



PREZES
PROKURATORII GENERALNEJ
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Warszawa, 20 kwietnia 2020 r.

KR-48-21/19/LMO/jpo/msz
W/ /20

**Naczelnny Sąd Administracyjny
Izba Gospodarcza
ul. Gabriela Piotra Boduena 3/5
00-011 Warszawa**

sygn. akt I GSK 1785/18

**Pogląd
Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej
w sprawie skargi kasacyjnej Państwowego Gospodarstwa Leśnego „Lasy Państwowe”
od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 25 lipca 2017 r.,
sygn. akt V SA/Wa 2230/16**

Na podstawie art. 15 ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. o Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2019, poz. 1265) przedstawiam pogląd Prokuratorii Generalnej istotny dla sprawy rozpoznawanej przez Naczelnny Sąd Administracyjny na skutek skargi kasacyjnej Państwowego Gospodarstwa Leśnego „Lasy Państwowe” od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 25 lipca 2017 r., sygn. akt V SA/Wa 2230/16, wskazując, że w opinii Prokuratorii Generalnej:

I. Ugoda dotycząca wysokości kar umownych naliczonych na skutek nienależytego wykonania zobowiązania nie zmienia postanowień umowy. Wzajemne ustępstwa poczynione w ugodzie w celu uchylecia sporu co do wysokości wynikającego z umowy roszczenia (naliczonych kar umownych z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania), nie ingerują w postanowienia umowy.

II. Nawet gdyby przyjąć, że zawarta przed sądem ugoda dotycząca wysokości naliczonych kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy stanowi *zmianę postanowień zawartej umowy*, to w okolicznościach rozpoznawanej przez Sąd sprawy nie jest to zmiana istotna w rozumieniu art. 144 ust. 1 p.z.p.¹ i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

III. Obowiązek kontroli zgodności z prawem ugody, spoczywa na sądzie powszechnym. Niedopuszczalne jest podważanie w postępowaniu administracyjnym lub sądownoadministracyjnym legalności ugody, której zgodności z prawem nie zakwestionował uprzednio sąd powszechny w sprawie o zawezwanie do próby ugodowej (art. 184 i n. k.p.c.).

IV. Zasada ochrony zaufania do państwa i stanowionego prawa (art. 2 Konstytucji RP) sprzeciwia się takiemu rozumieniu przesłanek odpowiedzialności beneficjenta dofinansowania, które obejmuje swym zakresem zastosowania również inne procedury niż jednoznaczne, precyzyjne i niepozostawiające odstępstw w ich zastosowaniu. Powstanie odpowiedzialności, o której mowa w art. 207 ust. 1 u.f.p. z powodu naruszenia materialnej przesłanki zakazu dokonywania zmian istotnych w umowie – sankcjonowanej równolegle przez przepisy prawa cywilnego – jest możliwe po prawomocnym stwierdzeniu tego naruszenia przez sąd powszechny przez unieważnienie umowy.

V. Zachowanie jednostki sektora finansów publicznych, która – dysponując uzasadnionym żądaniem obniżenia rażąco wygórowanej kary umownej – dąży do władczego rozstrzygnięcia sporu przy wykorzystaniu wszystkich formalnie dopuszczalnych środków zaskarżenia oraz niezależnie od okoliczności faktycznych sprawy i swojej sytuacji procesowej, należałoby oceniać negatywnie z punktu widzenia zasad gospodarowania środkami publicznymi, w szczególności zasady oszczędnego i celowego wydatkowania środków (art. 44 ust. 3 u.f.p.).

UZASADNIENIE

Wprowadzenie

1. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (*WSA*), rozpoznając sprawę, w której zapadł wyrok z 25 lipca 2017 r., sygn. akt V SA/Wa 2230/16 (*Wyrok WSA*), dokonał w istocie oceny dopuszczalności zawartej przed sądem powszechnym ugody sądowej w sprawie o zapłatę kar umownych. Zakwestionował zgodność z prawem tej czynności prawnej, mimo dokonania kontroli legalności ugody przez sąd powszechny w postępowaniu uregulowanym w art. 184 i n. k.p.c. Wyrok WSA opiera się – w ocenie Prokuraturii Generalnej RP – na błędnej wykładni prawa, której przyjęcie może prowadzić do podejmowania przez jednostki sektora finansów publicznych działań sprzecznych z zasadą racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi oraz niesprzyjających ekonomii procesowej.

¹ W niniejszej sprawie **relewantne jest brzmienie przepisu przed zmianą dokonaną ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw** (Dz. U. poz. 1020).

Niniejsza sprawa obrazuje ryzyka, jakie rodzi wkroczenie organów administracji publicznej w kompetencje sądów powszechnych w zakresie oceny legalności czynności prawnych, w tym ugód sądowych. W skrajnych przypadkach może prowadzić to do rozbieżnych ocen prawnych co do tego samego zdarzenia prawnego. Względy o charakterze systemowym wymagają przedstawienia polemiki z wykładnią prawa zaprezentowaną w Wyroku WSA.

2. Możliwość miarkowania kar umownych przewidzianych w umowach zawieranych w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie budzi wątpliwości. Potwierdził to wprost Sąd Najwyższy w wyroku z 21 listopada 2007 r., I CSK 270/07, stwierdzając, że art. 144 ust. 1 p.z.p. nie wyłącza w żadnym wypadku regulacji Kodeksu cywilnego o karze umownej, w tym o jej miarkowaniu. Przepis ten, zdaniem Sądu Najwyższego, gwarantuje, że zawarta w trybie zamówień publicznych umowa nie będzie odbiegała od oferty, która została wybrana spośród innych z nią konkurujących. **Miarkowanie kary umownej nie jest zaś elementem procedury zawierania umowy, ale wiąże się z jej wykonaniem.** Skoro kara umowna może zostać zmiarkowana wyrokiem sądu, to kwestia ta może zostać również objęta ugoda sądową (o czym szerzej w pkt II.2).

3. Generalny charakter odmiennych wniosków WSA dotyczących dopuszczalności zawierania ugód sądowych przez jednostki sektora finansów publicznych w sprawach o zapłatę kary umownej **może przyczynić się do budowania opartej na automatyzmie praktyki o skutkach niepożądanych z punktu widzenia zasad gospodarowania środkami publicznymi**, niezgodnej m.in. z celem art. 54a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (*u.f.p.*). Wprawdzie przepis ten wszedł w życie 1 czerwca 2017 r., a zatem nie obowiązywał w dniu zawarcia ugody w analizowanej sprawie, ale wprowadzając art. 54a u.f.p. ustawodawca nie tyle dopuścił zawieranie przez jednostki sektora finansów publicznych ugód w sprawach spornych należności cywilnoprawnych, co jednoznacznie potwierdził zasadność ich zawierania w określonych okolicznościach. Celem wprowadzenia tej regulacji było wykluczenie wątpliwości co do tego, że zawarcie ugody w sprawie *spornej należności cywilnoprawnej* – jeżeli jest rozwiązaniem korzystniejszym z punktu widzenia interesów jednostki lub Skarbu Państwa niż prowadzenie długotrwałego i często kosztownego procesu sądowego – stanowi na gruncie u.f.p. działanie prawidłowe, a wręcz pożądane.

Prokuratoria Generalna wielokrotnie rekomendowała zawarcie ugody przez jednostkę sektora finansów publicznych – jako rozwiązanie znacznie korzystniejsze niż prowadzenie sporu sądowego – także w sprawach o znacznej wartości przedmiotu sporu, zarówno przed 1 czerwca 2017 r. jak i po wejściu w życie art. 54a u.f.p. (m.in. w sprawach roszczeń podwykonawców Stadionu Narodowego czy w sporze związanym z budową siedziby Naczelnego Sądu Administracyjnego – zob. szerzej w pkt II.3) Ryzyko podważania zasadności takiej ścieżki działania na podstawie zbyt szerokiej interpretacji art. 144 ust. 1 p.z.p., dokonywanej w postępowaniach administracyjnych z naruszeniem kognicji sądów powszechnych, może stanowić istotny czynnik zniechęcający zamawiających do zawierania korzystnych ugód, z negatywnymi skutkami dla interesów tych jednostek lub Skarbu Państwa.

4. Prezentowane niżej stanowisko nie zmierza do wykluczenia a *limine* możliwości oceny ugody sądowej jako niedopuszczalnej w świetle art. 144 ust. 1 p.z.p. Prokuratoria Generalna pragnie jednak podkreślić, że taka ocena nie powinna abstrahować od instytucji prawa cywilnego i utrwalonej praktyki ich stosowania, oraz że powinna następować przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy i z poszanowaniem kognicji sądów powszechnych.

I. Zakaz zmiany postanowień zawartej umowy a przedmiot ugody dotyczącej wysokości kar umownych

I.1. Czynność prawna mająca za przedmiot wyłącznie roszczenie o zapłatę kary umownej z tytułu konkretnego przypadku nienależytego wykonania umowy nie zmienia postanowień umowy.

Wyrok WSA opiera się na założeniu, że pojęcie *zmiana postanowień zawartej umowy* (art. 144 ust. 1 p.z.p.) obejmuje ustalenie w ugodzie sądowej wysokości kar umownych należnych z tytułu zaistniałego przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. To podstawowe założenie poczynione przez WSA jest wadliwe. Roszczenie o zapłatę kary umownej za konkretny przypadek nienależytego wykonania umowy cechuje bowiem odrębność zarówno wobec *umowy* (rozumianej jako zobowiązanie umowne), jak i w stosunku do *postanowień zawartej umowy*. Pojęcia te wymagają rozróżnienia. Postanowienia zawartej umowy stanowią źródło zobowiązania umownego. Kształtuje je treść zgodnych oświadczeń woli stron, a uzupełniająco – przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje (art. 56 k.c.).

Obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynika z art. 471 k.c. Kara umowna służy natomiast przede wszystkim zryczałtowaniu wysokości odszkodowania. Przesłanki powstania roszczenia odszkodowawczego to istnienie ważnego zobowiązania² oraz fakt jego niewykonania lub nienależytego wykonania. Na skutek ich zaistnienia, pomiędzy stronami powstaje więź odszkodowawcza, która, co prawda ma swoją podstawę normatywną w ustawie oraz źródło w zobowiązaniu umownym, jednak powstaje dopiero na skutek niewykonania lub nienależytego jego wykonania.

W doktrynie prawa cywilnego i judykaturze różnie umiejscawiany jest obowiązek naprawienia szkody w strukturze zobowiązania. Wydaje się przeważać pogląd, że w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, świadczenie polegające na wykonaniu zobowiązania, przynajmniej częściowo, przemienia się w obowiązek naprawienia szkody. Odszkodowanie może zastąpić świadczenie należne według treści zobowiązania (zwłaszcza jeśli świadczenie *in natura* jest niemożliwe) lub dołączyć do obowiązku spełnienia świadczenia. Z drugim przypadkiem mamy do czynienia wówczas, gdy świadczenie dłużnika wprowadziło, lecz jest nienależyte, lub też gdy w ogóle nie nastąpiło, a wierzyciel dochodzi w dalszym ciągu wykonania świadczenia i nadto naprawienia szkody wynikłej z opóźnienia³. W tym ujęciu zmiana pierwotnego obowiązku

² Niezależnie od źródła, z jakiego zobowiązanie to powstało – zob. wyrok Sądu Najwyższego z 11 grudnia 1998 r., II CKN 86/98.

³ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 327.

świadczenia w obowiązek naprawienia szkody lub zapłaty kary umownej stanowi przypadek zmiany treści zobowiązania w konsekwencji jego niewykonania przez dłużnika. Zmiana treści zobowiązania może też polegać na „powstaniu dodatkowych obowiązków dłużnika w razie jego opóźnienia lub zwłoki (świadczeń ubocznych polegających na odszkodowaniu czy karze umownej za zwłokę lub odsetkach za opóźnienie)”⁴. Zmianę treści zobowiązania w tym ujęciu należy jednak, jak zaznaczono już wyżej, odróżnić od zmiany postanowień zawartej umowy. Modyfikacja treści zobowiązania może być skutkiem zmiany postanowień zawartej umowy, stanowiącej źródło zobowiązania, ale może też nastąpić na skutek innych zdarzeń, w tym – jak w analizowanej sprawie – w wyniku nienależytego wykonania zobowiązania, które powoduje, że wierzyciel uzyskuje dodatkowo prawo żądania naprawienia szkody. Zmiana treści zobowiązania następuje w tym przypadku *ex lege* (art. 471 k.c., art. 481 k.c., art. 483 k.c.) z chwilą niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a nie na skutek oświadczeń woli stron dotyczących postanowień zawartej umowy, czyli źródła stosunku umownego.

