

Mediacja i koncyliacja – nowe instrumenty prawne regulujące polubowne rozwiązywanie sporów z udziałem zamawiających

Wprowadzenie

Zaistnienie sporu wynikającego z realizacji zamówienia publicznego generuje po stronie zamawiającego i wykonawcy potrzebę podjęcia działań mających na celu jego zakończenie. Zasadniczo możliwe są następujące scenariusze działania: **rozstrzygnięcie** sporu poprzez zainicjowanie postępowania przed KIO, zainicjowanie postępowania sądowego lub arbitrażowego bądź też jego **rozwiązanie** poprzez podjęcie mediacji lub innej polubownej formy rozwiązania sporu. Nie preferując żadnej z metod doprowadzenia do zakończenia sporu, niniejszy materiał ma na celu przybliżenie zamawiającym tej drugiej drogi, mniej popularnej w sektorze publicznym, znacząco szybszej, istotnie tańszej, ale wymagającej - podobnie jak postępowanie sądowe - bardzo dobrego przygotowania. Owo przygotowanie wymagane jest nie tylko od zespołów prawnych, ale także od osób decyzyjnych (kierowników jednostek) oraz pracowników merytorycznych.

Regulacje prawne

Ugoda. Zasadniczym instrumentem prawnym, który służy rozwiązywaniu sporów cywilnoprawnych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, jest ugoda. Zgodnie z art. 917 kodeksu cywilnego przez ugodę strony czynią sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku prawnego, w celu uchylenia niepewności co do roszczeń wynikających z tego stosunku, dla zapewnienia ich wykonania bądź w celu uchylenia sporu istniejącego lub mogącego powstać.

Dopuszczalność zawarcia ugody. Biorąc pod uwagę specyfikę spraw spornych prowadzonych z udziałem podmiotów sektora publicznego, nie ulega wątpliwości, że zasadą była i jest dopuszczalność ugodowego rozwiązywania sporów prowadzonych przez te podmioty, w tym zdolność ugodowa Skarbu Państwa (dalej: „SP”), jednostek samorządu terytorialnego i państwowych osób prawnych. Nie zmienia to jednak faktu, że do czasu wejścia w życie z dniem 1 czerwca 2017 r. ustawy o zmianie niektórych



ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności¹, dotyczącej możliwości zawierania ugód przez jednostki sektora finansów publicznych, istniały poważne obawy, a co za tym idzie bariery po stronie materialnoprawnych reprezentantów SP, jednostek samorządu terytorialnego i państwowych osób prawnych, co do możliwości zawarcia ugody. Powodem tego stanu rzeczy był brak jednoznacznego przepisu w ustawie o finansach publicznych² (dalej: u.f.p.), przesądzającego o dopuszczalności zawarcia ugody.

Potwierdzeniem dopuszczalności zawierania ugód przez jednostki sektora finansów publicznych w sprawach spornych należności cywilnoprawnych było wprowadzenie art. 54a u.f.p.. Stanowi on dla tych jednostek dyrektywę prowadzenia świadomej polityki zarządzania sporami. **Zgodnie z przywołanym przepisem, co do zasady, jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć ugodę, jeżeli wypracowane warunki tej ugody są dla tej jednostki lub odpowiednio SP albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego.** Trzeba mieć bowiem na uwadze, że wybór drogi długotrwałego i kosztownego procesu sądowego może okazać się rozwiązaniem niekorzystnym dla zamawiającego, także z punktu widzenia zasad gospodarowania środkami publicznymi.

Ponieważ przywołany art. 54a u.f.p. nie uchylał bezpośrednio działania dyscypliny finansów publicznych, konieczne było dokonanie zmian ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych³.

W konsekwencji w miejscach, gdzie mamy do czynienia z potencjalnym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, np. w art. 5 ust. 4, art. 11 ust. 2 czy art. 15 ust. 2 przywołanej ustawy, jednoznacznie wskazano, że **nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych dokonanie wydatku lub zaciągnięcie zobowiązania, jeżeli jest realizowane w wykonaniu ugody zawartej zgodnie z przepisami prawa.**

W tym miejscu niezbędne jest wskazanie, jakie roszczenia może obejmować ugoda zawierana przez zamawiającego - jednostkę sektora finansów publicznych. Przepis

¹ Ustawa z 7 kwietnia 2017 r. (Dz. U. poz. 933, z późn. zm.).

