



REKOMENDACJE DOT. POLUBOWNEGO ROZWIĄZYWANIA SPORÓW

PRZEDMIOT REKOMENDACJI

Poniższe rekomendacje, zwane dalej „Rekomendacjami”, przygotowane przez Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. o Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, dotyczą polubownego rozwiązywania sporów.

Jest to druga edycja Rekomendacji, rozbudowana w stosunku do wersji opublikowanej w 2021 r., przy uwzględnieniu zwiększającego się doświadczenia w zakresie polubownego rozwiązywania sporów z udziałem podmiotów publicznych.

Rekomendacje były przedmiotem konsultacji z Biurem Dyscypliny Finansów Publicznych w Ministerstwie Finansów, Najwyższą Izbą Kontroli, Urzędem Zamówień Publicznych oraz Centralnym Biurem Antykorupcyjnym.

ZASTRZEŻENIA

- Rekomendacje mają charakter abstrakcyjny. Nie odnoszą się do konkretnej sprawy i nie wskazują na stanowisko Prokuraturii Generalnej w przedmiocie oceny konkretnych – zaistniałych albo przyszłych – stanów faktycznych lub prawnych.
- Podstawowym celem Rekomendacji jest ułatwienie jednostkom sektora finansów publicznych wyboru najkorzystniejszego sposobu zakończenia sporu o należność cywilnoprawną. Odstępstwo od rekomendowanego sposobu postępowania nie oznacza automatycznie, że podjęte działania, proces negocjacji bądź ugoda są wadliwe.
- Rekomendacje koncentrują się na wskazaniu dobrych praktyk dotyczących polubownego rozwiązywania sporów. Nie wyczerpuje to problematyki dopuszczalności zawarcia ugody. Dopuszczalność ugody należy oceniać w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego i przy uwzględnieniu innych właściwych przepisów prawa, w szczególności prawa cywilnego materialnego i procesowego oraz prawa zamówień publicznych.
- Rekomendacje mają charakter doradczy. Nie są wiążące dla jednostek i podmiotów reprezentujących Skarb Państwa ani dla innych uczestników obrotu.

PODSTAWOWE AKTY PRAWNE

- ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (u.f.p.)
- ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (p.z.p.)
- ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (k.p.c.)
- ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (k.c.)

SPIS TREŚCI

PODSUMOWANIE - REKOMENDACJE PROKURATORII GENERALNEJ RP	3
WPROWADZENIE	5
METODY POLUBOWNEGO ROZWIĄZYWANIA SPORÓW	7
Polubowne rozwiązanie sporu a rozstrzygnięcie sporu przez sąd	7
Negocjacje, mediacja i koncyliacja	7
Uгода – uwarunkowania prawne	10
WSKAZÓWKI SZCZEGÓŁOWE.....	12
ETAP I: Bieżące monitorowanie kwestii spornych i zasadności podjęcia próby polubownego rozwiązania sporu	12
ETAP II: Rekomendacja co do tego, czy uzasadnione jest podjęcie próby polubownego rozwiązania sporu	13
ETAP III: Negocjacje ugodowe	14
ETAP IV: Analiza waloru „korzystności” ugody (art. 54a ust. 2 u.f.p.)	18
ETAP V: Zawarcie ugody	19

ZAŁĄCZNIKI

- **Załącznik nr 1** – Schemat postępowania w zakresie polubownego rozwiązywania sporów
- **Załącznik nr 2** – Projekt umowy o zachowaniu poufności
- **Załącznik nr 3** – Szablon instrukcji negocjacyjnej z przykładowymi danymi
- **Załącznik nr 4** – Wskazówki dotyczące sporządzania oceny, o której mowa w art. 54a u.f.p.

1. Nie bój się podjąć próby polubownego rozwiązania sporu, jeżeli istnieje ryzyko przegranej w sądzie.

1.1. Nie tylko zasadne ale i pożądane jest, żeby w sprawach obejmujących spory o należności cywilnoprawne jednostka sektora finansów publicznych oceniała możliwość polubownego ich rozwiązywania. **Rekomendujemy, aby poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu było każdorazowo poprzedzone taką oceną.** Podjęcie decyzji o zawarciu ugody w konkretnej sprawie – przy zachowaniu procedury i warunków przewidzianych w art. 54a u.f.p. oraz przy spełnieniu ogólnych przesłanek dopuszczalności ugody – zapewnia jednostce sektora finansów bezpieczeństwa z punktu widzenia dyscypliny finansów publicznych.

1.2. Ocena zasadności polubownego rozwiązania sporu powinna być **aktualizowana stosownie do zmieniających się okoliczności**, np. wraz z przebiegiem postępowania dowodowego w sądzie.

2. Przygotuj się do negocjacji.

2.1. W każdym przypadku proces negocjacji powinien być **właściwie przygotowany**, co obejmuje przede wszystkim zobiektywizowaną analizę spornego stanu faktycznego i zasadności roszczeń przy uwzględnieniu twierdzeń drugiej strony, w tym analizę materiału dowodowego na poparcie stanowisk stron, a także określenie celów negocjacji i w razie potrzeby przygotowanie instrukcji negocjacyjnej.

2.2. Należy zapewnić **poufność negocjacji** (zob. **Załącznik nr 2**), a dokumenty dotyczące strategii negocjacyjnej i analizy ryzyk procesowych nie powinny być ujawniane drugiej stronie sporu.

2.3. Przed przystąpieniem do właściwych negocjacji, zmierzających do złożenia lub akceptacji propozycji negocjacyjnych, konieczna jest **analiza tzw. ryzyk procesowych**, czyli szans na uzyskanie korzystnego dla strony rozstrzygnięcia w postępowaniu sądowym (arbitrażowym). Szczegółowość tej analizy zależy od okoliczności i etapu sporu. Wstępna analiza podstawowych okoliczności może być **pogłębiana stosownie od przebiegu negocjacji**.

2.4. Kluczowym aspektem analizy ryzyk procesowych jest **ocena zasadności spornych żądań**. Chodzi tu zwłaszcza o zobiektywizowaną ocenę faktów kluczowych z punktu widzenia przedmiotu sporu (np. przyczyn opóźnienia, z którym powiązane są roszczenia stron) i ich ocenę prawną przy uwzględnieniu potencjalnych zarzutów i twierdzeń drugiej strony (np. żądania miarkowania kary umownej) oraz dowodów (zob. szerzej w **Załączniku nr 4**). Jeżeli analiza ujawnia ryzyko niekorzystnego rozstrzygnięcia sporu przez sąd przynajmniej w znacznej części, podjęcie próby polubownego rozwiązania sporu będzie najczęściej uzasadnione. Rozwinięcie tej analizy jest dokonywane w ramach oceny z art. 54a u.f.p. – już w odniesieniu do treści wynegocjowanego projektu ugody.

2.5. Z oceną ryzyk procesowych powinny być powiązane cel negocjacji i strategia negocjacyjna. Narzędziem, które ułatwia prowadzenie negocjacji i precyzuje zakres umocowania zespołu jest **instrukcja negocjacyjna** (zob. **Załącznik nr 3**). Rekomendujemy jej sporządzanie, zwłaszcza w sprawach bardziej złożonych i obejmujących spory o znacznej wartości.

2.6. Konieczne jest **dokumentowanie przebiegu negocjacji**, w sposób adekwatny do okoliczności sporu i wagi sprawy, tak, aby możliwe było odtworzenie jego przebiegu oraz treści kluczowych założeń i decyzji podejmowanych w toku negocjacji.

3. Zadbaj o efektywność negocjacji.

3.1. Największą efektywność zapewnia prowadzenie negocjacji przez **zespół negocjacyjny**, w skład którego wchodzi zarówno osoby posiadające wiedzę merytoryczną i znające okoliczności sprawy, jak i prawnik (lub prawnicy). Dobrą praktyką jest wskazanie lidera (przewodniczącego) Zespołu.

3.2. Zespół powinien mieć określone granice umocowania w negocjacjach. W sprawach bardziej złożonych można je wyznaczyć m.in. przez opracowanie tzw. **instrukcji negocjacyjnej**, która ma nie tylko walor upoważniający, ale również pozwala uporządkować i usprawnić proces negocjacji (zob. **Załącznik nr 3**).

3.3. W procesie negocjacji **każda ze stron powinna identyfikować możliwe ustępstwa**, wynikające z analizy ryzyk procesowych.

3.4. Jeżeli spór koncentruje się wokół kwestii wymagających wiedzy specjalistycznej, **należy je zweryfikować i – przed zawarciem ugody, odpowiednio udokumentować**. W zależności od okoliczności sporu, zobiektywizowanej analizy takich kwestii może dokonać sama strona, o ile posiada odpowiednie kompetencje i zasoby, na bazie całokształtu okoliczności sprawy, w tym uwzględniając dokumenty i informacje pochodzące od drugiej strony. Strony mogą w tym celu uzyskać również prywatną ekspertyzę profesjonalnego podmiotu lub zespołu ekspertów. Tego rodzaju analizy eksperckie mają na celu uzasadnienie ryzyk i związanych z nimi ustępstw. Należy jednocześnie pamiętać, że celem ugody jest rozwiązanie sporu, a sporne okoliczności (np. wnioski eksperckie) nie muszą być przez drugą stronę przyznane w ramach ugody.

4. Przed zawarciem ugody kierownik jednostki sporządza na piśmie ocenę, o której mowa w art. 54a u.f.p.

4.1. Istotą oceny z art. 54a u.f.p. jest porównywanie scenariusza zakładającego rozwiązanie sporu przez zawarcie ocenianej ugody i scenariusza, w którym spór zostanie rozstrzygnięty w postępowaniu sądowym albo arbitrażowym. Co oczywiste, nie można przewidzieć wyniku postępowania sądowego w sposób pewny czy choćby z prawdopodobieństwem bliskim pewności. Ocena powinna mieścić **w granicach rozsądnych przypuszczeń**. Chodzi o wskazanie prawdopodobnego scenariusza w wyniku poprawnej logicznie i merytorycznie analizy. Powinna ona uwzględniać wszystkie istotne okoliczności sprawy, wynikające zwłaszcza ze zobiektywizowanej oceny faktów i ryzyk procesowych oraz przewidywany czas trwania i koszty postępowania sądowego (arbitrażowego). W **Załączniku nr 4** zawarte zostały ramowe wskazówki dotyczące dokonywania oceny, o której mowa w art. 54a u.f.p.

4.2. Istotą ugody są **ustępstwa w stosunku do spornych kwestii**, które – w przypadku jednostek sektora finansów publicznych – są analizowane przez pryzmat art. 54a u.f.p. Ustępstw na podstawie analizy ryzyk procesowych nie należy utożsamiać z zaniechaniem dochodzenia czy umorzeniem należności.

5. Zweryfikuj dopuszczalność ugody, zwłaszcza pod kątem przepisów p.z.p., jeśli mają zastosowanie.

6. Rekomendujemy zawarcie ugody przed sądem albo poddanie ugody mediacyjnej zatwierdzeniu przez sąd.

WPROWADZENIE

- 1 Jednostki sektora finansów publicznych, gospodarując środkami publicznymi, powinny kierować się potrzebą jak najpełniejszej realizacji uzasadnionych interesów Skarbu Państwa lub – odpowiednio – jednostki samorządu terytorialnego. Wymaga to uwzględnienia przepisów ustawy o finansach publicznych, w szczególności zasad ustalania i dochodzenia należności (art. 42 ust. 5 i 6 u.f.p.), zasad gospodarnego, przejrzystego, efektywnego i celowego wydatkowania środków oraz dobierania metod optymalnych w danych okolicznościach (art. 44 ust. 3 u.f.p.). Do skutecznego zabezpieczenia tych interesów mogą prowadzić różne metody działania, a dobór środków realizacji obowiązków wynikających z ustawy o finansach publicznych powinien opierać się na analizie całokształtu okoliczności sprawy.

Nie ma jednego schematu postępowania w zakresie dochodzenia należności, adekwatnego w każdej sytuacji. Podmiot publiczny powinien dobrać środki w danych okolicznościach najkorzystniejsze z punktu widzenia interesów danej jednostki i Skarbu Państwa, i jednocześnie zgodne z zasadami gospodarowania środkami publicznymi.

- 2 Ocena zasadności żądań i szans na wygranie sporu sądowego o należność cywilnoprawną nierzadko prowadzi do wniosku, że z punktu widzenia interesów Skarbu Państwa 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. **Wyrażną podstawę do zawarcia korzystnej dla jednostki sektora finansów publicznych lub Skarbu Państwa ugody stanowi art. 54a u.f.p.¹.**
- 3 Zgodnie z art. 54a u.f.p. jednostka sektora finansów publicznych, tj. jednostka, o której mowa w art. 9 u.f.p., może zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej w przypadku dokonania oceny, że skutki ugody są dla tej jednostki lub Skarbu Państwa korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego.

Podjęcie decyzji o zawarciu w takich okolicznościach ugody w konkretnej sprawie – przy zachowaniu procedury i warunków przewidzianych w art. 54a u.f.p. oraz spełnieniu ogólnych przesłanek dopuszczalności ugody – zapewnia jednostce sektora finansów bezpieczeństwo z punktu widzenia dyscypliny finansów publicznych².

- 4 Polubowne rozwiązanie sporu może mieć w okolicznościach konkretnej sprawy również szereg dodatkowych, obok korzyści finansowych, zalet – pozwala uwzględnić w granicach dopuszczalnych przepisami interesy oraz oczekiwania obu stron oraz uniknąć władczego rozstrzygnięcia, co m.in. minimalizuje negatywne skutki sporu dla perspektyw dalszej współpracy stron oraz obniża koszty społeczne sporu.
- 5 Polubowne rozwiązanie sporu stanowi jedną z możliwych ścieżek postępowania w razie zaistnienia sporu o należność cywilnoprawną. Wybór przez jednostkę sektora finansów publicznych sposobu zakończenia sporu musi opierać się w każdej sprawie na rzetelnej ocenie wszystkich okoliczności sprawy w kontekście zasad gospodarowania środkami publicznymi.

¹ Przepis ten wszedł w życie z dniem 1 czerwca 2017 r. i znajduje zastosowanie do ugód zawieranych od tej daty, także ugód w sprawie spornych należności cywilnoprawnych powstałych przed 1 czerwca 2017 r. Także przed datą wejścia w życie przepisu zawieranie tego rodzaju ugód było dopuszczalne. Przepis jedynie wprost wyraził zasady zawarcia ugody w sprawie spornych należności cywilnoprawnych.

² Zob. zwłaszcza art. 5 ust. 4, art. 11 ust. 2 i art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W świetle zasad gospodarowania środkami publicznymi, wyrażonych w przepisach u.f.p. oraz przepisów Działu X p.z.p., nie tylko zasadne ale i pożądane jest, by w sprawach obejmujących spory o należności cywilnoprawne, jednostka sektora finansów publicznych oceniała możliwość polubownego rozwiązywania sporów. Rekomendujemy, by poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu było każdorazowo poprzedzone taką oceną. Podjęcie próby polubownego rozwiązania sporu powinno być rozważone w kontekście korzyści jakie – w porównaniu do ścieżki dążenia do władczego rozstrzygnięcia sporu przez sąd – może ona przynieść dla samej jednostki i Skarbu Państwa.

- 6 Zasady postępowania jednostki w odniesieniu do sporów o należności cywilnoprawne stanowi element kontroli zarządczej i systemu zarządzania ryzykiem (zob. art. 68-70 u.f.p. oraz szczegółowe wytyczne w zakresie planowania działalności i zarządzania ryzykiem dla jednostek sektora finansów publicznych, wydane na podstawie art. 69 ust. 4 u.f.p.).
- 7 Zgodnie z art. 54a u.f.p. ugoda może być zawarta przez jednostkę sektora finansów publicznych w sprawie **spornej należności cywilnoprawnej**, czyli takiej, co do której istnienia lub wysokości powstał między stronami spór, wymagający rozstrzygnięcia albo rozwiązania w sposób polubowny. Jako przykład spornej należności cywilnoprawnej można wskazać karę umowną, jeśli dłużnik kwestionuje podstawy do jej naliczenia lub wysokość czy wynagrodzenie wykonawcy za prace dodatkowe, w sytuacji gdy inwestor kwestionuje konieczność ich wykonania lub twierdzi, że były objęte wynagrodzeniem ryczałtowym. Sporna należność cywilnoprawna nie musi mieć jednak charakteru pieniężnego³ – może w szczególności polegać na świadczeniu rzeczowym. Nie jest natomiast należnością sporną roszczenie, co do którego nie ma sporu między stronami, a które nie zostało spełnione z innych przyczyn, np. z powodu złej sytuacji finansowej dłużnika.
- 8 Przepis art. 54a u.f.p. dotyczy nie tylko przypadków, gdy jednostce sektora finansów publicznych przysługuje sporna należność cywilnoprawna (np. kary umowne z tytułu nienależytego wykonania umowy, opłaty za użytkowanie wieczyste). Obejmuje również sytuacje, gdy spornej należności cywilnoprawnej dochodzi od jednostki sektora finansów publicznych druga strona (np. wykonawca żąda od zamawiającego wynagrodzenia za prace dodatkowe czy waloryzacji wynagrodzenia). Jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć zgodnie z art. 54a u.f.p. ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej, niezależnie od tego, czy występuje w tej sprawie w roli wierzyciela czy dłużnika.
- 9 Możliwość zakończenia sporu w sposób korzystny zależy często od treści stosunku prawnego (najczęściej umowy), na gruncie którego pojawia się spór. Aby zabezpieczyć swe interesy na wypadek wystąpienia sporu, **już na etapie przygotowywania umowy** lub innej czynności mającej skutki prawne jednostka powinna starać się identyfikować potencjalne źródła sporów i zapobiegać im, zwłaszcza formułować postanowienia umowne przy uwzględnieniu ryzyka sporu, w taki sposób, by ograniczyć ewentualne wątpliwości interpretacyjne.

Pomocne może być korzystanie z wzorców lub rekomendacji, przygotowywanych przez Prokuratorię Generalną, Urząd Zamówień Publicznych lub inne organy administracji, a także z doświadczeń samej jednostki wynikających z ewaluacji dotychczasowych działań, zwłaszcza realizowanych wcześniej, podobnych kontraktów.

³ Zakres zastosowania art. 54a u.f.p. nie został zawężony do należności pieniężnych (por. art. 55 i art. 42 ust. 5 u.f.p., które posługują się innym pojęciem: *należność pieniężna mająca charakter cywilnoprawny*).

Wzory i rekomendacje opracowywane przez Prokuratorię Generalną są publikowane na stronie <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/rekomendacje-i-wzory-postanowien-umow>.

- 10 Ważne jest także **dokumentowanie istotnych okoliczności wykonywania umowy** oraz podejmowanie innych niezbędnych czynności tak, by w razie zaistnienia sporu jednostka dysponowała odpowiednim materiałem dowodowym.

METODY POLUBOWNEGO ROZWIĄZYWANIA SPORÓW

Polubowne rozwiązanie sporu a rozstrzygnięcie sporu przez sąd

Polubowne rozwiązywanie sporu jest z założenia procesem dobrowolnym i w dużej mierze odformalizowanym, który można dostosować do potrzeb stron, okoliczności i etapu konkretnego sporu. Elastyczność ta odróżnia metody polubownego rozwiązywania sporów od procedur rozstrzygania sporów przez sąd (powszechny albo arbitrażowy). Czyni to zwykle polubowne rozwiązanie sporu nie tylko efektywniejszym, ale też znacznie krótszym i tańszym procesem niż procedury sądowe.

- 11 Podstawowe różnice między polubownym rozwiązywaniem sporów i procedurami zmierzającymi do władczego rozstrzygnięcia sporu obrazuje tabela.

 ROZWIĄZYWANIE SPORÓW	 ROZSTRZYGANIE SPORÓW
<ul style="list-style-type: none">▪ MEDIACJA▪ KONCYLIACJA	<ul style="list-style-type: none">▪ postępowanie przed sądem powszechnym▪ postępowanie przed sądem polubownym (arbitraż)
postępowanie niesformalizowane	postępowanie sformalizowane
dobrowolność	Możliwość stosowania środków przymusu
brak postępowania dowodowego	postępowanie dowodowe
cel: UGODA	efekt: WYROK SĄDU
możliwa egzekucja (po zatwierdzeniu ugody przez sąd)	możliwa egzekucja

Negocjacje, mediacja i koncyliacja

- 12 W ramach metod polubownego rozwiązywania sporów w sprawach cywilnych można wyróżnić „**klasyczne**” **negocjacje**, w ramach których strony samodzielnie dążą do wypracowania satysfakcjonującego je porozumienia (np. ugody lub aneksu do umowy), a także negocjacje „wspomagane” przez osobę trzecią – najczęściej mediatora.
- 13 **Mediacja** polega na poszukiwaniu przez strony sporu rozwiązania przy udziale bezstronnej osoby trzeciej, która wspiera strony w szczególności przy identyfikacji kwestii spornych i możliwych sposobów ich rozwiązania oraz przy formułowaniu propozycji ugodowych. Udział mediatora ma ponadto ten walor, że ułatwia przekierowanie uwagi stron z ocen i emocji, które w naturalny sposób wiążą się ze sporem, na rzeczywiste potrzeby i interesy, co jest nierzadko kluczem do osiągnięcia porozumienia. Mediacja w sprawach cywilnych, niezależnie od tego, czy ma miejsce w toku postępowania przed sądem czy przed jego wszczęciem, jest w sposób ramowy uregulowana w art. 183¹-183¹⁵ k.p.c.

- 14 Metodę polubownego rozwiązywania sporów, w której bezstronna osoba trzecia może nie tylko wspierać strony w poszukiwaniu porozumienia, ale również – za zgodą stron – proponować niewiążące dla stron rozwiązanie sporu, nazywa się **koncyliacją**. W świetle art. 183^{3a} k.p.c. *in fine*, koncyliację należy uznać za rodzaj mediacji w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Gdy przepisy Kodeksu stanowią o mediacji, pojęcie to obejmuje zatem również tak rozumianą koncyliację.
- 15 Charakterystyczną cechą wszystkich sposobów polubownego rozwiązywania sporów jest to, że **nie prowadzi się w ich toku sformalizowanego postępowania dowodowego**. W celu poparcia swoich argumentów i przekonania drugiej strony do określonego rozwiązania, strony mogą w toku negocjacji czy mediacji przedstawiać dowody. Mediator – w przeciwieństwie do sądu, nie przeprowadza jednak sformalizowanej oceny dowodów, nie odbiera zeznań świadków, nie powołuje biegłych. Jej rolą nie jest rozstrzygnięcie sporu. Mediator ma pomóc stronom znaleźć obszar porozumienia i wypracować jego treść. Także koncyliator (w powyższym rozumieniu) nie jest podmiotem, który przeprowadza sformalizowane postępowanie dowodowe i „narzuca” stronom rozwiązanie. Propozycja rozwiązania sporu przedstawiona przez koncyliatora powinna uwzględniać wszystkie okoliczności sporu, w tym przedstawione dokumenty, jednak nie jest ona dla stron wiążąca.
- 16 Spór może koncentrować się wokół oceny **kwestii wymagających wiedzy eksperckiej** (np. dotyczyć skomplikowanych przyczyn opóźnienia, wzrostu kosztów realizacji zamówienia, możliwości kwalifikacji określonych prac jako roboty dodatkowe lub zamiennych itd.). Zwłaszcza w przypadku sporów z udziałem podmiotów publicznych, działających w reżimie ustawy o finansach publicznych i prawa zamówień publicznych, **kwestie takie wymagają zweryfikowania i najczęściej udokumentowania w sposób adekwatny do okoliczności sprawy**. Nie ma przeszkód prawnych, by doszło do tego w toku polubownego rozwiązywania sporu. W zależności od okoliczności, zobiektywizowanej analizy takich kwestii może dokonać sama strona – o ile posiada odpowiednie kompetencje i zasoby (np. doświadczony w sprawach danego rodzaju zamawiający), na bazie całokształtu okoliczności sprawy, w tym dokumentów i informacji uzyskanych od drugiej strony. Strony mogą w tym celu uzyskać również prywatną ekspertyzę profesjonalnego podmiotu lub zespołu ekspertów.
- 17 Praktyką wykorzystywaną w negocjacjach w razie impasu wynikającego z odmiennej oceny okoliczności wymagających wiedzy specjalnej jest **wspólny wybór przez strony uznanego eksperta**, który dokona obiektywnej, bezstronnej oceny takich kwestii na potrzeby mediacji lub negocjacji. Od woli stron zależy wówczas sposób zlecenia ekspertyzy, podziału kosztów jej sporządzenia⁴ i skutki, w tym to, czy wyniki ekspertyzy będą dla stron wiążące. Mediator lub koncyliator nie ma kompetencji, by z własnej inicjatywy powołać biegłego.
- 18 Wszystkie metody polubownego rozwiązywania sporów łączy też to, że mają one charakter poufny. Mediacja objęta jest **tajemnicą ustawową** zgodnie z art. 183⁴ k.p.c. Mediator, strony i inne osoby biorące udział w postępowaniu mediacyjnym są obowiązane zachować w tajemnicy fakty, o których dowiedziały się w związku z prowadzeniem mediacji. Dlatego najczęściej nie ma potrzeby zawierania umowy o zachowaniu poufności, jeśli negocjacje toczą się w formule mediacji.

⁴ Jednostki i podmioty z szeroko rozumianego sektora finansów publicznych powinny w tym zakresie brać pod uwagę uregulowania z zakresu udzielania zamówień publicznych.

Okoliczności, o których strony powzięły wiedzę w toku mediacji nie mogą być co do zasady wykorzystywane w procesach sądowych. Bezskuteczne jest powoływanie się w toku postępowania przed sądem lub sądem polubownym na propozycje ugodowe, propozycje wzajemnych ustępstw lub inne oświadczenia składane w postępowaniu mediacyjnym. Strony mogą zwolnić mediatora i inne osoby biorące udział w postępowaniu mediacyjnym z obowiązku zachowania poufności.

- 19 W toku negocjacji prowadzonych bez udziału mediatora poufność zapewnia się najczęściej poprzez zawarcie stosownej umowy, o czym szerzej w części dot. negocjacji ugodowych. Projekt przykładowej umowy o zachowaniu poufności stanowi **Załącznik nr 2**.
- 20 Mediacja lub koncyliacja może zostać wszczęta **na podstawie: umowy stron** lub **skierowania stron do mediacji przez sąd** w trakcie trwającego postępowania sądowego. Umowa o mediację może zostać zawarta na każdym etapie sporu, w szczególności przed skierowaniem sprawy na drogę sądową, i nie wymaga szczególnej formy. Jej treść również nie musi być skomplikowana. W umowie o mediację wystarczy zwięźle określić przedmiot mediacji oraz wskazać osobę mediatora albo sposób wyboru mediatora (art. 183¹ § 3 k.p.c.). Jeśli strony nie porozumieją się uprzednio co do osoby mediatora, to wystarczy, że skierują sprawę do ośrodka mediacyjnego, który posiada listę mediatorów stałych i w regulacjach wewnętrznych (np. w regulaminie) przewiduje sposób wyboru mediatora. Trzeba jednak pamiętać, że niezgodnienie uprzednio osoby mediatora może mieć wpływ na to, z jaką datą dojdzie do wszczęcia mediacji (zob. szczególnie w art. 183⁶ k.p.c.). Umowa o mediację może być zawarta w ten sposób, że jedna ze stron wystosuje wniosek o mediację, a druga strona wyrazi zgodę na mediację.

Już w umowie „głównej” – np. w umowie o roboty budowlane lub w umowie dostawy – można przy tym przewidzieć obowiązek podjęcia próby polubownego rozwiązania sporu, w szczególności zawrzeć w niej tzw. klauzulę mediacyjną⁵. Prokuratoria Generalna rekomenduje stosowanie klauzul mediacyjnych, zwłaszcza w bardziej złożonych umowach o długim okresie obowiązywania.

- 21 Zgodnie z art. 121 pkt 5 k.c. wszczęcie mediacji powoduje **zawieszenie biegu terminu przedawnienia** (ewentualnie wstrzymanie rozpoczęcia jego biegu) – na czas trwania mediacji. Wszczęcie mediacji nie powoduje natomiast wstrzymania ani zawieszenia biegu ustawowych terminów zawitych, chyba że przewiduje to przepis szczególny (zob. np. art. 568 § 5 k.c. dotyczący zawieszenia terminów do wykonania uprawnień z tytułu rękojmi za wady).
- 22 Koszty mediacji są stosunkowo niskie w porównaniu do kosztów postępowania sądowego. Wysokość wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w przypadku mediacji ze skierowania sądu określa rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości wydane na podstawie art. 98¹ k.p.c. W sprawach o prawa majątkowe wynagrodzenie mediatora wynosi **1% wartości przedmiotu sprawy**, nie mniej niż 150 zł i **nie więcej niż 2000 zł** za całość postępowania mediacyjnego, a w innych sprawach – **maksymalnie 450 zł**. W przypadku mediacji umownej wynagrodzenie mediatora jest ustalane w umowie – w praktyce wynika najczęściej ze stawek stosowanych przez ośrodki mediacyjne.

⁵ Przykładowe klauzule mediacyjne i koncyliacyjne (związane z działalnością Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP) są dostępne na stronie internetowej tego Sądu: <https://www.gov.pl/web/sp-prokuratoria/klauzula-umowne>.

Ugoda – uwarunkowania prawne

- 23 Celem procesu polubownego rozwiązywania sporu jest znalezienie porozumienia, które w przypadku sporów cywilnych przybiera najczęściej postać **ugody**. W ramach uwarunkowań prawnych związanych z zawieraniem ugód przez podmioty szeroko rozumianego sektora publicznego należy uwzględniać nie tylko przepisy Kodeksu cywilnego (art. 917 i n. k.c.) i Kodeksu postępowania cywilnego, ale także przepisy ustawy o finansach publicznych (w szczególności art. 54a u.f.p.), a w sprawach związanych z zamówieniami publicznymi także przepisy dotyczące takich umów (głównie art. 454 i 455 p.z.p.).
- 24 Ugoda to umowa nazwana, uregulowana w art. 917 i n. k.c. Istotą ugody są wzajemne ustępstwa obu stron. Rodzaj i zakres ustępstw mogą być jednak różne, nie muszą być jednakowo doniosłe ani obiektywnie ekwiwalentne. Ocena, czy coś jest ustępstwem jednej strony na rzecz drugiej, uwzględniać powinna zarówno treść stosunku prawnego, który stanowił podłoże zawarcia ugody, jak i okoliczności, w jakich zobowiązanie dłużnika ma być wykonane⁶.
- 25 Podobnie jak prawomocny wyrok sądowy **walor tytułu egzekucyjnego** posiada ugoda zawarta przed sądem (ugoda sądowa) oraz ugoda zawarta przed mediatorem (ugoda mediacyjna) i zatwierdzona przez sąd. W obu przypadkach dochodzi do zweryfikowania dopuszczalności ugody przez sąd. Tzw. ugoda pozasądowa ma natomiast jedynie skutki materialnoprawne (kontraktowe) i nie stanowi tytułu egzekucyjnego.
- 26 Jedna ugoda może dotyczyć roszczeń dochodzonych w kilku postępowaniach sądowych, a także roszczeń objętych i nieobjętych postępowaniem sądowym. Wskazane jest, żeby ugoda obejmowała wszystkie – istniejące w chwili jej zawarcia – roszczenia wynikające z danego stosunku prawnego. Z uwagi na przebieg negocjacji, gdy strony osiągną porozumienie co do niektórych roszczeń, warto rozważyć zawarcie **ugody częściowej** co do takich roszczeń i pozostawienie sporu co do pozostałych roszczeń do rozstrzygnięcia na innej drodze.
- 27 W przypadku, gdy ugodę zawiera jednostka zobowiązana do stosowania ustawy o finansach publicznych (zob. art. 9 u.f.p.), zastosowanie znajduje art. 54a u.f.p. Oznacza to obowiązek dokonania przez kierownika jednostki, w formie pisemnej, oceny że skutki ugody są dla tej jednostki lub odpowiednio Skarbu Państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego (o czym szerzej we wskazówkach szczegółowych). Oceny, o której mowa w art. 54a u.f.p. można dokonać dopiero **w odniesieniu do konkretnego, wynegocjowanego projektu ugody**. Okoliczności wskazane w art. 54a u.f.p. stanowią jednak punkt odniesienia dla jednostki sektora finansów publicznych także na wcześniejszych etapach, w szczególności przy podejmowaniu decyzji o podjęciu próby polubownego rozwiązania sporu i formułowaniu propozycji rozwiązania sporu.
- 28 Istotą każdej ugody, także tej zawieranej przez jednostkę sektora finansów publicznych, są **wzajemne ustępstwa stron**, dzięki którym uchylona zostaje niepewność co do określonego stanu faktycznego. Ustępstwa co do spornej należności należy odróżniać od „rezygnacji” z roszczeń (ich niedochodzenia, zrzeczenia się, umorzenia należności itp.).

⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 24.1.2019 r., I ACa 225/18; zob. też wyrok Sądu Najwyższego z 7.2.2006 r., IV CSK 393/05.

Ustępstwa poczynione w celu zawarcia ugody dotyczącej spornej należności cywilnoprawnej, przy spełnieniu warunków przewidzianych w art. 54a u.f.p., nie podlegają „dodatkowej” weryfikacji przez pryzmat przesłanek umorzenia należności czy dokonania ulg w płatności takich należności.

- 29 Zasadom określonym w art. 55-57 u.f.p. podlegają należności pieniężne niekwestionowane przez dłużnika, które z kolei nie są, co do zasady, objęte zakresem zastosowania art. 54a u.f.p. Należności niesporne mogą być umarzane, rozkładane na raty lub termin ich płatności może być odraczany. Nie ma przy tym przeszkód, aby objąć ugodą wszystkie roszczenia jakie istnieją lub mogą powstać na gruncie danego stosunku prawnego, także te niesporne. Ugoda zawierana przez jednostkę sektora finansów publicznych może, obok spornej należności cywilnoprawnej, która stanowi podstawowy aspekt negocjacji, obejmować dodatkowo roszczenia niekwestionowane przez żadną ze stron (o ile warunki ugody nie naruszają szczególnych regulacji dotyczących tych roszczeń, w szczególności jeżeli spełnione są warunki udzielania ulg przewidzianych w u.f.p. dla należności pieniężnych nie mających charakteru spornego). Ugoda może też dodatkowo dotyczyć roszczeń, które nie mają charakteru finansowego. Ponadto mogą zostać nią objęte wszystkie strony stosunku prawnego, którego dotyczy spór.
- 30 Dopuszczalność ugody musi zostać zweryfikowana przez pryzmat regulacji szczegółowych, które mogą mieć w danej sprawie zastosowanie.
- 31 Nie każda ugoda związana z wykonaniem umowy prowadzi do jej zmiany. W przypadku sporów kontraktowych skutkiem negocjacji dotyczących trwającej (obowiązującej) umowy może być jednak aneks do umowy (zamiast albo obok ugody, np. w formie załącznika do ugody).

Z uwagi na przepisy p.z.p., które ograniczają możliwość wprowadzania zmian w umowie w sprawie zamówienia publicznego (art. 454 i 455 p.z.p.), rekomendujemy zweryfikowanie ugody pod tym kątem w każdym przypadku, gdy ugoda jest związana z umową w sprawie zamówienia publicznego.

- 32 Przepisy p.z.p. przewidują m.in. możliwość zawarcia w umowie w sprawie zamówienia publicznego tzw. klauzul przeglądowych, czyli jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które określają rodzaj i zakres zmian umowy oraz warunki ich wprowadzenia (zob. art. 455 ust. 1 pkt 1 p.z.p.). Na etapie projektowania umowy warto zatem wziąć pod uwagę typowe okoliczności, które mogą stanowić przedmiot sporu w toku realizacji umowy i zaadresować je właśnie w stosownych klauzulach przeglądowych. Grupa robocza, w pracach której obok przedstawicieli Urzędu Zamówień Publicznych udział brali reprezentanci branżowych zrzeszeń sektora budownictwa, przedstawiciele zamawiających szczebla rządowego, a także przedstawiciele samorządów, przygotowała [Przykładowe klauzule przeglądowe w umowach o roboty budowlane](#).
- 33 Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego jest możliwa również w braku stosownej klauzuli przeglądowej, w przypadkach wskazanych w ustawie. Chodzi w szczególności o zmiany niespełniające kryteriów zmiany istotnej (zob. art. 454 p.z.p.), tzw. zmiany bagatelne (art. 455 ust. 2 p.z.p.), zmiany związane z wykonaniem dodatkowych robót, dostaw lub usług w okolicznościach wskazanych w art. 455 ust. 1 pkt 3 p.z.p. i zmiany wynikające z okoliczności niemożliwych do przewidzenia, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 4 p.z.p.⁷.

⁷ Zob. szerzej w opiniach Urzędu Zamówień publicznych, zwłaszcza: „[Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podst. art. 144 ust. 1 pkt 1,3 i 6 ustawy Pzp](#)” oraz „[Dopuszczalność](#)”

WSKAZÓWKI SZCZEGÓŁOWE - PRZEBIEG POLUBOWNEGO ROZWIĄZYWANIA SPORU

- ❖ Pomimo, że Rekomendacje kierowane są w pierwszej kolejności do jednostek sektora finansów publicznych, jako adresatów zasad zawierania ugód określonych w art. 54a u.f.p., to ich odpowiednie stosowanie jest rekomendowane również dla innych podmiotów szeroko rozumianego sektora publicznego.
- ❖ Zasady postępowania jednostki w zakresie polubownego rozwiązywania sporów powinny zmierzać do zapewnienia wewnętrznej transparentności i obiektywizmu, przy jednoczesnym zachowaniu poufności procesu negocjacji. Analizy przeprowadzane w procesie rozwiązywania sporu oraz ocena, o której mowa w art. 54a u.f.p., powinny być rzetelne i obiektywne, a wnioski z nich płynące logiczne i sprawdzalne (poddające się odpowiedniej kontroli). Służy temu m.in. wymóg formy pisemnej oceny, o której mowa w art. 54a u.f.p. oraz rekomendowane niżej rozwiązania organizacyjne i proceduralne (m.in. dokumentowanie procesu rozwiązywania sporu, tworzenie zespołów negocjacyjnych, przygotowywanie instrukcji negocjacyjnej), które powinny być stosowane w sposób adekwatny do okoliczności danej sprawy.

ETAP I: Bieżące monitorowanie kwestii spornych i zasadności podjęcia próby polubownego rozwiązania sporu

Etap I dotyczy wszystkich spraw, z których wynikają roszczenia cywilnoprawne i obejmuje bieżące monitorowanie sposobu wykonywania stosunku prawnego przez strony w celu identyfikacji spornych kwestii, a jeżeli spór już zaistniał – dokonanie oceny, czy istnieje uzasadnienie dla podjęcia próby polubownego rozwiązania sporu, czy też optymalnym sposobem zabezpieczenia interesów Skarbu Państwa jest rozstrzygnięcie sporu przez sąd.

- ❖ Jednostka sektora finansów publicznych dokonuje wyboru jednej z metod doprowadzenia do rozwiązania sporu o należność cywilnoprawną (postępowanie przed sądem powszechnym, arbitraż albo polubowne rozwiązanie sporu w drodze negocjacji lub mediacji), kierując się dążeniem do jak najlepszej realizacji zasad gospodarowania środkami publicznymi w okolicznościach konkretnej sprawy.
- ❖ Na potrzeby przedmiotowej oceny należy przede wszystkim dokonać analizy stanu faktycznego, w tym przyczyn powstania sporu oraz działań podejmowanych przez strony przed i po jego zaistnieniu. Okoliczności te należy następnie odnieść do treści łączącego strony stosunku prawnego w celu ustalenia, czy (w jakim stopniu) doszło do naruszenia obowiązków przez strony. W ramach przedmiotowej oceny należy uwzględniać posiadane informacje co do stanowiska drugiej strony (twierdzenia i potencjalne dowody na ich poparcie).
- ❖ Właściwi do dokonywania oceny są pracownicy merytorycznie odpowiedzialni za realizację i nadzór nad projektem, we współpracy z prawnikami. Wskazane jest, by w dokonywaniu oceny brali udział prawnicy wewnętrzni, znający specyfikę funkcjonowania danej jednostki.

[zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp](#)".

- ❖ W przypadku, gdy spór znajduje się na etapie rozpoznawania przez sąd, przedmiotowa ocena powinna uwzględniać opinię zastępców procesowych (Prokuratoria Generalna, profesjonalny pełnomocnik).
- ❖ Ocena nie powinna być dokonywana jedynie jednorazowo, a **sukcesywnie aktualizowana**, przy uwzględnieniu zmiany okoliczności w zakresie stanu faktycznego, a w przypadku, gdy spór znajduje się na etapie rozpoznawania przez sąd - przebiegu tego postępowania.
- ❖ Celowe jest dokonywanie przedmiotowej oceny w szczególności w przypadku złożenia propozycji ugodowych przez drugą stronę sporu. Inicjatywa podjęcia rozmów ugodowych może jednak pochodzić także od podmiotu publicznego.
- ❖ Ocena, czy istnieje uzasadnienie dla podjęcia próby polubownego rozwiązania sporu może prowadzić do uznania, że:
 - okoliczności sporu uzasadniają podjęcie rozmów ugodowych, jako optymalnego sposobu zabezpieczenia interesów jednostki sektora finansów publicznych lub Skarbu Państwa – w takim przypadku należy przystąpić do realizacji kolejnych punktów Rekomendacji;
 - okoliczności sporu nie uzasadniają podjęcia rozmów ugodowych, a najlepszym sposobem zabezpieczenia interesów Skarbu Państwa będzie rozstrzygnięcie sprawy przez sąd – w szczególności nastąpi to wtedy, gdy ryzyko procesowe negatywnego rozstrzygnięcia sporu będzie niskie (przykładowo, gdy roszczenia drugiej strony będą przedawnione).
- ❖ Dokonując przedmiotowej oceny należy dobierać środki (w tym formę), adekwatne do okoliczności sprawy, w szczególności stopnia jej skomplikowania od strony faktycznej i prawnej oraz wartości przedmiotu sporu.

ETAP II: Rekomendacja co do tego, czy uzasadnione jest podjęcie próby polubownego rozwiązania sporu

Jeżeli ocena, której dotyczy Etap I, doprowadzi do wniosku, że uzasadnione jest podjęcie próby polubownego rozwiązania sporu, celowe jest sporządzenie rekomendacji potwierdzającej, że z uwagi na okoliczności sprawy, w szczególności istotne okoliczności stanu faktycznego stanowiącego podstawę sporu i ryzyka procesowe, uzasadnione jest podjęcie próby polubownego rozwiązania sporu, jako optymalnego sposobu zabezpieczenia interesów jednostki sektora finansów publicznych lub Skarbu Państwa.

- ❖ **Rekomendacja taka nie stanowi oceny, o której mowa w art. 54a ust. 2 u.f.p.** – analiza zmierzająca do oceny korzystności ugody musi odnosić się bowiem do konkretnych warunków wynegocjowanego porozumienia (zob. Etap IV). Kryteria wskazane w art. 54a ust. 2 u.f.p. powinny być jednak brane pod uwagę także przy przygotowywaniu rekomendacji co do tego, czy uzasadnione jest podjęcie próby polubownego rozwiązania sporu.
- ❖ Rekomendacja nie musi być rozbudowana, nie musi również określać warunków przyszłej ugody, która mogłaby zostać uznana za korzystniejszą niż prawdopodobny wynik rozstrzygnięcia sporu. Wystarczające jest, aby wskazywała podstawowe argumenty, które legły u podstaw jej sformułowania.

- ❖ Rekomendujemy, by istotne elementy (podstawy) oceny, prowadzącej do wniosku o braku zasadności podjęcia próby polubownego rozwiązania sporu, również były utrwalone w formie adekwatnej do okoliczności sprawy.
- ❖ Rekomendacja, jako element strategii prowadzenia sporu, **nie powinna być ujawniona drugiej stronie sporu.**
- ❖ Rekomendacja powinna być podstawą do podjęcia przez organ lub kierownika jednostki decyzji w przedmiocie podjęcia próby polubownego rozwiązania sporu. Decyzja taka nie implikuje obowiązku zawarcia ugody.

ETAP III: Negocjacje ugodowe

W zależności od specyfiki sporu, w szczególności jego skali, należy uwzględnić poszczególne elementy poniższych Rekomendacji. W ramach rekomendowanych działań należy dobierać środki, w tym formę czynności, adekwatne do okoliczności sprawy. Proces negocjacji ugodowych powinien być właściwie zorganizowany. W przypadku sporów mniej skomplikowanych lub o mniejszej wadze, poszczególne elementy procesu negocjacyjnego (np. przygotowanie rozbudowanej instrukcji negocjacyjnej, sporządzenie obszernego sprawozdania) mogą okazać się zbędne dla prawidłowego przeprowadzenia negocjacji.

Czynności w zakresie negocjacji ugodowych mogą obejmować w szczególności:

1. Powołanie zespołu negocjacyjnego

- ❖ Zespół negocjacyjny powinien składać się z co najmniej dwóch osób.
- ❖ Rekomendujemy, aby w skład zespołu wchodziły zarówno osoby posiadające wiedzę merytoryczną, znające okoliczności sprawy, jak i prawnik (lub prawnicy).
- ❖ Pełnomocnik procesowy może być członkiem zespołu bądź pełnić funkcje doradcze.
- ❖ Członkowie zespołu negocjacyjnego, których nie obowiązuje tajemnica zawodowa, powinni złożyć oświadczenia o zachowaniu poufności.
- ❖ Konieczne jest również monitorowanie ryzyka wystąpienia **konfliktu interesów** członków zespołu negocjacyjnego, a w razie wątpliwości w tym zakresie – odebranie od członków zespołu oświadczeń o braku konfliktu interesów.
- ❖ Istotą ugody jest poczynienie przez obie strony pewnych ustępstw. Jeśli strony nie będą otwarte na ustępstwa, albo gdy w negocjacjach nie będą brały udziału osoby „decyzyjne”, negocjacje mogą być skazane na niepowodzenie.
- ❖ Powołanie zespołu negocjacyjnego może być stwierdzone w odrębnym dokumencie określającym jego skład, zadania (np. opracowanie instrukcji mediacyjnej, udział w mediacji, przedstawienie pisemnych rekomendacji odnośnie do wypracowanego porozumienia osobie uprawnionej do reprezentacji jednostki itp.). Istotne jest jasne określenie zakresu umocowania członków zespołu negocjacyjnego, a zwłaszcza określenie, czy umocowanie obejmuje jedynie prowadzenie rozmów ugodowych (bez uprawnienia do zawarcia ugody – co jest typowe, jeżeli w skład zespołu nie wchodzi osoby uprawnione do reprezentacji strony), czy członkowie zespołu są również umocowani do zawarcia ugody (np. po uzyskaniu w określonym trybie zatwierdzenia wynegocjowanych warunków lub w granicach zatwierdzonej instrukcji negocjacyjnej).
- ❖ Skład i liczebność zespołu negocjacyjnego zależy od specyfiki i ciężaru gatunkowego sporu.

- ❖ Nie wszyscy członkowie zespołu negocyjacyjnego muszą bezpośrednio uczestniczyć we wszystkich spotkaniach negocjacyjnych. Skład zespołu w czasie bezpośrednich spotkań z drugą stroną (zwłaszcza w przypadku, gdy zespół jest liczny), powinien być dostosowany do zagadnień, które będą przedmiotem rozmów na poszczególnych spotkaniach oraz uwzględniać potrzebę zapewnienia efektywności rozmów ugodowych.
- ❖ Jeżeli w skład zespołu negocyjacyjnego nie wchodzi osoby uprawnione do reprezentacji danej jednostki, celowe może być przygotowanie i zatwierdzenie przez organ uprawniony do reprezentacji **instrukcji negocjacyjnej** (zob. szerzej w pkt 3). Jest to szczególnie wskazane w sprawach bardziej złożonych lub dotyczących roszczeń o znacznej wartości.
- ❖ W sprawach skomplikowanych lub wielowątkowych, w które zaangażowany jest zespół osób, negocjacje może usprawnić przygotowanie wewnętrznego harmonogramu określającego np. kolejność poddawanych negocjacom zagadnień czy przewidywany termin zakończenia poszczególnych etapów negocjacji.
- ❖ W celu uniknięcia wątpliwości co do charakteru oświadczeń składanych w toku negocjacji, rekomendujemy zachowanie precyzji w ich formułowaniu tak, by uniknąć niezamierzonych skutków, np. wynikających z art. 72 § 1 k.c. (zawarcie ugody w wyniku dojścia przez strony do porozumienia w zakresie wszystkich postanowień, które były przedmiotem negocjacji), w tym oznaczanie dokumentów sporządzanych w toku negocjacji i przekazywanych drugiej stronie klauzulą „projekt”. Istotne jest również precyzyjne określenie zakresu udzielanego pełnomocnictwa do prowadzenia negocjacji, zwłaszcza wskazanie, czy pełnomocnik jest uprawniony do zawarcia ugody.

2. Zawarcie umowy o zachowaniu poufności

- ❖ W niektórych przypadkach niezbędne do przeprowadzenia negocjacji będzie zawarcie z drugą stroną umowy o zachowaniu w poufności przebiegu negocjacji (zob. **Załącznik nr 2**), w szczególności propozycji składanych przez strony, dokumentów którymi strony się wymieniają itd. Celem takiej umowy jest zabezpieczenie stron przed negatywnymi skutkami ewentualnego wykorzystania przez drugą stronę informacji poufnych, jeżeli negocjacje nie zakończą się powodzeniem.
- ❖ Dla zapewnienia skuteczności umowy o zachowaniu poufności, osoby ją zawierające powinny posiadać uprawnienie (umocowanie) do zawierania umów.
- ❖ Rekomendujemy oznaczanie dokumentów i korespondencji związanych z procesem negocjacji jako poufnych a także stosowanie haseł zabezpieczających w przypadku dokumentów wrażliwych, szczególnie strategii i instrukcji negocjacyjnych.
- ❖ W przypadku postępowania polubownego toczącego się w oparciu o przepisy k.p.c. (postępowanie mediacyjne i pojednawcze) zawarcie odrębnej umowy o zachowaniu poufności może okazać się zbędne.
- ❖ Treści zawarte w nieoficjalnych dokumentach związanych z procesem rozwiązywania sporu, zwłaszcza negocjacji, zarówno utrwalone w wersji papierowej jak i elektronicznej, w tym korespondencja wewnętrzna jednostki i korespondencja z konsultantami oraz opinie, zapiski, notatki (także sporządzone w ramach procesu decyzyjnego), podlegają wyłączeniu z zakresu przedmiotowego informacji publicznej jako dokumenty wewnętrzne⁸.

⁸ Zob. wyrok TK z 13 listopada 2013 r., P 25/12, wyrok NSA z 11 stycznia 2013 r., I OSK 2267/13, wyrok WSA w Warszawie z 4 marca 2014 r., II SAB/Wa 702/13, wyrok NSA z 18 września 2014 r., I OSK 3073/13, wyrok

Informację publiczną może stanowić treść zawartej przez strony ugody, co jednak wymaga każdorazowo analizy uwzględniającej przepisy ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, w szczególności jej art. 5.

3. Określenie celu lub celów negocjacji, a w razie potrzeby również innych elementów strategii negocjacyjnej

- ❖ Zespół negocjacyjny, przystępując do negocjacji, powinien mieć zidentyfikowany cel lub cele, które zamierza osiągnąć w wyniku negocjacji. Istotne jest, aby strategia, a w razie potrzeby również instrukcja negocjacyjna, została przygotowana przed złożeniem pierwszej propozycji negocjacyjnej przez stronę publiczną.
- ❖ Cele negocjacji (i podporządkowane im ustępstwa), powinny być konstruowane w taki sposób, aby w przypadku ich osiągnięcia zawarcie ugody nastąpiło na warunkach określonych w art. 54a ust. 1 u.f.p. Powinny one zatem być wyznaczone również w oparciu o ewentualne ryzyka procesowe.
- ❖ W wyniku ugody mogą być realizowane również inne cele (w tym – niemające charakteru finansowego) niż związane z rozwiązaniem konkretnego sporu, byleby ich realizacja była zgodna z przepisami prawa. Oznacza to, że wprowadzie właściwa analiza, o której mowa w art. 54a ust. 2 u.f.p., powinna oceniać zasadność zawarcia ugody w odniesieniu do konkretnych wynegocjowanych warunków, to już przystępując do sporządzenia strategii negocjacyjnej powinno się (przynajmniej wstępnie) określić zakres warunków, co do których możliwe będzie uznanie, że są korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego.
- ❖ Rekomendujemy, aby cele negocjacyjne zostały określone **w formie pisemnej**.
- ❖ Strategia negocjacyjna poza określeniem celów negocjacji, może także zawierać określenie sposobów, w jaki zespół negocjacyjny będzie działał.
- ❖ Elementy strategii negocjacyjnej **nie mogą podlegać ujawnieniu drugiej stronie**.
- ❖ W przypadku negocjacji o bardziej złożonym charakterze lub znacznej wartości przedmiotu sporu rekomendujemy opracowanie **instrukcji negocjacyjnej**. Instrukcja z jednej strony pełni funkcję upoważniającą, tj. wyznacza członkom zespołu negocjacyjnego uzasadnione w świetle strategii negocjacyjnej granice, w jakich mogą się oni poruszać w toku negocjacji, dlatego powinna zostać podpisana przez kierownika jednostki (osobę uprawnioną do reprezentacji danego podmiotu). Z drugiej strony, instrukcja negocjacyjna ułatwia organizację prowadzenia negocjacji i może zwiększyć ich efektywność. **Załącznik nr 3** zawiera szablon instrukcji negocjacyjnej z przykładowymi danymi.
- ❖ W zależności od przebiegu negocjacji strategia negocjacyjna może ulegać zmianie. Zmiany mogą wynikać z wystąpienia nieprzewidzianych wcześniej okoliczności – w szczególności przebiegu postępowania sądowego, propozycji drugiej strony czy zaistnienia innego przebiegu negocjacji niż zakładany w strategii w związku z postępowaniem drugiej strony. Rekomendujemy dokonywanie zmian przyjętej wcześniej strategii na piśmie ze wskazaniem przyczyn ich dokonania.

4. Przeprowadzenie negocjacji, ustalenie warunków, na których może zostać zawarta ugoda

- ❖ Proces negocjacji ugodowych powinien zmierzać do wypracowania warunków ugodowych umożliwiających zakończenie sporu. Warunkiem powodzenia negocjacji jest to, by każda ze stron identyfikowała możliwe ustępstwa, wynikające z analizy ryzyk procesowych. Kontrefektywne jest koncentrowanie się w toku negocjacji na prezentowaniu stanowiska procesowego strony, przy jednoczesnym podważaniu argumentów i propozycji drugiej strony.
- ❖ Zawarcie ugody na wynegocjowanych warunkach musi być poprzedzone sporządzeniem pisemnej oceny, o której mowa w art. 54a ust. 2 u.f.p. W tym celu strony mogą np. parafować projekt ugody, sporządzić protokół z ustaleń negocjacyjnych lub w innej formie potwierdzić ustalenia wypracowane w toku negocjacji (np. sporządzić list intencyjny, memorandum, czy udokumentować poczynione uzgodnienia częściowym protokołem mediacyjnym, podpisanym przez mediatora). Podpisanie ugody może nastąpić dopiero po sporządzeniu oceny.
- ❖ Strona, która rozpoczęła lub prowadziła negocjacje z naruszeniem dobrych obyczajów, w szczególności bez zamiaru zawarcia umowy, jest obowiązana do naprawienia szkody, jaką druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy (art. 72 § 2 k.c.). Negocjacje ugodowe powinny być prowadzone jedynie w przypadku, gdy strona publiczna rzeczywiście dostrzega możliwość zawarcia ugody, co nie wyklucza wysłuchania drugiej strony.
- ❖ W zależności od specyfiki sprawy, może okazać się konieczne przygotowanie strategii w zakresie komunikacji. Zasadne może być zwłaszcza uzgodnienie z drugą stroną, że o wynikach negocjacji obie strony poinformują po ich zakończeniu lub w toku negocjacji w ramach wspólnych komunikatów⁹.

5. Opracowanie listy czynności koniecznych do podjęcia przed zawarciem ugody

- ❖ Do typowych czynności do podjęcia przed zawarciem ugody należą:
 - sprawdzenie upoważnienia osób reprezentujących strony do zawarcia ugody,
 - sporządzenie lub uzyskanie niezbędnych opinii, w tym oceny z art. 54a u.f.p.,
 - uzyskanie niezbędnych zgód na zawarcie ugody, w szczególności zgody organu nadzorczego państwowej osoby prawnej lub zgód korporacyjnych,
 - w przypadku, gdy zawarcie ugody wiąże się z wydatkowaniem środków budżetowych – zapewnienie środków w budżecie.

6. Dokonanie ustaleń lub notyfikacji z innymi organami

- ❖ W zależności od okoliczności, podmiotu który jest stroną sporu, skali sprawy może być konieczne podjęcie współpracy z innymi organami (np. z jednostką/organem nadrzędnym).

⁹ W przypadku podmiotów posiadających obowiązki informacyjne (np. spółka publiczna) należy uwzględnić w strategii komunikacji obowiązki i ograniczenia, którym podmiot ten podlega.

7. Dokumentowanie czynności w toku negocjacji

- ❖ Czynności podejmowane w toku negocjacji, a także przebieg negocjacji powinny być dokumentowane. Umożliwia to odtworzenie w przyszłości przebiegu negocjacji. Jest również pomocne z punktu widzenia sporządzania oceny, o której mowa w art. 54a ust. 2 u.f.p.
- ❖ Sposób i stopień szczegółowości dokumentowania procesu negocjacyjnego może być różny w zależności przede wszystkim od skali i stopnia skomplikowania sporu – powinny być one adekwatne do okoliczności konkretnej sprawy.
- ❖ W bardziej złożonych sprawach może być uzasadnione sporządzenie sprawozdania z negocjacji, które zawiera przykładowo:
 - opis sporu,
 - wskazanie ryzyk procesowych w ramach sporu,
 - wskazanie celów negocjacyjnych i granic ustępstw (instrukcje negocjacyjne),
 - opis przebiegu negocjacji,
 - projektowane warunki ugody,
 - podsumowanie osiągnięcia celów negocjacyjnych,
 - uzasadnienie zawarcia ugody (ocena w trybie art. 54a u.f.p.) – zob. Etap IV,
 - wskazanie czynności do podjęcia przed i po zawarciu ugody.

ETAP IV: Analiza waloru „korzystności” ugody (art. 54a ust. 2 u.f.p.)

- ❖ Ocena dokonywana w oparciu o art. 54a ust. 2 u.f.p. ma na celu ustalenie, czy **wynegocjowane (tj. konkretne) warunki porozumienia** są korzystniejsze dla podmiotu sektora finansów publicznych niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego.

W przypadku Skarbu Państwa podmiotem właściwym do sporządzenia analizy jest jego materialnoprawny reprezentant, tj. jednostka z działalnością której wiąże się spór.

- ❖ Przepis art. 54a ust. 2 u.f.p. nakazuje dokonanie pisemnej oceny korzystności skutków ugody przy uwzględnieniu okoliczności sprawy, w szczególności zasadności spornych żądań, możliwości ich zaspokojenia i przewidywanego czasu trwania oraz kosztów postępowania sądowego albo arbitrażowego. Katalog okoliczności wymienionych w art. 54a ust. 2 u.f.p. **nie ma charakteru zamkniętego**. W ocenie – w zależności m.in. od specyfiki sporu, charakteru jednostki i zakresu realizowanych przez nią zadań – można uwzględniać również inne elementy, takie jak koszty społeczne, czy interes publiczny. Te dodatkowe, niewymienione w przepisie przesłanki nie mogą jednak stanowić jedynej podstawy do zawarcia ugody (mają one raczej charakter uzupełniający).
- ❖ Punktem wyjścia do zbadania waloru korzystności ugody jest ustalenie stanu faktycznego sprawy w sposób zbiektywizowany, uwzględniający także te jego aspekty które ujawniły się w toku prowadzonych negocjacji. Analiza ta obejmuje ponadto elementy analizy prawnej (ryzyko procesowe, podstawy odpowiedzialności, szanse procesowe) oraz analizy o charakterze merytorycznym (opinie biegłych, prywatnych ekspertów technicznych, dotyczące prawa obcego itp.) i finansowym (odsetki, koszty prowadzenia sporu, wypłacalność drugiej strony).

Istotą oceny, o której mowa w art. 54a u.f.p., jest przeprowadzenie poprawnego merytorycznie i logicznie procesu oceny prawdopodobnego rozstrzygnięcia sądowego.

- ❖ Nie jest możliwe określenie, jakie dokładnie rozstrzygnięcie wyda sąd w przyszłości. Możliwe jest natomiast dokonanie – na podstawie sporządzonej z należytą starannością analizy, uwzględniającej stan faktyczny, stan prawny, dotychczasowy przebieg postępowania sądowego i orzecznictwo – oceny, jaki będzie najbardziej prawdopodobny wynik sprawy, przy czym może on być wskazany w analizie w ramach pewnego przedziału (tj. uwzględnienie rozsądnych przypuszczeń). Kluczowe jest, aby analiza ta wskazywała na logicznie poprawny proces oceny.
- ❖ W zależności od skali sporu, elementem analizy może być opinia prawna Prokuraturii Generalnej w zakresie korzystności zawarcia ugody z punktu widzenia ryzyka procesowego w sprawie, opinia prawna innego pełnomocnika procesowego lub zewnętrzna opinia prawna. Elementem analizy mogą być także opinie techniczne (o ile spór obejmuje kwestie techniczne) lub finansowe (np. obejmujące badanie kondycji finansowej drugiej strony pod kątem możliwości uzyskania zaspokojenia roszczeń).
- ❖ W **Załączniku nr 4** znajdują się ramowe wskazówki dotyczące dokonywania oceny, o której mowa w art. 54a u.f.p. Wskazano w nich obszary analiz, które mogą być potencjalnie istotne dla porównania skutków wynegocjowanej ugody i prawdopodobnego wyniku postępowania sądowego, a w poszczególnych obszarach – przykładowe okoliczności lub pytania pomocnicze, ułatwiające dokonanie oceny odnośnie do poszczególnych aspektów danej sprawy. Na potrzeby tych wskazówek przyjęto, że spór dotyczy należności jednostki sektora finansów publicznych wynikającej z umowy i powstał w toku jej wykonywania. Wskazówki te (model, metodyka oceny) mogą być odpowiednio odnoszone do innych rodzajów sporów o należności cywilnoprawne.

Ze względu na różnorodność sporów i materii, których dotyczą nie sposób wskazać wyczerpującego i uniwersalnego katalogu okoliczności, których wystąpienie będzie uzasadniało ocenę, że zawarcie ugody jest korzystne. **Dopiero całościowa analiza zakresu i znaczenia (ilościowa i jakościowa) poszczególnych okoliczności konkretnej sprawy z punktu widzenia interesów jednostki i Skarbu Państwa pozwala na dokonanie „pozytywnej” oceny korzystności ugody.**

ETAP V: Zawarcie ugody

Choć przepisy nie wymagają sądowej kontroli ugody zawieranej przez jednostkę sektora finansów publicznych, rekomendowanym sposobem działania jest zawarcie ugody przed sądem powszechnym albo polubownym (w przypadku gdy spór jest rozstrzygany przez sąd polubowny) lub ugody która podlega kontroli sądowej¹⁰: w postępowaniu pojednawczym, ugody przed mediatorem sądowym lub ugody w mediacji zatwierdzanej następnie przez sąd powszechny. Okoliczności danej sprawy mogą jednak przemawiać za zawarciem ugody pozasądowej, co jest dopuszczalne.

¹⁰ Należy pamiętać, że sądowa kontrola ugody nie obejmuje jej oceny w świetle art. 54a u.f.p. (tj. w zakresie waloru „korzystności” ugody).

Prokuratoria Generalna oferuje doradztwo prawne w zakresie polubownego rozwiązywania sporów, w tym w procesie negocjacji lub mediacji, w szczególności w sprawach, w których jej zastępstwo jest obowiązkowe. Może ono obejmować zwłaszcza:

- 1) analizę ryzyk procesowych na potrzeby oceny zasadności rozpoczęcia negocjacji lub oceny, o której mowa w art. 54a u.f.p.,
- 2) udział radców w negocjacjach lub mediacji,
- 3) sporządzenie opinii prawnej dotyczącej wynegocjowanej ugody.

Jeżeli wartość przedmiotu ugody przekracza kwotę 50 000 000 zł, uzyskanie przez podmiot reprezentujący Skarb Państwa opinii prawnej Prokuraturii Generalnej o projekcie ugody jest obowiązkowe¹¹.

Spory, w których jedną ze stron jest:

- (i) Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego,
- (ii) inna niż Skarb Państwa państwowa osoba prawna,
- (iii) osoba prawna z udziałem Skarbu Państwa lub państwowych osób prawnych,
- (iv) spółka kapitałowa z udziałem powyższych podmiotów

– mogą być rozwiązywane z wykorzystaniem mediacji albo koncyliacji przed Sądem Polubownym przy Prokuraturii Generalnej RP (więcej informacji: <https://www.gov.pl/web/sp-prokuratoria>).

W celu uzyskania szerszych informacji w zakresie wsparcia Prokuraturii Generalnej w procesie polubownego rozwiązywania sporów zapraszamy do bezpośredniego kontaktu z dyrektorem Departamentu Opinii Prawnych, Negocjacji i Mediacji – z Panią Ewą Hanusiak (e-mail: ewa.hanusiak@prokuratoria.gov.pl tel. (22) 695 85 98), lub Panem Dariuszem Oźgą (e-mail: dariusz.ozga@prokuratoria.gov.pl, tel. (22) 695 85 21).

¹¹ Art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. o Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej.