na wybór dowolnego mediatora.

publicznych są próbą narzucenia zmiany tej percepcji, ale wciąż są to rozwiązania niedoskonałe, biorąc pod uwagę realia funkcjonowania organów i służb kontrolujących zamawiających publicznych w Polsce. Do tego zagadnienia wrócimy jeszcze niżej.

Jednym ze źródeł tych problemów jest to, że treści umów w sprawie zamówień publicznych są przygotowywane wyłącznie przez zamawiających, a wykonawcy nie mają na nie praktycznie żadnego wpływu. Jest to sytuacja zasadniczo odmienna od tej, która ma miejsce w standardowych relacjach pomiędzy podmiotami prywatnymi, gdzie negocjacje warunków kontraktu są częścią procedury przetargowej. Narzucona treść umowy automatycznie staje się źródłem ryzyk trudnych lub wręcz niemożliwych do wyceny na etapie ofertowania, co bezpośrednio przekłada

wykonawcy odpowiedzialnością za opóźnienie i naliczanie kar za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio z przedmiotem umowy. Wciąż nierozstrzygniętym problemem pozostaje ujednolicenie standardów umów stosowanych przez polskich zamawiających, które zmierzałoby w kierunku uszanowania rozwiązań wypracowanych przez organizacje typu FIDIC, czy JCT.

Widać wyraźne zwiększenie zainteresowania wykonawców alternatywnymi sposobami rozstrzygania sporów. W wielu krajach mediacje rozstrzygają 3/4 sporów gospodarczych w tym

¹ Raport z badania dotyczącego niskiej konkurencyjności w zamówieniach publicznych / Urząd Zamówień Publicznych / Warszawa, październik 2019r.

Jeżeli Strony nie wskażą same wcześniej zgodnie mediatora lub ośrodka mediacji, sąd z mocy prawa skieruje je do Sądu Polubownego przez Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej.

w zamówieniach publicznych. M.in. w tym celu w Sądzie Arbitrażowym przy SIDiR tworzymy specjalny ośrodek mediacji w rozumieniu KPC i PZP. Mediacja zostanie też uwzględniona w aktualnie zmienianym Regulaminie Sądu. Należy zwrócić uwagę, iż art. 591 ust. 1 i 2 PZP zezwalają Stronom na wybór dowolnego mediatora. Nie musi być nim Sąd Polubowny przy Prokuratorii. Ważne jednak, aby mediatorzy byli profesjonalnie przygotowani do sporów budowlanych, bo tylko wtedy mediacja może przynieść pożądany efekt. Niewątpliwie arbitrzy i mediatorzy z listy Sądu Arbitrażowego przy SIDiR ten warunek spełniają. Cechą tego Sądu bowiem jest to, że jako jedyny w Polsce zajmuje się prawie wyłącznie takimi właśnie sporami.

W tym kontekście należy również zwrócić uwagę na brzmienie art. 593 ust. 2 PZP, dotyczącego obligatoryjnej mediacji przy projektach dużych. Jeżeli Strony nie wskażą same wcześniej zgodnie mediatora lub ośrodka mediacji, sąd z mocy prawa skieruje je do Sądu Polubownego przez Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej. Jesteśmy pełni uwagi wobec naszych koleżanek i kolegów z Prokuratorii i wierzymy w ich profesjonalizm. Trudno jednak oprzeć się obawom, które mogą mieć podmioty prywatne, czy sąd, funkcjonujący przy organie zajmującym się profesjonalnie obroną interesów Skarbu Państwa będzie w stanie obiektywnie rozstrzygać spory, które dotyczyć będą interesów Skarbu Państwa lub „interesu publicznego”. Nie bez znaczenia jest fakt, że ów „interes” rozumiany jest często w sposób „urzędniczy”, tzn. w sporze podmiotu prywatnego z podmiotem publicznym ten pierwszy jest z natury rzeczy „podejrzany”, a co najmniej podejrzewany o to, że kieruje się interesem majątkowym, tak, jakby ów interes majątkowy był czymś niestosownym czy wstydliwym. Z tego powodu szczególnie uczulam na to, by kwestię mediatora rozstrzygać już na początku i dbać przynajmniej o „dywersyfikację ryzyka” w tym zakresie, szczególnie w odniesieniu do większych podmiotów i skali zamówień. Taką co najmniej dywersyfikację mediatorów i zapisów na sąd arbitrażowy należy również doradzić zamawiającym samorządowym.

Nowa ustawa Prawo zamówień publicznych wprowadza obowiązek zawarcia w pozwie lub odpowiedzi na pozew informacji czy strony podjęły próbę polubownego rozwiązania sporu, a w sytuacji jej braku również obowiązek wyjaśnienia przyczyn niepodjęcia. Warto rozważyć, czy w odniesieniu do już trwających kontraktów nie warto byłoby zawrzeć uzgodnień dotyczących mediacji na przyszłość, tak, by przetestować te instytucje zanim staną się obligatoryjne. Wprowadzenie ich bowiem nową ustawą wprost potwierdza, że polubowne rozstrzyganie sporów jest preferowane przez ustawodawcę, nie może zatem być kwestionowane przez organy kontrolne.

Zgodnie z przyjętymi podstawowymi zasadami, zawierana przez strony ugoda musi być zgodna z przepisami prawa oraz zasadami współżycia społecznego. Kluczowe zagadnienie ustawodawca uregulował w art. 592 nowej pzp, stanowiąc, że „zawarcie ugody nie może prowadzić do naruszenia przepisów działu VII

rozdziału 3”, który normuje kwestie dotyczące zmian umowy, w praktyce niewiele zmienione w stosunku do dawnego art. 144, a zatem dobrze stronom znane.

Należy również zauważyć, że ustawodawca wprowadził bezpośrednie odwołanie do przepisu art. 54a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych, zwracając uwagę, że przy zawieraniu ugody przez zamawiającego z sektora publicznego istnieją po jego stronie dodatkowe obowiązki, sprowadzające się do dokonania oceny skutków ugody, które dla zamawiającego muszą być korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego.

Większość wykonawców sądzi, że zamawiający nie będą skłonni do zawierania ugód w przyszłości, choć 31% dostrzega jej wyższą skuteczność. Podobnie sami zamawiający (66%) nisko oceniają własną skłonność do zawierania ugód, więc jest to zatem pogląd uzasadniony.

Aktualne brzmienie art. 54a z pewnością nie ułatwia zawierania ugód. Kreuje karkołomną trudność przed prawnikami, piszącymi uzasadnienia dla ugód, od których czasami trzeba wymagać postaw wręcz heroicznych. Ugoda w praktyce jest sensowna bowiem nie tylko wtedy, gdy podmiot publiczny ewidentnie przegrałby ewentualny proces sądowy. Bywa często sensowna, gdy wynik takiego procesu jest po prostu niepewny, co jest typowe dla wielu przypadków – choćby wobec rozbieżnego orzecznictwa w wielu sprawach. Ugoda natomiast rozwiązuje problem tu i teraz. Pozwala obu stronom na bezpieczne kontynuowanie inwestycji, co powinno stanowić priorytet i jest prawdziwą realizacją interesu publicznego. Wieloletnie spory powodują, że kwoty roszczeń rosną w zastraszającym tempie (zwiększane o słuszne skądinąd odsetki ustawowe, a budżety jednostek sektora finansów publicznych nie rosną w równie szybkim tempie). Wieloletni spór z kolei może doprowadzić do bankructwa wykonawcy, który w takiej sytuacji zejdzie z budowy (co skutkuje rozpisaniem nowego przetargu i często znacznie droższą nową ofertą) a jego bankructwo to obciążenia socjalne, brak przychodów sektora publicznego i szereg trudnych do oszacowania kosztów społecznych. Żadne służby kontrolujące jednostki sektora finansów publicznych jednak tych kryteriów oceny zasadności zawierania ugody zwykle nie chcą brać pod uwagę.

Czego się zatem należy spodziewać w najbliższych miesiącach i latach. Z pewnością sporej ilości sporów o czas i kary umowne spowodowane przez lock-down. Wykonawcy muszą być przygotowani na rzetelne uzasadnianie opóźnień, jeżeli do nich doszło z powodów pandemicznych. Wymaga to gromadzenia całej korespondencji i domaganie się precyzyjnych wyjaśnień od podwykonawców lub dostawców, jeżeli oni powoływali się na Covid.

Wiele konfliktów może się nagromadzić z uwagi na skutki art. 151r ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem Covid-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Normy zawarte w tym artykule rolować będą wiele problemów na



Budowa przejścia dla zwierząt. Autostrada A2. 2011 r., fot. Michał Siejda, wykonawca: EUROVIA

przyszłość, co spowoduje lawinowy wybuch sporów bezpośrednio po odwołaniu stanu zagrożenia epidemicznego. Brak przedawnienia roszczeń zamawiających z tytułu kar umownych może skutkować tym, że nie będą naliczane, ani notyfikowane w okresie trwania stanu epidemicznego, chyba, że na koniec kontraktu. Nagle zatem, pewnie zimą lub na wiosnę 2022 wyleje się nam olbrzymia fala roszczeń i kar umownych, agregujących się przez poprzedni rok, czy dwa lata. Sądy powszechne, które już dziś mają kłopot z relatywnie szybkim rozstrzygnięciem takich sporów, nie będą w stanie sobie z nimi poradzić z przyczyn czysto logistycznych – radykalnej koncentracji znacznej liczby sporów w krótkim czasie. Spowoduje to nieporównywalne z niczym wcześniej zatory w sądach powszechnych. Znamy nam dobrze wieloletnie terminy rozstrzygnięcia sporów ulegną jeszcze znacznemu wydłużeniu i trudno będzie o to winić sędziów.

Dlatego rozsądne strony takich kontraktów, aktualnie realizowanych, świadome nierozwiązanych i narastających problemów powinny brać pod uwagę dwa rozwiązania. Po pierwsze próbować już dziś albo zewnętrznej profesjonalnej mediacji, albo samodzielnie doprowadzać do polubownych rozstrzygnięć, aby rozładować potencjalne przyszłe napięcia. Tam, gdzie jest to niemożliwe, zachęcałbym już teraz do bardzo poważnego rozważenia arbitrażu jako alternatywnego sposobu rozstrzygnięcia sporów w przyszłości. Arbitraż bowiem – jak najbardziej dopuszczalny w sporach z zakresu zamówień publicznych – gwarantować będzie – niezależnie od profesjonalizmu – przede wszystkim relatywnie krótki w porównaniu z sądami powszechnymi termin tych rozstrzygnięć, zwykle mieszczący się w przedziale 9-12 miesięcy zakładając dyscyplinę stron. Obie powinny być uczciwie zainteresowane sprawnym i relatywnie krótkoterminowym rozstrzygnięciem sporów, gdyż niweluje to niepewności i umożliwia lepsze planowanie przepływów finansowych. Odkładanie sporów na przyszłość generuje niezależnie od długotrwałej niepewności

choćby dodatkowe koszty, wynikające z odsetek ustawowych. Wieloletnie spory mogą okazać się zatem poważnym obciążeniem dla budżetów strony przegrywającej, niezależnie od tego, czy będzie nią wykonawca, czy zamawiający. O ile jednak wykonawca zwykle jest w stanie sam podejmować racjonalne, rynkowe decyzje w takich sprawach i np. zaakceptować kary umowne, aby uniknąć wieloletniego procesu, o tyle, jak wiemy, zamawiającym – czasami nawet przy dobrej woli – przychodzi to ze znacznie większym trudem. Jeżeli zatem zamawiający – z powodów już wcześniej wymienionych – lęka się zawierania umowy i preferuje zasądzenie należności – a przecież bywają i takie przypadki – to przegrana w arbitrażu po roku z pewnością będzie lepszym i znacznie tańszym rozwiązaniem, aniżeli przegrana po np. 7 latach (ok. 35% drożej). Autor aktualnie zmierza do finału w dużym sporze budowlanym, w którym odsetki zbliżyły się już do 100% należności. Zapobiegliwy zamawiający, prawdziwie troszczący się o grosz publiczny nie powinien lekceważyć podobnych okoliczności. Zapobiegliwy wykonawca natomiast powinien zawsze być zainteresowany szczególnie szybkim rozstrzygnięciem. Arbitraż jest też jedynym rozwiązaniem w sytuacji, gdy jakikolwiek spór (np. z klauzuli rebus sic stantibus), chcemy rozstrzygnąć w jeszcze trakcie trwania kontraktu, co jest oczekiwaniem większości profesjonalistów, wyrażonym w ankietach. Takich sporów w konsekwencji pandemii również może pojawić się sporo.

Spór sądowy lub arbitrażowy to jednak ostateczność. Obiecującą są wyniki naszej ankiety, wskazujące, że ponad ¾ profesjonalistów, zaangażowanych tak po stronie wykonawców, jak i zamawiających wolałaby, aby wszelkie spory rozstrzygać na budowie, w czasie maksymalnie 6 miesięcy od ich zgłoszenia, w drodze mediacji, koncyliacji, ugód czy komisji rozjemstwa. Musimy dołożyć starań jako zawodowa społeczność, żeby upowszechnić te metody w trosce o rozwój naszych profesji: inżynierów i prawników.



TOMASZ SKOCZYŃSKI

Prezes Sądu Arbitrażowego przy SIDiR Radca
prawny Skoczyński Kolańczyk i Partnerzy
Kancelaria Radców Prawnych

O nadziejach związanych z szerszym wykorzystaniem ADR i Sądu SIDiR do rozstrzygnięcia wzbierającej fali sporów

Korzyści ze stosowania alternatywnych sposobów rozstrzygania sporów dla rozwiązywania sporów budowlanych

Obserwując trwające inwestycje budowlane widać wyraźnie, że panująca obecnie pandemia Covid-19 odbija się na ich przebiegu. W badaniu ankietowym przeprowadzonym wśród uczestników, o tym, że pandemia powoduje wzrostem sporów pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, przekonanych jest 84% respondentów. Co ciekawe, tylko 8% ankietowanych uważa, że najskuteczniej te spory zostaną rozstrzygnięte przez sądy powszechne. Z czego wynika ten swoisty brak wiary w sądownictwo powszechne i w jaki sposób może się to przełożyć na rozwiązywanie sporów z wykorzystaniem ADR, a zwłaszcza w drodze mediacji i postępowania przed sądami arbitrażowymi?

Pierwszym aspektem przemawiającym za skierowaniem potencjalnego sporu do mediacji czy sądu arbitrażowego zamiast sądu powszechnego jest czas trwania postępowania sądowego. Z uwagi na aktualne obciążenie sądów, procesy dotyczące sporów związanych ze sporami inwestycyjnymi trwają w najlepszym razie raz kilka lat. W obecnej sytuacji, gdy wziąć pod uwagę dodatkowe opóźnienia wywołane zamknięciem sądów i całkowitym odwołaniem rozpraw na pierwszym etapie pandemii, tj. wiosną 2020 roku, oraz przedłużanie postępowań z uwagi na hipotetyczną kwarantannę bądź izolację stron, świadków czy sędziów, procesy będą trwały jeszcze dłużej i raczej niemożliwym będzie nadrobienie tych opóźnień w przyszłości. Dla kontrastu, w przypadku skierowania sprawy do mediacji, nawet najbardziej rozbudowane spory mają znaczną szansę na ich rozwiązanie są w ciągu maksymalnie kilku miesięcy, o ile oczywiście strony dojdą do konsensusu. W przypadku sporu skierowanego do sądu arbitrażowego postępowanie trwa oczywiście dłużej, jednak odbywa się ono szybciej i sprawniej niż przed sądem powszechnym.

Czas trwania procesów w sądach powszechnych jest także nierozdzielnie powiązany z charakterem sporów – spory powstałe w związku z procesami inwestycyjnymi to najczęściej spory skomplikowane lub nawet bardzo skomplikowane. Ich poziom trudności rośnie w przypadku inwestycji bardziej złożonych, które łączą w sobie kwestie interdyscyplinarne, nie dające przypisać się jednej tylko branży budowlanej. W takim przypadku, w procesach tak technicznych koniecznym jest, aby osoby rozpoznające dany spór były w stanie zrozumieć przyczyny jego powstania. Wymaga to przede wszystkim, obok posiadania wiedzy prawnej, której sędziom sądów powszechnych nie można odmówić, posiadania doświadczenia w przebiegu procesów inwestycyjnych, najlepiej w kilku rolach – po stronie zamawiającego, wykonawcy czy też projektanta albo inżyniera. W przypadku sędziów, którzy są prawnikami de facto na etacie państwowym, może być trudno, aby posiadali jakiegokolwiek doświadczenie praktyczne związane z budownictwem.



Fot. Quality Studio

Inaczej wygląda to w przypadku mediatorów czy arbitrów, którzy najczęściej mają istotny dorobek zawodowy w tej konkretnej branży, pozwalający na łączenie wiedzy technicznej z wiedzą prawniczą, łączenie teorii z praktyką. To pozwala im na zdecydowanie lepszy i pełniejszy ogląd na sprawę i bardziej kompleksową ocenę argumentów stron, a w konsekwencji lepsze orzekanie czy też wspieranie stron w dojściu do ugodowego porozumienia.

Warto w tym miejscu wskazać, że arbitrzy w Sądzie Arbitrażowym przy SIDiR czy mediatorzy w Ośrodku Mediacji SIDiR to osoby, legitymujące się zarówno wiedzą teoretyczną jak i ogromnym doświadczeniem praktycznym, co istotne doświadczeniem powiązanym ze współpracą praktycznie ze wszystkimi uczestnikami procesu budowlanego. Są to bowiem praktycy, którzy brali udział w różnych rolach w przy realizacji wielu inwestycji budowlanych, często od samego ich początku (np. fazy projektowej), poprzez wykonawstwo, aż ewentualnych sporów budowlanych. O ile zatem w przypadku sądów powszechnych loterią jest, jakie doświadczenie czy zrozumienie dla tematu będzie miał rozstrzygający sędzia, wybrany biegły, tak w przypadku sądu arbitrażowego czy mediacji przy SIDiR można praktycznie zagwarantować, że sprawą zajmie się ktoś, kto ją zrozumie, a tym samym kto będzie umiał ją rozstrzygnąć lub pomóc wypracować wspólne rozwiązanie.