² Ustawa z 27 sierpnia 2009 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 305 z późn. zm.), dalej: „u.f.p.”.

³ Ustawa z 17 grudnia 2004 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 289).



art. 54a u.f.p. stanowi, że ugoda może dotyczyć jedynie spornych należności cywilnoprawnych, czyli takich, które dłużnik kwestionuje co do zasady lub co do wysokości, np. podstawy naliczenia kary umownej lub jej wysokość. Nie będzie natomiast należnością sporną roszczenie, co do którego między stronami nie ma sporu, a które nie zostało spełnione z innych przyczyn, np. z powodu złej kondycji finansowej dłużnika. Należy przy tym pamiętać, że nie ma tu znaczenia, czy jednostka sektora finansów publicznych jest dłużnikiem, czy wierzycielem. Opisana sytuacja dotyczy również przypadków, gdy spornej należności cywilnoprawnej dochodzi od zamawiającego wykonawca, np. wynagrodzenia za prace dodatkowe czy odsetek za opóźnienie w wypłacie wynagrodzenia. Tym samym ugoda może obejmować zarówno roszczenia jednostki sektora finansów publicznych - zamawiającego, jak i roszczenia kierowane wobec niej – roszczenia wykonawcy.

Nowe Prawo zamówieni publicznych⁴ jest kolejną regulacją prawną, wzmacniającą świadomość uczestników procesu zamówieniowego w obszarze polubownego rozwiązywania sporów i doceniającą szybkość i efektywność ścieżki mediacyjnej i koncyliacyjnej. Ustawodawca poświęcił im cały Dział X. Co prawda ustawa posługuje się terminem mediacja i inne polubowne rozwiązanie sporu, nie wspominając nic o koncyliacji i nie precyzując, czym jest owo inne postępowanie. Nie ulega natomiast wątpliwości, że konstruując przepisy nowego Pzp ustawodawca wzorował się na doświadczeniach i praktyce Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej oraz regulacjach prawnych dotyczących tegoż Sądu. Wspomniane regulacje zawierają identyczne sformułowanie na określenie dwóch postępowań ugodowych innych niż arbitraż, tj. mediacji i innego polubownego rozwiązania sporu. Drugie z wymienionych postępowań materializuje się dopiero na poziomie Regulaminu Sądu Polubownego, otrzymuje formalne ramy i zostaje nazywane koncyliacją. Naturalnie sformułowanie „inne polubowne rozwiązanie sporu” jest pojęciem szerokim i jest tu przestrzeń dla innych postępowań, jednak na dzień dzisiejszy nie są one znane bądź nazwane. Dlatego też na potrzeby niniejszego opracowania będziemy posługiwać się terminami mediacja i koncyliacja, która stanowi zmaterializowaną formę innego polubownego rozwiązania sporu, mającą za zadanie pomóc stronom w osiągnięciu porozumienia i zawarciu ugody.

⁴ Ustawa z 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.), dalej: „Pzp”. t.j. Dz. U., z 2022 poz. 1710

Umowa o mediację lub koncyliację

W przypadku sporu wynikającego z zamówienia publicznego każda ze stron umowy może złożyć wniosek o przeprowadzenie mediacji lub inne polubowne rozwiązanie sporu do Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, wybranego mediatora albo osoby prowadzącej inne polubowne rozwiązanie sporu.

Z jednej strony ustawodawca rekomenduje wskazaną z nazwy instytucję dedykowaną do rozwiązywania sporów z udziałem podmiotów szerokokorozumianego sektora publicznego (zamawiających), z drugiej daje stronom możliwość wyboru innego mediatora lub osoby specjalizującej się w innych polubownych formach rozwiązywania sporów. Niemniej finalną formą rozwiązania sporu, niezależnie od rodzaju wybranego postępowania będzie zawsze ugoda. Należy przy tym pamiętać, że dla rozwiązania sporu zamówieniowego w drodze ugody muszą zostać spełnione dwa warunki. Po pierwsze spór musi mieć charakter majątkowy, a po drugie zawarcie ugody w tym sporze musi być dopuszczalne. Nie jest na przykład możliwe zawarcie ugody, które prowadziłoby do istotnej zmiany umowy zamówieniowej, czyli naruszenia przepisów działu VII rozdziału 3 ustawy Pzp.

