



Mediacja i inne sposoby polubownego rozwiązywania sporów w zamówieniach publicznych

I. Rys historyczny

1. Przepisy Kpc. Przez wiele lat polubowne rozwiązywanie sporów kojarzyło się z działalnością arbitrażową, polegającą na rozstrzygnięciu spraw nie przez zawodowe sądy powszechne, lecz przez wyznaczonych prawników, działających jako sąd polubowny (arbitrażowy). Wynikało to faktu, iż w ustawie z 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (dalej jako Kpc) od samego początku wyodrębnione zostały przepisy regulujące m.in. sposób tworzenia, właściwość, postępowanie i orzekanie przez sąd polubowny. Początkowo przepisy te znajdowały się w księdze trzeciej części pierwszej Kpc (art. 695 – 715). Ustawą z 28.7.2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 178, poz. 1478) przepisy te zastąpiono nowymi art. 1154 – 1217, zawartymi w części piątej Kpc zatytułowanej „Sąd polubowny (arbitrażowy)”.

2. Sądy polubowne. Przepisy te istnieją w Kpc do chwili obecnej i na ich podstawie działają zarówno doraźne sądy polubowne, powoływane *ad hoc* dla rozstrzygnięcia konkretnej tylko sprawy, jak i stałe sądy polubowne, działające na podstawie stosownych regulaminów i dysponujące listą osób, spośród których wyznaczeni są arbitrzy do składu orzekającego. Przykładem działających obecnie stałych sądów polubownych są: Sąd Polubowny przy Związku Banków Polskich, Sąd Polubowny przy Komisji Nadzoru Finansowego, Sąd Arbitrażowy przy Konfederacji Lewiatan czy też chyba największy i najbardziej znany Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej.

Jednym z takich sądów jest też Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej RP. Powstał na mocy przepisów ustawy z 15 grudnia 2016 r. o Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2016 poz. 2261), a utworzony został zarządzeniem nr 010-19/17 Prezesa Prokuraturii Generalnej RP z 3 lipca 2017 r. Kognicja tego sądu sprowadza się m. in. do spraw, w których jedną ze stron jest:

- Skarb Państwa,
- jednostka samorządu terytorialnego,
- państwowa osoba prawna,
- osoba prawna z udziałem Skarbu Państwa lub państwowej osoby prawnej,
- spółka kapitałowa z udziałem tych podmiotów.

3. Ustawa z 1994 r. o zamówieniach publicznych. Idea rozwiązywania sporów przez sądy polubowne trafiła też do zamówień publicznych. Jej realizacja miała się ziścić w postaci działalności zespołów arbitrow powołanych na mocy ustawy z 10 czerwca



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 76, poz. 344). Ustawa ta nie regulowała nawet w sposób szczegółowy postępowania odwoławczego przed zespołem arbitrów, lecz odsyłała w tym zakresie do odpowiedniego stosowania przepisów Kpc o sądzie polubownym. Konsekwencją było np. wyznaczanie arbitrów przez strony postępowania odwoławczego, czyli przez odwołującego i zamawiającego (przewodniczącego zespołu arbitrów wyznaczał Prezes UZP). Natomiast podstawową różnicą było odejście od zasady dobrowolności; o rozstrzygnięciu sporu przez zespół arbitrów decydowała ustawa o zamówieniach publicznych, nie zaś umowa stron, czyli zapis na sąd polubowny. Początkowo też nie przewidziano szczególnego środka w postaci skargi na wyrok zespołu arbitrów, w związku z czym zastosowanie znalazła jedynie przewidziana w Kpc skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego.

Szybko okazało się jednak, że w postępowaniach o zamówienie publiczne nie ma miejsca na polubowne rozwiązywanie sporów, a zawieranie ugód prowadziłoby do omijania procedur przewidzianych w ustawie o zamówieniach publicznych. Dlatego rozpoznawanie spraw przez zespoły arbitrów skupiło się na badaniu zgodności podejmowanych przez zamawiającego czynności w postępowaniu z przepisami regulującymi zamówienia publiczne. Pomimo nazwy działalności zespołów arbitrów w żaden więc sposób nie można uznać za porównywalną z działalnością sądów arbitrażowych, nie mówiąc już o innych polubownych sposobach rozwiązywania sporów.

4. Nowe Prawo zamówień publicznych. Uchwalona 11 września 2019 r. nowa ustawa Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) po raz pierwszy wprowadza do zamówień publicznych możliwości zawierania ugód w drodze różnych pozasądowych metod rozwiązywania sporów. Te metody to przede wszystkim mediacja i koncyliacja. Cechą charakterystyczną nowych rozwiązań jest to, że nie ingerują one w żaden sposób w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzone na podstawie przepisów ustawy. Znajdują zastosowanie dopiero w razie sporów powstałych na etapie realizacji umowy. Nowa ustawa podtrzymuje więc dominujące od samego początku stanowisko, iż nie jest możliwe stosowanie jakichkolwiek polubownych rozwiązań w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