W przypadku sporów o tak technicznym charakterze, jakim są spory związane z procesami inwestycyjnymi, bezspornie ogromną rolę w sądach odgrywają biegli. Można wręcz stwierdzić, że często to biegli są osobami, które de facto rozstrzygają dany spór, gdyż sądy (a zwłaszcza sądy powszechne) zazwyczaj opierają wyrok na ustaleniach biegłego. Jak wygląda jednak sytuacja z biegłymi, którzy wydają opinie w sądach powszechnych? Niestety często są to osoby o stosunkowo wąskich specjalnościach, co nie byłoby zasadniczo problemem, gdyby biegły sądowy dysponował lub mógł w razie potrzeby dysponować międzybranżowym zespołem biegłych. Wówczas posiadanie doświadczenia w wąskiej specjalizacji byłoby wręcz atutem. Jednocześnie sądy powszechne rzadko kiedy zgadzają się sięgnąć do biegłych spoza listy biegłych

sądowych, którzy dysponują swoimi zespołami, zaś najlepsi na rynku biegli często nie są w ogóle zainteresowani sporządzaniem opinii w takich postępowaniach. W realiach sądowych oznacza to jednak, że – z nielicznymi wyjątkami – opinie wydawane są przez pojedyncze osoby. Prowadzi to do tego, że osoba mająca specjalność w budownictwie musi badać, obok problemów konstrukcyjnych, np. problemy związane z instalacjami, akustyką, projektami branżowymi, rozliczeniami inwestycji itp. W konsekwencji taka opinia nie może być uznana za kompleksową, gdyż jeden biegły po prostu nie jest w stanie posiadać stosownej wiedzy i doświadczenia w tych wszystkich dziedzinach. Jeżeli dołożyć do tego sędziego, który nie posiada wystarczającego doświadczenia, aby skutecznie zweryfikować opinię sporządzoną przez biegłego, prowadzić to może do wydawania nie trafnych wyroków. Dla kontrastu, sąd arbitrażowy przy SIDiR współpracuje stale z grupą wykwalifikowanych biegłych, którzy – w zależności od sporu – pracują samodzielnie albo w zespołach, co gwarantuje wysoki poziom sporządzanych opinii. Ponadto, jak wskazano już wcześniej, arbitrzy są praktykami z doświadczeniem, więc rozumiejąc istotę sprawy są w stanie skutecznie zweryfikować i ocenić opinię, jak również – w razie konieczności – doprowadzić do jej uzupełnienia lub skorygowania.

Dodatkowo w prostszych sprawach arbitrzy, szczególnie gdy w składzie orzekającym są także inżynierowie, mogą we własnym zakresie, bez potrzeby korzystania z biegłych oceniać sprawę. To nie tylko szalenie przyspiesza tok sprawy, ale obniża jej koszty.

Z uwagi na powyższe, wydaje się, że wartym rozważenia jest – w razie powstania sporów w trakcie inwestycji, których strony nie są w stanie rozwiązać samodzielnie – skorzystanie z alternatywnych metod rozwiązywania sporów.

Wykorzystanie alternatywnych sposobów rozstrzygania sporów dla sporów związanych z pandemią

W tym miejscu należy także sobie postawić pytanie czy ADR, w tym także rozpoznawanie spraw przez sądy arbitrażowe może być pomocne w rozpatrywaniu sporów powstałych



Budowa Galerii Wiślanka w Żorach, fot. Grzegorz Dukata

bezpośrednio wskutek panującej epidemii? Z dotychczasowego doświadczenia wynika, że spory związane z Covid-19 mają dwójaki charakter. Mniejsza grupa to roszczenia sensu stricto o zapłatę za konieczność zakupu środków dezynfekcji, środków ochrony osobistej. Te roszczenia są o tyle proste, że łatwo ustalić ich wartość. Jednocześnie jednak wydaje się, że w miarę trwania pandemii są one coraz rzadsze, ponieważ w trakcie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ogłaszanych po rozpoczęciu pandemii, wykonawcy wliczają te koszty do ceny ofertowej. Kolejną grupą są roszczenia wynikające ze spadku wydajności realizowania danej umowy wskutek Covid-19, najczęściej są to roszczenia dotyczące przedłużenia okresu realizacji i niekiedy powiązane z tym roszczenia finansowe.

Na pierwszy rzut oka wydaje się, że część tych sporów jest prosta do rozstrzygnięcia czy to przez same strony czy to przy pomocy mediacji. Jednak znaczna ich część, szczególnie tych, których efekt nie jest widoczny od razu jest zdecydowanie bardziej skomplikowana. Na czym polegają trudności związane z tymi roszczeniami? Przede wszystkim na tym, jak powiązać pewne zdarzenia np. choroby, izolacje, kwarantanny, prawne ograniczenia w działalności, czy też przemieszczaniu się z ich konsekwencjami np. w postaci zwiększonej czasochłonności realizacji zamówienia, obniżonej wydajności, a w konsekwencji z dłuższą realizacją umowy. Niestety przy większości kontraktów powiązanie tych kwestii będzie niezwykle trudne, w jaki bowiem sposób przełożyć na konkretne dni opóźnienia choćby takie okoliczności, jak wydłużone negocjacje w sprawie dostaw,

rotację i nieobecności pracowników i współpracowników związane z chorobą, zmniejszenie wydajności pracy wskutek zmiany systemu pracy.

Niewątpliwie te trudności w określaniu i rozstrzyganiu roszczeń covidowych wymagają fachowej wiedzy merytorycznej, kompleksowego podejścia do ewentualnego sporu oraz znacznego doświadczenia praktycznego, aby uwyczuć niekiedy subtelne kwestie mające rzeczywiste przełożenie na utrudnienia w realizacji kontraktu. Ta wszechstronna wiedza pozwoli też na ocenę na ile wykonawca mógł i podjął racjonalne działania pozwalające na maksymalne ograniczenie negatywnych skutków pandemii.

Powyższe wskazuje, że spory covidowe szczególnie nadają się do rozstrzygnięć w sposób inny niż droga rozpoznawania sprawy przez sąd powszechny. Wydaje się, że zdecydowanie najkorzystniejszym sposobem jest mediacja lub koncyliacja. W takim przypadku strony mają wpływ na postępowanie i jego wynik, a fachowa pomoc ze strony mediatora pomaga im w dojściu do ugody. Co istotne mediator dysponując odpowiednią wiedzą merytoryczną jest w stanie tak pokierować mediacją, aby nakłonić strony do ugody.

Ponadto, biorąc pod uwagę, że roszczenia związane z pandemią to z reguły roszczenia terminowe, istotnym jest także czas ich rozpoznania. W przeprowadzonym w trakcie ostatniej konferencji badaniu największa grupa respondentów (43% wszystkich ankietowanych) uznała, że roszczenia te powinny być rozpoznane najpóźniej w ciągu 6 miesięcy od wystąpienia sporu. Pozostali respondenci uznali, że powinny one znaleźć rozwiązanie do czasu

odbioru (37%) lub do końca okresu gwarancji/rękojmi (14%). Tylko 6% ankietowanych stwierdziło, że termin rozstrzygnięcia jest bez znaczenia. Jak już wskazano powyżej, czas trwania postępowań w sądach powszechnych jest znacznie dłuższy i wydaje się niemożliwym, aby wyroki w takich sprawach zostały wydane w preferowanych terminach. Tu zdecydowanie przejawia się wyższość mediacji, które są najszybszym, a przy okazji najtańszym, sposobem rozstrzygania sporów.

Oczywiście w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia pozostaje jedynie rozstrzygnięcie sprawy przez sąd. W takim przypadku zdecydowanie najkorzystniejszym będzie Sąd Arbitrażowy przy SIDiR, który ze wszech miar jest predystynowany do rozpoznawania takich właśnie spraw.

Z przedstawionych dotychczas okoliczności wynika, że w kontraście do sądów powszechnych, alternatywne metody rozwiązywania sporów, takie jak mediacja w Ośrodku Mediacji SIDiR czy Sąd Arbitrażowy przy SIDiR, wydają się mieć znaczące zalety przemawiające za korzystaniem z nich. Wskazują na to także wyniki ankiety, w których jako najsukcesowniejszą metodę rozwiązywania sporów 33% osób wskazało mediację a 15% sądy arbitrażowe.

Alternatywne sposoby rozstrzygania sporów wynikających z umów ws. zamówienia publicznego a nowe Pzp

Analizując zmiany wynikające z nowej ustawy Prawo zamówień publicznych (nPzp) należy stwierdzić, że również ustawodawca skłania strony umowy do tego, aby rozwiązywali (albo przynajmniej podjęli taką próbę) zaistniałe spory w inny sposób niż przy pomocy sądów powszechnych. Mianowicie, w art. 591 ust. 1 nPzp wskazano wprost, że w każdej sprawie, w której zawarcie ugody jest dopuszczalne, każda ze stron umowy może złożyć wniosek o przeprowadzenie mediacji lub inne polubowne rozwiązanie sporu. Regulacja ta stanowi przede wszystkim swoiste uzupełnienie znowelizowanej ustawy o finansach publicznych, która w art. 54a wprost reguluje, że jednostki sektora finansów publicznych w uzasadnionych sprawach może zawierać ugody. Wydaje się, że połączenie tych przepisów może zmniejszyć obawy

zamawiających przed zawieraniem ugód czy w ogóle przed prowadzeniem prób polubownego rozwiązywania sporów z uwagą na możliwe postępowania kontrolne. Ponadto, biorąc pod uwagę, że zamawiający zazwyczaj traktują Prawo zamówień publicznych jako quasi wyrocznię, to pokazanie w tej ustawie, że ustawodawca dopuszcza w regulowanych nią sprawach postępowanie polubowne i mediację może dodatkowo skłonić zamawiających do korzystania z tych metod.

Odnosząc się do art. 591 i 593 nPzp należy dodatkowo zwrócić uwagę, że pomimo iż przepisy te zdają się sugerować Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej do prowadzenia alternatywnych metod rozwiązywania sporów wskazuje, to jednak nie jest to obowiązek. W obu tych przepisach ustawodawca równorzędnie dopuszcza skorzystanie z wybranego przez strony mediatora czy innego sądu polubownego, względnie ośrodka mediacji. Dlaczego warto skorzystać z tej możliwości wyboru? Nie umniejszając znaczenia i profesjonalności Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej, który ma w swoich zasobach znaczne grono specjalistów, należy zwrócić uwagę na istotną kwestię. Sąd ten jest mianowicie stosunkowo nowym podmiotem, w związku z czym nie legitymuje się ani doświadczeniem w orzekaniu ani wypracowanym sposobem prowadzenia postępowań.

Podsumowując należy stwierdzić, że pomimo iż sądy powszechne są tradycyjnym sposobem rozstrzygania sporów pomiędzy uczestnikami procesów budowlanych, to jednak utraciły w dużym stopniu zaufanie zarówno zamawiających jak i wykonawców. Jednocześnie rozwijające się od lat ośrodki umożliwiające alternatywne rozwiązywanie sporów, takie jak funkcjonujące chociażby przy SIDiR, coraz bardziej przebijają się do świadomości społecznej. Biorąc pod uwagę zarówno wyniki przeprowadzonej ankiety, ilości sporów kierowanych do sądu arbitrażowego i do mediacji, jak również znowelizowane Prawo zamówień publicznych wydaje się, że ADR – nie tylko w odniesieniu do roszczeń związanych z Covid-19 – będą zyskiwały na popularności i coraz więcej spraw będzie kierowanych do innych ośrodków niż sądy powszechne. Wydaje się – biorąc pod uwagę nadchodzące wyzwania, że od tego trendu nie będzie odwrotu.

Odnosząc się do art. 591 i 593 nPzp należy dodatkowo zwrócić uwagę, że pomimo iż przepisy te zdają się sugerować Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej do prowadzenia alternatywnych metod rozwiązywania sporów wskazuje, to jednak nie jest to obowiązek. W obu tych przepisach ustawodawca równorzędnie dopuszcza skorzystanie z wybranego przez strony mediatora czy innego sądu polubownego, względnie ośrodka mediacji.



RAFAŁ BAŁDYS REMBOWSKI
Redaktor Naczelny

Analiza wyników badań ankietowych przeprowadzonych podczas VII ogólnopolskiej konferencji *Roszczenia związane z Covid 19 w budownictwie: Strategie i sposoby dochodzenia roszczeń w rzeczywistości covidowej*

Cel badania

Badanie zaprojektowane w modelu CAWI zostało przygotowane celu zmierzenia opinii środowisk uczestniczących w budowlanych procesach inwestycyjnych. Badanie zostało przeprowadzone podczas konferencji realizowanej metodą online na próbie 255 osób.

Metodyka badawcza

Badania przeprowadzono metodą CAWI (Computer Assisted Web Interview). Ankiety podzielono na dwie części:

- Pierwsza poświęcona jest kwestiom merytorycznych dot. bieżących problemów kontraktów budowlanych oraz perspektyw na przyszłość. Tematyce tej poświęcono 11 pytań.
- Druga dotyczyła preferencji uczestników w zakresie doboru tematyki przyszłych konferencji oraz ich formuły. Tematyce tej poświęcono 3 pytania.

W niniejszym artykule omawiamy pierwszą część wyników badań. Otrzymane wyniki badań są wewnętrznie spójne, co potwierdza poprawność założeń badawczych i ujawnionych prawidłowości. W ciągu dwóch dni badań ankietę otworzyło 357 osób, przy czym wypełniło 255 osób, co daje wysoki współczynnik „responsywności” na poziomie 71%. Ten wysoki współczynnik najprawdopodobniej ma związek z faktem przypominania uczestnikom konferencji o trwających badaniach przez prowadzących konferencję, ponieważ zwyczajowo ten współczynnik kształtuje się na poziomie ok.25% dla tej metody badawczej.

Podsumowanie wyników

Wpływ pandemii na procesy inwestycyjne jest niezaprzeczalny i choć głębokość tego wpływu jest różnie oceniana w zależności od strony tego procesu, to wydaje się, że najbardziej dotknie ona sektor firm wykonawczych. Choć w opinii większości respondentów pandemia dotknęła wszystkie strony procesu, to nawet w ocenie wielu zamawiających, to właśnie wykonawcy ucierpieli / ucierpią na niej najbardziej. Badania ujawniły też największy problem procesów inwestycyjnych prowadzonych w czasie pandemii, tj. wpływ sytuacji pandemicznej na nowo zawierane kontrakty. W ocenie blisko połowy respondentów pandemia będzie miała na te kontrakty znaczący wpływ, który jednak jest niemożliwy do przewidzenia. Nie może zatem dziwić, że w opinii 84% badanych należy spodziewać się wzrostu ilości sporów kontraktowych związanych z pandemią. Wzrost ilości sporów to dalsze obniżenie wydajności całego sektora



Budowa Autostrady A2, 2011 r., fot. Michał Siejda, wykonawca: EUROVIA

budownictwa, spadek zaufania instytucji finansowych i niższe PKB. Nie ulega wątpliwości, że wolumen sporów nie będzie możliwy do „przeprocesowania” przez sądy powszechne w sposób, w jaki robiono to dotychczas.

Nieskuteczność sądów powszechnych jako modelu rozstrzygania sporu potwierdzają badania, tylko 8% odpowiedzi wskazało tę metodę rozstrzygania sporów jako najskuteczniejszą (bardzo rzadko stosowana formuła concyliacji uzyskała jeszcze niższy wynik – tj. 6%). Znakomita większość respondentów jako najskuteczniejszą metodę rozstrzygania sporów wskazała mediację (34%), ugody pozasądowe (28%) oraz arbitraż (14%).

Nasze badania ujawniły także najważniejszą przeszkodę w stosowaniu tzw. alternatywnych metod rozstrzygania sporów (tzw. ADR od ang. Alternative Dispute Resolution), co powinno być przedmiotem dalszych badań, ale już posiadane wyniki zmuszają do podjęcia działań mających na celu propagację ADR i sądu arbitrażowego przy SIDiR. Odpowiedzi na pytanie „czy strony będą skłonne zawierać ugody” dały pozornie rozbieżne wyniki: 30% twierdzi, że **tak**, ponieważ to obniża koszty procesu i skraca czas rozstrzygnięcia sporu, a 58% badanych uważa, że **nie**, ponieważ zamawiający obawiają się działań instytucji kontrolnych. Oczywiście nie może dziwić, że wśród samych zamawiających odsetek wątpiących jest jeszcze wyższy i wynosi 62%. Odpowiedzi wyraźnie zarysowały różnice w podejściu praktycznym, tj. zasadności zawierania ugód i pragmatycznym, tj. świadomości trudności wykorzystania tych metod w procesie rozstrzygania sporów z przyczyn leżących poza samą naturą i istotą sporu. Ujmując łącznie badane problemy widać wyraźnie, że strony procesu inwestycyjnego mają świadomość, iż ADR, do których również należy zaliczyć ugody pozasądowe są najefektywniejszą metodą rozstrzygania sporów kontraktowych, lecz przeszkody w ich stosowaniu leżą poza bezpośrednim gronem interesariuszy tego procesu i rozbijają się o działania instytucji kontroli jak CBA, RIO, NIK, etc.

Bardzo dobre wyniki dało badanie świadomości stron w jakim czasie powinny być rozstrzygane spory w trakcie trwania

kontraktu. Nie ulega wątpliwości, że wszyscy uczestnicy procesu mają świadomość, że spory kontraktowe powinny być rozstrzygane w trakcie trwania kontraktu (tj. najdalej do dnia świadectwa przejęcia – 37%) lub maksymalnie w ciągu 6 mies. od czasu zgłoszenia roszczenia – 43%. To wyraźny sygnał, że obecne praktyki są nieefektywne w opinii uczestników procesu inwestycyjnego.

Kolejnym ważnym przebadanym przez nas obszarem była subiektywna percepcja roli branży prawnej w trakcie procesów budowlanych. Jedynie konsultanci (np. Inżynierowie kontraktu) w zdecydowanej większości ocenili, że rola prawników na budowie jest „nadmierna”, pozostali uczestnicy wskazywali, że zaangażowanie prawników w procesy na budowie jest „duże” i „odpowiednie”. Te wyniki uprawniają do postawienia tezy o częściowym „wyparciu” Inżynierów – konsultantów przez branżę prawną w procesach budowlanych. Żeby móc oszacować, na ile rola prawników wpływa na bieżące prowadzenie robót, a na ile skupia się ona na rozwiązywaniu „historycznych” problemów kontraktowych powinno być przedmiotem dalszych badań.

