

Prof. zw. dr hab. Stanisław Sołtysiński

JAK URZECZYWISTNIAĆ ZASADĘ RÓWNOŚCI STRON W PRYWATNO- PRAWNYCH RELACJACH PAŃSTWA I PRZEDSIĘBIORCÓW?

(III Europejski Kongres Finansowy Sopot 24-26 czerwca 2013 r.)

1. Wprowadzenie

Przyczyny nagminnych opóźnień realizacji wielu projektów infrastruktury drogowej są odmiennie wyjaśniane przez przedsiębiorców – wykonawców i odpowiedzialne agendy rządowe. Przedstawiciele Skarbu Państwa, zwłaszcza Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (GDDKiA) oraz zaangażowanych ministerstw, zwracają uwagę na często zaniżone i nierealistyczne oferty wykonawców, a nawet nieuczciwość partnerów prywatnych, którzy nie dbają o jakość wykonywanych projektów. Przedstawiciele wykonawców podnoszą natomiast wady ustawy o zamówieniach publicznych, która nadmiernie premiuje najniższą ofertę, zbytne uprzywilejowanie agend Skarbu Państwa oraz brak elastyczności przedstawicieli administracji w toku negocjacji kontraktów i w okresie wykonywania długoletnich umów.

W mediach panuje pełny konsensus, że stroną odpowiedzialną za ten stan rzeczy jest niemal wyłącznie administracja rządowa.

Taki stan dysputy nie ułatwia prowadzenia dyskusji co należy zmienić aby poprawić znany wszystkim niepokojący stan rzeczy, który powoduje ogromne koszty społeczne.

W niniejszym wystąpieniu zajmę się także próbą diagnozy przyczyn ogromnej liczby procesów, które towarzyszą większości projektów infrastrukturalnych, realizowanych dzięki środkom uzyskanym z Unii Europejskiej. Skala sporów i ich koszty są niepokojące. Wieloletnie procesy sądowe i arbitrażowe towarzyszą nawet tym nielicznym projektom

infrastrukturalnym, które zostały zakończone w terminie i gdzie nie zanotowano żadnych istotnych wad jakości oddanych odcinków autostrad (na przykład spory między Autostradą Wielkopolską SA i Skarbem Państwa (GDDKiA))

* * *

Pragnę podkreślić, że nie podzielam w pełni rozpowszechnionej opinii, że Polska jest państwem, które ma niemal idealne społeczeństwo i wzorowych przedsiębiorców, a fatalne rządy i administrację. Bliższe prawdy wydaje się twierdzenie, że mamy takich rządzących, na jakich zasługujemy. **Korzystając z naszych uprawnień wyborczych, w których uczestniczy z reguły mniej niż połowa uprawnionych, nie zawsze dokonujemy trafnych wyborów (*culpa in eligendo*).** Niski stopień aktywności społecznej i niska jakość korzystania z praw wyborczych i innych możliwości uczestnictwa w życiu publicznym nie usprawiedliwia jednak rządzących i administracji. Jako prawnik podejmę próbę diagnozy źródeł powodzi sporów inwestycyjnych, a następnie spróbuję odpowiedzieć na pytanie czy istnieje brak równowagi praw i obowiązków stron w umowach inwestycyjnych na etapie negocjowania i realizacji umów inwestycyjnych i czy zjawisko to stanowi główną przyczynę zastanego stanu rzeczy. Na czym polega ów brak nierównowagi i czy stanowi on podstawową przyczynę kosztownych sporów i opóźnień procesów przygotowania oraz realizacji infrastruktury?

2. Przyczyny braku równości w prywatno-prawnych stosunkach inwestorskich

- (i) Zdaniem przedsiębiorców przyczyną deficytu równości stron uczestniczących w projektach inwestycyjnych, w szczególności drogowych, są następujące okoliczności: GDDKiA i inne agencje rządowe przerzucają większość ryzyka inwestycyjnego na wykonawców projektu. Przedmiotem krytyki są wzorcowe umowy budowlane, które nie przewidują należycie adaptacji zobowiązań stron do zmieniających się warunków (np. istotnego wzrostu cen surowców, następstw nowych przepisów prawnych itp.). Im dłuższy kontrakt inwestycyjny lub koncesja, tym większe ryzyko zmiany warunków wykonywania obowiązków kontraktowych. Koncesjonariusze autostrad A1 i A4 podkreślają, że istotne zwiększenie kosztów realizacji inwestycji i eksploatacji zbudowanych dróg stanowią następstwo podwyższania standardów ochrony środowiska, nowych przepisów dotyczących zwiększania częstotliwości remontów wiaduktów i mostów, kwalifikacji pojazdów do kategorii zmniejszających rentowność

eksploatacji autostrady, zmian warunków dojazdu do autostrad oraz położenia dróg, na których nie pobiera się opłat itp. Zmiany te wynikają częściowo z implementacji prawa unijnego, a częściowo z pomysłów oszczędności fiskalnych, które są narzucane w drodze przepisów wykonawczych do wydanych wcześniej ustaw. Przedsiębiorcy skarżą się, że kompetencje określone w ustawach dla organów Państwa są często przekraczane.

- (ii) Przedsiębiorcy nie mogą liczyć na to, że nie ulegnie zmianie otoczenie prawne w toku realizacji umowy lub eksploatacji autostrady. Ich skargi dotyczą sposobu wykorzystywania imperium przez stronę rządową lub jej agendy i braku mechanizmów waloryzacji świadczeń. Przedmiotem uzasadnionej krytyki jest również brak elastyczności przedstawicieli agend rządowych, a w szczególności GDDKiA, w procesie rozwiązywania sporów inwestycyjnych (np. rozpatrywania waloryzacji wynagrodzenia wykonawców w następstwie wydania nowych przepisów o ochronie środowiska służących zwiększeniu bezpieczeństwa albo zmieniających zasady zabudowy i eksploatacji pasów przydrożnych). Koncesjonariusze podają przykłady nadużywania kompetencji przez GDDKiA, która wydała regulamin kontroli projektów autostradowych realizowanych w systemie koncesyjnym¹. Regulamin ten zawiera szereg postanowień sprzecznych z ustawą z dnia 4 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Tytułem przykładu regulamin tej nie spełnia wymogów przeprowadzenia kontroli przewidzianych w art. 79a ust. i 6 powołanej ustawy (np. nie zawiera pouczenia przedsiębiorcy, nie zachowuje ustawowego terminu rozpoczęcia kontroli i wykracza poza zakres kontroli wskazany w upoważnieniu).

- (iii) Z raportu „Polskie Drogi”, przygotowanego przez Centrum im. A. Smitha wynika, że nierówność stron wynika również stąd, że GDDKiA wstrzymuje, często bez uzasadnionej przyczyny, płatności na rzecz wykonawców. Jesienią 2012r. zaległości te wynosiły ponad 4 mld zł. Obecnie sięgają one kwoty 6 mld zł. GDDKiA tłumaczy ten stan rzeczy tym, że roszczenia wykonawców są zwykle nieuzasadnione, a najczęstszym powodem ich dochodzenia są próby pokrycia części strat wynikających z kontraktów, za które ponosi odpowiedzialność wykonawca. Zarzuty te mogą być

¹ Zarządzenie Nr 14 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 18 maja 2012 r.

częściowo uzasadnione, lecz nie usprawiedliwia to skali zatorów płatniczych. Sądy i trybunały arbitrażowe przyznają z reguły rację przedsiębiorcom.

- (iv) Obie strony sporu zgadzają się, że jedną z przyczyn opóźnień i rozwiązywania umów jest prawo o zamówieniach publicznych, które przywiązuje decydujące znaczenie do zaoferowanej ceny. Przedsiębiorstwa zabiegające o kontrakty zaniżają stawki za wykonanie robót – stwierdza raport „Polskie Drogi”. Spektakularnym przykładem konsekwencji decydującego znaczenia kryterium ceny było wycofanie się w ubiegłym roku z placu budowy przez chińskiego wykonawcę. Doprowadziło to do opóźnienia prestiżowej inwestycji w przededniu finałów Mistrzostw Europy w piłce nożnej. Skarb Państwa był zmuszony zawrzeć umowę z dużo droższym i wykonawcami i nie odzyskał w pełni odszkodowania.