II. Rozwiązania przyjęte przez nowe Pzp

1. Przesłanki polubownego rozwiązywania sporów. Z kluczowego dla pozasądowego rozwiązywania sporów art. 591 ust. 1 Pzp da się wyróżnić kilka przesłanek, których łączne zaistnienie umożliwia skierowanie sprawy do rozstrzygnięcia na drodze innej niż sądowa.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Podstawową sprawą jest oczywiście powstanie sporu między stronami zawartej umowy, przy czym umowa musi dotyczyć zamówienia publicznego. Z istnieniem sporu mamy do czynienia wtedy, gdy jedna ze stron umowy formułuje określone roszczenia (żądania), a druga strona nie zgadza się na ich spełnienie. Nie mamy więc do czynienia ze sporem, gdy pierwsza strona (powód) nie sformułuje jednoznacznie swoich żądań lub gdy sformułuje je ogólnikowo i nie wskaże podstaw swojego roszczenia. Nie mamy ze sporem do czynienia także wtedy, gdy druga strona (pozwany) zgadza się spełnić żądania i oczekuje jedynie sformalizowania swoich działań. Ze sporem nie mamy do czynienia również wtedy, gdy obydwie strony umowy ustaliły same zakres roszczeń oraz sposób ich zaspokojenia i oczekują jedynie ich zaakceptowania przez podmiot zewnętrzny. W tym przypadku sprawa nadaje się raczej do postępowania pojednawczego prowadzonego przez sąd w wyniku zawiązania do próby ugodowej. Rozwiązywanie sporu w drodze pozasądowej możliwe jest tylko wtedy, gdy dotyczy on sprawy majątkowej. Nie jest więc możliwe, na podstawie art. 591 i n Pzp, domaganie się w ten sposób np. przedłużenia terminu realizacji umowy, zmiany sposobu realizacji świadczenia, ochrony praw autorskich czy dochowania poufności, jeżeli z takimi roszczeniami nie są bezpośrednio powiązane określone żądania finansowe (np. kary umowne).

2. Dopuszczalność ugody. Kolejnym warunkiem umożliwiającym skierowanie sporu z umowy o zamówienie publiczne do jego pozasądowego rozwiązania jest dopuszczalność zawarcia ugody. Oczywiście po stronie wykonawców z reguły nie ma żadnych przeszkód formalnych. Co najwyżej w niektórych przypadkach możliwości zawarcia ugody regulują zasady korporacyjne. Trudniej jest po stronie zamawiających, szczególnie jeżeli są podmiotami należącymi do sektora finansów publicznych, gdzie historycznie ugody nie tylko nie były zalecane, ale wręcz mogły być potraktowane jako naruszenie prawa czy uszczuplenie należności budżetowych. Sytuacja zmieniła się 1 czerwca 2017 r., kiedy weszły w życie zmiany do ustawy o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 933) wprowadzające do niej m. in. art. 54a.

Przepis ten zezwala jednostkom sektora finansów publicznych na zawieranie ugód w spornych należnościach cywilnoprawnych. Spełnione muszą zostać jednak dwa warunki:

1. jednostka chcąc zawrzeć ugody musi dokonać pisemnej oceny skutków zawarcia ugody,
2. ocena ta powinna wskazywać, iż zawarcie ugody będzie korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego lub arbitrażowego.

Przepis precyzuje, iż w ocenie uwzględniona musi być zasadność spornych żądań, możliwość ich zaspokojenia, przewidywany czas trwania postępowania sądowego lub arbitrażowego oraz koszty takiego postępowania.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Konsekwencją powyższej zmiany w ustawie o finansach publicznych jest nowy zapis ustawy z 17 grudnia 2014 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1440 ze zm.). Wynika z niego, iż zawarcie wiążącej umowy nie jest traktowane jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegające np. na ustaleniu należności w niższej wysokości niż wynikająca z prawidłowego wyliczenia (art. 5 ust. 4 w zw. z ust. 1 ww. ustawy).

3.Sąd polubowny. W tym miejscu należy zauważyć, że przepis w zakresie oceny dopuszczalności umowy zrównuje postępowanie sądowe z postępowaniem arbitrażowym, co z jednej strony oznacza, iż zamawiający dokonując oceny skutków umowy powinien też brać pod uwagę działalność sądów polubownych, a z drugiej – słusznie podkreśla, że postępowanie przed sądem arbitrażowym niekoniecznie ma cechy polubownego rozwiązywania sporów. Oczywiście przed sądem polubownym może dojść do zawarcia umowy, a sami arbitrzy powinni wręcz zachęcać strony do zawarcia umowy. Jednak podobne działania może podejmować także sąd powszechny. Sąd polubowny (arbitrażowy) jest więc tylko alternatywą dla zawodowego sądu powszechnego. Warunkiem poddania sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego jest pisemna umowa stron, czyli zapis na sąd polubowny. I w tym przejawia się przede wszystkim zasada dobrowolności. Podjęcie sprawy przez sąd polubowny nie oznacza natomiast prowadzenia przed tym organem jakichkolwiek negocjacji czy rozmów. Wręcz przeciwnie, toczony jest spór, który zostanie rozstrzygnięty stosownym orzeczeniem wybranego przez strony składu orzekającego. Sąd polubowny rozstrzyga spór według prawa właściwego dla danego stosunku prawnego, niemniej jednak, gdy strony go wyraźnie upoważnią, może też rozstrzygać spór według ogólnych zasad prawa lub zasad słuszności. Cechą charakterystyczną postępowania przed sądem polubownym jest jego jednoinstancyjność, a strony co do zasady - nie mogą odwołać się do sądu powszechnego. Jedynym przypadkiem jest tylko skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego, składana na podstawie art. 1206 Kpc, w ściśle określonych sytuacjach, związanych przede wszystkim z formalnymi aspektami rozstrzygnięcia przez sąd polubowny.

4.Podstawy formalne. Do wszczęcia mediacji lub koncyliacji niezbędne jest złożenie stosownego wniosku przez jedną ze stron umowy o zamówienie publiczne. Aby jednak taki wniosek został złożony w umowie lub umowie ramowej powinno znajdować się postanowienie o rozwiązywaniu sporów w drodze mediacji lub innego środka pozasądowego. Brak takiego zapisu nie wyklucza jednak mediacji czy koncyliacji. Może do niej dojść także wtedy, gdy jedna ze stron złoży wniosek o pozasądowe rozwiązanie sporu, a druga strona wyrazi na to zgodę (art. 591 ust. 2 Pzp).



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Wniosek taki powinien zostać skierowany do Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP, wybranego mediatora albo osoby prowadzącej inne polubowne rozwiązanie sporu (art. 593 ust. 2 Pzp).

5. Skierowanie na mediację. Mediacja oraz inne sposoby polubownego rozwiązania sporu są dobrowolne, co wynika wprost z art. 183¹ § 1 Kpc, a pośrednio także z art. 591 Pzp. Jednakże w przepisach dotyczących zamówień publicznych przewidziano obligatoryjne skierowanie na mediację w przypadku zaistnienia wszystkich okoliczności opisanych w art. 593 ust. 1 i 2 Pzp.

Zgodnie z tymi przepisami, zamawiający w pozwie lub odpowiedzi na pozew ma obowiązek zawrzeć informację czy strony podjęły próbę mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu. W przypadku nie podjęcia takiej próby zamawiający ma obowiązek zawrzeć w pozwie lub odpowiedzi na pozew wyjaśnienie co do przyczyn niepodjęcia działań mediacyjnych. Brak informacji w tym zakresie oznacza, iż sąd, do którego wpłynął pozew lub odpowiedź na pozew ma obowiązek skierować strony do mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu, jeżeli:

- szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę co najmniej 10 mln euro (dla dostaw lub usług) oraz 20 mln euro (dla robót budowlanych) i
- wartość przedmiotu sporu przewyższa 100 tys. zł.

Zaznaczyć należy, iż po przekroczeniu ww. kwot progowych do skierowania na mediację nie dojdzie tylko wtedy, gdy zamawiający poinformuje sąd o przeprowadzeniu nieudanej mediacji albo gdy nie zawrze w pozwie lub odpowiedzi na pozew wyjaśnienia powodów niepodjęcia mediacji. Należy przyjąć, iż w przypadku niezamieszczenia przez zamawiającego żadnej informacji na temat mediacji sąd powinien wezwać go do uzupełnienia pozwu lub odpowiedzi na pozew w tym zakresie.

Należy też zauważyć, iż kwoty progowe określające wartość zamówienia, nie odnoszą się do kwoty wynikającej z podpisanej umowy (choć mediacja jest dopuszczalna tylko w razie sporu na etapie realizacji umowy), lecz do szacunkowej wartości zamówienia, czyli kwoty ustalonej przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Co do zasady, sąd powszechny kieruje strony do mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu do Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP. Natomiast do innego mediatora lub osoby prowadzącej inne polubowne rozwiązanie sporu sąd powszechny może skierować w dwóch przypadkach:

- gdy strony same wskażą mediatora lub osobę prowadzącą inne rozwiązanie sporu, albo
- gdy Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej RP odmówi przeprowadzenia polubownego rozwiązania sporu.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

W tym ostatnim przypadku, jeżeli strony same nie wskażą mediatora lub innej odpowiedniej osoby, uczyni to za nich sąd powszechny, wyznaczając mediatora albo osobę mającą odpowiednią wiedzę i umiejętności w zakresie prowadzenia innego polubownego rozwiązania sporu w sprawach cywilnych i zamówień.

III Mediacja

1. Definicja. Najpowszechniejszym sposobem polubownego rozwiązywania sporów jest mediacja. Nie ma jednak legalnej definicji mediacji i dlatego należy posłużyć się innymi próbami zdefiniowania tego pojęcia. Do takich należy przede wszystkim definicja zawarta na stronie internetowej Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP, gdzie zapisano, że mediacja jest dobrowolną i poufną metodą rozwiązywania sporów, w której strony z pomocą bezstronnego i neutralnego mediatora prowadzą negocjacje, wypracowując obopólnie satysfakcjonujące porozumienie (sp.prokuratoria.gov.pl). Próby definicji mediacji można znaleźć też w doktrynie, a pojawiły się one na bazie art. 183^{3a} Kpc. Przepis ten stwierdza m. in., iż mediator prowadzi mediację, wykorzystując różne metody zmierzające do polubownego rozwiązania sporu, w tym poprzez wspieranie stron w formułowaniu przez nie propozycji ugodowych. Jak się jednak wydaje, przepis ten miesza mediację z innymi sposobami polubownego rozwiązywania sporów (np. z koncyliacją), gdyż wspomina także o możliwości sformułowania przez prowadzącego mediację sposobu rozwiązania sporu, który dla stron nie jest jednak wiążący. Ten dualizm powieli niekiedy także piśmiennictwo.

W komentarzach do Kpc można zatem wyczytać, iż:

- Mediacja stanowi alternatywny sposób rozstrzygania spraw cywilnych w stosunku do sądowego sposobu ich rozstrzygania, a jej istota polega na tym, że mediator, jako osoba postronna pomaga (pośredniczy) stronom w rozwiązaniu ich sporu (*A. Zieliński, K. Flaga-Wieruszyńska*, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Legalis 2019);
- Rozróżnia się dwa typy mediacji. Pierwszy, klasyczny, gdy mediator jest pomocnikiem w dialogu stron i wykorzystuje rozwiązania proponowane przez strony (mediacja facylitatywna), i drugi, gdy mediator samodzielnie ocenia sytuację stron, przewiduje treść możliwego rozstrzygnięcia sporu przez sąd i ewentualnie proponuje sposób jego rozwiązania (mediacja ewaluatywna) (*red. A. Marciniak*, Kodeks postępowania cywilnego, Tom I. Komentarz, Legalis 2019);
- Mediacja jest sposobem poszukiwania rozwiązania na drodze pojednawczej w sytuacji, gdy między stronami zarysowała się różnica zdań lub wręcz doszło do sporu na tle łączącego je stosunku (*R. Morek*, Mediacja i arbitraż. Komentarz, Warszawa 2014, s. 31).



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- Różnica pomiędzy mediacją a negocjacjami polega na tym, że w negocjacjach strony same rozwiązują konflikt, negocjując ze sobą. W mediacji strony proszą o pomoc mediatora, który niejako "zarządza" ich konfliktem, poszukując wraz ze stronami możliwości rozwiązania sporu poprzez zawarcie ugody (*red. A. Góra-Błaszczkowska, Kodeks postępowania cywilnego. Tom I A. Komentarz, Legalis 2020*);

2. Wszczęcie mediacji. Jak już wspomniano, mediacja jest możliwa tylko wtedy, gdy strony zawrą w tym zakresie stosowną umowę. Umowa taka powinna określać przede wszystkim przedmiot mediacji oraz osobę mediatora albo sposób wyboru mediatora (art. 183¹ § 3 Kpc). Do mediacji może dość także wtedy, gdy jedna ze stron złoży wniosek o mediację, a druga strona wyrazi na to zgodę. Wszczęcie mediacji przez stronę następuje z chwilą doręczenia mediatorowi wniosku o przeprowadzenie mediacji, z dołączonym dowodem doręczenia jego odpisu drugiej stronie (art. 183⁶ Kpc).

Wniosek o mediację zawiera:

- oznaczenie stron,
- dokładnie określone żądanie,
- przytoczenie okoliczności uzasadniających żądanie,
- podpis strony,
- wskazanie załączników, w tym dołączenie umowy o mediację (jeżeli strony ją zawarły).

W przypadku Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP wniosek składa się do tegoż sądu. Zawiera on dodatkowo m. in. uzasadnienie przez jedną ze stron postępowania kryteriów kwalifikujących sprawę do rozstrzygnięcia przez Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej RP. Szczegółowe określenie zawartości wniosku oraz wymaganych dokumentów zawiera Regulamin tegoż sądu, znajdujący się na stronie sp.prokuratoria.gov.pl, z tekstem ujednoliconym na dzień 20 września 2019 r.

Należy zaznaczyć, że wszczęcie mediacji przerywa bieg przedawnienia, zaś samo przystąpienie do mediacji nie oznacza konieczności zawarcia ugody (także w przypadku skierowania na mediację przez sąd). Brak ugody lub odmowa przystąpienia do mediacji nie pozbawia strony prawa do dochodzenia swoich roszczeń przed sądem powszechnym.

3. Skierowanie na mediację. Jeszcze jednym sposobem wszczęcia mediacji jest postanowienie sądu kierujące strony do mediacji (art. 183¹ § 2 Kpc, art. 593 ust. 2 Pzp). Należy podkreślić, że w razie skierowania stron do mediacji na podstawie postanowienia sądu, prymat przyznaje się dobrowolności mediacji – nawet wówczas strona może odmówić przystąpienia do mediacji, bowiem jest ona dobrowolna (*red. A. Góra-Błaszczkowska, Kodeks postępowania cywilnego. Tom I A. Komentarz,*



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Legalis 2020). Aby mediacja doszła do skutku, strona w terminie tygodnia od dnia ogłoszenia lub doręczenia postanowienia kierującego strony do mediacji musi wyrazić zgodę na zapoznanie się mediatora z aktami (art. 183⁹ § 2 Kpc).

W przypadku spełnienia przesłanek określonych w art. 593 ust. 2 Pzp skierowanie na mediację jest obligatoryjne i nie wymaga dodatkowych czynności ze strony sądu. Natomiast w innych sprawach sąd przed pierwszym posiedzeniem dokonuje oceny, czy skierować strony na mediację. W tym celu może wezwać strony do osobistego stawiennictwa na posiedzeniu niejawnym. Może też wezwać strony do udziału w spotkaniu informacyjnym na temat mediacji.

Kierując na mediację, sąd powinien wyznaczyć czas jej trwania, który - co do zasady - powinien wynosić 3 miesiące. Czas ten może zostać jednak wydłużony na zgodny wniosek stron lub z innych ważnych powodów, szczególnie jeżeli przyczyni się to do zwiększenia szans na ugodowe załatwienie sprawy.

4. Mediator. Obok dobrowolności mediacji jednym z podstawowych uprawnień stron jest wyznaczenie mediatora. W przypadku zawartej umowy, zawierającej zapis na mediację, osoba mediatora powinna być wskazana już w tej umowie. Zamiast osoby mediatora strony mogą wskazać w umowie Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej RP jako sposób wyboru mediatora. Propozycja mediatora może być też zawarta we wniosku o wszczęcie mediacji, kierowanym do sądu przez jedną ze stron, a druga strona może ten wniosek wraz z propozycją mediatora zaakceptować.

Jeżeli strony nie uzgodnią lub nie dokonają wyboru mediatora, sąd w przypadku skierowania do mediacji wyznaczy mediatora, przy czym w pierwszej kolejności sąd bierze pod uwagę stałych mediatorów. W przypadku skierowania sprawy do Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP strony powinny porozumieć się co do osoby mediatora przed wszczęciem mediacji, przy czym mogą dokonać wyboru mediatora tylko z listy mediatorów stałych, prowadzonej przez Prezesa Prokuraturii Generalnej. Jeżeli mediator nie zostanie uzgodniony przez strony, wyznacza go w drodze nominacji zastępczej Prezes Sądu Polubownego.

Mediatorem może być osoba fizyczna, mająca pełną zdolność do czynności prawnych i korzystająca w pełni z praw publicznych. Mediatorem nie może być sędzia, za wyjątkiem sędziów w stanie spoczynku. W art. 595 Pzp podkreślono, że mediator nie może być pełnomocnikiem przed sądem w postępowaniu dotyczącym sporu objętego mediacją, jak również w żaden inny sposób uczestniczyć w tym postępowaniu sądowym.

Sąd wyznaczając mediatora bierze pod uwagę jego wiedzę i umiejętności w zakresie prowadzenia mediacji w sprawach danego rodzaju. Mediator zaś powinien zachować bezstronność przy prowadzeniu mediacji oraz niezwłocznie powiadomić strony o okolicznościach, które mogłyby wzbudzić wątpliwości co do jego bezstronności. W



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

przypadku mediacji prowadzonej przez mediatora stałego Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej składa on stronom za pośrednictwem tego Sądu oświadczenie o swojej bezstronności i niezależności oraz o dysponowaniu czasem niezbędnym do wykonania swoich obowiązków.

Mediator stały może odmówić prowadzenia mediacji tylko z ważnych powodów. Mediator ma prawo do wynagrodzenia i zwrotu wydatków związanych z przeprowadzeniem mediacji. Należności te mediator pobiera bezpośrednio od stron. W przypadku mediatora stałego Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP wynagrodzenie mediatora pokrywane jest z opłaty za przeprowadzenie postępowania wnoszonej przez strony. Wysokość wynagrodzenia i termin wypłaty określa umowa pomiędzy mediatorem stałym a Prezesem Prokuraturii Generalnej, działającym w imieniu Skarbu Państwa.

5. Postępowane mediacyjne. Jedną z podstawowych zasad postępowania mediacyjnego jest jego niejawnosc. Wynika to wprost z art. 183⁴ § 1 Kpc. Oznacza to, iż zarówno strony, jak i mediator nie mogą ujawniać osobom trzecim faktów, o których dowiedziały się w związku z prowadzeniem mediacji, chyba że strony zwolnią np. mediatora z obowiązku zachowania tajemnicy. Dla pozycji prawnej stron bardzo ważny zapis znajduje się w art. 183⁴ § 3. Wynika z niego, iż w przypadku, gdy mediacja się nie powiedzie, zostanie zakończona bez zawarcia ugody i strony wystąpią do sądu powszechnego lub sądu polubownego z roszczeniem, w trakcie postępowania przed takim sądem nie mogą powoływać się na żadne propozycje ugodowe czy propozycje ustępstw, które były formułowane, a nawet akceptowane podczas mediacji. Sąd za bezskuteczne musi także uznać przytaczanie wszelkich oświadczeń składanych w trakcie mediacji. Nieudana mediacja i stanowisko stron zajmowane w mediacji nie może zatem być wykorzystywana w postępowaniu sądowym jako argument czy dowód przeciwko drugiej stronie. Nie ma więc ryzyka, że sytuacja procesowa strony pogorszy się w postępowaniu sądowym na skutek nieudanej mediacji.

Mediację co do zasady prowadzi jeden mediator, ale nie ma przeszkód prawnych, aby mediację prowadziło np. dwóch mediatorów. Sytuacja taka uregulowana została przykładowo w § 49 ust. 7 Regulaminu Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP. W tym przypadku prowadzenie mediacji przez dwóch mediatorów nie będzie miało wpływu na wysokość maksymalnej opłaty wnoszonej do Sądu. Natomiast w przypadku prowadzenia mediacji np. przez samodzielnych mediatorów wskazywanych przez strony, wynagrodzenie płacone dwóm mediatorom może być większe niż wynagrodzenie maksymalne ustalone dla jednego mediatora.

Postępowanie mediacyjne prowadzone jest przez mediatora według zasad ustalonych przez strony. Jeżeli nie ma takich zasad, mediator prowadzi postępowanie według swojego uznania. Faktyczna mediacja rozpoczyna się zwykle od kontaktu mediatora z



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

każdą ze stron i następnie spotkania z każdą stroną odrębnie. W trakcie takiego spotkania mediator z jednej strony wyjaśnia i ustala zasady mediacji, a z drugiej – poznaje nastawienie stron do powstałego sporu. Następne spotkania często odbywają się już wspólnie, czyli z udziałem wszystkich stron. Nie ma jednak przeszkód, aby dalsza mediacja była prowadzona w formie odrębnych spotkań z każdą ze stron. Taki sposób prowadzenia postępowania może je jednak znacznie wydłużyć, co z kolei może nie być zaakceptowane przez sąd powszechny, który skierował strony do mediacji i wyznaczył termin na jej przeprowadzenie. Po spotkaniach indywidualnych mediator musi przekazać sformułowane przez jedną ze stron stanowisko i propozycje ugodowe drugiej stronie, przy czym wszelkie informacje pozyskane od jednej strony, tylko za jej zgodą mogą być przekazywane drugiej stronie. Natomiast podczas wspólnych spotkań strony mają zdecydowanie większe możliwości prezentowania własnego stanowiska, a przede wszystkim mogą elastycznie reagować na propozycje drugiej strony. Rolą mediatora podczas takich spotkań jest zachęcanie do rozmowy, wymiany poglądów, ale także ustalenie wraz ze stronami punktów zgodnych i punktów spornych, co do których niezbędne są dalsze rozmowy i ustępstwa. Mediacja to bowiem nie chęć uzyskania przewagi nad drugą stroną, tylko kompromis i zrozumienie dla oczekiwań drugiej strony.

Brak porozumienia w niektórych punktach często skłania mediatora do przeprowadzenia spotkań indywidualnych. Spotkania takie mogą odbywać się też z inicjatywy samych stron. Celem zawsze jest znalezienie rozwiązania, które będzie akceptowalne przez drugą stronę. Do ugody dochodzi wtedy, gdy każda ze stron uzna, że jej interesy są zaspokojone w sposób wystarczający, a jednocześnie wypracowane rozwiązanie jest możliwe do przyjęcia przez drugą stronę.

6. Zakończenie mediacji. Czas trwania mediacji zależy od woli stron, ale zawsze należy mieć na uwadze wyznaczony przez sąd kierujący do mediacji termin na jej przeprowadzenie (zgodnie z art. 183¹⁰ § 1 Kpc – do trzech miesięcy). Na częstotliwość spotkań mediacyjnych wpływ ma też stopień skomplikowania sprawy oraz podejście stron do polubownego rozwiązania sprawy. Przepisy Kpc dają możliwość wystąpienia do sądu o przedłużenie terminu mediacji. Z takim wnioskiem powinny wystąpić strony, ale mediator przedkładając sądowi wniosek też powinien dokonać oceny i przedstawić stanowisko, czy jest szansa na zawarcie ugody.

Jeżeli strony dojdą do porozumienia, to właśnie zawarcie ugody kończy mediację. Ugoda powinna zostać podpisana przez strony. Zgodnie z art. 183¹² § 1 Kpc z przebiegu mediacji sporządza się protokół, który podpisuje mediator. W protokole odnotowuje się czas i miejsce przeprowadzenia mediacji, przy czym za zgodą stron mediacja może być prowadzona przy pomocy środków komunikowania się na odległość (zdalnie). Odnotowuje się także oznaczenie stron i mediatora oraz wynik mediacji. Zawarta



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

ugoda stanowi załącznik do protokołu, albo – jeżeli jest to możliwe – zamieszczana jest w protokole. Odpisy ugody, sporządzane z reguły w czterech egzemplarzach, otrzymują strony oraz mediator, który jeden egzemplarz przekazuje sądowi kierującemu do mediacji. W przypadku, gdy podstawą mediacji nie było skierowanie do sądu, protokół jest przekazywany sądowi w przypadku wystąpienia strony do sądu z wnioskiem o zatwierdzenie ugody.

Zgodnie z art. 183¹² § 2¹ Kpc podpisanie ugody oznacza zgodę stron na wystąpienie do sądu z wnioskiem o jej zatwierdzenie. Sąd, po otrzymaniu takiego wniosku, powinien niezwłocznie przeprowadzić postępowanie co do zatwierdzenia ugody. Następuje to w drodze postanowienia. Jeżeli jednak ugoda podlega wykonaniu w drodze egzekucji, sąd zatwierdza ją przez nadanie klauzuli wykonalności.

Odmowa zatwierdzenia ugody lub nadania klauzuli wykonalności ma miejsce wtedy, gdy ugoda jest sprzeczna z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa, a także gdy jest niezrozumiała lub zawiera sprzeczności (art. 183¹⁴ § 3 Kpc). Zatwierdzona ugoda ma moc ugody zawartej przed sądem, a ugoda z nadaną klauzulą wykonalności jest tytułem wykonawczym (art. 183¹⁵ § 1 Kpc). Nie zawsze jednak mediacja kończy się ugodą. W przypadku braku porozumienia mediacja może być zakończona na wniosek przynajmniej jednej ze stron. Także mediator może dojść do wniosku, iż dalsze prowadzenie mediacji jest niecelowe i zakończyć mediację. Brak zawarcia ugody nie zwalnia oczywiście stron z konieczności poniesienia kosztów mediacji.

IV. Koncyliacja

1. Definicja. Innym sposobem polubownego rozwiązywania sporów jest koncyliacja. Podobnie jak w przypadku mediacji, nie ma legalnej definicji koncyliacji. Nawiązuje do niej jedynie art. 183^{3a} Kpc, który daje mediatorowi (koncyliatorowi) prawo do wskazania stronom sposobu rozwiązania sporu, który jednak nie jest dla nich wiążący. Pod pojęciem koncyliacji rozumiemy więc działania podejmowane przez bezstronnego koncyliatora, zmierzające do ugodowego zakończenia sprawy, a polegające przede wszystkim na zaproponowaniu rozwiązania sporu, które zostanie zaakceptowane przez strony sporu. W koncyliacji strony nie uczestniczą w przygotowywaniu ugodowego rozwiązania, natomiast jego zaakceptowanie jest wyłącznym ich uprawnieniem.

Pojęcie koncyliacji pojawia się w piśmiennictwie, ale niekiedy jest mieszane z mediacją, co wynika m. in. ze zbieżności celów, jakie obydwie te instytucje prawne mają. W jednym z komentarzy do Kpc stwierdzono, iż instytucja koncyliacji ma charakter zbliżony do mediacji, z którą niekiedy jest utożsamiana. Jednakże zadanie mediatora sprowadza się do stworzenia warunków do zawarcia ugody przez same



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

strony, natomiast koncyliator nie tylko stwarza takie warunki, ale również ma prawo do przedstawienia swojej propozycji rozwiązania sporu istniejącego między stronami (*red. A. Góra-Błaszczkowska*, Kodeks postępowania cywilnego. Tom I A. Komentarz, Legalis 2020). W innym komentarzu znalazło się natomiast stwierdzenie, iż rola koncyliatora polega na usuwaniu napięcia istniejącego między stronami i ułatwieniu tym samym zawarcia porozumienia (*red. A. Marciniak*, Kodeks postępowania cywilnego, Tom I. Komentarz, Legalis 2019). Zdaniem jego autora, składanie stronom konkretnej propozycji rozwiązania sporu nosi pojęcie mediacji ewaluatywnej, a mediator powinien przedstawić alternatywne sposoby rozwiązania sporu i wyjaśnić konsekwencje każdego z nich. Podobne stanowisko, podjęte na podstawie brzmienia art. 183^{3a} Kpc, pojawia się też w innym komentarzu: „mediacja może być prowadzona różnymi metodami. Z punktu widzenia analizowanego przepisu relewantne znaczenie ma podział strategii mediacyjnych na mediację facylitatywną i mediację ewaluatywną. Formuła facylitatywna (klasyczna) polega na tym, że mediator jest jedynie rzecznikiem rzetelnej procedury. Pomaga on tylko stronom w rozwiązaniu ich sporu i dojściu do ugody, wykorzystując proponowane przez nie rozwiązania. Metoda ewaluatywna (ocenna) sprowadza się natomiast do tego, że mediator uprawniony jest nie tylko do udzielania pomocy stronom w generowaniu opcji rozwiązania sporu, ale może zaprezentować również własne propozycje zakończenia konfliktu, popierając konkretną opcję.”(*red. E. Marszałkowska-Krześ*, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Legalis 2020).

Jak się wydaje, rozróżnienie zastosowane przez Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej RP, który obok mediacji, za inny sposób polubownego rozwiązywania spraw traktuje koncyliację, jest podejściem bardziej praktycznym i lepiej oddaje różnice w procedurach. Dlatego dla dalszych rozważań przyjmujemy, iż koncyliacja jest drugim, alternatywnym sposobem dochodzenia do ugody stron.

2.Procedura. Wszczęcie koncyliacji następuje w taki sam sposób, jak wszczęcie mediacji, czyli na podstawie wniosku strony lub na podstawie skierowania sądu. Wniosek strony może być oparty na stosownym zapisie umowy, ale może powstać też samoistnie i zostać zaakceptowanym przez drugą stronę. Natomiast sąd kierując sprawę do mediacji nie powinien określać, jakim sposobem strony mają dojść do porozumienia, tj. mediacją czy koncyliacją. Decyzję w tym zakresie należy pozostawić stronom. Można przyjąć, że strony posiadające odpowiednią obsługę prawną i mocną bazę merytoryczną będą optowały za mediacją, w której to one prowadzą ze sobą rzeczywiste negocjacje, a mediator tylko w tym pomaga. Natomiast strony nie posiadające takiego potencjału i przygotowania do prowadzenia sporu opowiedzą się raczej za koncyliacją, gdzie zadaniem koncyliatora jest dokonanie analizy roszczeń stron, zapoznanie się z ich stanowiskami oraz dowodami, ocena możliwego



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

rozstrzygnięcia sprawy przez sąd i na tej podstawie przygotowanie propozycji koncyliacyjnej oraz przedstawienie jej stronom.

Koncyliacja prowadzona jest na podstawie dokumentów i informacji przekazanych koncyliatorowi przez strony, które co do zasady nie uczestniczą czynnie w postępowaniu. Koncyliator może prosić strony o dodatkowe dokumenty, informacje czy dowody, ale nie przeprowadza dowodów ze świadków, z przesłuchania stron czy z opinii biegłego. Natomiast o mediacyjnym charakterze takiego postępowania decyduje to, iż koncyliator nie rozstrzyga sporu, a jedynie przedstawia propozycję jego rozwiązania.

Strony mają kilka możliwości odniesienia się do propozycji koncyliacyjnej:

- przyjąć propozycję, zawrzeć ugodę i tym samym zakończyć spór,
- zawrzeć ugodę po dokonaniu modyfikacji propozycji koncyliacyjnej, przy czym modyfikacja może być jeszcze poprzedzona bezpośrednimi negocjacjami stron,
- nie przyjąć propozycji koncyliacyjnej, co zakończy postępowanie mające na celu polubowne rozwiązanie sporu.

Przepisy oraz wszelkie wymagania odnoszące się do mediatora stosowane są identycznie w przypadku koncyliatora. Taki sam jak w przypadku mediacji jest też sposób wyznaczania koncyliatora, czyli pierwszeństwo mają w tym zakresie strony sporu.

Do ugody zawartej podczas koncyliacji zastosowanie mają te same przepisy, co ugody zawartej przed mediatorem.

3. Koncyliacja Sądu Polubownego przy Prokuraturze Generalnej RP. Z uwagi na praktyczne stosowanie koncyliacji jako sposobu polubownego rozwiązywania sporów przez Sąd Polubowny zasadne jest omówienie sposobu działania w tym zakresie.

Podstawą wszczęcia postępowania jest wniosek strony, zawierający elementy podobne jak w przypadku mediacji. Do takiego wniosku należy dołączyć jego dwa odpisy z załącznikami dla drugiej strony oraz dla koncyliatora. Sąd doręcza wniosek drugiej stronie i informuje ją o obowiązku złożenia odpowiedzi na wniosek w wyznaczonym terminie, który nie może być krótszy niż 14 dni. W odpowiedzi strona powinna m. in. ustosunkować się do żądań i twierdzeń wniosku.

Na podstawie powyższych dokumentów oraz ewentualnie dodatkowych dokumentów i stanowisk stron oraz innych osób koncyliator sporządza stanowisko koncyliacyjne. Zawiera w nim m. in. ocenę stanu faktycznego i prawnego sprawy oraz propozycję rozwiązania sporu, a jeżeli przedstawienie propozycji rozwiązania sporu byłoby niemożliwe – wskazanie okoliczności, które to uniemożliwiają. W ciągu 30 dni od otrzymania stanowiska koncyliacyjnego przez ostatnią ze stron, strony mogą zgodnie złożyć wniosek o zawarcie ugody przed koncyliatorem.



V. Zalety polubownego rozwiązywania sporów

1. Korzyści z mediacji. Nie ulega wątpliwości, że rozstrzygnięcie sporów przez sąd arbitrażowy, jak i pozasądowe rozwiązywanie sporów (mediacja, koncyliacja) ma wiele zalet. Są to realne korzyści finansowe, oszczędność czasu i szybkie decyzje, wreszcie nieformalistyczne podejście do procedury.

Ograniczając się tylko do mediacji i koncyliacji, z doświadczeń Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP można wywieść następujące korzyści stron, przede wszystkim finansowe, ale także biznesowe, czasowe i inne (za www.sp.prokuratoria.gov.pl):

- walor ugody sądowej w przypadku jej zatwierdzenia,
- brak opłaty sądowej od wniosku o zatwierdzenie ugody zawartej przed mediatorem (koncyliatorem),
- zwrot całości opłaty od wniesionego pozwu w przypadku, gdy postępowanie zakończyło się zawarciem ugody przed rozpoczęciem pierwszej rozprawy sądowej,
- zwrot $\frac{3}{4}$ opłaty od wniesionego pozwu w przypadku zawarcia ugody po rozpoczęciu rozprawy,
- bezpośredni wpływ na rozwiązanie sporu,
- brak ryzyka pogorszenia sytuacji procesowej stron,
- szansa na odbudowanie i zachowanie wzajemnych, dobrych relacji w przyszłości,
- zachowanie korzystnego wizerunku na przyszłość,
- szybkość i efektywność rozwiązania sporu,
- elastyczność i brak formalizmu,
- poufność postępowania,
- poprawa komunikacji między stronami,
- przerwanie spirali konfliktu oraz możliwość zrozumienia rzeczywistych przyczyn sporu,
- przerwanie biegu terminu przedawnienia,
- obniżenie kosztów społecznych.

W przypadku udziału w sporze instytucji publicznej, a tak jest najczęściej w zamówieniach publicznych, dochodzą jeszcze takie elementy, jak:

- realizacja ważnego interesu społecznego,
- podtrzymanie zaufania do instytucji publicznych,
- uniknięcie ewentualnego wzrostu cen,
- eliminacja ryzyka procesowego,
- oszczędność czasu,
- optymalne rozwiązanie trudnej sytuacji.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Te wszystkie korzyści osiąga się przy udziale posiadających wysokie kwalifikacje prawne oraz merytoryczne mediatorów i koncyliatorów, dających gwarancję obiektywnego i bezstronnego rozpoznania sprawy.

2.Koszty. Wynagrodzenie mediatora czy koncyliatora ustalane jest przez strony i w tym zakresie także musi być zgoda, jako że odpowiedzialność za zapłatę ponosi każda ze stron. Oczywiście strony mają prawo ustalić podział wynagrodzenia według swojego uznania, ale może to być też odpowiedzialność solidarna. Także wysokość wynagrodzenia osoby prowadzącej polubowne rozwiązanie sporu ustalana jest przez strony. Jednak w przypadku skierowania do mediacji przez sąd powszechny, a z takim rozwiązaniem mamy do czynienia w Pzp, opłaty określone są w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 20 czerwca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 921). W sprawach o prawa majątkowe wynagrodzenie mediatora wynosi 1% wartości przedmiotu sporu, jednak nie mniej niż 150 złotych i nie więcej niż 2000 złotych za całość postępowania mediacyjnego. Mediatorowi przysługuje też zwrot kosztów poniesionych w związku z mediacją, ale kwoty w tym przypadku są praktycznie symboliczne: nie więcej niż 70 zł za wynajem pomieszczenia na posiedzenie mediacyjne czy nie więcej niż 30 zł za wydatki na korespondencję.

Dla wyobrażenia rzeczywistych kosztów warto przytoczyć opłaty, jakie stosowane są w Sądzie Polubownym przy Prokuraturii Generalnej RP.

Opłata za postępowanie mediacyjne wynosi 5.000 zł i jest uiszczana po jego zakończeniu. Jeżeli w trakcie postępowanie dojdzie do więcej niż trzech posiedzeń wspólnych, opłata ulega zwiększeniu o 1.000 zł za każde kolejne posiedzenie. Do stawek tych należy doliczyć podatek vat w wysokości 23%.

Opłata za postępowanie koncyliacyjne wynosi 5.000 zł i jest uiszczana po jego zakończeniu. Do opłaty należy doliczyć podatek vat w wysokości 23%.

Dla porównania opłata za przeprowadzenie postępowania arbitrażowego w sądzie polubownym wynosi 10.000 zł lub 5% wartości przedmiotu sporu (przy wartościach przedmiotu sporu przekraczających 200.000 zł), nie więcej jednak niż 100.000 zł.

Natomiast opłata w sprawach o prawa majątkowe dochodzone przed sądem powszechnym wynosi, w przypadku wartości przedmiotu sporu przekraczającej 20.000 zł, 5% tej wartości, nie więcej jednak niż 200.000 zł.

Podstawy prawne analizy:

- ustawa z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 2019),
- ustawa z 17.11.1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2020, poz 1575 ze zm.)
- ustawa z 15.12.2026 r. o Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2020, poz. 762 ze zm.),



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- *ustawa z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 869 ze zm.),*
- *ustawa z 28.7.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2020, poz. 755 ze zm.),*
- *rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 20 czerwca 2016 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym (Dz. U. z 2016 r. poz. 921),*
- *ustawa z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 76, poz. 344 – utraciła moc).*