Ciekawym uzupełnieniem obrazu zaangażowania stron w faktycznie prowadzenie czynności na budowie, są wyniki respondentów dot. wymuszonej pracy zdalnej. Większość respondentów, bo aż 43% stwierdziła, że praca zdalna przyczyniła się do wzrostu ich wydajności pracy. Wśród grup zawodowych, aż 50% prawników oceniło, że praca zdalna przełożyła się na wzrost ich wydajności. Badania pokazały jednak także, że aż dla 28% badanych praca zdalna wpłynęła negatywnie na ich wydajność. Aż 14% badanych nie może wykonywać zdalnie swoich obowiązków, a spośród stron kontraktu najwięcej, bo aż 22% wykonawców nie ma takiej możliwości.

Badanie to pokazało bardzo ważną prawidłowość dotyczącą procesów administracyjnych na budowie, a mianowicie, że czynności formalno – prawne i administracyjne są możliwe do zarządzania metodą zdalną.

Prezentacja szczegółowych wyników badań dostępna jest w formie prezentacji na stronach SIDiR.

**MEC. PIOTR MAZURO**

Partner zarządzający w Kancelarii Mazurkiewicz Cieszyński Mazuro.

Wspiera zamawiających publicznych oraz przedsiębiorców z branży projektowej i budowlanej w skomplikowanych projektach infrastrukturalnych na terenie całego kraju oraz sporach sądowych z nimi związanymi. Posiada doświadczenie w obsłudze prawnej projektów realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC oraz współfinansowanych ze środków unijnych. Wielokrotnie występował w charakterze pełnomocnika w postępowaniach odwoławczych przed Zespołami Arbitrów oraz Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych. Współautor komentarza do nowej ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Dobrodziejstwo, czy przekleństwo

Organizatorzy poprosili mnie o podsumowanie pierwszego panelu VIII Konferencji SIDiR dotyczącej roszczeń związanych z COVID-19 w budownictwie, w którym miałem przyjemność uczestniczyć. Nasza część rozpoczynająca konferencję dotyczyła bardzo ciekawego zagadnienia czy ustawy covidowe należy uznać za dobrodziejstwo czy przekleństwo oraz jakie instrumenty prawne zostały przyznane zamawiającym i wykonawcom.

Panel został bardzo sprawnie poprowadzony przez moderatora mec. Jacka Bendykowskiego a jego uczestnikami byli również prof. radca prawny Przemysław Drapała, radca prawny Łukasz Kosmala, oraz radca prawny Łukasz Mróz. Jak widać nieprzypadkowo uczestnicy panelu to wyłącznie prawnicy. Po pierwsze wynikało to z charakteru poruszanych zagadnień. Po drugie ankieta konferencyjna potwierdziła, że przedstawiciele zawodów prawniczych stanowili ponad 50% uczestników wydarzenia. Widać zatem, że istniało i pewnie nadal istnieje duże zainteresowanie przedmiotowym zagadnieniem przez osoby, które te rozwiązania będą musiały wdrażać w praktyce.

Czy Specustawa Covid-19 była potrzebna?

W pierwszej kolejności musieliśmy zmierzyć się z problemem czy Specustawa Covid-19 (czyli ustawa z dnia 2 marca 2020 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych) była w ogóle potrzebna. Zgodziliśmy się wszyscy, że niezbędna była szybka ingerencja ustawodawcy w sytuacji nadzwyczajnej. Uczestnicy konferencji wskazywali w ankiecie, że wpływ pandemii na realizację umów niewątpliwie w przeważającej mierze występował i był umiarkowany (53%), duży (24%) czy wręcz bardzo duży (10%). Niemniej jednak w moim odczuciu nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż pierwotna treść tej regulacji zakładała jedynie mocniejsze zaakcentowanie instytucji, które już obowiązywały. Wszak obowiązek notyfikacji przeszkód w realizacji umowy wynikał już z art. 634 k.c. czy 651 k.c. Podstawę do zmian umowy o zamówienie publiczne w sytuacji nieprzewidzianej dawał obowiązujący art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP a w uchwalonej już nowej ustawie PZP przewidziano odpowiedni art. 455 ust. 1 pkt 4 nPZP. Jednocześnie należy pamiętać o treści klauzuli 8.4 b) i d) warunków kontraktowych FIDIC uprawniającej wykonawcę do oczekiwania przedłużenia Czasu na Wykonanie. Potrzebny był jednak katalizator do dalszych aktywności w tym zakresie. Jak słusznie zauważył prof. Przemysław Drapała zmiany te dawały silniejszą legitymację stronom umowy do ewentualnej zmiany umowy lecz również wyłączały potencjalną odpowiedzialność zamawiających publicznych za naruszenie dyscypliny finansów publicznych czy odpowiedzialność karną w przypadku nieustalenia lub niedochodzenia od strony umowy kar umownych na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 lub w przypadku zawarcia aneksu do umowy.

Zgodziliśmy się jednak, że dopiero nowelizacja w ramach Tarczy 4.0 (zmiana z 19 czerwca 2021r.) wprowadziła realne instrumenty mające pomóc uczestnikom rynku budowlanego. Mowa tutaj o zakazie potrącania kar umownych a w szczególności obowiązku zawarcia aneksu do umowy po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, wpływają na należyte wykonanie umowy (art. 151r ust. 4 ustawy Covid-19).



Budowa Autostrady A2, 2011 r., fot. Michał Siejda, wykonawca: EUROVIA

Rozwiązania te były potrzebne dla całego rynku gdyż pandemia jakkolwiek na pewno w większym stopniu dotykała wykonawców (31% odpowiedzi ankietowanych) niż zamawiających (6%) to ciekawym jest, że prawie 50% odpowiedzi ankietowanych wskazywało, że ta nadzwyczajna sytuacja dotknęła wszystkie strony kontraktów.

Czy Specustawa daje roszczenie o zawarcie aneksu do umowy?

Zagadnienie to wydaje się najważniejszym wątkiem tej debaty. Tarcza 4.o, która wprowadziła ograniczenia w potrącaniu kar umownych oraz obligatoryjną zmianę umowy (art. 15r ust. 4) przysłała już nieco po czasie, kiedy kilka miesięcy funkcjonowaliśmy już w stanie pandemii. Przepis ten po nowelizacji przyjął treść, że zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, wpływają na należyte wykonanie umowy, o której mowa w ust. 1, w uzgodnieniu z wykonawcą dokonuje zmiany umowy, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, w szczególności przez:

1. zmianę terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części,
2. zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych,
3. zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia lub sposobu rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy,
 - oczywiście o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

Jako paneliści musieliśmy zmierzyć się sytuacją, gdy zamawiający pomimo wystąpienia przesłanek do zawarcia aneksu

konsekwentnie się od tego uchyla. Czy wówczas wykonawcy przysługują skuteczne narzędzia pozwalające doprowadzić do zawarcia takiego aneksu. W tym zakresie nie było sporu pomiędzy panelistami i doszliśmy do wniosku, że wobec treści tego przepisu cyt. „**dokonuje zmiany umowy**” istnieje ustawowy obowiązek zawarcia aneksu do umowy w przypadku wykazania przez Wykonawcę wpływu Covid-19 na realizację kontraktu. Przydatny okazał się argument odwołujący się do historii rozumienia art. 143c ust. 1 PZP i zagadnienia bezpośredniej zapłaty podwykonawcom przez zamawiającego. Jak pamiętamy początkowo przepis ten, posługujący się podobnym zwrotem „**dokonuje bezpośredniej zapłaty**” nie był interpretowany jako dający roszczenie wykonawcy wobec zamawiającego. Dopiero Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 września 2018 r. IV CSK 457/17 przesądził, że takie roszczenie istnieje. Przenosząc powyższą argumentację na treść art. 15r ust. 4 Specustawy Covid-19 stwierdzić należy, że za takim obowiązkiem kryje się roszczenie, którego realizacja odbywać się może w oparciu o treść art. 64 k.c. Oczywiście przepis ten najczęściej stosowany jest w przypadku realizacji roszczeń np. z umowy przedwstępnej lub deweloperskiej. Niemniej jednak można odpowiednio stosować go do realizacji roszczenia z art. 15r ust. 4 ustawy. Problem rodzi się przy określeniu treści tego aneksu. Przytoczony art. 64 k.c. stanowi, że prawomocne orzeczenie sądu stwierdzające obowiązek danej osoby do złożenia oznaczonego oświadczenia woli, zastępuje to oświadczenie, ale orzecznictwo Sądu Najwyższego wyraźnie akcentuje, iż musi być to oświadczenie o treści wyraźnie oznaczonej w przepisie prawa. Innymi słowy art. 64 k.c. odnosi się tylko do takich przypadków, w których obowiązek złożenia oświadczenia woli jest wystarczająco skonkretyzowany (tj. treść oświadczenia jest już „oznaczona”) i odpowiada w pełni ukształtowanemu roszczeniu. Jak



Budowa biurowca Silesia 4 Business w Katowicach, fot. Grzegorz Dukata

wskazał prof. Przemysław Drapała treści zmiany umowy (czyli treść aneksu) winna być efektem obiektywnej (a nie subiektywnej) oceny wpływu Covid-19 na realizację kontraktu. Niemniej jednak nawet jeśli stanowiska stron umowy będą rozbieżne np. co do terminu o jaki kontrakt winien zostać przedłużony, wówczas to sąd winien określić ostateczną treść aneksu (np. w odmiennym zakresie niż zaproponował to w pozwie powód – wykonawca). Podzielał ten pogląd gdyż do roszczeń wynikających z ustawy, a tak jest w tym przypadku, orzecznictwo dopuszcza częstokroć możliwość ich konkretyzacji przez sąd.

Dodatkowo ciekawe zagadnienie rodzące się na tym tle przedstawił prof. Przemysław Drapała wskazując, że w jego ocenie w przypadku braku realizacji obowiązku zawarcia aneksu do umowy przez zamawiającego, oczywiście jeśli wykonawca wykazał wpływ pandemii na realizację kontraktu, nie jest wykluczone skorzystanie z prawa odstąpienia od umowy. Argument ten oparty był o treść § 6 k.c. i przyjęcie, że ustawowy obowiązek zawarcia aneksu do umowy staje się częścią stosunku umownego. A w konsekwencji w przypadku braku jego wykonania przez zamawiającego pozostawałby on w zwłoce ze wszystkimi płynącymi z tego konsekwencjami.

Oczywiście nawet jeśli do zawarcia aneksu nie dojdzie to wykonawca ma prawo w ewentualnych procesach bronić się tożsamymi argumentami na co słusznie zwrócił uwagę mec. Łukasz Mróz.

A to, że na gruncie tych regulacji niewątpliwie dojść może do sporów sądowych potwierdzają ankietowani, którzy łącznie 86% uznało, że spodziewają się wzrostu sporów kontraktowych (69%) czy nawet znaczącego wzrostu sporów (17%). Co ciekawe z drugiej strony z badań także wynika, że skuteczność postępowań sądowych, nie tylko tych związanych z Covid-19, jest oceniana bardzo nisko (8%) choć większość ankietowanych uznała,

że spory powstałe na tle pandemii winny być rozpoznane w terminie 6 miesięcy od dnia zgłoszenia (43%) lub do czasu odbioru robót (37%). O wiele lepiej oceniano skuteczność komisji rozjemczych (12%), arbitrażu (15%), ugód pozasądowych (27%) czy wreszcie mediacji (33%). Paradoksalnie jednak większość ankietowanych (60%) uznało, że zamawiający generalnie nie są skłonni do podpisywania ugód z uwagi na związaną z tym odpowiedzialność.

W rezultacie prawdziwe skutki regulacji poznamy dopiero na etapie prowadzenia sporów i ukształtowanego na tym tle orzecznictwa. W mojej ocenie mniej będzie jednak sporów dotyczących roszczenia o zawarcie aneksu do umowy a w przeważającej mierze będzie to jednak obrona wykonawcy w potencjalnych postępowaniach zainicjowanych przez zamawiających po zakończeniu kontraktów.

Jednocześnie należy pamiętać też o zagadnieniu zmiany umowy z punktu widzenia ewentualnych dofinansowań unijnych. Zawarcie bowiem aneksu do umowy niezgodnego z PZP może być podstawą do naliczenia korekty finansowej w wysokości 25% dofinansowania. Jest to bardzo dotkliwa regulacja. Tymczasem ustawodawca wprowadzając art. 15r ust. 3 a zwłaszcza ust. 6 specustawy Covid-19 dopuścił możliwość de facto ekskulpowania wykonawcy od odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy bez konieczności zawierania aneksu. To rozwiązanie sprowadza się do przedstawienia stanowiska zamawiającego, w którym przyznaje on, iż np. nienależyte wykonanie umowy (nieterminowe) jest wynikiem okoliczności związanych z Covid-19 i wykonawca nie ponosi za to odpowiedzialności. A tego rodzaju oświadczenie zamawiającego, bez zawierania aneksu, może być w pełni wystarczające dla wykonawcy i jednocześnie nie narażałoby zamawiającego na ryzyko uznania, że zawarto aneks do umowy, który byłby niezgodny z PZP.

Standard wykazania wpływu COVID-19 na realizację kontraktów.

W trakcie debaty mierzyliśmy się również z problemem w jaki sposób należy wykazać wpływ pandemii na realizację kontraktu. Czy konieczny jest najbardziej kwalifikowany sposób tj. udowodnienie czy wystarczy np. uprawdopodobnienie. Wydaje się, że obecnie można spotkać się ze zróżnicowanymi sposobami oceny dowodów dotyczących wykazania wpływu pandemii na realizację kontraktu. Mecenas Łukasz Kosmała zwrócił uwagę, że początkowo była zauważalna tendencja aby oczekiwać od wykonawcy detalicznych informacji (dot. ilości pracowników, spadku wydajności etc.). Dopuszczał jednak możliwość wykazywania pewnych okoliczności za pomocą oświadczeń, które winny dotyczyć chociażby wpływu na ścieżkę krytyczną kontraktu. Oczywiście oświadczenia te winny podlegać ocenie zamawiającego. A jak wskazał mec. Łukasz Mróz wymagane są konkrety ale nie przesadne detale. Jednocześnie jak słusznie zauważył prof. Przemysław Drapała nie wypracowano jeszcze obowiązującego standardu dowodu i metodologia działań zamawiających jest w tym zakresie różna. Zasadnym wydaje się korzystanie zarówno przez zamawiających jak i wykonawców z opinii prywatnych sporządzanych przez specjalistów jak chociażby ekspertów SIDiR co pozwalać może na uzyskiwanie obiektywnej oceny wpływu Covid-19 na realizację kontraktu. A wówczas już łatwiej jest doprowadzić do zawarcia aneksu do umowy bez konieczności kierowania sprawy na drogę postępowania sądowego.

Czy zakaz potrącenia kar umownych nie poszedł za daleko?

Istotną i *de facto* rewolucyjną pandemiczną regulacją było wprowadzenie zakazu potrącania kar umownych wykonawcy i dochodzenia zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania

ustawodawcy a precyzyjniej inicjatora tj. Urzędu Zamówień Publicznych. Jest on niewątpliwie potrzebny a jednocześnie przy odpowiednich modyfikacjach może być wykorzystywany również w przyszłości. Dostrzec można bowiem konsekwentne działania ustawodawcy do racjonalizacji wysokości kar umownych i powiązania ich z odpowiedzialnością odszkodowawczą (vide obowiązek określenia limitu kar umownych w nowym PZP czy pytanie prawne w tym zakresie znajdujące się w Sądzie Najwyższym – III CZP 16/21). W rezultacie to, co mogłoby pozostać po pandemii dla rynku budowlanego jako uzupełnienie wszystkich obecnych regulacji dotyczących kar umownych to zakaz potrąceń kar umownych np. ponad określony limit. Jeśli ten limit zostałby przekroczony zamawiający miałby oczywiście prawo dochodzić go przed sądem. Pozwoliłoby to uniknąć występujących i nie dających się zaakceptować sytuacji gdy zamawiający potrąca znaczącą część wynagrodzenia wykonawcy i ten zmuszony jest dochodzić swego wynagrodzenia w wieloletnim procesie tracąc z naturalnych względów płynność finansową. Nierzadko zaś wynik tego postępowania ogłaszany jest już syndykowi a nie wykonawcy.

Pandemia a gwarancje należytego wykonania umowy i rynek ubezpieczeń gospodarczych.

Zmierzyliśmy się także z finansowym aspektem wpływu pandemii na gwarancje należytego wykonania umowy. Niewątpliwie pojawiło się zagadnienie tzw. rolowania gwarancji co wynika z art. 15r1 ust. 3 specustawy Covid-19. W tym aspekcie paradoksalnie wobec zakazu wykorzystywania uprawnień z gwarancji należytego wykonania umowy ich dostępność dla uczestników rynku wcale nie musi się zmniejszyć na co zwrócił uwagę mec. Łukasz Kosmała. Jednocześnie zaproponowane rozwiązania prowadzić

Istotną i *de facto* rewolucyjną pandemiczną regulacją było wprowadzenie zakazu potrącania kar umownych wykonawcy i dochodzenia zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

umowy. Radca prawny Łukasz Kosmała uznał, że ta część rozwiązań covidowych jest ich najsłabszą stroną prowadzącą do *de facto* finansowania wykonawców i odsuwająca tak naprawdę spór na przyszły okres. Czyli mamy do czynienia ze swoistą dźwignią finansową dla wykonawców o charakterze generalnym w celu uniknięcia negatywnych konsekwencji pandemii nawet jeśli istnieje szereg umów, w których nie występuje żaden wpływ epidemii na realizację kontraktu. Zapewne skutki tej regulacji poznamy dopiero po zakończeniu obowiązywania tej epizodycznej regulacji.

Prof. Przemysław Drapała przyznał, że rozwiązania te idą daleko, ale były potrzebne. Niemniej jednak zauważył, że kary są nadal naliczane, noty obciążeniowe są wystawiane i nad wykonawcami gromadzi się pewna pula kar. I po ustaniu pandemii kiedyś zacznie się ich egzekwowanie. Zatem potencjalne spory na tym tle są tylko odroczone. Jako rozwiązane ewidentnie „prowykonawcze” ocenił te regulacje mec. Łukasz Mróz uznając, że ma ono więcej plusów niż minusów.

Osobiście zaś uważam ten czasowy zakaz potrąceń, który był odpowiedzią na zapotrzebowanie rynku, za właściwą reakcję

mogą do zapobieżenia nadużywaniu uprawnień z gwarancji należytego wykonania umowy przez zamawiających.

Podsumowując dyskusję w tym panelu stwierdzić należy, że ustawodawcze rozwiązania covidowe były potrzebne i dobrze, że pojawiły się w szybkim czasie. Nowelizacja czerwcowa wprowadziła już realne regulacje poprawiające płynność finansową wykonawców, co przecież w efekcie sprawia, iż zawarte kontrakty mimo epidemicznych przeszkód mają szansę na ich skuteczne zakończenie. Wyłania się jednak pewna refleksja o charakterze ogólnym. Same przepisy, mimo, że dające wyraźne narzędzia zamawiającym np. do zmiany umów czy ekskulpowania wykonawców, nie wystarczą. Konieczne jest ich rozważne, ale z drugiej strony również odważne stosowanie. Tylko w ten sposób można liczyć, że omawiane rozwiązania staną się dobrodziejstwem. Jeżeli zwycięży zauważalna w sektorze publicznym zachowawczość, mimo sytuacji niewątpliwie wyjątkowej, wykonawcy zostaną z problemem, tylko z odroczonym terminem jego wejścia w życie. A wówczas rzeczywiście nie będą dobrodziejstwem tylko przekleństwem.

Wyzwania w kwalifikacji pandemii koronawirusa w praktyce



PAWEŁ ZEJER

Dyrektor w Instytucie Analiz Budowlanych,
Arbiter Sądu Arbitrażowego przy SIDiR,
Członek SIDiR

Często spotykam się ze stanowczym stwierdzeniem, że pandemia koronawirusa jest *siłą wyższą* i stanowi podstawę roszczeń wykonawców o dodatkowy koszt i przedłużenie terminu realizacji umów. Istotą problemu zdaje się jednak nie być sama definicja *siły wyższej*, lecz praktyczna umiejętność wykazania jej wpływu na możliwość realizacji umowy w uzgodnionym terminie i założonym budżecie.

Jakkolwiek nie zdefiniujemy *siły wyższej*, warunkiem koniecznym, nie zawsze wystarczającym jest

1. notyfikacja faktów,
2. wykazanie ich wpływu na realizację umowy, a dopiero potem
3. odpowiednia kwalifikacja.

Fakty ➡ Wpływ ➡ Kwalifikacja

Ponieważ celem niniejszego artykułu nie jest poszukiwanie idealnej definicji *siły wyższej*, w dalszej jego części przedstawiono jedynie jedną z obecnie stosowanych definicji, która może prowadzić do wniosku, że pandemia koronawirusa nie zawsze musi być uznana za spełniającą wszystkie jej warunki.

W najnowszym wydaniu warunków kontraktowych FIDIC z 2019¹ roku *siła wyższa* została zastąpiona zdarzeniem nadzwyczajnym. Niezależnie od nazwy definicja jest bardzo podobna. W praktyce, często spotykamy postanowienia umowne dotyczące *siły wyższej* podzielone na dwie części. Pierwsza to definicja, druga to katalog zdarzeń, które potencjalnie spełniają definicję, wyjaśniają intencje definiującego.

Według FIDIC *siła wyższa*, czy też „Zdarzenie Nadzwyczajne”² oznacza zdarzenie lub okoliczności:

1. „które są poza kontrolą Strony,
2. przeciwko którym Strona nie mogła racjonalnie się zabezpieczyć przed zawarciem Kontraktu,
3. wpływu których taka Strona nie mogła uniknąć lub przewyżnić oraz
4. które nie mogą być zasadniczo przypisane drugiej Stronie.”

Taka definicja jest bliska pogładowi opartemu na gruncie kodeksu cywilnego, np. „zdarzenie zewnętrzne, niemożliwe do przewidzenia (co obejmuje również nikłe prawdopodobieństwo jego zajścia w danej sytuacji) i niemożliwe do zapobieżenia (przy czym w zasadzie chodzi o niemożliwość zapobieżenia nie tyle samemu zjawisku, co jego następstwom)”³

¹ Wydanie oryginalne 2017.

² Klauzula 18.1. warunków kontraktowych FIDIC 2019 (wydanie oryginalne 2017)

³ Klauzula *siły wyższej*. Monitor Prawniczy, 2/2005

W drugiej części, w warunkach kontraktowych FIDIC, odnajdujemy katalog zdarzeń, które należy traktować jako siłę wyższą/zdarzenie nadzwyczajne.

„W szczególności (ale nie wyłącznie), i z zastrzeżeniem spełnienia warunków podpunktów (i) do (iv) powyżej, Zdarzeniem Nadzwyczajnym będzie:

- wojna, działania zbrojne (niezależnie czy wojna została wypowiedziana czy nie), najazd, działania wrogów zewnętrznych;
- rebelia, terroryzm, rewolucja, powstanie, stan wojenny, nielegalne przejęcie władzy, wojna domowa;
- zamieszki, zakłócenie porządku społecznego przez osoby inne niż Personel Wykonawcy i pracownicy Wykonawcy i Podwykonawców;
- strajk lub lokaut obejmujące niewyłącznie Personel Wykonawcy lub pracowników Wykonawcy lub Podwykonawców;
- natrafienie na amunicję wojenną, materiały wybuchowe, promieniowanie jonizacyjne lub skażenie radioaktywne, za wyjątkiem przypadków używania przez Wykonawcę takiej amunicji, materiałów wybuchowych, promieniowania lub radioaktywności; lub
- katastrofy naturalne, takie jak trzęsienie ziemi, tsunami, aktywność wulkaniczna, huragan lub tajfun.”

Zdarzenia wymienione w tym katalogu mają pewną cechę wspólną, a mianowicie w znakomitej większości przypadków powodują zatrzymanie budowy, uniemożliwiają prowadzenie robót. W sytuacji wystąpienia siły wyższej/zdarzenia nadzwyczajnego wykonawca robót będzie zwolniony z wykonania uniemożliwionych zobowiązań do czasu, jak takie Zdarzenie Nadzwyczajne uniemożliwia ich wykonanie⁴. Jest to o tyle ciekawe, że z obserwacji wpływu pandemii koronawirusa, widzimy raczej zmniejszenie tempa prowadzonych prac (utrata wydajności) czy

też wzrost kosztów ich wykonania, a nie uniemożliwienie ich prowadzenia. Osobiście nie spotkałem się z przypadkiem całkowitego zatrzymania budowy ze względu na pandemię. Bez wątplenia mamy do czynienia ze spadkiem wydajności, wahaniami dostępności siły roboczej, koniecznością wprowadzenia dodatkowych środków ochrony osobistej pracowników fizycznych jak i kadry zarządzającej, jednakże nie powoduje to wstrzymania prowadzenia robót. Co więcej, wpływ na prowadzenie robót nie miał charakteru gwałtownego, który wyraźnie widzimy w katalogu Zdarzeń Nadzwyczajnych wg. FIDIC. Zatem poszukajmy odpowiedzi na pytanie co realnie najbardziej wpłynęło na realizację umów o roboty budowlane? Czy była to absencja pracowników chorych na COVID-19, czy może obostrzenia wprowadzone zmianami w prawie, przerwanie łańcuchów dostaw ze względu na obostrzenia w przemieszaniu? Czy obserwowany, znaczący wzrost kosztów budowy, zmiany na rynku materiałów są skutkami wprowadzanych obostrzeń w związku z pandemią koronawirusa? Na te pytania w najbliższym czasie będziemy poszukiwali odpowiedzi, również z uwzględnieniem orzeczenia Sądu Najwyższego, który w wyroku z 16 stycznia 2002 r.⁵ wskazał w sposób następujący: „Siła wyższa musi być zdarzeniem zewnętrznym w stosunku do powołującego się na nią podmiotu. Stan określany w ten sposób powinien istnieć obiektywnie, a więc musi być widoczny i sprawdzalny dla nieuprzedzonego obserwatora; nie może być np. wytworem wyobraźni. Odnośnie do natężenia wpływu tego zdarzenia na działanie lub zaniechanie przeważa tzw. teoria obiektywna nie dopuszczająca, aby miarodajna była wyłącznie ocena podmiotu powołującego się na siłę wyższą. Jednak stosowanie tej teorii musi odbywać się z uwzględnieniem okoliczności ocenianych indywidualnie dla danego przypadku, zatem ocena powinna być dokonywana „z zewnątrz”, ale przy uwzględnieniu konkretnej sytuacji ocenianego.

4 Klauzula 18.2 warunków kontraktu FIDIC 2019.

5 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2002 r. (IV KKN 629/00)



Budowa Autostrady A2, 2011 r., fot. Michał Siejda, wykonawca: EUROVIA

Poszukując innych podstaw kontraktowych ewentualnych roszczeń wykonawców umów o roboty budowlane, można wskazać Klauzulę 13.6 [Korekty wynikające ze zmian w Prawie], gdzie odnajmujemy warunki prowadzące do zmiany terminów umownych i wynagrodzenia, co jest bliższe rzeczywistym skutkom pandemii koronawirusa niż zwolnienie ze zobowiązań, co ma miejsce w przypadku *siły wyższej*.

Spójność wyżej przedstawionej interpretacji potwierdza również fakt, że o epidemii w warunkach kontraktowych FIDIC mówi się w Klauzuli 8.5, dotyczącej przedłużenia Czasu na Ukończenie. Jednym z warunków, na podstawie którego, Wykonawca może dochodzić przedłużenia Czasu na Ukończenie są „nieprzewidywalne braki dostępności personelu lub Dóbr (lub Materiałów Dostarczanych przez Zamawiającego, jeżeli występują), spowodowane przez epidemię lub działania rządowe”⁶. Czy właśnie z taką sytuacją nie mamy do czynienia na większości budów?

To wszystko potwierdza postawioną tezę, że istotą sprawy nie jest sama kwalifikacja pandemii koronawirusa, jako *siły wyższej*, lecz umiejętność notyfikacji zdarzenia oraz kwantyfikacji jego wpływu na założone koszty realizacji umowy i terminy jej ukończenia.

Kolejnym zagadnieniem, które należy mieć na uwadze, podejmując próbę odpowiedzi na pytanie czy pandemia koronawirusa winna być traktowana jako *siła wyższa*, to data zawarcia umowy. Przesłanka nieprzewidywalności zdarzenia, konieczna do tego,

odpowiedzialni, nie wystąpią. Powinno być oczywistym, że przeniesienie wszystkich ryzyk na wykonawcę robót, w rzeczywistości zwiększa ryzyko nieukończenia całego przedsięwzięcia w terminie i w założonym budżecie. Obserwując ilość sporów, które swoje rozstrzygnięcie znajdują dopiero przed sądem, nie trzeba specjalnie tej tezy dowodzić. Na tym tle pojawiają się głosy o „zrównoważonym” rozkładzie ryzyk, czy też „sprawiedliwym” podziale ryzyk, a co za tym idzie równym podziale kosztów, które powstają w następstwie ich wystąpienia. Kto zatem powinien wziąć odpowiedzialność za skutki ryzyk, za które nie może odpowiadać wykonawca robót? Poszukując odpowiedzi na to pytanie należy przede wszystkim wziąć pod uwagę dwa aspekty. Po pierwsze 90% ryzyk w przedsięwzięciach, nie tylko budowlanych, biorą swoje źródło w działaniach zamawiającego⁷. Wykonawca winien odpowiadać za tzw. ryzyka techniczne. Są to wszystkie ryzyka związane bezpośrednio z realizacją robót takie jak: jakość, robocizna, sprzęt, metody wykonywania robót, tempo prowadzenia prac i ich kolejność, zastosowane materiały⁸, itp. Wszelkie pozostałe ryzyka nie powinny być wyceniane przez Wykonawcę w ofercie. Po drugie, przenoszenie ryzyk innych niż techniczne na wykonawcę stoi w sprzeczności z paremią „czyma korzyść, tego i ryzyko”. Oczekiwanie, że wykonawca będzie ponosił skutki niezawinionych przez siebie okoliczności ku korzyści zamawiającego, może powodować i najczęściej powoduje utrudnienia w realizacji i ukończeniu umów.

Oczekiwanie, że wykonawca będzie ponosił skutki niezawinionych przez siebie okoliczności ku korzyści zamawiającego, może powodować i najczęściej powoduje utrudnienia w realizacji i ukończeniu umów.

aby zdarzenie mogło być zakwalifikowane jako *siła wyższa*, staje się tym bardziej wątpliwa, jeśli umowę zawarto po marcu 2020 roku. Już wtedy było wiadomo, że pandemia dotknie również Polskę i naiwnym zdawało się być zakładanie, że po kilku tygodniach obostrzeń będziemy po raz kolejny zieloną wyspą bez COVID-19. W rozważaniach tych poszedłbym jeszcze dalej, stawiając tezę, że na początku 2020 roku, obserwując wydarzenia na świecie, nie można było zakładać, że pandemia ominie Polskę. Nie należy tego rozumieć, jako tezy mówiącej, że każdy wykonawca, zawierający umowę w tym okresie, winien w ofercie uwzględnić zwiększony koszt realizacji robót w związku z obostrzeniami. Trudno jednakże mówić o zdarzeniach o charakterze nieprzewidywalnym, a tym bardziej uniemożliwiających wykonanie umowy. Umowy zawarte w drugiej połowie 2020 roku i później, należy interpretować z uwzględnieniem warunków w jakich była przygotowywana oferta. Ponownie, możemy mówić raczej z wpływie zmian w prawie, które stały się przyczyną zmian w umowie.

Chciałbym zwrócić również uwagę na tendencje w strategiach zawierania umowy, w szczególności na nadmierne przenoszenie ryzyka na wykonawców, którzy albo te ryzyka kwantyfikują i podnoszą swoje ceny odpowiednio do ryzyka albo podejmują się realizacji umów w nadziei, że ryzyka za które będą

Ambicją tego tekstu nie było odnalezienie uniwersalnej definicji *siły wyższej*, ani udzielenie wskazówek praktycznych realizującym umowy o roboty budowlane. Poszukując praktycznej informacji, należy polecić lekturę dokumentu „FIDIC CIVID-19 Guidance Memoreandum to users of FIDIC standards forms od works contracts”⁹, w którym znajdziemy konkretne wskazówki jaką procedurę można zastosować w przypadku kiedy pandemia koronawirusa przeszkodziła, albo może przeszkodzić, w realizacji umowy. Odnajdujemy tam również wątpliwości co do tego, że nie w każdym przypadku można dowieść, że wystąpienie pandemii koronawirusa może być traktowane jako *siła wyższa*. Czy zatem ma sens poszukiwanie świętego Graala, tj. idealnej definicji *siły wyższej*, czy też może powinniśmy koncentrować wysiłki na precyzyjnej notyfikacji faktów, na podstawie, których będzie można udowodnić wpływ pandemii na założone koszty realizacji robót i terminy umowne? Kwalifikacja prawna i kontraktowa właściwie notyfikowanych faktów i ich wpływu nie powinna nastroczyć większego kłopotu dobremu prawnikowi.

6 Klauzula 8.5(d) warunków kontraktowych FIDIC 2019

7 Patrz np. badania prowadzone Kashiwagi Solution Group przy wdrażaniu metody BVA.

8 Ryzyka techniczne mogą zależeć od przyjętej metody realizacji przedsięwzięcia.

9 <https://fidic.org/sites/default/files/COVID%2019%20Guidance%20Memorandum%20-%20PDF.pdf>



SĄD ARBITRAŻOWY
PRZY STOWARZYSZENIU
INŻYNIERÓW DORADCÓW
I RZECZOZNAWCÓW

Sąd dedykowany w sprawach budowlanych

www.arbitraz-sidir.pl



MACIEJ KAJRUKSZTO

mgr inż. Maciej Kajruksztó – Inżynier
Konsultant, Członek SIDiR, Partner
Zarządzający CAS

Dokumentowanie i dowodzenie wpływu pandemii na roszczenia związane z dodatkowym kosztem i przedłużeniem czasu na ukończenie

Realizacja nawet najlepiej przygotowanego procesu budowlanego poddaje się różnego rodzaju zakłóceniom. W wielu przypadkach żadna ze stron projektu nie ma na to wpływu. Pandemia spowodowana koronawirusem jest przykładem takiego zakłócenia, klasyfikowanego często jako wystąpienie siły wyższej.

Wszyscy odczuwamy skutki pandemii, bo dotknęła praktycznie każdej dziedziny życia zawodowego i prywatnego. Intuicyjnie oczywiste jest, że również branża budowlana nie uchroniła się od jej negatywnego wpływu. Niestety bardzo często strony różnią się w ocenie oddziaływania zakłóceń wywołanych pandemią na realizację zamówienia. Czy to oznacza, że dokumentowanie wpływu COVID-19 i ewentualne opinie rzeczoznawców mają służyć udowadnianiu oczywistości?

Indywidualna ocena wpływu

Zasadnym jest pytanie, czy pandemia wpłynęła na wydłużenie terminu lub wzrost kosztów realizacji w jednakowym stopniu dla każdego projektu budowlanego? Niepowtarzalność projektów budowlanych, charakterystyczna właśnie dla tego typu przedsięwzięć, generuje konieczność wykonania indywidualnej oceny wpływu zakłóceń na dany projekt. Każdy projekt ma niepowtarzalną lokalizację i związane z nią warunki zastane, inny zakres rzeczowy, terminy realizacji, dostęp do zasobów i warunki zewnętrzne. Nie ma dwóch identycznych projektów budowlanych. Nie można zatem oczekiwać, że bez analizy danego projektu można stwierdzić w sposób szczegółowy, jak pandemia przyczyniła się do zmiany terminu i kosztu jego realizacji.