- (v) Zmiana przepisów o zamówieniach publicznych wydaje się stosunkowo prostym zabiegiem. Można tu wykorzystać rozwiązania stosowane w innych państwach. Pozostawienie znacznie szerszego marginesu swobodnego uznania urzędnikom dotyczy już jednak dużo trudniejszego problemu **stosowania prawa i jakości zarządzania**. Postępu w tej dziedzinie nie można jednak zadekretować. Ten aspekt słabości zarządczej omawiam szerzej w dalszej części mojego wystąpienia.

3. Mechanizmy tworzenia i adaptacji zobowiązań kontraktowych

- (i) Stosunkowo łatwym zadaniem jest również poprawa wzorcowych umów inwestycyjnych. Opinie prawników obu stron o jakości umów o roboty budowlane i umów o dzieło nie są zdecydowanie krytyczne. **Przedsiębiorcy mają znacznie więcej zastrzeżeń do sposobu ich wykonywania przez stronę zamawiającą**. Podzielić należy natomiast krytykę braku lub nienależytego korzystania z instytucji tzw. inżyniera kontraktu (*engineer*), który pełni m.in. funkcję weryfikatora wykonania robót i ich jakości oraz rozstrzygania niektórych sporów między stronami. Instytucja taka występuje np. w tzw. „czerwonym FIDIC”. W praktyce jednak polski inżynier kontraktu nie jest dostatecznie niezależny, gdyż o jego zatrudnieniu decyduje

zamawiający (np. GDDKiA) i traktuje go jako zależnego pomocnika w sporach z wykonawcą.

- (ii) **Znikomy procent sporów o roboty budowlane oraz wynikających z umów koncesyjnych jest rozstrzyganych w drodze mediacji.** Nie jest tylko wina instytucji rządowych, lecz zjawisko z pogranicza kultury organizacyjnej i prawnej społeczeństwa. Zwolennicy mediacji podkreślają, że w Stanach Zjednoczonych według różnych szacunków od 65% do 90% sporów gospodarczych kończy się ugodą przed wydaniem wyroku. W Wielkiej Brytanii procent tak zakończonych sporów przekracza 40%, w Niemczech wynosi około 10%, a w Polsce zaledwie kilka procent². Procent ten wynosi chyba jeszcze mniej w sporach między agendami rządowymi, a przedsiębiorcami. Urzędnicy wolą prowadzić wieloletnie procesy i korzystać z każdego środka odwoławczego, gdyż obawiają się odpowiedzialności za nadmiar inicjatywy i oskarżenie o działanie na szkodę Państwa.
- (iii) Opisany stan rzeczy, mający wymiar kulturowy i polityczny wynika m.in. stąd, że po wprowadzeniu korpusu służby cywilnej w latach 90-tych, wszystkie kolejne rządy ponoszą odpowiedzialność za kroki, które spowodowały w praktyce zaniechanie wysiłków tworzenia fachowej i w miarę niezależnej kasty urzędników, którym nie grozi usunięcie w razie zmian rządu, a nawet ministra. Negatywne skutki powodują również nastroje elektoratu, który nie docenia potrzeby należytego wynagradzania kadry urzędniczej i przyjmuje z aplauzem propozycje dotkliwych sankcji karnych oraz cywilnych dla urzędników. Dotykają one z reguły tych funkcjonariuszy, którzy podejmowali trudne i obarczone ryzykiem decyzje (np. w sprawach prywatyzacji). Chyba wszyscy kolejni ministrowie odpowiedzialni za prywatyzację występowali jako podejrzani w długoletnich postępowaniach toczonych przez prokuratorów, przy czym żadne z nich nie zakończyło się prawomocnym wyrokiem skazującym. Trudno mi natomiast odgrzebać w pamięci sankcje za brak decyzji, a tymczasem ich odwlekanie naraża przedsiębiorców i Skarb Państwa na najbardziej dotkliwe straty.

² J. Stalmach, B. Brożek, Sztuka negocjacji prawniczych, Warszawa 2011, s. 25-26.

(iv) Bezczyнность lub wykorzystywanie wszystkich dostępných środków odwoławczych stanowi najbezpieczniejszy sposób zachowania pozycji nie tylko w sporach inwestycyjnych. Tytułem przykładu przytoczę kazu znany mi z praktyki w ostatnich latach: podpisana przed kilkunastu laty umowa koncesyjna wymagała zmiany, gdyż Parlament wydał po kilku latach ustawę pozbawiającą Koncesjonariusza uprawnień do pobierania opłat i przewidział, że strony wynegocjują wynagrodzenie należne koncesjonariuszowi w następstwie wydania nowego aktu prawnego. W dwa lata po zawarciu umowy koncesyjnej Skarb Państwa doszedł do wniosku, że działał pod wpływem błędu i uchylił się od skutków czynności prawnej. Po 4 latach i rozpoczęciu procesu arbitrażowego o ustalenie ważności umowy Skarb Państwa wysunął nowy argument, że umowa jest bezwzględnie nieważna, gdyż naruszała ustawę wydaną przez Sejm przy której opracowaniu uczestniczyła również GDDKiA i właściwy Minister. Trybunał arbitrażowy uznał ważność umowy i brak podstaw do powołania się na błąd przez Skarb Państwa. W toku negocjacji kwestionowanej później umowy Skarb Państwa był reprezentowany przez wiodące kancelarie prawne i czołowych doradców finansowych. Aby nie spotkać się z zarzutem niedołożenia należytej staranności i w trosce o specyficznie pojmowany interes Państwa właściwy minister poinformował Komisję Europejską, że zawarta przez Skarb Państwa umowa stanowiła niedozwoloną pomoc publiczną, ponieważ była zawarta z pogwałceniem prawa unijnego. Po przegraniu procesu arbitrażowego, niemal siedem lat po zawarciu umowy, o której ważności i wykonalności Skarb Państwa zapewnił koncesjonariusza w umowie, Skarb Państwa zapowiedział, że rozważa kwestionowanie wyroku arbitrażowego przed polskimi sądami, co w razie ziszczenia się tej prognozy potrwa kilka lat. Nawet zaś w razie sukcesu przez Skarb Państwa strony mogą znaleźć się w punkcie wyjścia, to znaczy ponownie w postępowaniu przed sądem arbitrażowym. Sądzę, że nie jest to jedyny przykład ilustrujący kompetencje i postawy urzędników Najjaśniejszej RP. Opisany przykład postawy GDDKiA i strategii Skarbu Państwa, który traktuje każdy spór z inwestorem jak Termopile, nie stanowi wyjątku, lecz typową strategię procesową. W dniu 9 marca 20112 r., Sąd Najwyższy oddalił np. skargę kasacyjną Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad przeciwko dwu hiszpańskim wykonawcom części autostrady A-2, którzy uzyskali korzystne orzeczenia arbitrażowe domagając się dodatkowego wynagrodzenia z tytułu wzrostu cen materiałów oraz różnic kursowych. Warto zwrócić uwagę, że od czasu zapadnięcia zaskarżonych orzeczeń arbitrażowych do

wydania wyroku przez Sąd Najwyższy, który nie podzielił żadnego z wielu argumentów Skarbu Państwa upłynęło ponad pięć lat . Nie przypominam sobie sytuacji, aby organy kontrolne (np. NIK) badały zasadność i koszty toczenia kilkuletnich sporów post-arbitrażowych, w których pozycja strony skarżącej jest z natury rzeczy bardzo trudna, a grożące Skarbowi Państwa odsetki mogą nawet przekroczyć pierwotny przedmiot sporu.

4. Czy można poprawić obecny stan rzeczy?

- (i) Proponowane instrumenty poprawy, które wymagają wdrożenia aby lepiej wykorzystać uzyskane środki wsparcia z UE i własne nakłady, można podzielić na dwie grupy: a) zmiany prawne i organizacyjne oraz b) zmiany kulturowe, które wymagają dłuższego okresu.
- (ii) Zapewne najłatwiejszym dla wdrożenia i niekontrowersyjnym postulatem jest zmiana ustawy o zamówieniach publicznych, która obok ceny nakazywałaby uwzględniać inne kryteria takie jak czas realizacji inwestycji, kwalifikacje wykonawcy i sposób zabezpieczenia spełnienia zobowiązań kontraktowych. Koncesje i umowy o roboty budowlane powinny przewidywać zmianę wynagrodzenia i innych obowiązków stron w razie zajścia istotnych zdarzeń, które powodują utrudnienie wykonania inwestycji, zwiększenie kosztów itp. Aby zapewnić większą równowagę stron **w procesie tworzenia takich wzorcowych umów powinni uczestniczyć z głosem doradczym przedstawiciele organizacji wykonawców danej specjalności.**
- (iii) Istotne zmniejszenie liczby sporów sądowych arbitrażowych i administracyjnych może nastąpić tylko w razie zapewnienia inżynierowi kontraktu niezbędnej autonomii i szerszych niż dotąd uprawnień w zakresie rozwiązywania sporów, które towarzyszą każdej większej inwestycji. Niezależność inżyniera kontraktu jest sprawą kluczową. Obecny system ich wyłaniania i zatrudniania przez GDDKiA przesądza o częstym wynaturzeniu ich funkcji, która sprowadza się do wspierania zamawiającego. **Postuluję więc o rozważenie propozycji, aby podmioty pełniące taką funkcję nie były wybierane i zatrudniane przez GDDKiA, lecz przez inny organ administracji rządowej, np. przez Ministerstwo Gospodarki lub Bank**

Gospodarstwa Krajowego. Obie te instytucje mają bowiem szersze spojrzenie na interes Państwa i mogą oceniać bardziej obiektywnie propozycje GDDKiA oraz wykonawcy.

- (iv) Wszystkie lub przynajmniej niektóre umowy koncesyjne i umowy o roboty budowlane powinny zawierać postanowienia dotyczące **obowiązkowej mediacji**, przewidujące krótkie terminy takiego postępowania.
- (v) Usprawnienia wymaga proces podejmowania ważniejszych decyzji w bermudzkiej trójce GDDKiA-Minister Transportu-Minister Finansów. Warto poddać rozważeniu części uprawnień obu tych ministrów na rzecz Banku Gospodarstwa Krajowego.
- (vi) **Sprawą najtrudniejszą jest krzewienie postaw aktywności i lojalności urzędnika wobec przedsiębiorcy.** Nie przypominam sobie zbyt wielu przypadków wymierzania sankcji urzędnikom, w szczególności przez Naczelną Izbę Kontroli, którzy zaniechali podejmowania decyzji lub nie zawarli ugody mimo rozsądnych propozycji przedkładanych przez przedsiębiorcę, a w rezultacie Skarb Państwa został narażony na istotnie zwiększone straty. **Konieczny jest powrót do tworzenia niezależnej służby cywilnej.** Ponieważ wymaga to długiego czasu i jest obciążone ryzykiem uwikłań politycznych, **poddaję pod rozważenie powierzenie dotychczasowych funkcji GDDKiA w zakresie przygotowania i realizacji umów inwestycyjnych podmiotowi, który nie stanowi części administracji rządowej (np. BGK)**³. Prawo dopuszcza powierzenie wykonania oznaczonych funkcji publicznych takim podmiotom. Wymagałoby to odpowiedniej zmiany ustaw regulujących kompetencje GDDKiA oraz BGK. W ten sposób wzrosłyby szanse zapewnienia odpowiedniego poziomu niezależności i kompetencji personelu takiej instytucji. Także kultura organizacyjna w takim podmiocie byłaby bardziej odpowiednia dla realizacji projektów inwestycyjnych. Perspektywy istotnego zreformowania GDDKiA, a zwłaszcza zmiany postaw funkcjonariuszy tej agencji i zwiększenia ich kompetencji

³ Nie pociągałoby to likwidacji GDDKiA, która pełni szereg innych zadań.

wydają się niewielkie. Za taki stan rzeczy nie można w zasadzie winić pracowników, a nawet kierownictwa tej agendy rządowej.

- (vii) Przedstawiłem wiele uwag krytycznych i postulatów zmian pod adresem funkcjonariuszy rządowych. Nie oznacza to jednak, że większość przedsiębiorców to anielskie stworzenia które osiągną zbawienie bez konieczności pokuty. To jednak problem zainteresowania innych paneli dyskusyjnych.