Rozpoczęcie postępowania. Warunkiem skutecznego zainicjowania postępowania jest, co do zasady, nie tylko złożenie wniosku o wszczęcie mediacji lub koncyliacji, ale uprzednie zawarcie przez strony w umowie lub umowie ramowej postanowienia, w którym strony zobowiążą się w przypadku zaistnienia pomiędzy nimi sporu, wynikającego z umowy o zamówienie publiczne lub pozostającego w związku z umową, do jego rozwiązania w drodze mediacji lub koncyliacji. Warto, aby w takim postanowieniu strony doprecyzowały miejsce i sposób prowadzenia mediacji lub koncyliacji, np. wskazanie, że będzie ona prowadzona przez Mediatorów / Koncyliatorów Stałych Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie z Regulaminem tego Sądu. Jeżeli strony nie zamieściły w łączącej je umowie stosownego postanowienia, możliwe jest następcze zawarcie umowy o mediację lub koncyliację również za pośrednictwem Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP. Wówczas, w przypadku zaistnienia sporu, wnioskodawca może złożyć do Sądu Polubownego wniosek o zapytanie drugiej strony, czy wyraża ona zgodę na rozwiązanie zaistniałego sporu w ramach mediacji

lub koncyliacji w Sądzie Polubownym przy PGRP. W takim przypadku umowa zostanie zawarta w skutek wyrażenie przez uczestnika zgody na mediację lub inne polubowne rozwiązanie sporu. Stosowne formularze oraz wzorcowe klauzule umowne dostępne są na stronie internetowej Sądu⁵.

Wniosek/umowa o mediację/koncyliację nie musi być sporządzony na wzorcach opublikowanych przez Sąd Polubowny, stanowi to jedynie ułatwienie dla uczestników tych postępowań, niemniej powinien zawierać następujące elementy:

- ✓ oznaczenie stron postępowania, w tym ich siedzib i adresów, a w miarę możliwości również wskazanie adresów poczty elektronicznej i numerów telefonów,
- ✓ oznaczenie pełnomocnika, jeżeli wnioskodawca działa przez pełnomocnika, wskazanie jego adresu, adresu poczty elektronicznej i numeru telefonu,
- ✓ dokładnie określone żądanie i przytoczenie okoliczności uzasadniających żądanie,
- ✓ podpis osoby lub osób reprezentujących wnioskodawcę wraz z dokumentami dowodzącymi ich umocowania (w szczególności odpis z odpowiedniego rejestru i pełnomocnictwo).

Jeżeli strony zawarły umowę o mediację na piśmie, do wniosku należy także dołączyć odpis tej umowy z ewentualnym wskazaniem mediatora, jeżeli został uzgodniony. W przypadku mediacji lub koncyliacji prowadzonych w Sądzie Polubownym przy PGRP mogą to być wyłącznie osoby z list odpowiednio Mediatorów lub Koncyliatorów Stałych tegoż Sądu.

Wymienione elementy stanowią co prawda szerszy katalog niż ten wymieniony w art. 183⁷ kodeksu postępowania cywilnego⁶, jednak zamieszczenie we wniosku wskazanych informacji ma na celu usprawnienie biegu wnioskowanego postępowania.

Należy także pamiętać, że **w przypadku wniosku kierowanego do Sądu Polubownego przy PGRP**, z uwagi na ściśle określoną kognicję tego Sądu, konieczne jest zamieszczenie uzasadnienia w zakresie spełnienia przez co najmniej jedną ze stron kryterium podmiotowego. Sąd jest bowiem właściwy wyłącznie do rozpoznawania sporów z udziałem Skarbu Państwa, jednostek samorządu

⁵ www.sp.prokuratoria.gov.pl.

⁶ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2021., poz. 1805), dalej: „kpc”

terytorialnego, państwowych osób prawnych, osób prawnych z udziałem Skarbu Państwa lub państwowych osób prawnych oraz spółek kapitałowych z udziałem tych podmiotów.

Zawieszenie biegu przedawnienia. Warto mieć również na uwadze, że przez czas trwania mediacji, co do roszczeń objętych umową o mediację, bieg przedawnienia ulega zawieszeniu, a nie przerwaniu, jak miało to miejsce do końca czerwca 2022 r. Nawet w przypadku braku umowy o mediację, jeżeli mimo wystąpienia z wnioskiem o jej przeprowadzenie druga strona nie wyrazi na nią zgody, wnioskodawca zyskuje trzy miesiące na ewentualne wytoczenie powództwa, w odniesieniu do roszczeń objętych wnioskiem o mediację⁷. Tym samym do czasu wytoczenia powództwa bieg przedawnienia ulega zawieszeniu.