Warto zauważyć, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego prezentowane jest również stanowisko, zgodnie z którym **roszczenie o naprawienie szkody *ex contractu* istnieje w ramach osobnego stosunku prawnego, niż pierwotny stosunek zobowiązaniowy** (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 22 listopada 2013 r., III CZP 72/13). Wynika z niego, że zaistnienie przesłanek odpowiedzialności za szkodę powstałą na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy prowadzi do powstania odrębnego od umowy stosunku prawnego. W takim ujęciu uгода ingerująca wyłącznie w stosunek odszkodowawczy w ogóle nie odnosi skutku wobec odrębnego stosunku zobowiązaniowego powstałego na skutek złożenia zgodnych oświadczeń woli.

Niezależnie od stanowiska co do umiejscowienia obowiązku naprawienia szkody w strukturze zobowiązania, czynność prawna mająca za przedmiot konkretne roszczenie wynikające z umowy, nie stanowi modyfikacji tej umowy.

Bezsporne jest, że ze zobowiązania (art. 353 k.c.), wynikają zwykle różne roszczenia wierzyciela względem dłużnika. Wierzytelnością nazywa się najczęściej zespół („wiązkę”) takich roszczeń⁵. Nie budzi przy tym wątpliwości, że „[...] poszczególne roszczenia mogą być z reguły samodzielnie wymagalne i zaskarżalne. **Ich byt i losy w ramach całości stosunku obligacyjnego mogą więc przejawiać pewną samodzielność. Pojawia się ona m.in. w realizowaniu różnych roszczeń w różnych terminach, w zależności od różnych zdarzeń kształtujących te roszczenia itd.**”⁶. Wyraża się to m.in. w tym, że wierzytelność wynikająca z umowy, w tym – roszczenie o zapłatę kary umownej: (i) może być samodzielnym przedmiotem obrotu (zob. art. 57 § 1 k.c. i art. 509 § 1 k.c.) – bez zmian podmiotowych w samej umowie, (ii) może zostać potrącona, co nie ma wpływu na treść umowy, (iii) przedawnia się w terminie biegnącym odrębnie od innych roszczeń

⁴ P. Machnikowski [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna, System Prawa Prywatnego tom 5*, Warszawa 2020, s. 191.

⁵ *Ibidem*, s. 162.

⁶ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 51.

wynikających z umowy. Odrębnie należy też oceniać termin wygaśnięcia umowy i roszczenia o zapłatę kary umownej.

W doktrynie wskazuje się wprost, że roszczenie o karę umowną wykazuje jurydyczną samodzielność⁷. Podnosi się, że „Może być ono również przedmiotem odrębnego przelewu. [...] Istnieje ponadto możliwość dokonywania innego rodzaju rozporządzeń **odrębnym roszczeniem o karę umowną**, w szczególności obciążenia go prawem zastawu (art. 327 k.c.) oraz użytkowaniem (art. 265 § 1 k.c.)”⁸.

Podsumowując, skoro w analizowanej sprawie czynność prawna w postaci ugody sądowej ingerowała w wysokość roszczenia o zapłatę kary umownej z tytułu konkretnego przejawu nienależytego wykonania umowy, to zawarcie ugody nie stanowiło ingerencji w umowny stosunek zobowiązaniowy, a tym bardziej – w jego źródło, którym są postanowienia zawartej umowy.

I.2. Przepis art. 144 ust. 1 p.z.p. zakazuje zmian *postanowień zawartej umowy*. Nie stoi natomiast na przeszkodzie ingerencji w odrębne w stosunku do umowy roszczenie z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania.

Przepis art. 144 ust. 1 p.z.p. ogranicza dopuszczalność dokonywania zmian *postanowień zawartej umowy*. Oznacza to, że kolejnymi czynnościami prawnymi, niezależnie od tego, czy przyjmą one formę aneksu, ugody, czy kolejnej formalnie odrębnej umowy, strony nie mogą uchylać ani modyfikować przewidzianych w kontrakcie postanowień. Należy jednak dokonać rozróżnienia pomiędzy ingerencją w *postanowienia zawartej umowy* od oddziaływania na roszczenie powstałe na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Zgodnie z art. 483 k.c. **obowiązek zapłaty kary umownej** z tytułu określonego przypadku naruszenia zobowiązania musi zostać przewidziany w umowie. Obowiązek ten nie został w niniejszej sprawie zmodyfikowany ugodą. Dotyczyła ona **roszczenia o zapłatę kary umownej** za konkretny przypadek naruszenia umowy, które nie powstało bezpośrednio na skutek zawarcia umowy (w tym przypadku – w procedurze przetargowej), a w następstwie zaistnienia odrębnego zdarzenia prawnego, tj. nienależytego wykonania umowy (por. art. 471 k.c.). Od chwili zaistnienia tego zdarzenia roszczenie o zapłatę kary umownej miało być niezależny od umowy (pomijając przypadki stwierdzenia nieważności umowy lub jej unieważnienia wyrokiem sądu czy odstąpienie od umowy ze skutkiem *ex tunc*, co jest w niniejszej sprawie irrelewantne).

Z powyższą konstatacją, mającą swe źródło w podstawowych zasadach prawa zobowiązań, kontrastuje stanowisko WSA, zgodnie z którym ugoda w sprawie o zapłatę kary umownej jest sprzeczna z art. 144 ust. 1 p.z.p. Taka ugoda nie ingeruje bowiem w zobowiązanie mające źródło w zgodnych oświadczeniach woli (w *postanowieniach zawartej umowy*). Jej przedmiotem jest roszczenie

⁷ P. Machnikowski [w:] K. Osajda (red.), *Pravo zobowiązań – część ogólna, System Prawa Prywatnego tom 5*, Warszawa 2020, s. 1304.

⁸ *Ibidem*.

odszkodowawcze powstałe w wyniku opóźnienia w realizacji obowiązków umownych, które – w wyniku zastrzeżenia kary umownej – ma zryczałtowaną wysokość⁹.

Pogląd powyższy wzmacnia literalna treść art. 144 ust. 1 p.z.p., który mówi o zakazie zmian *postanowień* zawartej umowy (a nie umowy rozumianej jako stosunek prawny czy tym bardziej odrębnych od niej roszczeń powstałych na etapie wykonywania umowy). Ingerencja w roszczenia z tytułu odpowiedzialności kontraktowej nie wpływa na treść samych postanowień umowy. Obrazuje to okoliczność, że gdyby po zawarciu ugody doszło do analogicznego naruszenia umowy (opóźnienia w usunięciu innego rodzaju usterek), uprawniającego Zamawiającego do naliczenia dalszych kar umownych, następowałoby to na zasadach określonych w umowie, a zawarta wcześniej ugoda nie miałaby wpływu na te zasady.

Ponadto, art. 144 ust. 1 p.z.p. stanowi wyraz implementacji do polskiego porządku prawnego art. 72 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. W art. 72 tej dyrektywy prawodawca unijny nie zawarł zaś proponowanego przez Komisję Europejską postanowienia, zgodnie z którym instytucje zamawiające nie mogłyby wykorzystywać modyfikacji umowy „jeżeli modyfikacja ta miałaby zaradzić niedociągnięciom w realizacji zamówienia ze strony wykonawcy lub skutkom, którym można zaradzić przez wyegzekwowanie zobowiązań umownych”¹⁰. Warto też dodać, że art. 72 dyrektywy nosi tytuł „Modyfikacja umów w okresie ich obowiązywania”, zaś zmniejszenie kary umownej nie musi następować w okresie obowiązywania kontraktu. Do naliczenia kar umownych dochodzi bardzo często w momencie, gdy umowa przestała obowiązywać albo gdy została uznana za niezawartą¹¹.

⁹ Roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej zwłoką dłużnika wynika wprost z art. 471 k.c. Kara umowna służy natomiast przede wszystkim zryczałtowaniu wysokości odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania umowy (lub jej niewykonania). Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika określonej w art. 471 k.c. Od wskazanego w tym przepisie odszkodowania kara umowna różni się w istocie tym, że przysługuje bez względu na wysokość szkody⁹. Zastrzeżenie kary umownej oznacza zatem, że strony godzą się na zryczałtowanie odszkodowania z tytułu określonej postaci naruszenia umowy, co powoduje, że uprawniony uniknie obowiązku wykazywania szkody wyrządzonej na skutek tego zdarzenia.

¹⁰ Jak się wydaje, zakaz ten miałby dotyczyć wszelkich zmian mających na celu zaradzenie wyżej wymienionym okolicznościom niezależnie od przyczyn ich wystąpienia, wartości lub tego, czy można by je kwalifikować jako nieistotne (zob. W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, do art. 72*, Warszawa 2015, Legalis).

¹¹ W tym drugim przypadku mowa oczywiście o karze umownej za odstąpienie od umowy. Argumentacja prezentowana przez WSA prowadziłaby do wniosku, że zamawiający nie może zmienić wysokości naliczonych kar umownych za nienależyte wykonanie zobowiązania np. w postaci opóźnienia, natomiast mógłby ingerować w wysokość kary umownej za odstąpienie, chociażby zostało ono dokonane z uwagi na rażące opóźnienie w wykonaniu umowy (wówczas umowa przewidująca wysokość kar uznawana byłaby za niezawartą, a zatem niemożliwym byłoby naruszenie art. 144 ust. 1 p.z.p.). Przyjęcie takiej wykładni art. 144 ust. 1 p.z.p. mogłoby prowadzić do poszukiwania możliwości odstępowań od kontraktów w celu możliwości polubownego rozwiązywania sporów powstałych podczas ich realizacji. Pośrednio prowadziłoby to również do pokrzywdzenia wykonawców, którzy wykonywali swoje obowiązki kontraktowe w sposób prawidłowy, gdyż byłiby oni pozbawieni prawa do zawarcia ugody z zamawiającym w zakresie kar umownych, w przeciwieństwie do wykonawców, wobec których zamawiający zastosował prawo odstąpienia od umowy z uwagi na rażące przykłady nienależytego wykonania umowy skutkujące skorzystaniem z prawa odstąpienia.

I.3. Zdatność ugodowa sporów o miarkowanie kar umownych

Na uzasadnioną krytykę zasługuje stwierdzenie WSA, zgodnie z którym „zmiarkowanie mogłoby mieć miejsce w procesie sądowym, po stwierdzeniu przez sąd powszechny rozpoznający sprawę wystąpienia przesłanek przewidzianych w art. 484 § 2 k.c.”.

Jakkolwiek orzecznictwo co do charakteru wyroku w sprawie o miarkowanie kar umownych nie jest jednolite¹², to zgodnie z art. 10 k.p.c. zasadą jest możliwość ugodowego rozwiązania sporów cywilnoprawnych. Brak zdatności ugodowej jest następstwem charakteru stosunków prawnych, praw lub roszczeń, które w świetle prawa materialnego są wyłączone spod dyspozycji stron, ewentualnie zdatność ugodową może wyłączać przepis procesowy¹³. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Strony mogą w drodze ugody ingerować w przesłanki i zakres odpowiedzialności kontraktowej, w tym ugodowo rozwiązać kwestię odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania. Jeżeli doszło do nienależytego wykonania zobowiązania i została w związku z tym naliczona kara umowna, to wierzyciel, w drodze umowy, może zwolnić dłużnika z obowiązku świadczenia (art. 508 k.c.). Tym bardziej może go zwolnić w części z tego obowiązku przez zmniejszenie wysokości kary umownej w drodze odrębnej czynności prawnej jaką jest ugoda (art. 917 k.c.). Zdatność ugodowa sporów dotyczących zasadności zmniejszenia kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. nie powinna zatem budzić wątpliwości.

Zaliczenie miarkowania kary umownej do przejawów tzw. prawa sędziowskiego nie oznacza, że zmniejszenia naliczonej kary umownej może dokonać wyłącznie sąd. Artykuł 484 § 2 k.c. nie jest normą ograniczającą zasadę swobody kontraktowania. Stanowi podstawę do tego, aby sąd dokonał ingerencji w stosunek zobowiązaniowy (co zwykle się nazywa „miarkowaniem kary umownej”). Nie oznacza to jednak, że sąd jest jedynym podmiotem, który może zmniejszyć naliczoną karę umowną z powodu okoliczności wskazanych w art. 484 § 2 k.c. Na ogólnych zasadach uprawnienie to przysługuje stronom. Powyższe stanowisko potwierdził Sąd Apelacyjny w Katowicach¹⁴ stwierdzając wprost, że jednostka sektora finansów publicznych może samodzielnie dokonać miarkowania kary umownej, czemu nie stoi na przeszkodzie ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Sąd Apelacyjny celnie zauważył, że w sytuacji, gdy spełnione są przesłanki miarkowania kary umownej, dochodzenie jej w całości byłoby

¹² W wyroku z 21 listopada 2007 r. (I CSK 270/07) SN uznał, że orzeczenie takie ma charakter konstytutywny, jednak wywiera on skutek *ex tunc*, gdyż reguluje wysokość kary umownej od chwili jej wymagalności. Z kolei w nowszym orzecznictwie sądów powszechnych dominuje stanowisko, że wyrok w sprawie o miarkowanie kary umownej ma charakter deklaratoryjny (por. wyrok SA w Szczecinie z 21 czerwca 2017 r., I ACa 230/17, wyrok SA w Poznaniu z 17 października 2012 r., I ACa 738/12).