Chcąc wykonać taką analizę stajemy przed koniecznością kwantyfikacji wpływu zakłóceń, w tym takich, które z pozoru mogą wydawać się niepoliczalne. Kluczowy tutaj jest wybór odpowiedniej metody analitycznej, która uzależniona jest między innymi od specyfiki projektu, fazy, w której się znajduje, specyfiki samych zakłóceń i wreszcie, zakresu dostępnych informacji i dokumentów.



Południowa Obwodnica Warszawy, Zadanie A, fot. Katarzyna Adaszyńska, wykonawca: Astaldi

Pandemia w różny sposób oddziałuje także na poszczególnych uczestników procesu inwestycyjnego. W przypadku projektantów, inżynierów kontraktu i zamawiających zakłócenia dotyczą głównie dostępności kadry inżynierskiej, świadczącej w dużej mierze usługi intelektualne. W przypadku wykonawców zasoby ludzkie pozostające pod wpływem pandemii to także pracownicy fizyczni. Innym istotnym elementem jest zaburzenie łańcucha dostaw materiałów i urządzeń, a także utrudnienie dostępu do specjalistycznego sprzętu.

Fazy pandemii

Niezależnie od indywidualnego charakteru poszczególnych projektów, wpływ pandemii na ich realizację zmieniał się także na przestrzeni czasu. Pierwsze zakłócenia, występujące na początku pandemii (marzec-maj 2020) wynikały głównie z wprowadzonych nowych regulacji: restrykcji i ograniczeń, drastycznie ingerujących w organizację procesów na budowie. Te ograniczenia, które w podobnym zakresie wprowadzono na całym świecie wpłynęły na problemy z dostawami i dostępnością zasobów niezbędnych do realizacji robót budowlanych.

Kolejne fale pandemii (jesień 2020 i później) przyniosły nam wzrost zakażeń i nie dające się przewidzieć kwarantanny dotyczące już bezpośrednio personelu realizującego prace na budowie. Przy tym restrykcje wynikające z nowych regulacji wcale nie malały, a czas ich obowiązywania znacząco się wydłużał.

Obecnie negatywny wpływ pandemii bardziej odczuwalny jest po stronie urzędów i administracji publicznej niż na samych budowach i objawia się opóźnieniami postępowań administracyjnych, dotyczących wydawania pozwoleń i decyzji urzędowych. Świadczy to o tym, że branża budowlana dostosowała się do nadzwyczajnych warunków realizacji nadspodziewanie sprawnie.

Wraz z przedłużaniem się pandemii i okresu obowiązywania restrykcji zwiększyły się również prognozy opóźnień w realizacji projektów inwestycyjnych. Powszechnie obserwuje się

również wzrost kosztu ich realizacji. Zjawisko to występuje szybciej niż spodziewano się na początku pandemii, jednak same wzrosty okazały się niższe niż prognozowano.

Dokumentacja roszczeń

W przypadku dochodzenia roszczeń, czy to związanych z wydłużeniem terminu realizacji danego projektu, czy ze wzrostem jego kosztu w wyniku COVID, rynek nie wypracował na dzień dzisiejszy obowiązującego standardu. W praktyce powinniśmy jednak korzystać z dotychczas wypracowanych wzorów i dobrych praktyk modyfikując je do potrzeb. Dokumentacja roszczeń może być podzielona na trzy grupy chronologiczne, odpowiadające poszczególnym etapom w odniesieniu do zdarzeń związanych z pandemią:

Dane wyjściowe (przed pandemią)

Krytycznym punktem dla przygotowania skutecznego roszczenia jest posiadanie odpowiednich danych wyjściowych. Są to dane z etapu składania oferty, w tym planowany harmonogram realizacji robót oraz nakłady przewidziane do realizacji projektu, a także ich planowany koszt. Zaniedbania w tym zakresie są niemożliwe lub niezmiernie trudne do nadrobienia.

Dokumentowanie zdarzeń (w trakcie pandemii)

Drugi etap dotyczy realizacji prac, a więc dokumentowania zakłóceń w realizacji. W oczywisty sposób dotyczy on okresu trwania pandemii, choć co do zasady właściwy jest każdemu rodzajowi zakłóceń.

Konieczne jest gromadzenie danych z okresu wystąpienia pandemii zależne od obszarów wystąpienia zakłócenia w realizacji projektu, takie jak:

- korespondencja z urzędami, podwykonawcami, dostawcami, dotycząca np. opóźnień w dostawie materiałów i urządzeń oraz braku dostępności pracowników fizycznych lub podwykonawców,



Budowa basenu Katowice ul. Wczasowa, fot. Grzegorz Dukata, wykonawca: ERBUD

- dokumenty potwierdzające absencję pracowników związane z zachorowaniem, kwarantanną, dodatkowymi urlopami na opiekę, itd.
- dokumentacja zmian organizacji pracy i zmian okoliczności (nawet tych najbardziej oczywistych jak wykonanie przepisów sanitarnych i jego skutki lub dotyczących wszystkich stron procesu, takich jak przesunięte lub odwołane terminy spotkań, odbiorów, dłuższe oczekiwanie na decyzje itd.).

Analiza skutków zdarzeń (po pandemii)

Trzecią fazą dokumentacji roszczeń jest kwantyfikacja skutków zakłóceń. Analiza taka jest częścią dokumentacji, która może być sporządzona po ustaniu występowania zakłóceń, a więc po zakończeniu realizacji lub po ustaniu zakłóceń spowodowanych pandemią.

Porównanie pierwotnego planu realizacji inwestycji (co do czasu i zasobów, a także związanymi z nimi kosztami) z rzeczywistą (zakłóconą) realizacją projektu umożliwia wyznaczenie uprawdopodobnionej różnicy wynikającej z zakłóceń.

Skutki zdarzeń

Skutkiem zdarzeń związanych z pandemią może być wydłużenie czasu i wzrost kosztów realizacji.

Dodatkowy czas realizacji może być związany z:

- brakiem możliwości rozpoczęcia robót budowlanych,
- przerwaniem realizacji robót budowlanych,
- wydłużeniem realizacji robót budowlanych.

Dodatkowe koszty mogą natomiast wynikać z:

- konieczności stosowania reżimu sanitarnego i ponoszenia

na to nieprzewidzianych nakładów,

- padku wydajności w wyniku zmian organizacji pracy wymuszonych stosowaniem reżimu sanitarnego,
- spadku dostępności i zmniejszenia konkurencji w zapewnieniu koniecznych zasobów, konieczności renegotiacji umów z podwykonawcami i dostawcami,
- ogólnych zmian cen na rynku materiałów i usług dla budownictwa z powodu pandemii,
- wymuszonych nakładów kosztów na zmiany technologii i organizacji pracy w wyniku pandemii,
- wydłużeniem terminu realizacji projektu i tym samym koniecznością ponoszenia dodatkowych kosztów pośrednich.

Odbiór wpływu pandemii przez specjalistów branży budowlanej

Aż 90% respondentów badania SIDiR zrealizowanego w trakcie Konferencji wskazało, że pandemia ma wpływ na toczące się procesy budowlane (63% – wpływ umiarkowany, 15% – wpływ duży, 11% – wpływ bardzo duży, a 1% uznało że ma wpływ krytyczny). Jedynie 8% respondentów uznało, że wpływ pandemii na toczące się projektu budowlane jest słaby, a 3% respondentów odpowiedziało, że nie jest w stanie określić tego wpływu.

Respondenci odpowiadając na pytanie dotyczące przyszłych procesów inwestycyjnych (z uwzględnieniem takich, które rozpoczęły się w okresie pandemicznym) są zgodni, że pandemia będzie na nie oddziaływać, przy czym aż 75% ankietowanych twierdzi, że wpływ ten będzie znaczący a jego skutków nie można przewidzieć.

Znaczna większość respondentów przewiduje, że pandemia doprowadzi do wzrostu liczby sporów.

Obowiązek informacyjny przewidziany w Tarczy Antykryzysowej

Wpływ pandemii na realizację projektów budowlanych jest bezsporny i to nie tylko w świetle tych badań. Ustawodawca wskazuje w tzw. Tarczy Antykryzysowej, że aby możliwe było dokonanie ewentualnej zmiany umowy realizowanej w ramach zamówień publicznych strony powinny potwierdzić wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 przedstawiając stosowne dokumenty oraz oświadczenia. Mogą one dotyczyć w szczególności:

- nieobecności pracowników lub osób świadczących pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia;
- decyzji wydanych przez Głównego Inspektora Sanitarnego lub działającego z jego upoważnienia państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego, w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, nakładających na wykonawcę obowiązek podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych;
- poleceń wydanych przez wojewodów lub decyzji wydanych przez Prezesa Rady Ministrów związanych z przeciwdziałaniem COVID-19;

- wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych;
- okoliczności, o których mowa powyżej, w zakresie w jakim dotyczą one podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.

Znaczące jest tutaj uwzględnienie przez ustawodawcę możliwości przedstawienia także „oświadczeń”, potwierdzających wpływ okoliczności związanych z pandemią na realizację projektu. Wydaje się to pozostawieniem stronom pewnej furtki do porozumienia, gdyby wpływ tych okoliczności nie był udokumentowany w standardzie w innych wypadkach wymaganym przy realizacji takich przedsięwzięć.

Niewątpliwie dla nas, osób zawodowo zajmujących się skutkami zakłóceń w procesach inwestycyjnych, najbliższy czas będzie pełen wyzwań i będziemy musieli być gotowi na wiele niestandardowych działań. Najważniejsze jednak, żeby w procesie dochodzenia do rozwiązań satysfakcjonujących strony najmniej uwagi poświęcać na udowadnianie oczywistych okoliczności.

Niewątpliwie dla nas, osób zawodowo zajmujących się skutkami zakłóceń w procesach inwestycyjnych, najbliższy czas będzie pełen wyzwań i będziemy musieli być gotowi na wiele niestandardowych działań.



Budowa Autostrady A2, 2011 r., fot. Rafał Bałdys, wykonawca: EUROVIA



ANDRZEJ GRABIEC
Członek SIDiR, Inżynier CML
CONSTRUCTION SERVICE

Czy wykonawcy wykorzystują pandemię do ukrycia swoich opóźnień w realizacji inwestycji i innych problemów.

Na eleganckim raucie pewien dżentelmen, miłośnik logiki twierdził, że na każde pytanie zamknięte można i powinno się odpowiadać krótko: tak lub nie. Jego rozmówca zapytał więc: „czy przestał już pan bić swoją żonę”. Ta nieco podstarzała anegdota oddaje charakter pytania będącego tematem przewodnim panelu dyskusyjnego, w którym miałem przyjemność i zaszczyt uczestniczyć. Temat panelu, jakkolwiek przewrotny i z tezą, zawiera szereg zagadnień, które należy poruszyć aby dojść do odpowiedzi na pytanie: „Czy wykonawcy wykorzystują pandemię do ukrycia swoich opóźnień w realizacji inwestycji i/ lub innych problemów?”.

Poniżej postaram się przybliżyć te kwestie, które uważam za istotne dla tego tematu.

Czy pandemia COVID przeszkadza w realizacji inwestycji budowlanych?

Odpowiedź na to pytanie na pierwszy rzut oka wydaje się oczywista – tak, przeszkadza. Jednak gdy przyjrzymy się bliżej sytuacji w budownictwie można ulec wrażeniu, że niekoniecznie. Branża budowlana w porównaniu do innych gałęzi gospodarki, zwłaszcza tych objętych lockdown-em wydaje się oazą szczęśliwości. Należy zauważyć, że wszystkie strony procesu budowlanego włożyły sporo wysiłku by wpływ pandemii na proces inwestycyjny był możliwie niewielki. Dotyczy to właściwie wszystkich, od Ustawodawcy, przez Ministra Infrastruktury, zamawiających centralnych, lokalnych, nadzory aż do wykonawców. Wykonawcy wdrożyli na budowach możliwe do zastosowania środki ostrożności, zamawiający przyjęli procedury dotyczące skróconych terminów dokonania płatności, Minister wprowadził monitoring w postaci cyklicznych spotkań, zaś Ustawodawca uchwalił nowe przepisy mające ułatwić lub choćby zachęcić do wzajemnego uznawania przez strony przeszkód w realizacji inwestycji.

Niemniej jednak samo wdrożenie tych nadzwyczajnych środków oznacza, że jest przyczyna aby je wprowadzać. To znaczy, że przeszkody w realizacji inwestycji realnie istnieją. Tak jak pandemia przeszkadza nam w codziennym życiu tak również przeszkadza nam w tym co nazywamy życiem zawodowym.

Osobną sprawą jest rozstrzygnięcie czy te przeszkody mają wpływ na terminy i koszty realizowanych inwestycji. Niektóre przeszkody w realizacji kontraktów, do pewnego ich natężenia i częstości występowania da się niwelować lub minimalizować różnymi środkami. Nie oznacza to jednak, że okoliczności utrudniające realizację kontraktu nie wystąpiły. Oznacza to najczęściej tyle, że zostały podjęte odpowiednie środki minimalizujące lub niwelujące czynniki negatywne. Minimalizowanie opóźnień najczęściej wiąże się z dodatkowymi nakładami finansowymi na realizację tego celu.

Co ciekawe uczestnicy Konferencji podobnie oceniają to zagadnienie. Jak wynika z ankiet uczestnicy ocenili, że pandemia ma wpływ na realizowane inwestycje (tylko 7% odpowiedzi – słaby lub bez wpływu) oraz, że z pewnością będzie miała wpływ na przyszłe inwestycje (0% odpowiedzi – nie wpłynie na przyszłe procesy inwestycyjne).

Uczestnicy Konferencji są praktykami realizacji inwestycji, zatem te odpowiedzi należy uznać za ich ocenę faktów.

Komu przeszkadza pandemia COVID.

Najkrótsza lecz w mojej ocenie najbardziej trafna odpowiedź brzmi – wszystkim. Chyba każda ze stron procesu budowlanego miała przypadki zakażeń wśród swojego personelu. Wszyscy również podejmowali środki by możliwie zabezpieczyć swój personel przed takimi zdarzeniami. Dla osób pracujących głównie przy komputerze sytuacja pandemii otwierała nowe możliwości, sposoby komunikacji i narzędzia pracy, tak, że istotna część uczestników Konferencji (43% uczestników ankiet) oceniła, iż ta sytuacja przyczyniła się do zwiększenia ich wydajności. Niemniej jednak operator sprzętu budowlanego, kierowca czy murarz nie był i na razie nie będzie w stanie pracować zdalnie. Już te fakty pokazują, że różne strony procesu budowlanego zostały w różny sposób dotknięte pandemią. Najbardziej zostały dotknięte podmioty, które bezpośrednio realizują roboty budowlane czyli wykonawcy i podwykonawcy, najmniej projektanci i nadzory. Te konkluzje są zbieżne ze wskazaniami uczestników Konferencji z przeprowadzonych ankiet. Co ciekawe uczestnicy ankiet wskazali, że sytuacja pandemii właściwie nie dotyka nadzorów (0% wskazań – również wśród przedstawicieli nadzorów).

Jak przeszkadza sytuacja pandemiczna – problem z dokumentowaniem wpływu.

Skoro wystąpiły okoliczności utrudniające realizację inwestycji i dotyczą one każdej ze stron, to każda ze stron może podnosić te okoliczności jako uzasadnienie własnych przeszkód. Zatem

(i o ile?) niż przy pracy zdalnej lub hybrydowej? Jak skutecznie wykazać, że brak brygady robót branżowych wpłynął na postęp całej inwestycji i że nie dało się skutecznie pozyskać na rynku innej brygady? Wreszcie – jak prawidłowo planować w sytuacji, gdy wszyscy spodziewamy się, że wystąpi coś niespodziewanego – bo w mojej ocenie tak należy interpretować przewidywania uczestników ankiet, którzy zgodnie wskazywali, że pandemia będzie miała wpływ na przyszłe inwestycje (0% odpowiedzi, że pandemia nie wpłynie na przyszłe procesy inwestycyjne).

Problem polega na tym że przeszkody spowodowane przez COVID mają charakter punktowy i jest on taki, że gdyby te okoliczności wystąpiły w sposób wyizolowany, większość z nich nie miałaby istotnego wpływu na terminy realizacji i niewielki wpływ na koszty realizacji. Jednak to, że występują razem sprawia, że ich łączny skutek jest istotny. Są to roszczenia skumulowane związane z utratą wydajności. Sformułowanie takich roszczeń jest trudne, zaś ich analiza wymaga wiedzy i przygotowania. Przy ich opracowaniu konieczne jest zbudowanie modelu planowanej realizacji opartego na zakładanych wydajnościach, a następnie metodologii uwzględnienia poszczególnych zakłóceń i przeniesienia ich na globalny harmonogram. Na to nakładają się zwykle mniejsze lub większe różnice postępu robót z harmonogramem wynikające z wewnętrznych uwarunkowań po stronie wykonawcy. W swojej pracy zawodowej spotkałem się z jednym przypadkiem akceptacji takiego dużego roszczenia przez Inżyniera. Jednak na kolejnym etapie Zamawiający nie uznał rekomendacji i odrzucił roszczenie. To pokazuje problem, przed którym stoją inwestycje – wszyscy wiemy, że okoliczności wystąpiły, wszyscy wiemy, że przeszkadzają, nie mamy jednak dobrej metody by jednoznacznie i bezspornie wykazać racje stron, zwłaszcza w przypadku gdy jedna z nich nie byłaby chętna do tego by usiąść przy stole negocjacyjnym.

To pokazuje problem, przed którym stoją inwestycje – wszyscy wiemy, że okoliczności wystąpiły, wszyscy wiemy, że przeszkadzają, nie mamy jednak dobrej metody by jednoznacznie i bezspornie wykazać racje stron, zwłaszcza w przypadku gdy jedna z nich nie byłaby chętna do tego by usiąść przy stole negocjacyjnym.

należy zastanowić się co i jak dokumentować aby przekonać drugą stronę do swojej argumentacji.

Główne okoliczności nie podlegają dyskusji – pandemia występuje. Myślę, że tu nie ma problemu dowodowego. Sytuacja jednak komplikuje się gdy trzeba wykazać jakie konkretnie utrudnienie spowodowała pandemia i jak to utrudnienie wpłynęło na realizację.

Wskazanie konkretnych utrudnień nie jest zwykle wielkim problemem – może to być choroba lub kwarantanna (w konsekwencji brak) personelu kluczowego i produkcyjnego, braki lub opóźnione dostawy, praca zdalna lub hybrydowa. Jednak prawdziwym wyzwaniem jest wykazanie jak te pojedyncze okoliczności przekładają się na globalny harmonogram realizacji zwłaszcza dużej inwestycji. Jeśli chory był kierownik budowy to zastępował go zwykle któryś z kierowników robót. Jak zatem wykazać, że ta nieobecność odbiła się na realizacji? Jak wykazać, że pracując nad jednym dokumentem zespół w biurze jest bardziej wydajny

spornie wykazać racje stron, zwłaszcza w przypadku gdy jedna z nich nie byłaby chętna do tego by usiąść przy stole negocjacyjnym.

Znacznie łatwiej jest przy całkowitym wstrzymaniu robót. Wtedy można zbudować narrację wpływu pandemii na całkowity brak możliwości prowadzenia robót. Nie ma problemu rozproszonych efektów wpływu pandemii.

Oczywiste jest, że sama sprawa wpływu okoliczności jest bardzo indywidualna. Zasadniczo częstotliwość występowania przeszkód odpowiada kolejnym falom epidemii i nasilenie tych przeszkód odpowiada intensywności kolejnych fal. Dlatego należy się spodziewać, że trzecia fala epidemii przyniesie największe natężenie przeszkód w realizacji kontraktów.

Jak te przeszkody mają się do typowych okoliczności innych roszczeń.

Tym pytaniem zbliżamy się do zagadnienia wykorzystywania epidemii przez poszczególne strony. Chodzi o charakter



Fot. Quality Studio

roszczenia związanego z pandemią. Patrząc na same okoliczności są one z pewnością wyjątkowe. Jeszcze dwa lata temu nikt by się nie spodziewał, że będziemy doświadczać takich ograniczeń w naszym codziennym życiu. Jednak przyglądając się schematowi formalnemu postępowania w tych okolicznościach zauważymy, że nie różni się on zasadniczo od pozostałych roszczeń.

Aby powstało roszczenie winna istnieć podstawa formalna (umowna, prawna) oraz powinny wystąpić okoliczności faktyczne przewidziane tymi podstawami formalnymi. Gdy uważamy, że roszczenie zaistniało należy sprecyzować jego wymiar, czyli określić o co rościmy. W tym schemacie roszczenia związane z pandemią nie różnią się zasadniczo od każdego innego roszczenia. Formalnie jest to takie samo roszczenie jak każde inne roszczenie. Oczywiście pozostają problemy dowodowe, o których była mowa powyżej, niemniej jednak w schemacie kontraktowym powinno to działać podobnie.

Czy Wykonawcy wykorzystują okoliczności pandemii w realizacji inwestycji.

Po całym powyższym wywodzie odpowiedź na to pytanie nasuwa się intuicyjnie. Wykonawcy nie tyle wykorzystują okoliczności, co uzasadniają swoje roszczenia danymi okolicznościami. Działają to analogicznie jak w przypadku każdych innych roszczeń.

Byłoby naiwnością twierdzenie, że przy tak wyjątkowej sytuacji, jaką jest pandemia niektórzy wykonawcy nie będą próbować uzasadniać, że wszystkie problemy w realizacji umowy wynikają ze stanu pandemii. Jednak gdyby nie było pandemii analogiczne działania na kłopotliwych kontraktach byłyby z pewnością podejmowane w oparciu o inne okoliczności. Stan pandemii, choć wyjątkowy co do charakteru nie jest niczym nowym jeśli chodzi o schemat działania. Pomimo, że jest z pewnością wygodniejszy jako uzasadnienie, jednak z uwagi na opisane powyżej kłopoty dowodowe wcale nie jest to okoliczność łatwa i oczywista do wykorzystania.

Czy Zamawiający wykorzystują okoliczności pandemii w realizacji inwestycji.

Stan pandemii jest jednak dobrą okolicznością, która wraz ze specjalnymi przepisami ułatwia działanie zamawiającemu. Podobnie jak w przypadku „regularnych” roszczeń ostatnie słowo należy do zamawiających. Przepisy dot. pandemii covid potwierdzają istniejące instrumenty prawne i ułatwiają podejmowanie decyzji zwłaszcza w zakresie zmiany terminów realizacji. Można podsumować, że wyjście z kryzysu pandemicznego leży w rękach zamawiających.

Istotne zagadnienia na przyszłość.

Obecnie jesteśmy w środku pandemii. Nie wiadomo jeszcze jak długo ona potrwa i jakie będą jej finalne skutki. Dotychczas nie występowały spektakularne, globalne ruchy na rynku. Były to raczej lokalne problemy poszczególnych kontraktów. Dodatkowo skutki globalne są zwykle wieloczynnikowe i ocena czynnika dominującego czy też rozkładu skutku w zależności od przyczyn jest niezwykle trudna, a często niemożliwa. W ostatnim okresie obserwowaliśmy istotne wzrosty cen stali, bitumów a także materiałów wykończeniowych. W niektórych asortymentach zaczynają występować braki na rynku. Istotnym zagadnieniem do rozstrzygnięcia będzie czy i jaki wpływ na te okoliczności miała pandemia covid. Czy wzrost cen stali był spowodowany światowym lockdownem i globalnymi brakami w produkcji, czy należałoby wziąć pod uwagę inne okoliczności. Z tymi zagadnieniami zostajemy na przyszłość jako z niewiadomą zarówno pod względem rozmiarów zjawiska jak i sposobów rozwiązania tych problemów.

W interesie wszystkich stron procesu budowlanego działajmy tak aby przekonać decydentów, żeby ewentualne sporne sprawy, zwłaszcza te związane z pandemią, rozwiązywane były zgodnie ze wskazaniami z ankiet, tj. w formie polubownej i terminie do 6 miesięcy od czasu zgłoszenia roszczenia, ale nie później niż do czasu odbioru robót.



MEC. PIOTR STENKO
Radca prawny, Kancelaria CMS

Roszczenia budowlane w rzeczywistości covidowej

Rozmawia: Rafał Bałdys Rembowski

Piotrze, podczas niedawnej konferencji SIDiR-u przeprowadziliśmy badanie ankietowe i dostaliśmy aż dwieście pięćdziesiąt odpowiedzi. W mojej ocenie odnieśliśmy sukces badawczy. Zapytaliśmy m.in. o rolę prawników na budowie. Prawnicy, których na konferencji było ponad połowa uczestników, uznali, że ich rola jest odpowiednia. Ale już inżynierowie w większości uznali, że prawnicy „rządzą na budowie”. Czy w twojej ocenie współczesny kontrakt budowlany może obejść się bez prawnika na budowie?

Piotr Stenko: Jeżeli mówimy o systemie zamówień publicznych, to w praktyce prawnik bardzo często jest angażowany już nie tylko w ramach postępowania przetargowego, ale również jest delegowany od razu po podpisaniu kontraktu. Z ostatnich wiadomości od naszych klientów wiemy, że często mają politykę delegowania co najmniej jednego prawnika na każdy kontrakt tak, żeby od początku zagwarantowane było wsparcie od strony prawnej. Jest to zrozumiałe o tyle, że pozwala minimalizować koszty późniejszego sporu i zapobiegać problemom, które mogłyby się pojawić w wyniku braku zaangażowania prawników od samego początku. Czy zgadzam się z tezą, że kontrakty są zarządzane przez prawników? Jest to dość daleko posunięte stwierdzenie, chociaż rozumiem, że inżynierowie, którzy odpowiadali na to pytanie, rzeczywiście widzą zwiększające się zaangażowanie prawników. Wynika to z tego, że w realiach zamówień publicznych kultura ugodowego rozwiązywania problemów praktycznie nie istnieje. Ostatnio co prawda zaczynamy widzieć zmiany, jeżeli chodzi o rynek zamówień publicznych i pojawia się pewien nacisk na mediacje oraz gotowość strony publicznej do negocjowania potencjalnych ugód. Sytuacja na rynku wyglądała jednak inaczej kilka lat temu, kiedy dominowała polityka „to nas pozwicie, to sąd wam przyzna rację”. Takie podejście sprawiło, że od strony wykonawców powstało zwiększone zapotrzebowanie na prawników, które obserwujemy do dnia dzisiejszego. W tym miejscu trzeba jednak zwrócić uwagę, że zmienia się zakres potrzebnego wsparcia prawnego, przynajmniej z perspektywy doradcy zewnętrznego. Od dłuższego czasu firmy budowlane się profesjonalizują i zadania, które kiedyś były automatycznie delegowane do kancelarii, obecnie w dużej mierze są wykonywane przez własnych roszczeniowców na kontraktach. W praktyce mamy więc zmianę zakresu zaangażowania prawników zewnętrznych i związaną z tym zmianę podziału zadań. Oczywiście zarządzanie roszczeniami dalej w pewnym zakresie jest powierzane kancelariom, ale raczej tę podstawową pracę wykonują wewnętrzni roszczeniowcy na kontraktach. Obecnie wypracowujemy pewną synergię i model współpracy pomiędzy osobami odpowiedzialnymi za realizację a osobami, które pełnią funkcje doradcze.

Przeprowadziłeś bardzo ciekawe rozróżnienie na kontrakty publiczne i na kontrakty komercyjne. Czy z tego, co mówisz, można wywnioskować, że w przypadku kontraktów komercyjnych udział prawników nie jest aż tak niezbędny?

Wydaje się, że wynika to z tego, że mniej spraw z kontraktów z rynku komercyjnego trafia ostatecznie do sądu. Musimy sobie zdać sprawę, że zaangażowanie prawników wynika wprost z rosnącej świadomości, że ileś lat po odbiorze albo odstąpieniu dana sprawa



Fot. Quality Studio

może trafić do sądu. I oczywiście obserwujemy kontrakty, które są rozliczane i realizowane tak, że zaangażowane strony są zadowolone, niemniej jednak mamy świadomość tych nagłówków mówiących o tsunami sporów budowlanych, które dwa trzy lata temu obserwowaliśmy w prasie. Oczywiście w tamtym czasie sporów rzeczywiście było dużo, co wynikało w znacznej mierze z innego modelu zarządzania kontraktami zarówno po stronie wykonawczej, jak i po stronie zamawiających publicznych. Pamiętajmy jednak, że siłą rzeczy pewne kategorie sporów uległy ograniczeniu, chociażby ze względu na zabezpieczenie pozycji podwykonawców na kontraktach publicznych. Gdy rozmawiam uczestnikami rynku komercyjnego mam wrażenie, że dla nich ugoda, aneks terminowy albo rozliczenie się w ramach innego kontraktu jest czymś naturalnym, szczególnie, że strony współpracują na różnych kontraktach, a często ich współpraca jest współpracą wieloletnią. Natomiast w przypadku strony publicznej, siłą rzeczy ze względu na ograniczenia ustawowe funkcjonuje „perspektywa jednego kontraktu”, a więc często nie ma możliwości wypracowania rozwiązania kompromisowego w sposób bardziej globalny (z tym, że zależy to oczywiście np. od wolumenu zamówień realizowanych przez danego wykonawcę). Z drugiej strony oczywiście zdarzają się sytuacje, gdy zamawiający odstępują od tej perspektywy, ale w tym przypadku najczęściej wiąże się to ze stosowaniem tak zwanych potrąceń krzyżowych wierzytelności z wcześniejszych lub innych kontraktów z wynagrodzeniem za kolejny kontrakt. Tego rodzaju sytuacje są mimo wszystko rzadkie i rzadki jest na szczęście dla wykonawców ten rodzaj „spojrzenia globalnego”. Jeżeli miałbym podsumować, to rynek komercyjny wydaje się być bardziej skłonny do ugód i do rozwiązywania problemów na bieżąco.

W jednym z pytań zapytaliśmy uczestników, czy w ich ocenie zamawiający i wykonawcy będą skłonni do podpisywania ugód. Respondenci aż w pięćdziesięciu ośmiu procentach stwierdzili, że nie, ponieważ zamawiający publiczni będą się obawiali kontroli instytucji trzyliterowych. Ale trzydzieści procent respondentów uważa, że tak, że właśnie będą skłonni podpisywać ugody, ponieważ to obniża koszty procesu i skraca czas rozstrzygnięcia sporu. Jak wytłumaczyć tę dychotomię?

Jeżeli chodzi o czynnik ludzki, czyli obawę decydentów po stronie zamawiających publicznych przed zawieraniem ugód, to występował on od lat. Ten aspekt raczej szybko nie zniknie, choć w ostatnim roku widać większą skłonność do zawierania ugód w ramach mediacji. Przedtem pewne spory były rozwiązywane w drodze ugód, zatwierdzanych przez sąd najczęściej w formie zaważeń do próby ugodowej, które stanowiły zwieńczenie wcześniejszej prowadzonych negocjacji. W takiej sytuacji sąd w pewnym zakresie kontroluje dopuszczalność ugody, co daje duży komfort psychiczny służbom zamawiających. Oczywiście wiadomo, że niezależnie od tego, czy mówimy o wykonawcy, czy o zamawiającym i jego służbach, ugody w oczywisty sposób obniżają koszty transakcyjne, włączając w to koszty procesu. O tym wie również Prokuratura Generalna, która co najmniej w niektórych przypadkach dość aktywnie zaczęła działać na rzecz kompromisowego rozwiązania sporów. Wydaje się, że niechęć do zawierania ugód dalej będzie pewnym ograniczeniem natury psychicznej, ale ona z biegiem czasu ma szansę stawać się coraz mniejsza. Już teraz widać znaczącą popularyzację mediacji nie tylko już w stosunku do kontraktów zakończonych, ale coraz częściej mediacja jest wykorzystywana w toku realizacji kontraktu.

Chcesz przez to powiedzieć, że idzie ku dobremu.

Widać światło w tunelu. Na pewno w ten sposób mogą być finalizowane spory w przypadkach, gdzie odpowiedzialność za zdarzenie zakłócające realizację kontraktu nie spoczywa po żadnej ze stron. Z mojego doświadczenia doradczego wynika, że w tego rodzaju sytuacjach zamawiający są skłonni czy to aneksować, czy też zawierać ugody dotyczącą tego rodzaju roszczeń. Moim zdaniem w tego rodzaju sytuacjach, czyli takich, gdzie do zdarzenia doszło na skutek przyczyn obiektywnych, popularność ugód w ramach mediacji będzie się zwiększała

Pytanie więc, dlaczego w jednym przypadku możemy stosować prostsze metody rozstrzygania tych sporów, a w innym wchodzimy w ścieżkę, która jest nieefektywna, również z punktu widzenia kosztów, które ten zamawiający musi ponieść?

Uwzględniając oczywiście specyfikę konkretnego kontraktu, bo wiadomo, że trochę inne rodzaje zakłóceń zdarzają się przy

inwestycjach liniowych, w energetyce, a jeszcze inne w ramach realizowanych najczęściej w oparciu o kontrakty B2B inwestycjach kubaturowych, to zaistniałe problemy i wiążące się z nimi wyzwania – uwzględniając drobne różnice pomiędzy poszczególnymi rodzajami inwestycji – są w znacznym stopniu zbieżne pod względem prawnym. Problemy te w zasadzie zawsze koncentrują się na kwestii przekazania albo niewłaściwego przekazania terenu budowy, a także wad w dokumentacji, ktokolwiek by za nią nie odpowiadał. W przypadku projektów zaprojektuj i wybuduj najczęściej trudnością dotyczą PFU i niemożności przewidzenia pewnych zdarzeń, jak np. robót ziemnych i te problemy siłą rzeczy zawsze będą występować. Z czego wynika ta różnica? Przez długie lata obowiązywała bardzo rygorystyczna ustawa o finansach publicznych, więc dyskutowany już wcześniej czynnik ludzki bardzo często przesądzał o tym, że ugody nie były zawierane. Wydaje mi się, że nadal w tle pozostaje to co nazwaliśmy czynnikiem ludzkim, który stanowi dodatkowe uzasadnienie dla działania typu: „pozвольmy to rozwiązać sądom”. Dzięki temu ciężar podejmowania decyzji dla danej osoby znika i jest przenoszony na sąd.

Od dłuższego czasu widać jednak na rynku pewne otwarcie na podstawową kwestię z perspektywy projektu, czyli na to, żeby taki projekt zakończyć i rozliczyć. Ale co ważne, zakończyć go wykonaniem robót, a nie odstąpieniem, kiedy tylko zaistnieje taka podstawa, co w praktyce spowoduje wieloletni, szacunkowo sześć – lub siedmioletni spór. I tu widać ogromną zmianę jakościową na plus, choć jest ona zmianą powolną, a w ocenie niektórych uczestników rynku zbyt powolną. Niemniej jednak zmiana ta powoli następuje i to cieszy.

Jest jeszcze jeden istotny czynnik. Obowiązujący reżim zamówień publicznych limituje możliwość zawierania aneksów, które tak naprawdę bardzo upraszczają rozwiązanie konfliktowych sytuacji. Często powstanie sporu jest konsekwencją tego, że gdzieś ktoś z różnych przyczyn nie podpisał aneksu. Na rynku B2B oczywiście takie kwestie sporne również występują, ale one są mniejszego wolumenu w ujęciu procentowym (w stosunku do wartości kontraktu) i przede wszystkim rzadsze.

Czy usprawnienie procesu rozstrzygania sporów nie spowodowałyby, że te kontrakty stałyby się zwyczajnie bardziej opłacalne?

Szybkie pozasądowe rozwiązanie sporu pozwala na zmniejszenie ekspozycji stron na ryzyko i związanych z nim kosztów. Osobiście cieszy mnie, że kwestia ponoszenia kosztów transakcyjnych przebiega się do szerszej świadomości i coraz częściej staje się argumentem przy podejmowaniu decyzji. Jeszcze niedawno pokutował pogląd mówiący, że spór potrwa „trzy, cztery, może pięć lat”, a potem jeszcze trzeba poczekać potencjalnie na rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego. W tym momencie, w przypadku dużych sporów należy się raczej liczyć z okresem sześciu, siedmiu lat (pomijając w tym momencie nawet kwestię ewentualnego zażalenia rozstrzygnięcia do Sądu Najwyższego).

Z perspektywy zamawiających, jeżeli mówimy o roszczeniach wykonawców, mamy przy takim długoletnim sporze ekspozycję na odsetki. Jeżeli chodzi o koszty obsługi prawnej, to dla strony publicznej zasadniczo nie są one znaczne ze względu na fakt, że doradztwo prawne jest w tym przypadku bardzo często zapewniane przez Prokuraturę Generalną, chociaż czasem też widoczne jest angażowanie kancelarii prywatnych (a w przypadku kontraktów samorządowych jest standardem). W momencie rozpoczęcia sporu te koszty nie zawsze są możliwe do przewidzenia, a tym samym nie jest możliwa pełna ocena sytuacji.

Z perspektywy wykonawcy oczywiście mamy analogiczną ekspozycję na ryzyko i musimy liczyć się kosztami obsługi prawnej. W przypadku wygrania sporu koszty te mają szansę nie być dużym obciążeniem w stosunku do wartości roszczeń. Powstają jednak także koszty finansowe, związane z zaciąganiem gwarancji etc. i to wszystko musimy uwzględnić. Rozliczenie kontraktu oraz poznanie rzeczywistego wyniku finansowego może nastąpić nawet w perspektywie do dziesięciu lat, jeżeli po drodze mamy jeszcze okres przedawnienia. Pamiętajmy także, że mało kto idzie do sądu chwilę po odbiorze więc siłą rzeczy mamy tu wydłużenie perspektywy czasowej. Jeśli uwzględnimy te wszystkie czynniki, widać wyraźnie, że cały ten proces jest bardzo nieopłacalny i z tej perspektywy ADR (ang. *alternative dispute resolution*, tzw. alternatywne metody rozstrzygania sporów – przyp. red.) wydaje się lepszym rozwiązaniem. Swoją drogą jakaś forma ADR już w toku realizacji kontraktu mogłaby się sprawdzić, z tym zastrzeżeniem, że wyniki musiałyby podlegać weryfikacji sądu. W tym kontekście pożądanym byłoby powszechne stosowanie komisji rozjemczych, które na czas prowadzenia kontraktu rozstrzygałyby kwestie sporne w sposób wiążący dla stron.

Można odnieść wrażenie, że prawnikom może nie zależeć na usprawnieniu tego procesu, bowiem na przestrzeni dziesięciu, być może piętnastu lat, wyrosły kolejne pokolenia prawników, które się wyspecjalizowały na prowadzeniu tego typu spraw, które są, przypuszczam pokaźnym źródłem przychodu dla tych kancelarii. Szacowaliśmy kiedyś, że roczne koszty całej branży budowlanej to jest mniej więcej w granicach trzystu, trzystu pięćdziesięciu milionów na obsługę prawną procesów. To są koszty, które nie wnoszą żadnej wartości do samego procesu inwestycyjnego, oprócz oczywiście rozwoju branży prawnej, uzupełniania i ubogacania linii orzeczniczych i tak dalej. A przecież wybudowane drogi, oczyszczalnie czy dworce już powstały, ale okazuje się, że koszty budowy wciąż rosną, a przez to mocniej spada efektywność pracy w budownictwie, która jest niższa nawet od pracy na roli.

Czy tutaj branża prawna blokuje rozsądne próby zmiany tego stanu rzeczy, bo jest jej to na rękę, czy też są inne obiektywne czynniki, które powodują, że idzie to tak mozolnie. No bo te dziesięć lat, o których wspominałeś, no to żadną miarą nie da się powiedzieć, że to jest sprawnie.

Odpowiadając na to pytanie trzeba sobie podzielić branżę prawną na sektor obsługujący wykonawców i zamawiających, gdyż ich perspektywy będą odmienne. Oczywiście w przeciągu ostatnich kilkunastu lat wykształciły się podmioty, które specjalizują się w doradztwie związanym z rozstrzyganiem sporów, z realizacją inwestycji, a spore grono podmiotów usiłuje się w tym zakresie wyspecjalizować. Ja wolę doradzić zawsze drogę kompromisową, gdyż mimo wszystko, jeżeli spór jest nieunikniony, to ten moment nastąpi. Generalnie jednak ugoda czy rozwiązanie kompromisowe jest rozwiązaniem komercyjnie lepszym, czy to z perspektywy realizacji, czy zamknięcia kontraktu z pozytywnym wynikiem finansowym. A jaka jest perspektywa prawników? Czy prawnikom rzeczywiście zależy na tym, żeby tych sporów było jak najmniej? Przynajmniej z mojej perspektywy, pomimo tego, że mowa tu o sporach ciekawych, stanowiących wyzwanie intelektualne, to raczej nie ma przyszłości w reprezentowaniu mocodawców w postępowaniach, które nie mają żadnego sensu i na koniec dnia stanowią wyłącznie obciążenie dla klienta. Z naszej perspektywy liczy się, aby konflikt mógł być zakończony

szybko i efektywnie oraz z sukcesem dla klienta, a my wtedy możemy przejść do kolejnego tematu.

W tym kontekście nie istnieje moim zdaniem „lobby prawników”, któremu zależy na sądowej eskalacji tego rodzaju roszczeń. Spory stanowią w tej branży raczej pokłosie pewnych zachowań wymuszonych przez otaczające nas środowisko normatywne, na które – jak wynika z mojego doświadczenia, jak to się zdarza w biznesie – potrafią się jeszcze nałożyć pewne kwestie personalne.

Ja stawiam taką tezę, że gdyby udało się szerzej je wykorzystywać ADR, to prawnicy i tak mieliby bardzo dużo pracy. Nadto, wydaje mi się także, że właśnie wtedy można by wykorzystać w pełni potencjał tych zasobów, ponieważ wyniki finansowe tego typu działań są nieporównywalnie wyższe.

Tak zwane „sprawdzam” w zakresie m.in. efektów doradztwa związanego z prowadzeniem postępowań, które teraz następuje po wspomnianych średnio siedmiu latach trwania sporu następowaloby dużo szybciej. Byłby to dodatkowy czynnik w ocenie efektywności i profesjonalizmu prawników współpracujących z branżą. Spójrzmy na duże projekty z rynku B2B, gdzie doradztwa związanego z zapobieganiem sporom jest znacząco mniej, ale w to miejsce pojawiają się inne jego aspekty. Na rynku B2B głównym zadaniem stawianym przed prawnikiem nie jest analiza dokumentów pod kątem tego, co z danego dokumentu zostanie wyinterpretowane za sześć lat w ramach postępowania sądowego, tylko doprowadzenie do rozwiązania, jak to ładnie mówią Anglicy, commercially sensible, rozsądnego ekonomicznie. Tak widzę naszą rolę jako doradców prawnych.

W tym zakresie zgadzam się z tezą, że upowszechnienie ADR może pomóc branży i zapobiegać sporom nie wpływając negatywnie na ilość pracy dla prawników. Popularyzacja ADR może natomiast zapobiec często – przepraszam za określenie – bardzo bezsensownym sporom wynikającym z nieporozumień, które nierozwiązane u ich zarzewia następnie eskalują miesiącami i latami znajdując swój finał w sądzie. W tego rodzaju przypadkach, pomimo tego, że określony spór był – przy odrobinie bardziej kompromisowym i otwartym podejściu stron – możliwy do rozwiązania, np. właśnie przy użyciu mediacji jednak ostatecznie sprawą musi zająć się sąd. Większe wykorzystanie ADR przynosiłoby korzyść dla wszystkich stron, jak również i sądów. Posłużę się tu anegdotą – kiedyś od jednego z sędziów Sądu Okręgowego w Warszawie usłyszałem słowa kierowane do przeciwników reprezentujących stronę publiczną. Powiedział on, że dyscyplina finansów publicznych wymaga też uwzględnienia całokształtu kosztów, czyli również odsetek, które będą zasądzone od podmiotu publicznego, a także kosztów zaangażowania wymiaru sprawiedliwości. W tym duchu wykorzystanie ścieżki pozasądowej – czy nazwiemy to ADR-em, czy szerzej będziemy stosować komisję rozjemczą – jest działaniem również w interesie finansów publicznych. Przy realizacji dużych kontraktów infrastrukturalnych potrzebujemy szybkiego sposobu (nawet jeśli będzie on tymczasowy) rozwiązywania kwestii spornych.

Czy wykonawcy dochowują staranności przy, w swoich działaniach do tego, żeby przygotować się na wystąpienie sporu?

Ta świadomość jest od długiego czasu obecna i wykonawcy starannie przygotowują się na możliwość wystąpienia sporu. Widzę to m.in. w daleko idącej profesjonalizacji *claim managementu* – do kancelarii trafiają już materiały dobrze przygotowane,

et cetera. Pragnę jednak zwrócić uwagę, że istnieje rozróżnienie pomiędzy szykowaniem się na spór, a na bezsporną realizację kontraktu. Moją filozofią i w tym duchu doradzam klientom jest dążenie, aby kontrakt wykonać bez sporu. Jako prawnik w pierwszej kolejności procesowy oczywiście mam jednak z tyłu głowy scenariusz, że najprawdopodobniej ten spór może powstać i zarówno mój klient, jak i ja muszę być do niego dobrze przygotowany. W tym kontekście sprawdza się działanie zgodnie z maksymą „*jeśli chcesz pokoju, przygotuj się do wojny*”, co często pozwala na uniknięcie wieloletniego i kosztownego postępowania z korzyścią dla klienta. Choć oczywiście budowa, a zwłaszcza duże inwestycje, stanowią bardzo skomplikowany proces, a to w praktyce oznacza, że po którejś stronie może dojść do zakłóceń, których skutki mogą potem eskalować. Jeżeli nie uda się odpowiednio wcześniej zapobiec tej eskalacji, to rzeczywiście sprawa może trafić do sądu.

Apetyt na ryzyko firm budowlanych w okolicach 2015r. spowodował, że firmy miały wypelnione portfele zleceń zamówieniami głównie publicznymi oczywiście, ale oczywiście nie tylko. I przychodzi rok 2017, kiedy zaczynają drastycznie rosnąć ceny materiałów, usług podwykonawczych, etc. Branża budowlana powoli zaczyna coraz głośniej mówić o tak zwanej nadzwyczajnej zmianie stosunków. Czy udowodnienie takiej nadzwyczajnej zmiany stosunków to jakaś standardowa procedura?

Pojawia nam się znów temat roszczeń w budownictwie, nie tylko w kontekście naszej konferencji SIDiR-owskiej, ale szerzej. To, co powiedziałeś na początku, śmiejąc się, o rozwoju orzecznictwa, jest niestety świadectwem smutnego zjawiska, które obserwuję od dłuższego czasu. Historycznie pewne roszczenia „nie działały”, tj. nie były uwzględniane, bo nie mieściły się w percepcji czy też być może nie były odpowiednio przedstawione, a takie podejście zostało utrwalone w orzecznictwie. Przykładowo problemem branży wykonawczej było swego czasu wykreślanie litery B, dotyczące kosztów na kontraktach realizowanych w oparciu o warunki FIDIC. Część wykonawców szła w tym kierunku, że „wykreślenie litery B” nie wyklucza dochodzenia odszkodowania, a Sąd Najwyższy w konsekwencji, w 2016 roku orzekł, że wykreślenie litery B, zasadniczo nie wyklucza możliwości dochodzenia odszkodowania, w praktyce wskazując, że należy badać, jak strony rozumiały to wykreślenie B, czytaj: jak, jak rozumie to wykonawca, *et cetera*. Długość trwania kontraktów i postępowań sądowych skutkuje tym, że pojawia się opóźnienie pomiędzy powstaniem roszczenia a jego rozstrzygnięciem. Jest to o tyle bolesne dla branży, że podmioty, które nie mogą sobie pozwolić na długoletnie finansowanie sporu sądowego, często gdzieś po drodze „odpuszczają”, ewentualnie przegrywają, któryś z etapów sporu i rezygnują z dalszych prób wzruszenia wyroków. Jeżeli chodzi o nadzwyczajną zmianę stosunków, oczywiście tego rodzaju roszczenia były i są. Z mojej perspektywy dawno temu wyglądało to trochę tak, że roszczenie wywodzone w oparciu o *rebus sic stantibus* było postrzegane jako „sprzedawanie marzeń”, przy czym zastrzegam, że mowa tu o etapie początkowym. Potem nastąpiła zwyżka cen asfaltów, w konsekwencji której zostało wydane chyba powszechnie znane orzeczenie dotyczące kwestii wzrostu cen asfaltów. Tak więc ta sytuacja też się powoli zmienia.

Odnosząc się do kwestii udowodnienia takiej nadzwyczajnej zmiany stosunków, to kwestia wzrostu cen, czy też zaistnienia samego zjawiska nadzwyczajnej zmiany stosunków w danej branży, to o ile oczywiście istnieją pewne mechanizmy pozwalające na



Budowa hotelu MOXY w Pyrzowicach, fot. Grzegorz Dukata

uwzględnienie wiedzy powszechnej, to tak naprawdę to, czy przesłanki zaistniały, zawsze będzie oceniane w odniesieniu do tego konkretnego kontraktu. To w odniesieniu do konkretnej sytuacji i konkretnego kontraktu będzie oceniane to, w jaki sposób wykonawca kalkulował swoją ofertę, jak kalkulowali swoje oferty pozostali oferenci uczestniczący w przetargu, et cetera. To jest w głównej mierze kwestia przewidywalności, ryzyka i jego skutków. Oczywiście mechanizmy są wspólne dla rynku, ale to, w jaki sposób określony mechanizm przekłada się na dany kontrakt, należy badać indywidualnie. Z tej przyczyny nie możemy od razu przyjąć założenia: „tak, wszystkie kontrakty podlegają waloryzacji”, chociaż zjawisko jest tożsame. Byłbym bardzo zaskoczony gdyby polski sąd zastosował podejście w rodzaju: „oczywiście, nastąpiła nadzwyczajna zmiana stosunków, w konsekwencji wynagrodzenie podlega waloryzacji”. W obecnych uwarunkowaniach prawnych taka sytuacja się nie wydarzy, za to mogłaby mieć za to miejsce np. w przypadku w wprowadzenia wyspecjalizowanych sądów zajmujących się wyłącznie sporami budowlanymi. W takim scenariuszu, po pewnym czasie mielibyśmy szansę na daleko posuniętą specjalizację i rozwój *know how* co do warunków panujących w branży, a w konsekwencji mogłoby się pojawić obniżenie standardu dowodu wymaganego do wykazania samego zjawiska.

Pytanie moje związane oczywiście z dużo większym problemem całej branży, ono w pewien sposób się łączy z tym, co się wydarzyło w zeszłym roku. Przychodzi rok dwa tysiące dwudziesty i na wszystkie istniejące już problemy nakłada się jeszcze COVID. Czy w przypadku roszczeń covidowych również będziemy mieli do czynienia z takim podejściem do tych spraw?

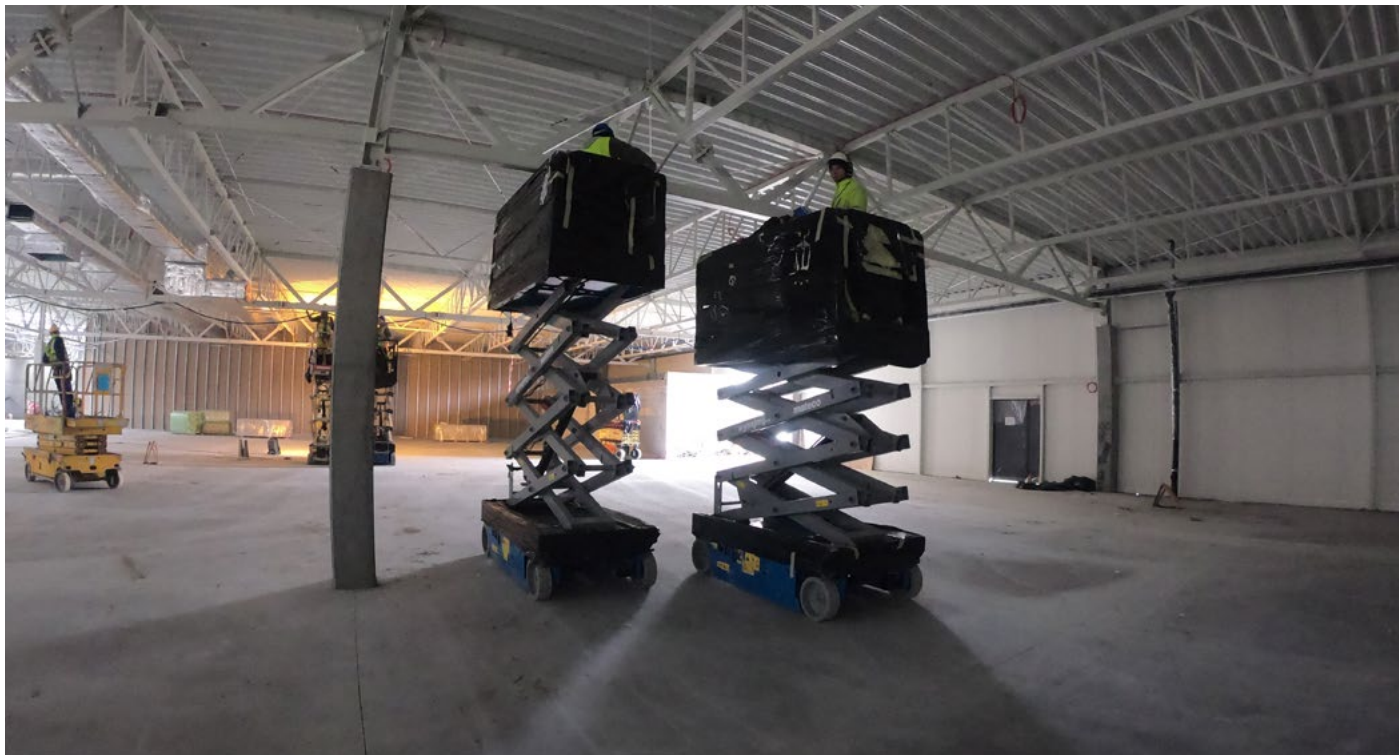
Cała dyskusja będzie się koncentrowała na wpływie pandemii na konkretnie realizowany kontrakt i to pandemii rozumianej zarówno jako występowanie określonej jednostki chorobowej, jak i skutków regulacyjnych w postaci określonych obostrzeń. Samo

wykazanie zaistnienia zjawiska będzie prostszym zadaniem, ponieważ pandemia po części okaże się zjawiskiem normatywnym, w tym sensie, że wynika z określonych regulacji, którymi dotknięte są nie tylko podmioty z branży, ale całe społeczeństwo, z uwzględnieniem sędziów.

No ale wzrost cen asfaltu, to nie jest wiedza tajemna, to była powszechna okoliczność, która dotknęła całą branżę

Po pierwsze nie mamy daleko posuniętej profesjonalizacji sądów. W praktyce oznacza to, że przez długie lata spory budowane trafiały do sądów cywilnych i do sądów gospodarczych, które nie musiały wiedzieć, że nastąpiła zwyżka cen asfaltu.

Po drugie, cały czas mówimy o pewnym przesunięciu czasowym. Zanim dojdzie do sporu i zanim ten spór trafi pod ocenę konkretnego sędziego, mija kilka lat. W konsekwencji oceniane jest zjawisko które wystąpiło kilka lat wcześniej, a wiedza potrzebna do oceny warunków biznesowych jest w tym przypadku bardziej historyczna niż bieżąca. Jeżeli ktoś nie funkcjonuje w danej branży to niekoniecznie będzie miał o takim zjawisku wiedzę, gdyż po prostu nie będzie takich zjawisk śledził. Trzymając się wcześniejszego przykładu, odnosząc się do problematyki sposobu wykazywania określonych zjawisk: za kilka lat wiedza na temat wystąpienia pandemii COVID – 19 w latach 2020/2021 (oby wyłącznie) będzie powszechna, będzie wiadomo że wprowadzono określone regulacje prawne, jednak wiedza na temat ceny asfaltów czy stali w określonym okresie zalicza się już do innej kategorii faktów, tj. faktów dla wykazania których potrzebna jest tzw. wiedza specjalna (specjalistyczna). To nie jest wiedza, która jest powszechnie dostępna dla każdego sędziego. Tego rodzaju okoliczności mniej powszechnie znane trzeba będzie wykazywać za pomocą biegłego, a stopień przykładowego wzrostu cen trzeba będzie wykazywać za pomocą dowodu z opinii biegłego czy instytutów naukowo-badawczych.



Fot. Grzegorz Dukata

Kolejny czas i kolejne koszty.

Niestety tak, chyba że nastąpi dalsza profesjonalizacja sądów, jak np. miała miejsce w zakresie postępowań w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej, gdzie spory zostały skoncentrowane przed Sądem Okręgowym w Warszawie.

Z badań wyszło nam, że o wiele trudniejsza będzie realizacja tych kontraktów, na które oferty zostały złożone już z chwilą, kiedy COVID już był, czyli wykonawcy składając ofertę wiedzieli, że składają rzeczywistości pandemicznej.

Na kontraktach budowlanych przynajmniej z perspektywy późniejszych rozstrzygnięć sądowych, bardzo ważna jest kwestia przewidywalności określonych zjawisk. Nie tylko w kontekście nadzwyczajnej zmiany stosunków, ale też w kontekście chociażby roszczeń z bezpodstawnego wzbogacenia, konieczności wykonania określonych zakresów robót, czasem ich ilości w zależności od kontraktu, PFU, *et cetera*. Obowiązuje tu zasada: jeżeli nie wiedziałeś, że COVID nastąpi, to tym bardziej nie mogłeś przewidzieć jego skutków. I dotyczy ona ofert składanych przed COVID-em i kontraktów zawieranych przed COVID-em, tu nie ma wątpliwości.

Wyzwanie pojawia się natomiast w zakresie *claim managementu*, gromadzenia materiału dowodowego na potrzeby przekonania czy to inżyniera, czy, zamawiającego, czy później sądu. Konieczne będzie bowiem wykazanie po pierwsze faktu, że nie można było danego zjawiska przewidzieć, a po drugie wykazanie dodatkowego wpływu COVID-u na realizację kontraktu, co będzie szczególnie utrudnione w przypadku kontraktów zawieranych w oparciu o oferty składane już w toku COVID-u, skoro samo zjawisko już występowało. Tu oczywiście podejrzewam, że zarówno ja, jak i koledzy z branży będziemy wskazywać, że być może pandemia jako zjawisko samo w sobie było możliwe do przewidzenia, ale trudniej było przewidzieć, jakim zmianom ulegały wprowadzane ograniczenia w prowadzeniu działalności

czy też inne np. w przemieszczaniu się personelu. Czy to będzie tak mocne uzasadnienie, jak w przypadku kontraktów przed-covidowych? Z pewnością będzie trudniejsze do wykazania, gdyż trzeba będzie oceniać sytuację przez pryzmat przewidywalności na moment składania oferty czy też nawet zawierania kontraktów. Z tej perspektywy możliwa jest pewna obrona zamawiających w przypadku kontraktów, w których oferta została złożona przed COVID-em, choć kontrakt już był zawierany w COVID-zie. Choć tu także należy liczyć się z argumentacją o możliwości niepodpisania umowy. To jest typowa argumentacja stosowana w przypadku kontraktów publicznych, gdzie pojawia się kwestia swobody zawierania umów (względnie jej braku). Z tych przyczyn będzie trudniej wykazać wpływ pandemii w przypadku kontraktów pocovidowych, gdzie będziemy spotykać się z podejściem: skoro było wiadomo, że dane zjawisko wystąpiło i że może wpłynąć na realizację kontraktu, to trzeba było je uwzględnić.

Wiesz doskonale, że to nawet nie jest wróżenie z fusów? Nie ma mądrego, który byłby w stanie w jakikolwiek sposób przewidzieć taki wpływ, a jeżeli byłby w stanie to przewidzieć, to oczywiście nie byłby w stanie złożyć konkurencyjnej oferty.

To jest pytanie o to, co można przewidzieć, a czego nie można przewidzieć w przypadku nowych ofert i kontraktów. Jeżeli składamy kontrakt po wystąpieniu COVID-u, to nie oznacza to, że realnie możemy w pełni oszacować całkowity wpływ tego zjawiska (wpływ poszczególnych scenariuszy wpływu takiego zjawiska) na kontrakt i jego realizację. Z drugiej strony mamy jednak większe możliwości korekty warunków niż w przypadku kontraktów przedcovidowych. Resumując nie zawsze da się przewidzieć wszystkie skutki, ale pewne konsekwencje dało się przewidzieć i dlatego w przypadku kontraktów pocovidowych czy składanych w toku COVID-u pozycja wykonawcy, jeżeli chodzi o kreowanie roszczeń, będzie niestety słabsza.



Małgorzata Kuczevska-Laska
Mediator gospodarczy, Członek SIDiR

Co jeśli nie sąd powszechny – czy mediacje mają szansę wpisać się w pejzaż inwestycji budowlanych?

Pomimo konsekwentnego wprowadzania przepisów promujących mediację, jej popularność w Polsce wzrasta bardzo wolno. Odsetek spraw skierowanych do mediacji w stosunku do wszystkich wpływających do sądów spraw jest ciągle niski i w pierwszym półroczu 2019 roku wyniósł zaledwie 1,18 proc.

Na świecie, alternatywne metody rozwiązywania sporów (ADR) są szeroko wykorzystywane. Mediacje od wieków obecne są w gospodarkach krajów azjatyckich. W zeszłym stuleciu mediacje bardzo rozpowszechniły się w Ameryce Północnej. Unia Europejska również mocno promuje ten sposób rozwiązywania sporów. Nieuniknionym zjawiskiem w krajach charakteryzujących się dużym wzrostem gospodarczym jest zwiększająca się liczba sporów. W Polsce w ostatnich dekadach obserwujemy szybki wzrost świadomości prawnej społeczeństwa, co przy rosnącej konkurencji na rynku, prowadzi do wzrostu liczby sporów sądowych. Efektem jest duże obciążenie systemu sądowego.

Za wykorzystaniem ADR przemawia wiele argumentów. Sprawy dotyczące inwestycji budowlanych są dla sądów zazwyczaj niezwykle pracochłonne i skomplikowane. Wymagają od sędziów ogromnej wiedzy o procesie inwestycyjnym, a przecież sędziowie są z zawodu prawnikami, a nie budowlaniami. Pociągają za sobą konieczność ustalenia stanu faktycznego w oparciu o zeznania wielu świadków, jak również zasięgnięcia opinii biegłych. Sam system pracy i powoływania biegłych sądowych jest w Polsce daleki od doskonałości. Na opinie czeka się długo i bywają one rozbieżne. No i wreszcie, prowadzenie sporu budowlanego w sądzie zazwyczaj ciągnie się latami.

Oczywistym jest, że popularyzacja mediacji, jako jednej z metod z ADR, może być istotnym czynnikiem odciążania sądów. Wydaje się, że idea ta przyświeca również zmianom wprowadzonym do Prawa Zamówień Publicznych (PZP). W przepisach obowiązujących od stycznia 2021 stosowanie mediacji w sporach powstałych w trakcie realizacji kontraktów zawieranych według przepisów PZP jest wprost uregulowane.

W trakcie dyskusji, paneliści zgodzili się, że nowe przepisy, choć nie rewolucyjne w stosunku do wcześniejszego stanu prawnego, mogą jednak mieć duży wpływ na częstsze stosowanie mediacji przy rozwiązywaniu sporów budowlanych. Zamawiający publiczni otrzymali w pewnym sensie wyraźną wytyczną i drogowskaz, iż mediacja jest prawidłowym i dozwolonym postępowaniem, zmierzającym do zakończenia sporu. Ustawodawca jednoznacznie pokazał, iż jego intencją jest przekazanie do mediacji także sporów wynikających z realizacji zamówień publicznych.

Przepisy PZP dotyczące mediacji, zawarte w art. 591-595, nie zmieniają przepisów o mediacji zwartych w Kodeksie Postępowania Cywilnego, a jedynie uściślają specyfikę postępowania przy zamówieniach publicznych. W praktyce wskazują mediatorów sądu polubownego przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, choć literalne



Fot. Quality Studio

brzmienie przepisu daje równe możliwości wyboru innych niezależnych mediatorów.

Sceptycy w nowych przepisach o mediacji mogą widzieć tylko konieczność dopełnienia kolejnego formalnego obowiązku przed oddaniem sprawy do sądu. No dobrze, skoro ustawodawca chce zorganizowania mediacji, to ją zrobimy, ale z góry wiadomo, że i tak z nic tego nie wyjdzie. W efekcie jeszcze bardziej wydłuży to i podniesie koszt rozstrzygnięcia sporu. I trudno im odmówić całkowicie racji, szczególnie jeśli się weźmie pod uwagę obecne podejście zamawiających do mediacji. Niemniej jednak, podkreślić należy, że dla zamawiających publicznych przepisy PZP to „biblia zamówień” i dzięki wprowadzonym zmianom, ich podejście do alternatywnych metod rozwiązywania sporów z pewnością będzie korzystnie ewaluować.

Mediacja wydaje się też być dobrym sposobem na rozstrzygnięcie sporów związanych z pandemią. W ustawie o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID – 19 z dnia 2 marca 2020 zawarto regulacje, które pozwalają na wprowadzenie zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zakazują potrącania kar umownych i dochodzenia przez zamawiającego zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Mimo konkretnego przepisu, zmiany w umowach wprowadzane na jego podstawie, niestety nie są oczywiste. W kontraktach budowlanych, roszczenia związane z pojawieniem się pandemii to nie tylko koszty zakupu środków higieny i dodatkowych środków zabezpieczających pracowników. Przy zmianie umowy trzeba również uwzględnić spadek wydajności pracowników, opóźnienia w pracy urzędów uczestniczących w procesie inwestycyjnym, brak terminowych dostaw, brak ludzi spowodowany wzmocnionymi zachorowaniami czy kwarantanną itp. Wszystkie te okoliczności bardzo utrudniają bezsporne i precyzyjne zmiany w umowach, akceptowalne dla wszystkich stron. W tej sytuacji bardzo pomocna może być mediacja.

Według specjalistów, w okresie pandemii dzień powszedni na budowach wyglądał inaczej niż zwykle. Panująca powszechnie choroba uniemożliwiła regularne spotkania Rady Budowy, Inżynier budowy też pojawiał się rzadziej. W efekcie wpłynęło to negatywnie na czas realizacji inwestycji. Spowolnienie mogło nastąpić z wielu przyczyn i obecnie trudno jest ustalić, gdzie zawinił Covid 19, a gdzie inne przyczyny pozostające po stronie wykonawcy czy zamawiającego, które prawdopodobnie by wystąpiły niezależnie od pandemii.

Tymczasem firmy budowlane nie mogą długo czekać. Pracują na niskich marżach, muszą realizować budowy zgodnie z harmonogramem, co wymaga efektywnego zarządzania kapitałem i pracami. Potrzebne są rozstrzygnięcia umożliwiające eliminowanie niepotrzebnych przestojów, sprawne kończenie inwestycji i ich rozliczanie. Często wykonawcy skłonni są do ustępstw w zamian za szybką płatność.

Zdaniem uczestników panelu, spory covidowe szczególnie nadają się do mediacji dlatego, że łatwiej w nich przyjąć, że można je rozstrzygnąć bez sądu. Decydujące się na mediację strony wyrażają wolę mediacji i tym samym czyniąc sobie wzajemne ustępstwa zmierzają do osiągnięcia porozumienia. Mediacja pozwala na kompleksowe załatwienie roszczeń, w przeciwieństwie do procedur z udziałem inżyniera projektu czy też komisji rozjemczej, które to rozstrzygają poszczególne roszczenia osobno. I w końcu, mediacja powoduje, że rozstrzygnięcie sporu jest pewne i należy do stron. W procesie sądowym strony całkowicie są zdane na orzeczenie sądu, które w pewnych okolicznościach może być niekorzystne dla wszystkich uczestników procesu.

Istotną cechą mediatora prowadzącego mediację powinna być znajomość tematu i branży, której sprawa dotyczy. Każdy spór powstaje na bazie specyficznych przesłanek właściwych dla danej fazy procesu inwestycyjnego. Umiejętność rozpoznawania przez mediatora przyczyn powstania sporu znakomicie pomaga w prowadzeniu stron do jego rozwiązania.

Decydujące się na mediację strony wyrażają wolę mediacji i tym samym czyniąc sobie wzajemne ustępstwa zacierają do osiągnięcia porozumienia. Mediacja pozwala na kompleksowe załatwienie roszczeń, w przeciwieństwie do procedur z udziałem inżyniera projektu czy też komisji rozjemczej, które to rozstrzygają poszczególne roszczenia osobno.

Z tego względu tworząc ośrodek mediacyjny przy SIDiR zadaliśmy, aby mediatorzy posiadali kompetencje w zakresie sporów budowlanych. Struktura ośrodka mediacji przy SIDiR oparta jest na wzorach i zasadach organizacji procesów inwestycyjnych, proponowanych przez FIDIC, Komisję Europejską (PRAG), Bank Światowy, a także Europejski Bank Odbudowy i Rozwoju (EBOR) i Europejski Bank Inwestycyjny (EIB). Członkami i mediatorami SIDiR są niezależni Inżynierowie Konsultanci, posiadający najwyższe kwalifikacje zawodowe, wiedzę i doświadczenie. Zarówno konsultanci jak i mediatorzy SIDiR bezwzględnie przestrzegają Kodeksu Etyki Niezależnego Konsultanta i zasad etyki mediatora.

W podsumowaniu wypowiedzi uczestników panelu należy podkreślić, że mediacje już wpisują się w pejzaż inwestycji budowlanych w Polsce. Jednak ich popularność jest ciągle mniejsza niż w innych krajach rozwiniętych. W badaniach ankietowych przeprowadzonych podczas konferencji, aż 34% respondentów reprezentujących stronę wykonawców wskazało mediacje jako najskuteczniejszy sposób rozwiązywania sporów, a 28% wskazało ugody pozasądowe, które w praktyce są osiągane w wyniku negocjacji lub mediacji. Można z tego wnioskować, że wykonawcy, w większości, preferują pozasądowe metody rozstrzygania jako racjonalnej alternatywy dla sporu sądowego.

Z drugiej jednak strony, wykonawcy w 58% nie mają złudzeń, że zamawiający publiczni nie są skłonni do podpisywania

ugód z obawy przed interwencją instytucji kontroli. W kontrastie do tych opinii, aż 30% respondentów jest przekonanych, że dla zamawiających zawieranie ugód jest korzystne ze względu na obniżenie kosztów procesu i skracanie czasu rozstrzygnięcia sporu. Te dramatyczne rozbieżności objawiają największy problem, przed jakim stoi popularyzacja ADR w Polsce, tj. z jednej strony mamy świadomość korzyści wynikających ze stosowania ADR, a z drugiej obawa przed podjęciem decyzji o skorzystaniu z takiego rozwiązania.

Popularyzacja ADR nie pozostaje bez związku ze skutkami pandemii, aż 84% respondentów uważa, iż w jej efekcie dojdzie do znaczącego wzrostu liczby sporów kontraktowych dotyczących budowlanych procesów inwestycyjnych. Wniosek z tego, że w najbliższej przyszłości można oczekiwać znacznie wydłużonego czasu orzekania sądów w tych sprawach.

W tej sytuacji wszyscy uczestnicy procesów inwestycyjnych powinni możliwie często rozważać korzystanie z ADR, gdyż jest to najbardziej racjonalny sposób sprawnej realizacji kontraktu, który pozwala na szybkie tagodzenie konsekwencji zakłóceń. Niewątpliwie udział mediacji w rozwiązywaniu sporów będzie zależał od stanowiska zamawiających i ich otwartości na korzystanie z tej metody. I w końcu, bardzo ważna w korzystaniu z mediacji okaże się decyzyjność i dojrzałość biznesowa menedżerów, zarządów i organów nadzorczych firm prowadzących największe inwestycje w Polsce.



Południowa Obwodnica Warszawy, Zadanie A, fot. Katarzyna Adaszyńska, wykonawca: Astaldi



STOWARZYSZENIE
INŻYNIERÓW DORADCÓW
I RZECZOZNAWCÓW