Skierowanie na mediację lub koncyliację

Na mocy ustawy, obligatoryjnym elementem pozwu albo odpowiedzi na pozew zamawiającego powinna być informacja, czy strony podjęły próbę mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu, a w przypadku, gdy takich prób nie podjęły, wyjaśnienie przyczyn ich niepodjęcia. Należy mieć na uwadze, że sąd nie uzna za próbę polubownego rozwiązania sporu samego wezwania do zapłaty.

Powyższa regulacja stanowi niejako powtórzenie wymogów nałożonych na pozew, jakie wprowadziła ustawa o zmianie niektórych ustaw w związku z wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów⁸, będąca jedną z najważniejszych regulacji mających na celu wzmocnienie świadomości stron procesu w zakresie mediacji i ugodowego rozwiązywania sporów.

Należy uznać, że podkreślenie wymogów kodeksu postępowania cywilnego wobec zamawiających ma na celu przyjęcie założenia, że w każdej sprawie przed złożeniem pozwu lub udzieleniem odpowiedzi na pozew zamawiający winien zweryfikować, czy w zaistniałym sporze możliwe jest jego ugodowe zakończenie. Brak informacji od zamawiającego o czynnościach podjętych w celu polubownego rozwiązywania sporu skutkuje tym, że sąd skieruje strony do mediacji lub koncyliacji w Sądzie Polubownym

⁷ Art. 183⁶ § 3 kpc

⁸ Ustawa z 10 września 2015 r. (Dz. U. poz. 1595).

przy PGRP, z zastrzeżeniem sytuacji, w której strony wskażą mediatora albo osobę prowadzącą inną formę polubownego rozwiązywania sporów. W efekcie przywołana regulacja pełni swego rodzaju funkcję stymulującą stronę publiczną do poszukiwania ugodowej formy rozwiązania zaistniałego sporu przed rozpoczęciem postępowania sądowego.

Z jednej strony regulacje Pzp wywołują skutek w postaci obligatoryjnego skierowania zamawiającego i wykonawcy do mediacji, z drugiej strony nie wiąże się to z obligatoryjnym jej prowadzeniem. **Jeżeli strony sporu nie wyrażą zgodnej woli na rozpoczęcie mediacji, nie będzie ona mogła być prowadzona.**

Należy również pamiętać, że sąd obligatoryjnie kieruje strony do mediacji tylko w największych sporach. Dotyczy to sytuacji, w których wartość przedmiotu sporu przewyższa 100 tys. zł, zaś szacunkowa wartość zamówienia została ustalona jako równa lub przekraczająca w złotych równowartość kwoty 10 mln euro dla dostaw lub usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych.

Mediacja

Mediacje to nic innego jak negocjacje z udziałem niezależnej i bezstronnej osoby trzeciej, wspierającej strony w dojściu do porozumienia. Innymi słowy są to wspomagane, moderowane negocjacje. Uczestnicy mediacji przy pomocy mediatora ustalają, a często uświadamiają sobie swoje rzeczywiste interesy, jak również urealniamy stawiane wcześniej żądania. Często są one istotnie odmienne od tych prezentowanych we wcześniejszych stanowiskach procesowych.

Rola mediatora. Mediatorzy wspierają aktywnie strony w poszukiwaniu możliwych rozwiązań, co pomaga im finalnie w wyborze takiego, które najpełniej realizuje interesy każdej z nich. Bardzo często mediatorzy pomagają stronom w przełamaniu impasu zaistniałego w prowadzonych rozmowach, bez ich udziału dalsze rozmowy nierzadko stanęłyby w miejscu.

Jedną z istotnych przyczyn, dla której ustawodawca zdecydował się powierzyć w pierwszej kolejności rozwiązywanie sporów z udziałem zamawiających Sądowi Polubownemu przy PGRP, jest to, że mediatorzy tego Sądu znają specyfikę działania



oraz ograniczenia podmiotów sektora publicznego, dzięki czemu mogą efektywnie wspierać strony w prowadzonych rozmowach ugodowych. W przypadku sporów zamówieniowych niezwykle ważne są nie tylko umiejętności mediacyjne, ale również fachowa wiedza mediatora, która pozwala stronom czuć się bezpiecznie w poszukiwaniu i testowaniu potencjalnych rozwiązań.

Z przebiegu mediacji mediator sporządza protokół, wskazując w nim jedynie miejsce i czas prowadzenia mediacji, dane uczestników oraz końcowy wynik mediacji.

Rola stron. W czasie mediacji jej uczestnicy prowadzą rozmowy negocjacyjne, do których powinni się starannie przygotować. Od dobrego przygotowania zależy nie tylko efektywność prowadzonych rozmów mediacyjnych, ale również ich efekt końcowy. Dlatego zamawiający, szczególnie w przypadku sporów skomplikowanych, powinni rozważyć stworzenie zespołu negocjacyjnego złożonego z osób decyzyjnych, prawników oraz pracowników merytorycznych posiadających specjalistyczną wiedzę z obszaru, którego dotyczy spór. Liczebność i skład zespołu powinien być każdorazowo uzależniony od stopnia skomplikowania sprawy. Brak udziału w mediacjach osób decyzyjnych rodzi ryzyko niepotrzebnego wydłużenia rozmów, a finalnie może prowadzić do ich niepowodzenia. Podobnie może dziać się w przypadku, gdy kierownik jednostki lub osoba przez niego umocowana nie będą mieli wsparcia prawnego lub merytorycznego.

Niezwykle ważne jest, aby zespół negocjacyjny zamawiającego, przystępując do negocjacji, opracował potencjalne scenariusze prowadzonych rozmów, tzw. strategię negocjacyjną, w tym cele negocjacyjne, które planuje osiągnąć. Określając cel minimum oraz cel maksimum, należy przeanalizować i zidentyfikować wszystkie możliwe alternatywne rozwiązania, które mogą się wydarzyć, jeżeli do zawarcia porozumienia nie dojdzie. Chodzi tu zarówno o najlepszą możliwą alternatywę dla negocjowanego porozumienia, jak również zidentyfikowanie najmniej korzystnego rozwiązania, które się wydarzy jeżeli do porozumienia nie dojdzie, np. prawdopodobny wyrok sądowy. W ten sposób zamawiający może określić kilka racjonalnych i jednocześnie akceptowalnych dla niego celów częściowych, w ramach których będzie się poruszał. Strategia negocjacyjna winna być naturalnie żywa i podlegać zmianom w zależności od pojawiających się nowych okoliczności. Chodzi jednak o to, aby nie były to zmiany pochopne, lecz dobrze przemyślane i dostosowane do bieżącego toku

rozmów negocjacyjnych. Mogą się bowiem ujawnić okoliczności, o których zamawiający nie wiedział w momencie przygotowywania strategii negocjacyjnej, a które w istotny sposób mogą wpływać na tok prowadzonych rozmów i finalne porozumienie.

Dla efektywności prowadzonych rozmów mediacyjnych duże znaczenia ma również budowanie zaufania między uczestnikami mediacji, wzajemny szacunek i obopólne dostrzeganie i rozumienie potrzeb, interesów i możliwości partnera rozmów.

Szczegółowe wytyczne w zakresie przygotowania i prowadzenia negocjacji zawarte zostały w wytycznych Prokuraturii Generalnej RP dotyczących postępowania w zakresie polubownego rozwiązywania sporów⁹.

Koncyliacja, inne polubowne rozwiązanie sporu

Rola koncyliatora. W odróżnieniu od mediatora koncyliator formułuje i przedstawia uczestnikom postępowania propozycję rozwiązania sporu na piśmie wraz z uzasadnieniem. Aby nie wzmacniać pozycji procesowej żadnej ze stron, koncyliator – jeżeli uzna to za celowe - może sporządzić dwa odrębne uzasadnienia, oddzielnie dla każdej z nich, wskazując z jednej strony na korzyści wynikające z przyjęcia proponowanego stanowiska koncyliacyjnego, a z drugiej na ewentualne ryzyka związane z prowadzeniem postępowania sądowego.

Propozycja koncyliacyjna formułowana jest na podstawie przedstawionego przez strony stanu faktycznego i prawnego sprawy, ujawnionych interesów i potrzeb stron oraz na bazie wiedzy i doświadczenia koncyliatora. W ramach koncyliacji **nie przeprowadza się dowodów ze świadków, z przesłuchania stron oraz z opinii biegłego**, a stanowisko koncyliacyjne przedstawiane jest na podstawie wniosku, odpowiedzi na wniosek i załączonych do nich dokumentów. Koncyliator może poprosić o przekazanie dalszych dokumentów oraz stanowisk stron i innych osób, jeżeli uzna ich złożenie za niezbędne.

⁹ <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/prokuratoria-generalna-rp-publickuje-rekomendacje-dotyczace-postepowania-w-zakresie-polubownego-rozwiazywania-sporow>

Na podstawie dokonanej analizy zgromadzonego materiału koncyliator przedstawia stronom propozycję koncyliacyjną, która **nie jest** dla nich **wiążąca**. Z uwagi na powyższe, po otrzymaniu propozycji koncyliacyjnej, **strony mogą**:

- ✓ na jej podstawie **zawrzeć ugodę**,
- ✓ uznać przedstawione rozwiązanie za niewystarczające i **poddać sprawę dalszym negocjacom**,
- ✓ zawrzeć ugodę, **modyfikując propozycję** koncyliatora,
- ✓ **nie przyjąć propozycji** koncyliacyjnej, nie ponosząc z tego powodu żadnych konsekwencji.

Na każdym etapie postępowania koncyliacyjnego, zarówno przed, jak i po wydaniu stanowiska, możliwe jest zawarcie ugody. Odbywa się to w ramach tego samego postępowania, a co za tym idzie tej samej opłaty. Do ugody mają odpowiednio zastosowanie przepisy dotyczące mediacji, przy czym mediatorem jest wybrany przez strony koncyliator, a mediację prowadzi się w ramach wiążącej strony umowy o przeprowadzenie koncyliacji. Można powiedzieć, że koncyliacja jest kwalifikowaną formą mediacji, w której punktem wyjścia dla wypracowywanego porozumienia jest wydane stanowisko koncyliacyjne.

Rola stron. W postępowaniu koncyliacyjnym strony nie muszą wykazywać się aktywnością, jaka jest wymagana przy mediacji. Nie ma potrzeby tworzenia zespołu negocjacyjnego i angażowania osób decyzyjnych. Ważne jest jednak zgromadzenie i przedstawienie koncyliatorowi dokumentacji, która najlepiej zobrazuje nie tylko stan faktyczny sprawy, ale również interesy, potrzeby oraz racje stojące po stronie zamawiającego.

Ocena skutków ugody

Finalnym efektem wszystkich postępowań polubownych, o których mówi Dział X Pzp, jest ugoda. Zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych może zawrzeć ugodę, jeżeli wypracowane warunki tej ugody są dla tej jednostki lub odpowiednio SP albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego. Tym samym na etapie wypracowania konkretnych warunków ugody zamawiający musi przygotować



pisemną ocenę jej skutków, w odniesieniu do okoliczności, o których mowa w art. 54a ust. 2 u.f.p. Innymi słowy konieczne jest zestawienie dwóch scenariuszy zakończenia sporu, z jednej strony zawarcia ugody na wynegocjowanych warunkach, z drugiej prawdopodobnego wyniku postępowania sądowego.

Ta podstawowa przesłanka, jaką jest przewidywany wynik postępowania sądowego, jest często trudna do ustalenia. Należy przy tym pamiętać, że nie chodzi tu wyłącznie o prawdopodobną treść wyroku, ale i inne aspekty, które wiążą się z prowadzonym postępowaniem i jego zakończeniem, np. realność wyegzekwowania wyroku w związku z niewypłacalnością dłużnika. Dlatego przy sporządzaniu uzasadnienia konieczne jest przeprowadzenie poprawnej metodologicznie analizy zawierającej odpowiednią argumentację prawną, ale i merytoryczną, np. techniczną, gdy ocena roszczenia tego wymaga. Wspomniana analiza powinna uwzględniać nie tylko wszystkie okoliczności prawne i faktyczne sprawy, ale również ocenę zasadności spornych żądań, możliwość ich zaspokojenia (kondycja finansowa dłużnika), przewidywany czas trwania procesu (prawdopodobieństwo apelacji), relację roszczenia do wydatków i kosztów postępowania (koszt obsługi prawnej, liczba i ciężar gatunkowy opinii biegłych, uzasadnione ryzyko zapłaty odsetek), ocenę ryzyka niekorzystnego rozstrzygnięcia sprawy (orzecnictwo sądów powszechnych w podobnych sprawach oraz orzeczenia Sądu Najwyższego), a wreszcie koszty społeczne związane z potrzebą możliwie pilnego oddania przedmiotu zamówienia, np. budowa drogi publicznej, szkoły czy obwodnicy miasta i konsekwencje związane z nieoddaniem tych obiektów w terminie.

Wymienione elementy opinii mają jedynie charakter przykładowy. Różnorodność sporów i materii, której dotyczą zamówienia publiczne, czyni niemożliwym wymienienie pełnego katalogu okoliczności, które powinny zostać ujęte w takim dokumencie. Szczegółowe wskazówki, jakie powinny znaleźć się w analizie, o której mowa w art. 54a u.f.p., znajdują się w załączniku nr 3 do Rekomendacji PGRP dot. postępowania w zakresie polubownego rozwiązywania sporów¹⁰.

¹⁰ <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/rekomendacje-i-wzory-postanowien-umow2>

Zawarcie ugody i jej zatwierdzenie

Ugoda zawarta przed mediatorem podlega zatwierdzeniu przez sąd, przez co nabywa moc prawną ugody zawartej przed sądem.

Choć ugody wypracowywane w ramach mediacji umownych nie wymagają kontroli sądu, to zalecane jest, aby ugody zawierane przez zamawiających podlegały wspomnianemu zatwierdzeniu. Chodzi tu przede wszystkim o zapewnienie, aby działanie jednostki sektora publicznego pozostawało w sferze kontroli jurydycznej sądu. Zatwierdzenie ugody przez sąd z jednej strony potwierdza dopuszczalność i zgodność ugody w świetle obowiązujących przepisów prawa oraz zasad współżycia społecznego, z drugiej daje większą pewność w jej ewentualnym egzekwowaniu przy użyciu przymusu państwowego, gdyby strona przeciwna nie wywiązała się z jej wykonania.

Jeżeli ugoda podlega wykonaniu w drodze egzekucji, sąd zatwierdza ją przez nadanie jej klauzuli wykonalności (staje się tytułem egzekucyjnym), w przeciwnym wypadku sąd zatwierdza ją postanowieniem. Sąd może odmówić nadania klauzuli wykonalności albo zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem, w całości lub części, jedynie w przypadku, gdy ugoda jest sprzeczna z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa, a także gdy jest niezrozumiała lub zawiera sprzeczności. Katalog przyczyn, będących podstawą odmowy przez sąd zatwierdzenia ugody, jest zamknięty i nie podlega wykładni rozszerzającej.

Zalety mediacji i koncyliacji

Czas. Elastyczna i odformalizowana formuła postępowania daje stronom dużą swobodę w jego prowadzeniu. Perspektywę kilku lat zastępuje kilka miesięcy. W dużej mierze czas trwania mediacji zależy od woli i zaangażowania stron, a w przypadku koncyliacji od poziomu złożoności i skomplikowania sprawy, co przekłada się na czas niezbędny do przygotowania stanowiska koncyliacyjnego. Zakończenie sporu ugodą sprawia, że każda ze stron zaangażowanych w spór może skoncentrować swoje wysiłki na realizacji bieżących zadań, a nie na wikłaniu się w zaistniały konflikt.

Sfera finansowa. Zamawiający ogranicza wysokie nakłady pieniężne, jakie musiałby ponieść w związku z prowadzonym postępowaniem sądowym. Będą to nie tylko koszty obsługi prawnej prowadzenia nierzadko skomplikowanego postępowania, ale także koszty i wydatki sądowe, w tym koszt biegłych. W sytuacji, gdy takie postępowanie już się rozpoczęło, wspomniane koszty można w istotnym zakresie ograniczyć. Jeżeli do zawarcia ugody dojdzie przed pierwszą rozprawą, sąd dokona zwrotu pełnej opłaty od pozwu, a jeżeli nastąpi to na późniejszym etapie, zwróci 3/4 tej opłaty.

Wartość stanowiska koncyliacyjnego. W przypadku postępowania koncyliacyjnego oferowanego przez Sąd Polubowny przy PGRP zamawiający może otrzymać swego rodzaju opinię autorytetu zewnętrznego, posiadającego specjalistyczną wiedzę w obszarze objętym sporem. Co więcej, z uwagi na poufność postępowania nie ma ryzyka pogorszenia sytuacji stron. W najgorszym razie w przypadku braku akceptacji propozycji koncyliacyjnej, nic się nie zmienia i pozostanie dotychczasowy stan sprawy. Stanowisko koncyliacyjne może natomiast pomóc stronom w wypracowaniu warunków porozumienia i doprowadzić finalnie do zawarcia ugody.

Walor ugody sądowej. Ugoda zawarta przed mediatorem, po jej zatwierdzeniu przez sąd, zyskuje walor ugody sądowej, a od jej zatwierdzenia sąd nie pobiera żadnej opłaty. Nie ma przy tym znaczenia, czy ugoda zostanie zawarta w ramach mediacji lub koncyliacji umownej, czy też mediacji lub koncyliacji ze skierowania sądu.

Korzyści biznesowe i społeczne. Strony do samego końca mają wpływ na finalny kształt ugody, a tym samym sposób rozwiązania sporu, a ponadto podpisując ugodę kończą stan niepewności. Mają także możliwość utrzymania lub odbudowania dobrych relacji, zachowania korzystnego wizerunku na przyszłość, a w odniesieniu do podmiotu publicznego, będącego uczestnikiem mediacji, podtrzymania zaufania do instytucji publicznych. Nie bez znaczenia są również korzyści społeczne, czyli realizacja celów, którym służyło wykonanie zamówienia publicznego, będącego przedmiotem sporu.

Koszty mediacji i koncyliacji

Opłata za postępowanie mediacyjne i koncyliacyjne w Sądzie Polubownym przy Prokuraturze Generalnej RP wynosi 5.000 zł i jest uiszczana po zakończeniu postępowania. Jeżeli w trakcie postępowania odbyły się więcej niż 3 posiedzenia

wspólne, opłata ulega zwiększeniu o 1.000 zł za każde kolejne posiedzenie, przy czym finalna opłata nie może przekroczyć kwoty 10.000 zł. Do opłaty dolicza się należny podatek Vat.

Opłata za przeprowadzenie mediacji lub inne polubowne rozwiązanie sporu w sytuacji, gdy strony powierzyły jej prowadzenie wybranej osobie lub ośrodkowi mediacyjnemu, zależy od ustaleń stron i taryfy opłat stosowanej przez taką osobę lub ośrodek.

W przypadku mediacji wszczętych na podstawie skierowania sądu koszt mediacji określa rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym¹¹. W sprawach o prawa majątkowe wynagrodzenie mediatora wynosi 1% wartości przedmiotu sporu, jednak nie mniej niż 150 zł i nie więcej niż 2.000 zł za całość postępowania mediacyjnego.

Koszt mediacji ponoszony jest solidarnie przez strony, zwykle po połowie, chyba że strony uzgodnią inaczej.

Podsumowanie

Jednostki sektora finansów publicznych, gospodarując środkami publicznymi, powinny kierować się potrzebą jak najpełniejszej realizacji uzasadnionych interesów jednostki lub SP, przy uwzględnieniu przepisów ustawy o finansach publicznych, w szczególności zasad działania gospodarnego, przejrzystego, efektywnego i celowego oraz dobierania metod optymalnych w danych okolicznościach¹².

Ocena zasadności żądań i szans na wygranie sporu sądowego może prowadzić do wniosku, że z punktu widzenia interesów finansowych zamawiającego najlepszym rozwiązaniem jest zawarcie ugody. Może to być zatem sposób działania, który w okolicznościach konkretnej sprawy lepiej niż spór sądowy realizuje zasady gospodarowania środkami publicznymi.

¹¹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 czerwca 2016 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym (Dz.U. poz. 921)

¹² Zob. art. 44 ust. 3 u.f.p.



Podjęcie decyzji o zawarciu w takich okolicznościach umowy w konkretnej sprawie – przy zachowaniu procedury i warunków przewidzianych w art. 54a u.f.p. oraz braku naruszenia przepisów działu VII rozdziału 3 Pzp, a także ogólnych przesłanek dopuszczalności umowy – zapewnia jednostce sektora finansów bezpieczeństwa z punktu widzenia dyscypliny finansów publicznych¹³.

¹³ Zob. art. 5 ust. 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.