¹³ W doktrynie powszechnie przyjmuje się, że przedmiotem ugody może być jakikolwiek stosunek prawny, zobowiązaniowy, rzeczowy, rodzinny lub spadkowy, niewyłączony w zupełności spod dyspozycji stron (szerzej: M. Pyziak-Szafnicka, *Ugoda*, s. 980–985, tak: A. Marciniak (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom IV*, Warszawa 2017, komentarz do art. 1157, pkt 6). W postanowieniu SN z 21 maja 2010 r. (II CSK 670/09) wskazano ponadto, że oprócz spraw wyraźnie wyłączonych, ugoda sądowa jest niedopuszczalna w sprawach, w których strona nie może rozporządzać swoim prawem podmiotowym lub stosunkiem prawnym. Jako przykłady tych ostatnich podaje się sprawy o prawa niemajątkowe z zakresu prawa rodzinnego. W sprawach o prawa majątkowe regulą jest istnienie zdatności ugodowej. Jako nieliczne wyjątki wskazać należy sprawy o wpis do księgi wieczystej, o uzgodnienie stanu prawnego księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym, o stwierdzenie nabycia spadku.

¹⁴ Wyrok z 22 czerwca 2018 r., V AGa 167/18.

sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem przysługującego wierzycielowi prawa i stanowiłoby naruszenie art. 5 k.c.

Podkreślenia wymaga, że jednostki sektora finansów publicznych mają **obowiązek** postępować ze środkami publicznymi w sposób gospodarny, tj. podejmować decyzje możliwie najkorzystniejsze z punktu widzenia interesów danej jednostki i Skarbu Państwa. Takie rozumienie gospodarności wyraża art. 54a u.f.p. Przepis ten nie tylko daje jednostkom sektora finansów publicznych wyraźną podstawę do zawarcia korzystnej ugody w sprawie spornej należności cywilnoprawnej, którą może być (i w praktyce często jest) roszczenie o zapłatę kary umownej. Ustanawia on swoisty standard w „zarządzaniu” sporami o należności cywilnoprawne przez jednostki sektora finansów publicznych. Jednostka nie ma wprawdzie obowiązku zawrzeć ugody w takiej sprawie, ale **dążenie do najkorzystniejszego dla interesów Skarbu Państwa sposobu rozwiązania sporu** uzasadnia rozważenie – przed skierowaniem sprawy na drogę sądową, a także w miarę rozwoju sytuacji procesowej – czy zasadne jest podjęcie próby polubownego rozwiązania sporu. Jeżeli ocena ta jest pozytywna, a w wyniku negocjacji ustalono treść potencjalnej ugody, jednostka dokonuje analizy, o której mowa w art. 54a ust. 2 u.f.p., by ocenić, czy jest ona korzystniejsza niż prowadzenie sporu sądowego. Ocena ta obejmuje zwłaszcza (choć nie tylko) analizę ryzyk procesowych w konkretnej sprawie. W przypadku rażącego wygórowania kary umownej i żądania jej obniżenia przez dłużnika, ryzyko oddalenia powództwa w znacznej części, po przeprowadzeniu często czasochłonnego i kosztownego procesu z udziałem biegłych, jest często duże. Zachowanie jednostki, która dysponując takim uzasadnionym obiektywnie żądaniem, dąży do władczego rozstrzygnięcia sprawy, wykorzystując wszystkie formalnie dopuszczalne środki zaskarżenia, niezależnie od okoliczności faktycznych danej sprawy i swojej sytuacji procesowej, powinno być oceniane negatywnie z punktu widzenia art. 44 ust. 3 u.f.p. Przepis ten nakazuje bowiem dysponentom środków publicznych wydatkowanie tych środków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

I.4. Uгода, jako odrębna czynność cywilnoprawna (art. 917 k.c.), mogłaby naruszać art. 144 ust. 1 p.z.p. lub zmierzać do obejścia tego przepisu, o ile zmieniałaby treść postanowień umowy zawartej w trybie zamówień publicznych i to w sposób istotny.

Potencjalnie, o sprzeczności ugody z art. 144 ust. 1 p.z.p., można mówić wówczas, gdy zmienia ona treść postanowień umowy zawartej w trybie prawa zamówień publicznych, w tym modyfikuje treść zamówienia w sposób istotny, względnie – prowadzi do skutku zakazanego przez ten przepis (obejście prawa). Przykładem może być sytuacja, w której strony ustaliłyby w ugodzie, że wykonawca zamiast zapłaty kar umownych naliczonych przez zamawiającego wykona dla zamawiającego inne usługi niż wskazane w umowie. Wówczas w drodze ugody doszłoby do rozszerzenia przedmiotu zamówienia, co jest zakazane przez art. 144 ust. 1 p.z.p. Tego rodzaju ugoda sądowa, choć w pełni dopuszczalna w przypadku stosunków, do których nie ma zastosowania prawo zamówień publicznych – musiałaby zostać uznana za sprzeczną z art. 144 ust. 1 p.z.p.

Prokuratoria Generalna w pełni podziela stanowisko wyrażone przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 7 września 2016 r. (sprawa ze skargi *Finn Frogne A/S*, sygn. akt C-549/14). W stanie

faktycznym tej sprawy w trakcie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego wystąpiły problemy z dochowaniem terminu dostawy. Zamawiający i wykonawca twierdzili zgodnie, że nie ponoszą odpowiedzialności za niemożność realizacji zamówienia w przewidziany w umowie sposób. Ostatecznie strony uzgodniły warunki ugody, w której ograniczyły przedmiot zamówienia. Strony ustaliły ponadto, że zamawiający zakupi od wykonawcy dodatkowe przedmioty o przybliżonej wartości ok. 6 700 000 euro, które spółka ta nabyła w celu wynajęcia ich w ramach realizacji pierwotnego zamówienia. Na mocy ugody (która nie przybrała formy ugody sądowej, a stanowiła „zwykłą” umowę cywilnoprawną) każda z jej stron zrezygnowała z wszelkich wynikających z pierwotnego zamówienia uprawnień, z wyjątkiem tych, które wprost wynikały z ugody.

Różnica pomiędzy sprawą *Finn Frogne*, a problematyką sporu w sprawie rozpoznawanej obecnie przez Naczelny Sąd Administracyjny jest oczywista. W sprawie C-549/14 strony, w drodze ugody, dokonały zmian dotyczących bezpośrednio przedmiotu umowy – **zmodyfikowały w istocie przedmiot zamówienia**. Powołany wyrok potwierdza, że zmiana postanowień umowy jest niedopuszczalna także wówczas, gdy przybiera formę ugody (a nie „klasycznego” aneksu). Nie oznacza to jednak, że każda ugoda związana z wykonaniem umowy powinna być automatycznie oceniona w ten sam sposób. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Finn Frogne* nie odnosi się do przypadków, gdy przedmiot ugody stanowi roszczenie odrębne od umowy, a ugoda nie modyfikuje treści postanowień umowy.

O niedozwolonej w świetle art. 144 ust. 1 p.z.p. modyfikacji postanowień umowy w zakresie kar umownych można byłoby mówić także wówczas, gdyby w drodze ugody zmienione zostały postanowienia kontraktu dotyczące kar umownych z tym skutkiem, że w razie zaistnienia każdego kolejnego opóźnienia, zamawiający miałby uprawnienie do dochodzenia niższych niż pierwotnie uzgodnione kar umownych. Taka sytuacja nie miała miejsca w analizowanej sprawie. W drodze ugody strony zmodyfikowały zobowiązanie wynikające z konkretnego przypadku nienależytego wykonania umowy, nie zaś samą umowę.

Ugoda nie może zmierzać do obejścia prawa, w tym zakazu wynikającego z art. 144 ust. 1 p.z.p. Dokonanie oceny w tym zakresie wymaga jednak **zindywidualizowanych ustaleń dotyczących okoliczności danej sprawy w postępowaniu dowodowym**. Przykładowo, jeżeli w stanie faktycznym danej sprawy zostałyby ustalone, że w celu zniechęcenia konkurencji oferenta do udziału w postępowaniu przetargowym, zamawiający świadomie wprowadził wygórowane kary umowne, a w ramach zmowy z oferentem założył, że kary te zostaną następnie zmiarkowane w drodze ugody, to ugode sankcjonującą taki zamiar stron należałoby uznać za zmierzającą do obejścia prawa zamówień publicznych (nie tylko art. 144 ust. 1 p.z.p., ale również art. 7 ust. 1, 2 i 3 p.z.p.). Kluczową okolicznością uzasadniającą taką kwalifikację ugody byłby zamiar stron, które, tworząc pozory legalności swoich działań, w rzeczywistości prowadzą do ominięcia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Dokonanie ustaleń w tym przedmiocie wymaga jednak przeprowadzenia postępowania dowodowego. Takich ustaleń nie poczyniły – i w ocenie Prokuratury Generalnej nie mogły poczynić – ani orzekające w sprawie organy administracji, ani WSA. W konsekwencji, dokonując analizy legalności ugody, oparto się na abstrakcyjnych tezach dotyczących wpływu wysokości zastrzeżonej w SIWZ kary umownej na treść składanych w przetargu ofert, co doprowadziło do błędnych wniosków co do legalności ugody.

W tym kontekście należy dodać, że zminy przetargowe, w tym tzw. zmowa pionowa, która mogłaby polegać przykładowo na świadomym zawyżeniu kar umownych w SIWZ w celu ograniczenia konkurencyjności przetargu, są sankcjonowane na podstawie odrębnych przepisów (zob. art. 6 ust. 1 pkt 7 i art. 6 ust. 2 oraz art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, art. 305 § 1 k.k.). Ryzyko występowania czynów zabronionych – podlegających surowym sankcjom, zarówno administracyjnym jak i karnym – nie powinno uzasadniać takiej wykładni art. 144 p.z.p., która prowadzi *a limine* do eliminacji z obrotu prawnego ugód w sprawie wysokości kar umownych stosowanych w zamówieniach publicznych, także tych, których zawarcie nie jest motywowane pobudkami naruszającymi konkurencję lub z innych przyczyn niedozwolonymi, i które są wręcz pożądane w świetle art. 54a u.f.p.

Podsumowując, w świetle art. 144 ust. 1 p.z.p. ugoda (zarówno sądowa jak i pozasądowa) nie może wprowadzać istotnych zmian postanowień umowy zawartej w trybie zamówień publicznych, ani zmierzać do obejścia prawa. Zawarcie ugody, którą strony uchylają niepewność co do konkretnych roszczeń wynikających z umowy, powstałych na skutek nienależnego wykonania zobowiązania, nie stanowi jednak ingerencji ani w zobowiązanie umowne ani tym bardziej w postanowienia zawartej umowy, stanowiące jego źródło. Taka ugoda dotyczy roszczenia posiadającego normatywną podstawę w ustawie i cechującego się odrębnością od umowy. Ugoda sądowa nie stanowi w takim przypadku zmiany *postanowień zawartej umowy*, zakazanej przez art. 144 ust. 1 p.z.p.

II. Rażące wygórowanie kary umownej a istotność zmiany umowy

II. 1. Nawet gdyby założyć, że zawarcie ugody dotyczącej wysokości kary umownej z tytułu nienależytego wykonania umowy, stanowi zmianę postanowień umowy, to w okolicznościach niniejszej sprawy nie można jej uznać za zmianę istotną.

Przepis art. 144 ust. 1 p.z.p., w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, zakazywał istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy (chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany). Nie określał natomiast – w przeciwieństwie do obecnego brzmienia art. 144 ust. 1e p.z.p – przypadków, które są kwalifikowane przez ustawodawcę jako istotne zmiany umowy, a tym samym są uważane za prawnie niedopuszczalne. Przepis ten pozostawiał ocenę ziszczenia się przesłanek o charakterze bardzo ogólnym i opisowym w konkretnej sprawie wyspecjalizowanym organom władzy publicznej – Prezesowi UZP oraz sądom powszechnym orzekającym w sprawie zgodności z prawem czynności prawnych (zob. pkt IV.2 niżej).

W analizowanej sprawie WSA samodzielnie ocenił dopuszczalność ugody w przedmiocie naliczonych wykonawcy kar umownych, opierając się na abstrakcyjnej ocenie wpływu wysokości określonych w SIWZ kar umownych na wysokość oferowanej przez wykonawców ceny.

Jak wynika z opinii Urzędu Zamówień Publicznych (UZP), odwołującej się m.in. do orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur*, istotna zmiana postanowień umowy to zmiana powodująca naruszenie równowagi ekonomicznej między wybranym wykonawcą a zamawiającym, które prowadziłyby do zachwiania pozycji konkurencyjnej takiego wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zmianę o charakterze nieistotnym należy zaś definiować jako modyfikację postanowień umowy, która – wprowadzona na etapie postępowania – nie wpływałaby na krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, ani nie decydowałaby o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu innych wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia. Tym samym, aby mówić o zmianie nieistotnej, **przesłanki zmiany umowy muszą odnosić się do wykonawcy realizującego zamówienie w takim samym stopniu, w jakim odnosiłyby się do każdego innego wykonawcy, który złożył ofertę w prowadzonym postępowaniu** i miałby realną szansę na wybór swojej oferty jako najkorzystniejszej. Konieczne jest zatem ustalenie, że zmiana umowy w określonym zakresie i na określonych zasadach, wprowadzona byłaby niezależnie od tego, kto byłby wykonawcą danego zamówienia. UZP podkreślił ponadto, że ocena dopuszczalności zmiany służącej przywróceniu równowagi ekonomicznej stron pod kątem jej istotności, może zostać dokonana **wyłącznie w oparciu o ustalony indywidualnie stan faktyczny sprawy**, co powoduje, iż kwestie te powinny być każdorazowo rozpatrywane indywidualnie (zob. opinia UZP pt. *Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podst. art. 144 ust. 1 pkt 1,3 i 6 ustawy Pzp¹⁵*).

Zdaniem Prokuratorii Generalnej brak było podstaw do uznania, że w analizowanej sprawie doszło do istotnej zmiany postanowień umowy, z następujących przyczyn.

II. 2. Zawarcie ugody na skutek żądania zmniejszenia kary umownej nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Każdy wykonawca, jeżeli znalazłby się w takiej samej sytuacji faktycznej, byłby uprawniony do skierowania takiego żądania wobec zamawiającego na podstawie art. 484 § 2 k.c.

Stanowisko WSA, zgodnie z którym zawarcie ugody w rozpoznawanej sprawie nastąpiło w warunkach pełnej swobody działania zamawiającego pomija, że ugodę zawarto na skutek żądania zmniejszenia kary umownej, którego podstawę stanowi art. 484 § 2 k.c. Przepis ten przyznaje sądowi kompetencję do ingerencji w wysokość należnej wierzycielowi kary umownej (miarkowanie kary umownej). Nie oznacza to, że rażąco wygórowana kara umowna może zostać obniżona jedynie wyrokiem sądu (zob. szerzej w pkt I.3). Z art. 484 § 2 k.c. wynika **prawo podmiotowe dłużnika**, którego treścią jest uprawnienie do żądania stosownego obniżenia kary umownej naliczonej za konkretny przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Prawu temu odpowiada stosowny obowiązek wierzyciela.

Miarkując karę umowną, sąd nie działa z urzędu, a czyni zadość żądaniu dłużnika, mającemu podstawę w art. 484 § 2 k.c. Możliwe jest wykorzystanie przez dłużnika przysługującego mu podmiotowego prawa do żądania zmniejszenia wysokości naliczonej już (zaktualizowanej) kary

¹⁵ <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/umowa-w-sprawie-zamowienia-publicznego/dopuszczalnosc-zmiany-umowy-o-udzielenie-zamowienia-publicznego>.

umownej jako środka prewencyjnego. Zawartego w art. 484 § 2 k.c. sformułowania *dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej*, nie należy utożsamiać wyłącznie z podniesieniem zarzutu procesowego¹⁶. Żądanie to może być zrealizowane także poprzez zawarcie ugody sądowej lub pozasądowej.

Ugody w sprawie o zapłatę kary umownej nie sposób zatem uznać za przejaw pełnej swobody zamawiającego w kształtowaniu wysokości kary umownej, jeżeli ugoda zostaje zawarta na skutek zgłoszenia przez dłużnika żądania obniżenia kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c.

Należy przy tym podkreślić, że wbrew stanowisku WSA, zgodnie z którym potencjalni wykonawcy nie mogli zakładać, że dojdzie do zmniejszenia rażąco wygórowanej kary umownej za konkretny przypadek nienależytego wykonania zobowiązania umownego, każdy wykonawca – w takiej samej sytuacji – mógłby zgłosić takie żądanie, gdyż ma ono podstawę w przepisie o charakterze *ius cogens*. Przepisy o zawieraniu ugód, jak i określone w art. 484 § 2 k.c. przesłanki zmniejszenia kary umownej, która jest rażąco wygórowana, są powszechnie obowiązujące i mogłyby być zastosowane przez każdego z potencjalnych wykonawców, który znalazły się w analogicznej sytuacji faktycznej. Tym samym, zawarcie ugody w sprawie rażąco wygórowanej kary umownej nie narusza podstawowej, chronionej przez art. 144 p.z.p. zasad udzielania zamówień publicznych, tj. **zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania** (art. 7 p.z.p.).

Przy założeniu, że wysokość kary umownej za określony przypadek nienależytego wykonania umowy jest przedmiotem *postanowień umowy*, należy ponadto zauważyć, że możliwość jej zmiany z uwagi na rażące wygórowanie kary umownej istniała już od chwili zawarcia umowy. Czynność prawna (tu: zawarcie umowy) wywołuje bowiem nie tylko skutki prawne w niej wyrażone, ale również wynikające z przepisów ustawy, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów (art. 56 k.c.). Oznacza to, że już od chwili zawarcia umowy strony obowiązywała norma, zgodnie z którą – w przypadku gdy powstanie konkretne roszczenie o zapłatę kary umownej, a jednocześnie zaistnieją przesłanki określone w art. 484 § 2 k.c. – wykonawca będzie mógł żądać jej stosownego zmniejszenia. Norma ta wiązałyby każdego potencjalnego wykonawcę. W tym sensie z umowy wynikał obowiązek obniżenia rażąco wygórowanej kary umownej w razie powstania zobowiązania do jej zapłaty, choć skutek ten nie został wprost wyrażony w umowie. Uczynienie zadość temu obowiązkowi nie może być poczytywane za zmianę postanowień umowy.

Powyższe okoliczności świadczą o tym, że przesłanka zawarcia ugody, jaką jest rażące wygórowanie kary umownej, odnosi się do wykonawcy realizującego zamówienie w takim samym stopniu, w jakim odnosiliby się do każdego innego wykonawcy, który złożyłby ofertę w postępowaniu. Brak zatem podstaw do przyjęcia, że w opisanych okolicznościach dochodzi do zachwiania pozycji konkurencyjnej wykonawcy w stosunku do innych wykonawców, którzy brali udział w przetargu. Warto dodać, że w orzecznictwie sądów administracyjnych wskazywano, że *nie można z góry przyjąć, iż przesunięcie terminu o 28 dni kalendarzowych (z czego po odliczeniu okresów wolnych od pracy, faktyczna możliwość wykonywania robót wynosi kilkanaście dni) stanowi zmianę warunków kontraktu na tyle doniosłą, że inny wykonawca, któremu pierwotny termin z uwagi np. na harmonogram wykonywania innych zleceń nie odpowiadał, mógłby złożyć ofertę. Tak niedługi odcinek czasu, względem np. długiego okresu obowiązywania*

¹⁶ K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego, tom 5, Prawo zobowiązań – część ogólna*, 2020, s. 1318.

umowy, nie mógłby znacząco wpłynąć na decyzję wykonawcy o wzięciu udziału w przetargu, czy złożeniu oferty innej treści, w szczególności poprzez zaoferowanie niższej ceny (wyrok NSA z 4 marca 2015 r., II GSK 2143/13; podobnie wyrok WSA w Krakowie z 28 lutego 2018 r., I SA/Kr 930/17). Przenosząc te ustalenia na okoliczności rozpoznawanej sprawy, należy przyjąć, że skoro w ocenie sądów administracyjnych wydłużenie – o blisko miesiąc – terminu wykonania zamówienia nie musi stanowić zmiany istotnej, to tym bardziej wydłużenie o 16 dni terminu usunięcia wad zgłoszonych w protokole odbioru prac nie może być automatycznie kwalifikowane jako „zmiana istotna” zamówienia, która jest zakazana przez art. 144 ust. 1 p.z.p.

Należy podkreślić, że oceniając dopuszczalność ugody zawartej w analizowanej sprawie organy administracji (a w konsekwencji – również WSA) **nie poczyniły żadnych ustaleń** co do tego, czy modyfikacja wysokości naliczonej kary umownej w zakresie i na zasadach określonych w ugodzie, wprowadzona została z uwagi na okoliczności, które dotyczyły tylko wykonawcy, który faktycznie realizował zamówienie.

Co więcej, dla uznania, że zawarcie ugody prowadziło do naruszenia art. 207 u.f.p. konieczne byłoby ustalenie, że roszczenie Skarbu Państwa o zapłatę kar umownych w ogóle powstało. Jeżeli nie było podstaw do naliczenia kar umownych, otrzymanie przez zamawiającego „dodatkowej” sumy pieniężnej, nie stanowiłoby naruszenia u.f.p. W analizowanej sprawie nie przeprowadzono zaś postępowania dowodowego co do okoliczności powodujących powstanie uprawnienia do naliczenia kar umownych. Ani organ ani WSA nie były władne do ustalenia winy wykonawcy przy wykonywaniu zobowiązania ani do określenia granic jego odpowiedzialności¹⁷. W konsekwencji w niniejszej sprawie nie ustalono, czy kary umowne należały się Skarbowi Państwa w wysokości w wysokości wyższej niż wskazana w ugodzie. Przyjęto *a priori* założenie, że skoro strony ugodziły się w tym zakresie, to roszczenie po stronie zamawiającego istniało. Tymczasem kwestia ta wymaga poczynienia ustaleń o charakterze faktycznym i cywilnoprawnym, które w postępowaniu administracyjnym i sądownoadministracyjnym nie zostały dokonane.

II. 3. Zmniejszenie rażąco wygórowanej kary umownej nie zmierza do zachwiania równowagi ekonomicznej między zamawiającym a wykonawcą na korzyść dłużnika.

Mechanizm miarkowania kary umownej powinien umożliwić dokonanie oceny, czy ustalona kara umowna, uwzględniając konkretne okoliczności niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, nie pozostaje w ewidentnej dysproporcji do zaistniałych z tego powodu skutków dla obu stron stosunku obligacyjnego¹⁸. Obniżenie rażąco wygórowanej kary umownej nie prowadzi do uzyskania przez dłużnika przewagi ekonomicznej, co byłoby kluczowym czynnikiem

¹⁷ W judykaturze dominuje pogląd, zgodnie z którym wola stron co do rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika z tytułu kary umownej powinna być wyraźnie uzewnętrzniona. Użycie ogólnego sformułowania o karze umownej „za opóźnienie” nie czyni jej niezależną od przyczyn niedochowania terminu spełnienia świadczenia (zob. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 27 stycznia 2017 r., I ACa 1121/16). Skoro zatem w niniejszej sprawie w § 19 ust. 5 umowy strony ustaliły, że Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za szkodę powstałą z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności, zaś kara umowna przewidziana w § 22 ust. 1 pkt a-f Umowy, jest karą umowną za opóźnienie, powstaje pytanie, na jakiej podstawie organ administracji oraz WSA ustaliły, że doszło do naruszenia ustawy poprzez zmniejszenie kar umownych do kwoty 135.000 zł.

¹⁸ K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego, tom 5, Prawo zobowiązań – część ogólna*, 2020, s. 1315.

świadczącym o istotności zmiany postanowień umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 p.z.p. Skutek zastosowania art. 484 § 2 k.c. jest odwrotny – **dochodzi do przywrócenia słuszności kontraktowej**¹⁹ przez zapobieżenie sytuacji, w której wierzyciel „zarabia” na nienależytym wykonaniu zobowiązania przez dłużnika. Kara umowna w rażąco wygórowanej wysokości stanowiłaby nieuzasadnioną korzyść dla zamawiającego.

Jak wynika z orzeczenia w sprawie C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur* korzyść ekonomiczna wykonawcy, wpływająca niekorzystnie na warunki konkurencji, oznacza przysporzenie mu dodatkowych korzyści w stosunku do pierwotnych warunków umowy. Przyjmując, że dodatkowa korzyść wykonawcy miałaby polegać na obniżeniu kary umownej, nie można abstrahować od tego, czy na „pierwotnych” warunkach umowy zamawiający mógłby tak rozumianego przysporzenia uniknąć. Ani organ administracji ani WSA nie poczyniły w tym zakresie ustaleń (i poczynić nie mogły). Z praktyki procesowej Prokuraturii Generalnej RP wynika zaś, że rażące wygórowanie kary umownej generuje bardzo duże ryzyko przegranej w procesie sądowym o zapłatę, przynajmniej w znacznej części. Nie są rzadkie przypadki miarkowania takich kar do jedynie ok. 10-20% kar naliczonych zgodnie z umową.

W związku z powyższym, zawarcie ugody w sprawie spornej kary umownej jest – w określonych w art. 54a u.f.p. okolicznościach – działaniem nie tylko dopuszczalnym ale wręcz pożądanym z punktu widzenia zasad gospodarowania środkami publicznymi, zwłaszcza zasady celowości i efektywności ich wydatkowania (art. 44 ust. 3 u.f.p.). Treść i cel art. 144 p.z.p. nie stoi na przeszkodzie do realizacji zasad, które wyraża art. 54a u.f.p. i obowiązujący w dacie zawarcia omawianej ugody art. 44 ust. 3 u.f.p. Cele tych przepisów nie kolidują z chronioną przez art. 144 p.z.p. zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania. Zawarcie korzystnej dla zamawiającego ugody nie może prowadzić do zachwiania równowagi ekonomicznej na korzyść wykonawcy. W sytuacji, gdy jednostka sektora finansów publicznych odnosi korzyść z polubownego rozwiązania sporu (por. art. 54a u.f.p.), to trudno twierdzić, że jednocześnie dochodzi do zachwiania równowagi kontraktowej na korzyść wykonawcy (zob. również pkt I.3).

II.4. Zmniejszenie kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. jest skutkiem okoliczności, które mogą być uznane za zewnętrzne w stosunku do umowy i nieprzewidywalne.

Przesłanki uzasadniające obniżenie kary umownej materializują się dopiero w okolicznościach konkretnego naruszenia umowy. Oceny, czy dana kara jest rażąco wygórowana należy dokonywać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając zwłaszcza przedmiot umowy, cel kary i sposób jej ukształtowania, a także wagę i zakres nienależytego wykonania umowy oraz charakter negatywnych skutków dla drugiej strony. Kara umowna, nie będąc rażąco wygórowana w momencie jej zastrzegania (*prima facie*), może się taką stać w następstwie późniejszych okoliczności²⁰. Rażące wygórowanie kary nie musi „tkwić” w samych postanowieniach umowy. Jeżeli strony zastrzegłyby karę umowną w wysokości np. 5% całkowitego wynagrodzenia wykonawcy za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu ubocznego obowiązku

¹⁹ W. Borysiak [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis, komentarz do art. 484, nb. 29, zob. wyrok SA w Katowicach z 17 grudnia 2008 r., V ACa 483/08.

²⁰ Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 5 marca 2019 r., I AGa 194/18.

dłużnika, można byłoby twierdzić, że już w chwili zawarcia umowy strony powinny przewidywać, iż kara umowna za konkretny przypadek opóźnienia będzie rażąco wygórowana. Kara umowna w wysokości 0,1% wartości wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki w praktyce obrotu uważana jest jednak za karę w „rozsądnej” wysokości²¹ (choć nie jest wykluczone, że w okolicznościach konkretnego naruszenia umowy może okazać się rażąco wygórowana).

Zaistnienie przesłanek do zmniejszenia kary umownej, o których mowa w art. 484 § 2 k.c., w tym rażące wygórowanie kary, może być – zdaniem Prokuraturii Generalnej – oceniane jako zdarzenie zewnętrzne w rozumieniu przyjętym w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur*. O ile zastrzegając karę umowną strony mogą przewidzieć i przewidują możliwość opóźnienia w realizacji obowiązków umownych, o tyle nie są one w stanie przewidzieć stopnia zaawansowania wykonywania umowy w chwili jej naruszenia ani konkretnych okoliczności nienależytego wykonania umowy, decydujących o rażącym wygórowaniu kary umownej. Okoliczności uzasadniające zastosowanie art. 484 § 2 k.c. należy uznać za „nieprzewidywalne na etapie postępowania” jeżeli wysokość zastrzeżonej kary nie pozostaje *prima facie* w rażącej dysproporcji do prawdopodobnych skutków naruszenia obowiązku umownego.

III. Brak kognicji organów administracji oraz sądu administracyjnego do badania legalności ugody sądowej

III.1. Do podważenia legalności ugody zawartej w postępowaniu pojednawczym (art. 184 i n. k.p.c.) kompetencję mają wyłącznie sądy powszechne.

Organ wydający zaskarżoną decyzję administracyjną, a następnie WSA, przesądziły w istocie o dopuszczalności samodzielnej oceny legalności ugód odnoszących się do zobowiązań związanych z umową zawartą w trybie p.z.p. pod względem ich zgodności z prawem w postępowaniu toczącym się na podstawie art. 207 u.f.p. W uzasadnieniu Wyroku WSA wskazano, że *nie ma znaczenia także fakt, iż rozważana ugoda została zawarta przed sądem, w postępowaniu pojednawczym uregulowanym w art. 184 i art. 185. k.p.c. oraz iż ugoda zawarta w tym trybie podlega ocenie sądu pod kątem jej zgodności z prawem, z zamiarem obejścia prawa oraz z zasadami współżycia społecznego*. Sąd, przed którym została zawarta ugoda, jak wynika z uzasadnienia Wyroku WSA, *nie miał możliwości zbadania, czy rzeczywiście kara umowna była rażąco wygórowana*.

W ocenie Prokuraturii Generalnej przywołane tezy są obarczone błędem, rzutującym bezpośrednio na rozstrzygnięcie sprawy. Błąd ten dotyczy kwestii dopuszczalności podważenia w postępowaniu administracyjnym i sądownoadministracyjnym zgodności z prawem ugód zawartych przed sądem powszechnym, a zatem ugód zatwierdzonych przez sąd, a także zakresu kontroli legalności ugody dokonywanej przez właściwy sąd powszechny. Zajęte przez WSA stanowisko kwestionuje ocenę sądu powszechnego, który potwierdził legalność ugody, poza przewidzianą do tego procedurą, i z naruszeniem wynikającego z art. 144 ust. 2 w zw. z art. 144a p.z.p. sądowego mechanizmu oceny zgodności z prawem zmian umowy zawartej w trybie prawa zamówień publicznych.

²¹ Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 5 marca 2019 r., I AGa 194/18: „Wątpliwości Sądu Apelacyjnego nie budzi, że **samo ukształtowanie kary w umowie na poziomie 0,1 % za każdy dzień zwłoki nie może być uznane za wygórowane**, jeśli zważyć na stymulacyjną funkcję tej kary”.

Organy administracji rozstrzygające na podstawie art. 207 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 184 ust. 1 u.f.p. sprawy zwrotu dofinansowania, a następnie sądy administracyjne kontrolujące te decyzje, nie mogą w ocenie Prokuraturii Generalnej samodzielnie – bez prejudykatu sądu powszechnego – stwierdzać w postępowaniu administracyjnym, że zatwierdzona przez sąd powszechny ugoda jest niezgodna z prawem. Przeciwnie stanowisko prowadzi do podważenia oceny legalności ugody stwierdzonej w stosownej procedurze przez uprawniony do tego ustawą sąd powszechny, co może naruszać podział kompetencyjny sądów wywodzący się z art. 175 ust. 1 Konstytucji RP oraz domniemanie kompetencji sądów powszechnych do rozstrzygania spraw niezastrzeżonych ustawą dla innych sądów (art. 177 Konstytucji RP).

Za powyższym stanowiskiem przemawiają następujące argumenty.

Ocena dopuszczalności i zgodności z prawem czynności prawnej (tu: ugody) należy do kompetencji sądów powszechnych. W świetle Konstytucji RP ani organy administracji ani sądy administracyjne – tworzące odrębny pion organów władzy sądowniczej – nie są właściwe do podważania prawidłowości oceny legalności czynności, dokonanej przez sąd powszechny (tu: uznania za dopuszczalną ugody w postępowaniu pojednawczym). Odstępstwo od tej zasady nie jest dopuszczalne nawet wówczas, gdy w postępowaniu administracyjnym lub przed sądem administracyjnym przedmiotowe zagadnienia pojawiają się jako „drugoplanowe”. Do zadań administracji publicznej nie należy bowiem ocena legalności czynności prawnych, w tym czynności procesowych. Jak wynika z utrwalonych już stanowisk Naczelnego Sądu Administracyjnego, Sądu Najwyższego oraz Trybunału Konstytucyjnego ocena ważności czynności prawnej należy do kompetencji właściwego sądu powszechnego po przeprowadzeniu postępowania dowodowego w sposób określony w k.p.c. (zob. uchwała Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2005 r., III CZP 26/05; podobnie wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z 14 kwietnia 2015 r., II GSK 2216/13 i z 25 kwietnia 2017 r., II GSK 2238/15). Sądy administracyjny nie stosują prawa materialnego w taki sposób, jak czynią to sądy powszechne (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 września 2006 r., SK 63/05)²², a co za tym idzie nie mogą badać czynności prawnych lub innych stanów faktycznych w perspektywie ich zgodności z normami prawa materialnego cywilnego.

Przypisanie sobie przez organy administracji kompetencji do oceny zgodności z prawem ugody może – jak w niniejszej sprawie – prowadzić do podważenia oceny w tym przedmiocie dokonanej przez powołany do tego organ, jakim jest sąd powszechny (art. 203 § 4 k.p.c. w zw. z art. 223 § 2 k.p.c. i art. 355 k.p.c., art. 183¹⁴ § 3 k.p.c. oraz art. 184 k.p.c.). Nie powinno ulegać wątpliwości, że organ administracji publicznej nie ma kompetencji do tego, aby stosując materialne prawo

²² Wprawdzie w judykaturze NSA stwierdzono: „Nie można podzielić poglądu, iż (...) dopiero unieważnienie umowy przez sąd cywilny czyni możliwym jej wzruszenie. (...) Postępowanie w sprawie udzielenia dofinansowania ma specyficzny charakter i w jego ramach to organ kwalifikuje czyn jako nieprawidłowość i ocenia, czy istnieją podstawy do podejrzenia jej popełnienia. Dokonuje również ostatecznej kwalifikacji tego czynu” (wyrok NSA z 18 października 2016 r., sygn. akt II GSK 821/15), to jednak pogląd ten wypowiedziano na tle poprzedniego stanu prawnego. Ustawodawca zakładał wówczas bezwzględna nieważność zmian umowy z naruszeniem art. 144 ust. 1 p.z.p. Wówczas mogło być – przynajmniej potencjalnie – uzasadnione twierdzenie, że skoro zmiana umowy jest nieważna *ipso iure*, bez konieczności uzyskania wyroku sądowego stwierdzającego taki stan, to w postępowaniu unormowanym w art. 207 u.f.p. organ administracji publicznej jest uprawniony do stwierdzenia naruszenia prawa i przyjęcia nieważności zmian umowy za podstawę własnych rozstrzygnięć i to nawet wówczas, gdy nie wydano w sprawie orzeczenia sądu powszechnego, przesądzającego o wystąpieniu sankcji nieważności.

cywilne, podważać czynności sądu powszechnego znajdujące oparcie w procedurze cywilnej, niejako „przy okazji” wykonywania swoich ustawowych kompetencji.

Jeśli w trakcie prowadzonego postępowania administracyjnego organ wstępnie ustali, że czynność cywilnoprawna – której niezgodność z prawem stanowi przesłankę zastosowania przepisów prawa publicznego – może być sprzeczna z prawem lub zmierzać do jego obejścia, to powinien zawiesić z urzędu postępowanie na podstawie art. 97 ust. 1 pkt 4 k.p.a. Rozpatrzenie sprawy dotyczącej naruszenia procedur, a w konsekwencji wydanie decyzji określającej zwrot kwoty dofinansowania, zależy bowiem wówczas od rozstrzygnięcia przez sąd powszechny „zagadnienia wstępnego”, jakim jest ocena zgodności zmian umowy z art. 144 ust. 1 p.z.p. bądź unieważnienie umowy zawartej przed sądem. Należy zaznaczyć, że w judykaturze sądów administracyjnych przyjęto, że ocena zgodności czynności prawnych z prawem należy do sądów powszechnych, toteż stanowi zagadnienie wstępne, uzasadniające zawieszenie postępowania administracyjnego (zob. wyroki NSA z 26 marca 2008 r., I OSK 491/07 i z 16 kwietnia 2008 r., II OSK 416/07; wyrok WSA w Krakowie z 3 czerwca 2008 r., II SA/Kr 1200/07).

Niezależnie od doktrynalnych i orzeczniczych sporów dotyczących dopuszczalności ponownej oceny umowy sądowej pod kątem jej zgodności z prawem²³, należy przyjąć, że ewentualne podważenie umowy może nastąpić jedynie w odrębnym postępowaniu przed sądem powszechnym, nie zaś jako element wypadkowy postępowania administracyjnego dotyczącego zwrotu dofinansowania środków unijnych.

Warto zwrócić uwagę, że Prezes UZP, w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych, został upoważniony do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnienie umowy w całości lub części (art. 144a ust. 1, art. 146 ust. 6, art. 168 pkt 2 p.z.p.). Nie przewidziano np. drogi administracyjnej, w której to Prezes UZP jako organ administracji publicznej, w drodze decyzji przesądzałby o nieważności umowy z uwagi na jej sprzeczność z przepisami prawa zamówień publicznych. W ocenie Prokuraturii Generalnej potwierdza to stanowisko o braku kompetencji organów administracji do ustalania nieważności czynności prawnych z powodu ich niezgodności z prawem zamówień publicznych. Orzekanie w tym przedmiocie zostało zastrzeżone dla sądów powszechnych.

Prokuratura Generalna nie kwestionuje zatem możliwości dokonywania wykładni i stosowania przepisów prawa prywatnego przez organy administracji i sądy administracyjne. Wskazuje jednak, że nie może to prowadzić do odmiennej oceny danej czynności prawnej w zakresie jej zgodności z określonym przepisem prawa powszechnie obowiązującego (tu: art. 144 ust. 1 p.z.p.) z perspektywy organu administracji publicznej i sądów administracyjnych oraz sądu powszechnego.

III.2. Organy administracji i sądy administracyjne są związane oceną legalności umowy, dokonaną przez sąd powszechny.

O legalności umowy zawartej w postępowaniu pojednawczym przesądza sąd powszechny. W okolicznościach faktycznych sprawy rozpoznawanej przez WSA doszło do zawarcia umowy na

²³ Zob. np. M. Pyziak-Szafnicka [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 8, s. 1013-1014.

skutek wniosku o zawezwanie do próby ugodowej złożonego przez wykonawcę, kwestionującego wysokość naliczonych przez zamawiającego kar umownych.

Uгода zawarta na skutek zawezwania do próby ugodowej, a zatem taka, jaką zawarto w niniejszej sprawie, jest jednym z typów ugody sądowej. Tego typu porozumienie można zawrzeć również w procesie albo przed mediatorem. W każdym wypadku obowiązkiem sądu powszechnego jest ocena, czy ugoda jest zgodna z prawem i zasadami współzycia społecznego, oraz czy nie zmierza do obejścia prawa. Ocena taka następuje jednak w różnych formach procesowych.

Na skutek zawarcia ugody sądowej w toku procesu dochodzi do umorzenia postępowania w drodze postanowienia (art. 355 k.p.c.). Wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania na skutek zawarcia ugody sądowej przesądza, że ugoda nie jest sprzeczna z prawem ani z zasadami współzycia społecznego oraz nie zmierza do obejścia prawa. Tego rodzaju prawomocne postanowienie wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał. Wiąże ono również – stosownie do art. 365 § 1 k.p.c. – inne sądy, inne organy państwowe oraz organy administracji publicznej. Sama ugoda nie korzysta z rozszerzonej prawomocności materialnej, ale związanie orzeczeniem sądu rozciąga się także na ustalenia faktyczne zawarte w uzasadnieniu, na podstawie których sąd zindywidualizował normę prawną, czemu dał wyraz w rozstrzygnięciu (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z 19 października 2012 r., V CSK 485/11; z 20 listopada 2014 r., V CSK 6/14; z 16 maja 2013 r., IV CSK 624/12).

Uгода zawarta przed mediatorem podlega z kolei kontroli sądowej. Sąd zatwierdza ugode w drodze postanowienia lub poprzez nadanie postanowieniem klauzuli wykonalności (art. 183¹³, 183¹⁴ k.p.c.). Przesądza tym samym, że ugoda nie jest sprzeczna z prawem lub z zasadami współzycia społecznego oraz nie zmierza do obejścia prawa.

Nieco inaczej ustawodawca unormował formę badania zgodności ugód zawartych w postępowaniu pojednawczym. W świetle art. 184 i n. k.p.c., sąd – uznając ugode za dopuszczalną (legalną) – nie wydaje odrębnego postanowienia o zatwierdzeniu ugody czy o stwierdzeniu dopuszczalności ugody ani nie umarza postępowania. Sąd wyraża swoje stanowisko co do dopuszczalności ugody przez wciągnięcie jej osnowy do protokołu posiedzenia pojednawczego oraz stwierdzenie jej podpisami stron²⁴ (art. 185 § 2 k.p.c.). Wciągając osnowę ugody do protokołu, sąd przesądza, że ugoda zawarta w postępowaniu pojednawczym jest zgodna z prawem i zasadami współzycia społecznego oraz nie zmierza do obejścia prawa (art. 184 zdanie 2 k.p.c.). W razie stwierdzenia, że ugoda narusza prawo, **sąd cywilny jest obowiązany wydać postanowienie o uznaniu ugody w proponowanej treści za niedopuszczalną.**

Wykładnia systemowa art. 203 § 4 k.p.c. w zw. z art. 355 k.p.c., art. 183¹⁴ § 3 k.p.c. oraz art. 184 k.p.c. nakazuje traktowanie „milczącego” przesądzenia legalności ugody oraz jej zgodności z zasadami współzycia społecznego przez wciągnięcie osnowy ugody do protokołu posiedzenia pojednawczego i stwierdzenie podpisami stron na równi z zatwierdzeniem ugody, które następuje w formie postanowienia sadu. Wciągnięcie ugody do protokołu posiedzenia pojednawczego i podpisanie go przez strony oznacza, że sąd przesądził o zgodności ugody z prawem oraz z zasadami współzycia społecznego, a także uznał, że ugoda nie zmierza do obejścia prawa.

Nie sposób bowiem założyć, że system procedury cywilnej zawiera podział ugód sądowych na te, które korzystają z przymiotu definitywnie sprawdzonych pod kątem zgodności z prawem i zasadami współzycia społecznego oraz na te, których zgodność z prawem i zasadami współzycia społecznego może być kwestionowana. Skoro art. 184 k.p.c. nakłada na sąd obowiązek wydania postanowienia o uznaniu ugody za niedopuszczalną, wówczas, gdy jej treść jest niezgodna z prawem, to brak wydania orzeczenia jednoznacznie przesądza o legalności ugody.

III. 3. Obowiązek sądu powszechnego w zakresie kontroli legalności ugody obejmuje nie tylko ocenę jej zgodności z normami prawa cywilnego, lecz również z relewantnymi normami prawa zamówień publicznych.

Sąd powszechny w procedurze o której mowa w art. 184 i n. k.p.c. ocenia legalność ugody nie tylko w świetle miarodajnych przepisów prawa cywilnego, ale także przepisów prawa publicznego, relewantnych do stosunków cywilnoprawnych regulowanych w konkretnej ugodzie (zob. uchwała Sądu Najwyższego z 28 maja 1998 r., I KZP 5/98). Ustawowym obowiązkiem sądu w postępowaniu pojednawczym, w którym zawierana jest ugoda dotycząca zobowiązań stron mających swoje źródło w umowie zawartej w trybie p.z.p., jest kontrola ugody również w aspekcie jej zgodności z przepisami prawa zamówień publicznych. W konsekwencji sąd ma obowiązek zbadania, czy ugoda nie narusza art. 144 ust. 1 p.z.p. lub nie zmierza do obejścia zakazu wynikającego z tego przepisu.

W analizowanej sprawie przyjęto, że konstytucyjny organ władzy sądowniczej zaakceptował ugodę sprzeczną z prawem (art. 58 § 1 i 2 k.c.), co miało być wynikiem pobieżnej czy niepełnej kontroli tej czynności. Organy administracji rozstrzygające sprawę o zwrot dofinansowania nie miały jednak faktycznych ani prawnych podstaw, by stwierdzić, że sądowa kontrola zgodności ugody z prawem była w tym konkretnym wypadku w istocie fikcyjna lub ograniczona. Założenie to – które w ślad za organami administracji przyjął WSA – jest arbitralne. Co więcej, kontestuje ono legalność działania sądu powszechnego i narusza ustrojową zasadę współdziałania organów władzy publicznej, o której mowa we Wstępie do Konstytucji RP²⁵.

Ponadto, w toku postępowania zmierzającego do kontroli ugody zawartej przed sądem, odnoszącej się do kar umownych, przedmiotem oceny sądu nie jest – jak zdaje się mylnie przyjmować WSA – to, czy kara umowna była rzeczywiście rażąco wygórowana²⁶, lecz czy sama ugoda nie narusza prawa bądź nie zmierza do jego obejścia. Zatwierdzając ugodę odnoszącą się do kar umownych związanych z nienależytym wykonaniem zobowiązania z umowy zawartej w trybie p.z.p., sąd ma – jak podkreślono – ustawowy obowiązek zbadania, czy ugoda nie narusza ogólnych zasad

²⁵ Owa konstytucyjna zasada nie może być traktowana jako podstawa przyznania określonemu organowi kompetencji. Zasada ta służy przede wszystkim kształtowaniu określonej praktyki funkcjonowania organów władzy (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 3 lipca 2012 r., K 22/09). Preambuła Konstytucji zobowiązuje władze Rzeczypospolitej, w tym sądy, do wzajemnego poszanowania zakresu zadań konstytucyjnych organów państwa, ich kompetencji, nadto – do poszanowania godności urzędów i ich piastunów, wzajemnej lojalności, działania w dobrej wierze, informowania się o inicjatywach, gotowości do współdziałania i uzgodnień, ich dotrzymania i rzetelnego wykonywania (zob. postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 20 maja 2009 r., Kpt 2/08).

²⁶ Kwestia, czy doszło do słusznego zamiarowania kar umownych – jako objęta swobodą umów (art. 353¹ w zw. z art. 917 k.c., oraz *de lege lata* art. 54a u.f.p.) – pozostawać będzie, co do zasady, poza zakresem sądowej oceny w jakimkolwiek postępowaniu „ugodowym”.

odnoszących się do składania oświadczeń woli oraz ważności czynności prawnych, ale także pod kątem przepisów szczegółowych, które dotyczą konkretnego rodzaju stosunku prawnego objętego ugoda. Skoro sąd nie wydał postanowienia uznającego ugoda za niedopuszczalną z uwagi na ziszczenie się przesłanek wymienionych w art. 184 k.p.c., to stwierdził, że ugoda jest zgodna z prawem, w tym art. 144 ust. 1 p.z.p. Odmienne stanowisko wymagałoby przeprowadzenia przeciwdowodu w stosownym postępowaniu przed sądem powszechnym. Nie mogło mieć to miejsca w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 207 u.f.p. Do podważenia ugody (czy choćby próby zainicjowania stosowanego postępowania) nie doszło.

W zaskarżonej decyzji (s. 9) Minister Rozwoju powołał się na praktykę, z której wynikać ma, że sądy powszechne badając zgodność z prawem ugód sądowych, dokonują kontroli jedynie „w podstawowym zakresie”. Teza ta jest sprzeczna z wieloletnim doświadczeniem Prokuratury Generalnej. Sprawy o miarkowanie kar umownych naliczonych przez Skarb Państwa, stanowią częstą problematykę sporów, w których zastępstwo procesowe wykonuje Prokuratura Generalna. Z uwagi na specyfikę tych sporów, zawarcie ugód jest niezwykle często jedynym racjonalnym sposobem obrony interesów Skarbu Państwa i innych podmiotów zastępowanych w tego typu sprawach. W ciągu ostatnich 10 lat Prokuratura Generalna zawarła kilkadziesiąt ugód sądowych w sprawach dotyczących kar umownych, które każdorazowo były badane przez sądy powszechne²⁷. Ugody takie były i są zawierane przed sądami powszechnymi na terenie całego kraju, po wnikliwej analizie Prokuratury Generalnej, we współpracy ze *stationes fiscali*, z których działalnością wiążą się dochodzone roszczenia oraz pod kontrolą sądu, który we właściwym dla danej sprawy trybie przesądza o legalności ugody. Ugody te dotyczą często niezwykle skomplikowanych i ważkich z perspektywy interesu społecznego inwestycji publicznych (tj. budowa Stadionu Narodowego w Warszawie, budowa siedzib sądów i organów administracji, budowa dróg krajowych). Zawarcie tego rodzaju porozumień było każdorazowo bardziej korzystne dla Skarbu Państwa niż prawdopodobny wynik postępowania.

Analiza orzecznictwa sądów powszechnych stoi w sprzeczności z tezą organu co do ograniczonego zakresu czy powierzchowności badania ugód sądowych z perspektywy ich zgodności z prawem. Przykładowo, w sprawie rozpoznawanej przed Sądem Okręgowym w Bydgoszczy sąd I instancji odmówił zatwierdzenia ugody przed mediatorem powołując się na jej sprzeczność z prawem

²⁷ Post. SO w Warszawie z 20 marca 2019 r. (IV C 1332/17), post. SO w Warszawie z 28 czerwca 2019 r. (XXV C 1019/16), post. SO we Wrocławiu z 25 września 2019 r. (XII C 1162/18), post. SO w Gdańsku z 13 czerwca 2017 r. (I C 647/16), post. SO w Częstochowie z 19 lutego 2019 r. (I C 253/15), post. SO w Warszawie z 10 października 2018 r. (XXV C 1789/16), post. SO w Gdańsku z 6 września 2016 r. (XV C 1085/15), post. SO we Wrocławiu z 26 czerwca 2018 r. (XII C 408/18), post. SO w Koszalinie z 5 września 2017 r. (I C 427/15), post. SO Warszawa-Praga w Warszawie z 3 grudnia 2015 r. (II C 102/14), post. SO w Warszawie z 22 grudnia 2017 r. (II C 490/16), post. SO w Zielonej Górze z 2 grudnia 2019 r. (I C 314/19), post. SO w Lublinie z 30 maja 2019 r. (I C 367/18), post. SO w Lublinie z 7 grudnia 2018 r. (IX GC 262/17), post. SO w Bydgoszczy z 19 października 2018 r. (VII GC 175/18), post. SO w Białymstoku z 4 listopada 2019 r. (VII GC 164/19), post. SO w Warszawie z 19 kwietnia 2010 r. (II C 177/09), post. SO w Warszawie z 5 lipca 2013 r. (XVI GC 148/12), post. SO w Bydgoszczy z 25 lutego 2019 r. (I C 630/18), post. SO w Warszawie z 17 grudnia 2019 r. (XXV C 251/17), post. SO w Warszawie z 28 lipca 2017 r. (XXV C 718/16), post. SO w Warszawie z 14 grudnia 2015 r. (III C 680/15), post. SO w Olsztynie z 14 sierpnia 2018 r. (I C 511/17), post. SO w Warszawie z 16 stycznia 2018 r. (sygn. akt XXV C 475/17), post. SO w Warszawie z 22 stycznia 2018 r. (XXV C 416/17).

podatkowym²⁸. Z kolei Sąd Okręgowy w Szczecinie odmówił zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem z uwagi na naruszenie art. 210 § 1 k.s.h. i niewłaściwą reprezentację stron przy zawieraniu porozumienia²⁹. Sąd Okręgowy w Łodzi odmówił nadania klauzuli wykonalności ugodzie zawartej przed mediatorem z uwagi na jej sprzeczność z art. 447 k.c.³⁰. Sąd Okręgowy w Świdnicy oddalił zaś zażalenie na postanowienie, którym w sprawie o zawezwanie do próby ugodowej ugoda została uznana za sprzeczną z ustawą o własności lokali³¹. Sąd Okręgowy w Szczecinie oddalił zażalenie na postanowienie, którym uznano ugode za niedopuszczalną z uwagi na brak zdatności ugodowej spraw o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym³². Sąd Okręgowy w Gliwicach uznał ugode, zawartą w trybie art. 184 k.p.c., za niezgodną z prawem, gdyż na jej mocy wnioskodawca miałby zrzec się części zagwarantowanych mu przez prawo świadczeń należnych w razie uszkodzenia ciała podczas wypadku przy pracy³³.

Powyższe potwierdza, że sądy powszechne dokonują oceny ugody z perspektywy jej zgodności nie tylko z prawem cywilnym, ale też z prawem podatkowym, prawem pracy, czy z przepisami Kodeksu spółek handlowych. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia tezy organu o ograniczonym zakresie kontroli nad ugodami sądowymi. Tym bardziej, że teza ta nie została poparta żadnym uzasadnieniem.

III.4. Stwierdzenie niezgodności ugody sądowej z art. 144 ust. 1 p.z.p. w postępowaniu o zwrot dofinansowania może prowadzić do naruszenia gwarancji procesowych stron tej czynności prawnej.

Należy ponadto zwrócić uwagę na sytuację stron ugody w przypadku, gdy legalność ugody sądowej zostanie podważona w postępowaniu administracyjnym i sądownoadministracyjnym.

Podważenie legalności ugody sądowej we właściwym trybie, tj. przez sąd powszechny, prowadzi do zaktualizowania się obowiązku dochodzenia przez zamawiającego od wykonawcy kwoty odpowiadającej nieuiszczonej części kary umownej, przy czym obie strony ugody uczestniczą w postępowaniu w przedmiocie dopuszczalności ugody, dysponując właściwymi gwarancjami procesowymi. Przede wszystkim oba podmioty mogą uczestniczyć w sporze cywilnoprawnym, przedstawiać wnioski dowodowe, czy formułować środki zaskarżenia. W ten sposób aktualizuje się

²⁸ VIII Gz 42/19 (LEX nr 2673603). Sąd Rejonowy w Bydgoszczy zauważył, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, kara umowna nie stanowi świadczenia usług i tym samym nie podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. Co prawda sąd odwoławczy ostatecznie zmienił postanowienie sądu I instancji w ten sposób, że zatwierdził ugode w całości wskazując, że wola stron nie miała obejmować podatku VAT, jako składnika tego świadczenia, jednak nie zmienia to faktu, że sądy powszechne badały zgodność ugody z prawem podatkowym.

²⁹ Postanowienie z 5 kwietnia 2018 r. Postanowieniem z 17 września 2018 r., sygn. akt I AGz 87/18 SA w Szczecinie (LEX nr 2577091) potwierdził wykładnię prawa dokonaną przez Sąd I instancji.

³⁰ Postanowienie z 14 grudnia 2016 r., I Co 197/16 (LEX nr 2196619). Zdaniem Sądu w sprawie nie wystąpiły po stronie okoliczności, które miałyby uzasadnić przyznanie jej jednorazowego odszkodowania zamiast renty, co skutkuje sprzecznością ugody z prawem.

³¹ Postanowienie z 4 listopada 2013 r., II Cz 977/13 (LEX nr 1861208). Strony próbowały zawrzeć ugode sądową, która obejmowała świadczenie ze strony Wspólnoty Mieszkaniowej mimo, że drugi uczestnik postępowania nie był jej członkiem i nie przysługiwały mu jakiegokolwiek roszczenia wobec Wspólnoty.

³² Postanowienie z 6 czerwca 2014 r., II Cz 834/14 (LEX nr 1860931).

³³ Postanowienie z 19 grudnia 2014 r., VIII Pz 52/14 (LEX nr 1896937).

ich konstytucyjne prawo do sądu, w sprawie, która w istotny sposób dotyczy ich praw i obowiązków. Wykonawca nie jest natomiast stroną postępowań administracyjnych o zwrot dofinansowania przez zamawiającego, choć „stwierdzenie” niezgodności ugody z prawem w takim trybie, może mieć dla niego daleko idące skutki. Podważenie legalności czynności prawnej w postępowaniu administracyjnym i sądownoadministracyjnym, w których jedna ze stron tej czynności nie mogła nawet uczestniczyć, pozbawia ten podmiot niezbędnych gwarancji procesowych. Budzi wątpliwości, czy w następczych postępowaniach (np. o zapłatę całości kary umownej, o zwrot nienależnego świadczenia) legalność ugody mogłaby być po raz kolejny weryfikowana³⁴. Strona ugody sądowej musiałaby w efekcie zaakceptować, że kwestia ważności tej czynności prawnej – mimo że legalność ugody nie została w postępowaniu pojednawczym zakwestionowana – kształtuje się w sposób ustalony w postępowaniu administracyjnym, w którym strona ta nie mogła uczestniczyć. Zamawiający również pozostaje w takim przypadku w niepewności co do istniejącego stanu prawnego, gdyż kwestia legalności ugody z jednej strony nie została podważona we właściwym trybie, z drugiej jednak wiążące go orzeczenie sądu administracyjnego przesądza tę okoliczność w sposób odmienny. Wydaje się, że stanowi to kolejny argument podważający możliwość stwierdzenia legalności ugody sądowej przez organ administracji publicznej, a następnie – przez sądy administracyjne.

IV. Przedmiot postępowania o zwrot dofinansowania a dopuszczalność ugody

IV. 1. Sankcja przewidziana w art. 207 ust. 9 u.f.p. w związku z naruszeniem lub obejściem zakazu z art. 144 ust. 1 p.z.p. mogłaby zaktualizować się dopiero po prawomocnym stwierdzeniu przez sąd powszechny, że ugoda naruszała prawo lub zmierzała do jego obejścia.

Decyzja wydana na podstawie art. 207 u.f.p. ma charakter deklaratoryjny, tj. nie tworzy nowego stosunku prawnego. Obowiązek zwrotu dofinansowania powstaje z chwilą zaistnienia przesłanek przewidzianych przepisami prawa. Oznacza to, że fakt naruszenia przepisów – mający obiektywny charakter – jest wystarczającą i samodzielnią przesłanką zwrotu środków (zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 kwietnia 2017 r., II GSK 2238/15). Ustawodawca powiązał sankcję administracyjną (tj. zwrot środków) z zaistnieniem prawnie relewantnego zdarzenia, jakim jest „naruszenie procedur”.

Tak ukształtowany mechanizm działania sankcji określonej w art. 207 u.f.p. rzutuje, zdaniem Prokuratury Generalnej, na określenie rodzajów (przejawów) *naruszenia procedur*, które powodują obowiązek zwrotu dofinansowania. Skoro obowiązek zwrotu środków powstaje *ipso iure*, z chwilą naruszenia procedur i – zdaniem sądów – ma charakter obiektywny, to zasada ochrony zaufania do państwa i stanowionego prawa (art. 2 Konstytucji RP) sprzeciwia się takiemu rozumieniu zawartych w art. 207 ust. 1 u.f.p. przesłanek odpowiedzialności beneficjenta dofinansowania, które obejmuje

³⁴ Jak bowiem wskazuje się w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, w celu prawidłowego odczytania treści sentencji orzeczenia sądu administracyjnego należy kierować się jego uzasadnieniem, w którym zawiera się tok rozumowania sądu, prowadzący do określonego rozstrzygnięcia. Istotne jest to, co zadecydowało o takim, a nie innym rozstrzygnięciu. Kluczowe znaczenie może mieć zatem wykładnia lub zastosowanie w zaistniałym stanie faktycznym przepisu prawa, jak również ocena tego stanu (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 maja 2016 r., I OSK 2537/14, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 24 czerwca 2014 r., I GSK 446/13).

swoim zakresem zastosowania *procedury* inne niż jednoznaczne, precyzyjne i niepozostawiające odstępstw w ich zastosowaniu. Należy zgodzić się ze stanowiskiem Naczelnego Sądu Administracyjnego, dotyczącym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym „odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych musi mieć charakter zobiektywizowany w tym znaczeniu, że może być przypisana podmiotowi tylko wtedy, gdy naruszenie prawa polega wprost na naruszeniu dyspozycji przepisów, a nie jest skutkiem jego interpretacji. Przyjęcie takiego założenia wynika z charakteru tej odpowiedzialności”. Z uwagi na specyfikę odpowiedzialności uregulowanej w art. 207 ust. 1 u.f.p., powyższy pogląd prawny należy – *mutatis mutandis* – odnieść do postępowania toczącego się w niniejszej sprawie.

Procedury, o których mowa w art. 184 ust. 1 u.f.p., do którego odsyła art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. mają zróżnicowany charakter. Wynikają one zarówno z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, dokumentów systemu realizacji danego programu, jak i umowy o dofinansowanie realizacji projektu³⁵. Źródłem procedur są również przepisy prawa zamówień publicznych, określające zasady i tryb udzielania zamówienia. Jednocześnie „procedury” te mają niejednorodną naturę. Wyróżnić można procedury ściśle formalne i jednoznaczne określające np. zasady naboru i oceny wniosków, tryb realizacji projektów czy zasady wypłacania wynagrodzenia, jak i materialne, które odnoszą się do treści zawieranych umów, wskazując ich ustawowe ograniczenia. Do tych ostatnich zaliczyć należy zakaz dokonywania zmian istotnych umowy, wynikający z art. 144 ust. 1 p.z.p.

Należy mieć na uwadze, że ustawodawca przewidział nie tylko zróżnicowane pod względem treści i źródła procedury, lecz także różne sankcje z tytułu ich naruszenia. Niektóre przypadki naruszenia procedur są sankcjonowane tylko przez normy prawa publicznego. Tak będzie wówczas, gdy naruszenia procedur będą pociągały jedynie sankcje administracyjne, w tym odpowiedzialność dyscyplinarną z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Inne z kolei są sankcjonowane – dodatkowo i równolegle – przez normy prawa prywatnego zastrzegające nieważność lub unieważnialność czynności prawnych dokonanych z naruszeniem określonych prawem reguł.

Procedury o charakterze formalnym mają co do zasady jednoznaczną i precyzyjną treść oraz nie pozostawiają odstępstw w zastosowaniu. Ich naruszenie niespornie może być podstawą powstania ustawowego obowiązku zwrotu dofinansowania, na podstawie art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. W razie zaś naruszenia procedur o charakterze materialnym i nieostrym, sankcjonowanych przez przepisy prawa cywilnego unieważnialnością umowy konstytutywnym orzeczeniem sądu, przypisanie podmiotowi odpowiedzialności, o której mowa w art. 207 ust. 1 u.f.p. wchodzi w grę dopiero, gdy we właściwym postępowaniu sąd powszechny prawomocnie potwierdzi naruszenie miarodajnej normy prawa prywatnego, a w konsekwencji – unieważni umowę. Jeżeli naruszenie procedur polega na niezgodności zmian umowy z art. 144 ust. 1 p.z.p., konieczny jest prejudykat sądu powszechnego, tj. wyrok unieważniający zmiany umowy.

Skoro sankcja zwrotu środków aktualizuje się w chwili naruszenia procedur, to nie sposób uznać, że beneficjent był zobowiązany do zwrotu środków, mimo że czynność prawna w świetle prawa prywatnego oraz prawa zamówień publicznych pozostaje ważna. Tym bardziej nie byłoby to

³⁵ Zob. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z 11 lipca 2018 r., I GSK 712/18 oraz z 12 października 2018 r., I GSK 1027/18.

dopuszczalne, gdyby zmiana umowy nie mogła już być – z uwagi na upływ terminu, o którym mowa w art. 144a ust. 2 p.z.p. – w ogóle podważona (zob. szerzej w pkt IV.2), względnie gdyby wcześniej sąd powszechny ocenił zmianę umowy jako zgodną z prawem. Odmienna wykładnia art. 207 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 184 ust. 1 u.f.p. oraz art. 144 ust. 1 i 2 p.z.p. prowadzi do niedających się zaakceptować niespójności w systemie prawnym, nakazujących – z jednej strony – traktować umowę jako ważną i wywołującą skutki prawne (w świetle prawa cywilnego i prawa zamówień publicznych), a z drugiej – jako zawartą z naruszeniem prawa (w świetle ustawy o finansach publicznych). W tym sensie art. 144 ust. 2 w zw. z art. 144a ust. 1 pkt 2 p.z.p. mają charakter gwarancyjny i stabilizujący dla stosunków cywilnoprawnych oraz bezpieczeństwa obrotu.

IV.2. Wyłączną kompetencję do unieważniania zmian postanowień umowy naruszających art. 144 ust. 1 p.z.p. ma sąd powszechny orzekający na żądanie Prezesa UZP.

Zgodnie z obowiązującym w chwili zawarcia umowy art. 144 ust. 2 p.z.p. zmiana umowy z naruszeniem zakazu przewidzianego w art. 144 ust. 1 p.z.p., podlegała unieważnieniu. Brzmienie tego przepisu, jego wykładnia w zgodzie z dyrektywą 2007/66/WE oraz systemowa wykładnia uwzględniająca utrwalone instytucje kodeksu cywilnego wskazuje, że sankcją za naruszenie art. 144 ust. 1 p.z.p. była zgodnie z art. 144 ust. 2 p.z.p. wzruszalność konstytutywnym orzeczeniem sądu powszechnego, wydanego na skutek żądania Prezesa UZP.

Należy zauważyć, że do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Nowelizacja PZP z 2009 r.), mającej na celu harmonizację prawa polskiego z prawem unijnym, zgodnie z art. 144 ust. 2 p.z.p. zmiana umowy z naruszeniem zakazu określonego w art. 144 ust. 1 p.z.p. była nieważna. Chodziło wtedy o sankcję bezwzględnej nieważności, w rozumieniu art. 58 § 1 k.c. Ustawodawca przewidział w art. 146 ust. 2 pkt 3 p.z.p., że Prezes UZP może wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności zmian umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1 p.z.p. W stanie prawnym obowiązującym do 29 stycznia 2010 r. kompetencja Prezesa PZP do żądania stwierdzenia nieważności umowy przez sąd miała charakter subsydiarny wobec ogólnych reguł wynikających z art. 189 k.p.c., bo bez normy kompetencyjnej wynikającej z art. 146 ust. 2 Prezes UZP nie miałby legitymacji do inicjowania postępowania sądowego w tym zakresie. Inaczej ujmując, z żądaniem stwierdzenia nieważności mógł wystąpić każdy mający interes prawny i – dodatkowo – Prezes UZP na mocy szczególnej kompetencji przewidzianej w p.z.p.

W obecnym stanie prawnym sankcja przewidziana w art. 144 ust. 2 p.z.p. jest „innym skutkiem” sprzeczności umowy z prawem w rozumieniu art. 58 § 1 k.c., wyłączającym skutek podstawowy, jakim jest bezwzględna nieważność czynności z mocy prawa. Przepis art. 144 ust. 1 i 2 p.z.p. są *leges speciales* wobec art. 58 ust. 1 i 2 k.c. Inaczej mówiąc, chociaż naruszenie zakazu lub obejście zakazu wyrażonego w art. 144 ust. 1 p.z.p. jest sprzecznością umowy z prawem, to ze względu na art. 144 ust. 2 p.z.p. – umowa zmieniająca nie będzie nieważna, ale wzruszalna.

O ile według utrwalonego poglądu sankcja bezwzględnej nieważności działa *ex tunc* i z mocy samego prawa, a każdy podmiot mający w tym interes prawny może żądać stwierdzenia tego stanu przez sąd na podstawie art. 189 k.p.c., o tyle unieważnialność z mocy konstytutywnego orzeczenia sądu oznacza, że czynność prawna – chociaż jest sprzeczna z normami prawnymi – pozostaje ważna aż do czasu jej unieważnienia prawomocnym orzeczeniem. Istnieje swoiste domniemanie

ważności takiej czynności. Wyrok unieważniający czynność prawną – o ile przepis szczególny nie stanowi inaczej – działa *ex tunc*, a sama czynność traktowana jest od momentu uprawomocnienia się orzeczenia tak, jakby była nieważna. Dopiero od tego momentu, czyli od uprawomocnienia się orzeczenia sądu unieważniającego umowę, każdy mający w tym interes prawny może powoływać się na ten fakt.

Ustawodawca jednocześnie przewidział w art. 144a ust. 1 pkt 2 p.z.p., że legitymację procesową w zakresie żądania unieważnienia zmian umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1 p.z.p. ma Prezes UZP, a jego uprawnienie może być wykonywane tylko w okresie 4 lat od zmiany umowy (art. 144a ust. 2 p.z.p.). Mając na uwadze treść art. 144 ust. 2 i art. 144a p.z.p. oraz charakter prawny sankcji wzruszalności, która materializuje się wyłącznie na skutek prawomocnego, konstytutywnego orzeczenia sądu, należy przyjąć, że unieważnienie zmian umowy z powodu ich niezgodności z art. 144 ust. 1 p.z.p. może nastąpić wyłącznie w postępowaniu przed sądem powszechnym, zainicjowanym przez Prezesa UZP. W konsekwencji, o ile Prezes UZP w ustawowym terminie 4 lat od dnia zmiany umowy nie zażądał jej unieważnienia przez sąd, umowa taka pozostaje ważna i żaden inny podmiot nie może kwestionować jej zgodności z art. 144 ust. 1 p.z.p. Nie istnieje bowiem przepis prawa materialnego uprawniający inne podmioty do żądania sądowego unieważnienia zmian umowy z naruszeniem art. 144 ust. 1 p.z.p. Nie jest nim w szczególności art. 189 k.p.c. Po upływie 4 lat od dokonania zmiany umowy – stosownie do art. 144a ust. 2 p.z.p. – taka zmiana umowy nie może być przez nikogo podważona wyłącznie w oparciu o zarzut naruszenia art. 144 ust. 1 p.z.p. Dotyczy to również organów administracji publicznej oraz sądów administracyjnych rozstrzygających w sprawach z zakresu administracji publicznej, w których od zgodności czynności prawnej z normą prawa prywatnego zależy wynik postępowania administracyjnego. Jak podkreślono, jest to zagadnienie wstępne, które powinno być rozpoznane w przewidzianym do tego trybie (zob. pkt III.1 wyżej).

Za powyższym stanowiskiem dotyczącym unieważnialności umowy przez sąd przemawia nie tylko wykładnia historyczna, ale też prounijna wykładnia przepisu ustanawiającego konsekwencje naruszenia prawa i charakterystyka sankcji wynikająca z dyrektywy 2007/66/WE. Wprowadzona w 2010 r. zmiana stanu prawnego i odejście od modelu nieważności zmian umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1 p.z.p. z mocy prawa były konsekwencją implementacji dyrektywy 2007/66/WE. Ten akt normatywny przewidywał bowiem, że umowa zawarta na podstawie bezprawnego bezpośredniego udzielenia zamówienia, nie wykluczając istotnej zmiany umowy, winna być, co do zasady, uważana za nieskuteczną. Nieskuteczność nie powinna być automatyczna, ale każdorazowo stwierdzana przez niezależny organ odwoławczy lub wynikać z podjętej przez ten organ decyzji (motyw 13 dyrektywy, art. 2). Prawodawcy unijnemu chodziło więc nie o działającą *ipso iure* i *ex tunc* nieważność bezwzględna, jak to było w dotychczas obowiązującym stanie prawnym, ale o unieważnialność prawomocnym orzeczeniem sądu na żądanie uprawnionego podmiotu.

Podsumowując, organy administracji oraz kontrolujące je sądy administracyjne są związane oceną legalności czynności cywilnoprawnych, w tym ugód, dokonaną przez sąd powszechny we właściwej procedurze. **Ocena zgodności tej samej czynności pod kątem jej zgodności z tym samym**

przepisem prawa nie może być odmienna w zależności od tego, czy dokonuje jej sąd powszechny w ramach wykonywania kompetencji do oceny legalności (ważności) czynności prawnych, czy organ administracji w ramach prowadzonego postępowania administracyjnego, na potrzeby oceny prawidłowości stosowanych procedur.

Mając na uwadze charakter cywilnoprawnej sankcji naruszenia zakazu wynikającego z art. 144 ust. 1 p.z.p., jakim jest unieważnienie umowy wyłącznie w następstwie prawomocnego orzeczenia sądu stwierdzającego fakt naruszenia prawa, nie jest uzasadnione samodzielne stwierdzanie przez organy administracyjne w postępowaniu, o którym mowa w art. 207 ust. 1 u.f.p., że doszło do naruszenia tego przepisu. Taka ocena stanowi wkroczenie w ustawową kompetencję sądów powszechnych, co jest niedopuszczalne w świetle art. 177 Konstytucji RP. Interpretacja i stosowanie przepisów prawa w sposób prowadzący do systemowych niespójności, jak te ujawniające się w rozpoznawanej przez sąd sprawie, narusza zasadę ochrony zaufania do państwa i stanowionego prawa wynikającą z art. 2 Konstytucji RP.

Stanowisko WSA, z którego wynika powinność doprowadzenia w każdym wypadku do procesu sądowego w celu miarkowania kar umownych, nie sprzyja wreszcie realizacji konstytucyjnej zasady sprawności i rzetelności działania instytucji publicznych oraz ekonomii postępowania, jeżeli w okolicznościach sprawy wdanie się w spór sądowy dotyczący miarkowania kar umownych nie ma szans powodzenia dla zamawiającego, zaś skutki ugody są korzystniejsze niż spodziewane orzeczenie sądu.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak we wstępie.

Mariusz Haładaj
Prezes Prokuratury Generalnej RP

Kopie niniejszego pisma zostały przesłane bezpośrednio do Państwowego Gospodarstwa Leśnego „Lasy Państwowe” oraz do Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej.