

Z problematyki kary umownej w zamówieniach publicznych na roboty budowlane

Uwagi ogólne

W umowach zawieranych w trybie zamówień publicznych powszechnie zastrzegane są kary umowne wynikające z klauzul dodatkowych, przewidujących, że naprawienie szkody z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Stosowanie kary umownej w zamówieniach publicznych stało się powszechne; służy przede wszystkim zabezpieczeniu interesów zamawiającego na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego wykonawcy. Doniosłe jest także to, że zastrzegane kary umowne mają pełnić rolę dyscyplinującą i stymulującą w zakresie należytego wykonania zobowiązania przez wykonawców².

W przepisach Prawa zamówień publicznych z 2019 r. problematyka kar umownych znalazła zdecydowanie szersze uregulowanie w stosunku do poprzednich regulacji zamówień publicznych. Zasadniczym celem niniejszego opracowania jest analiza wprowadzonych rozwiązań w zakresie stosowania kar umownych w umowach, których przedmiotem są roboty budowlane. Z uwagi na ograniczone ramy objętościowe skoncentrowano się przede wszystkim na wybranych zagadnieniach z problematyki objętej tematem.

¹ Nr ORCID: 0000-0001-6182-2380.

² Z. Gordon, Kara umowna jako instrument stymulujący realne wykonanie zobowiązań w systemie zamówień publicznych [w:] red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych, Warszawa 2012, s. 181; *idem*, Kary umowne w bieżącej praktyce zamówień publicznych, PZP Nr 1/2014, s. 126.

Regulacja kar umownych w nowym prawie zamówień publicznych z 2019 r.

W piśmiennictwie zastrzeganie kar umownych ujmuje się wręcz jako przejaw zasady realnego wykonania zamówienia³, która ma niezwykle doniosłe znaczenie praktyczne. Stąd pierwszoplanowa rola funkcji stymulacyjnej oraz represyjnej kar umownych w zamówieniach publicznych. Z punktu widzenia ochrony interesu zamawiającego poważną rolę odgrywa funkcja kompensacyjna, jaką pełni kara umowna. W praktyce zamówień publicznych regułą są kary umowne o charakterze zaliczalnym, stwarzające zamawiającym możliwość pełnej kompensacji szkody poniesionej w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. Konieczne jest też podkreślenie funkcji sygnifikacyjnej kary umownej w zamówieniach publicznych.

Specyfika zawarcia umowy o zamówienie publiczne powoduje, że zamawiający, projektując umowę finalną, przesądza w istocie o tytule i stawce każdej z zastrzeganych kar umownych, co zwiększa ryzyko naruszenia równowagi interesów stron. Wymóg określenia istotnych postanowień umowy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do uznawania umów o zamówienia publiczne w znacznej części jako *sui generis* umów adhezyjnych⁴. Problem ten był szczególnie widoczny przy kształtowaniu treści postanowień o karach umownych na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy, które były kwestionowane przez wykonawców. W orzecznictwie KIO ugruntował się jednak pogląd, że faktyczna (a nie prawna) nierówność stron w umowie o zamówienie publiczne wynika wprost z regulacji prawa zamówień publicznych⁵. W stosunkowo nowym wyroku KIO z 19.10.2020 r.⁶ podkreślono wręcz, że „na gruncie wskazanej ustawy dopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający, przygotowując umowę o zamówienie publiczne, przetrzuci znaczną część ryzyka kontraktowego na wykonawcę”. Zdaniem KIO nie ma przeszkód prawnych, aby wykonawca, na podstawie art. 473 § 1 KC, przyjął w umowie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania także z powodu okoliczności niezawinionych. W kontekście, jak się wydaje, dość powszechnie prezentowanego w orzecznictwie KIO poglądu o uzasadnieniu interesem publicznym ewidentnego naruszenia równowagi stron umowy o zamówienie publiczne warto zauważyć, że interes publiczny nie może stanowić wystarczającego uzasadnienia dla przetrzucania na wykonawców większości ryzyka normatywnego związanego z wykonaniem umowy o zamówienie publiczne. W zakresie kar umownych owo naruszenie równowagi stron pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy o zamówieniach publicznych przejawiało

³ R. Szostak, Zasady prawa zamówień publicznych, PZP Nr 3/2014, s. 17.

⁴ R. Szostak, O niektórych postulatach zmian w prawie zamówień publicznych [w:] red. M. Stręciwilk, A Dobaczewska, Potrzeby i kierunki zmian w prawie zamówień publicznych, Warszawa 2018, s.82.

⁵ Wyroki KIO: z 26.11.2009 r., KIO/UZP 1547/09; z 29.1.2014 r., KIO 69/14; z 5.3.2014 r., KIO 283/14; z 1.2.2011 r., KIO 89/11; z 11.5.2015 r., KIO 794/15.

⁶ Wyrok KIO z 19.10.2020 r., KIO 2041/20.

się zastrzeganiem nadmiernie wygórowanych kar umownych oraz kar umownych, które przerzucają na wykonawcę ryzyka wystąpienia zdarzeń, na które wykonawcy nie mają żadnego wpływu. Całkowicie chybiony jest tu jednak argument powtarzany w przytoczonych orzeczeniach KIO, że zamawiający korzystają ze swobody kształtowania treści umowy, a wykonawcy mogą przerzucane na nich ryzyko kontraktowe wkalkulowywać w proponowaną w ofertach cenę.

Już w koncepcji nowej ustawy o zamówieniach publicznych zwrócono szczególną uwagę na konieczność wprowadzenia rozwiązań gwarantujących wykonawcom ochronę interesów na zasadzie zachowania równowagi stron. W tym celu proponowano wprowadzenie do nowej ustawy przepisu zakazującego takiego rozkładu praw i obowiązków zamawiającego oraz wykonawcy, który byłby w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyka związanego z jego realizacją⁷.

Szkoda jednak, że w ostatecznej wersji projektu nowego prawa zamówień publicznych skierowanej do prac legislacyjnych w Sejmie zrezygnowano z projektowanej wstępnie klauzuli ogólnej pod wpływem uwag Ministerstwa Infrastruktury. W uchwalonej ustawie art. 433 PZP ogranicza się do wymienienia klauzul zakazanych w umowie o zamówienie publiczne. W przepisie art. 433 PZP zakazano wprowadzania do umów o zamówienie publiczne postanowień o odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia, a także postanowień przewidujących naliczanie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. W katalogu wymieniono też postanowienia przewidujące odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, oraz postanowienia dopuszczające ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Trzy pierwsze z wymienionych w art. 433 PZP klauzul zakazanych odnoszą się w zasadzie, choć nie tylko, do postanowień umów przewidujących kary umowne. Literalne brzmienie przepisu wskazuje, że katalog ten ma charakter zamknięty, a nie – jak zakładano w pierwotnej wersji projektu ustawy – tylko przykładowy. Katalog skonkretyzowanych postanowień niezgodnych z art. 433 PZU ma przygotowywać i ogłaszać Prezes UZP. Lista tych postanowień ma być opracowana w oparciu o orzecznictwo KIO i sądu zamówień publicznych.

W art. 436 PZP wprowadzono katalog postanowień obligatoryjnych umowy o zamówienie publiczne, który obejmuje m.in. łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Ponadto w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy do elementów koniecznych umowy zaliczono wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa

⁷ Koncepcja nowego prawa zamówień publicznych, Warszawa 2018, s. 54, https://uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf.

w art. 439 ust. 5 PZP. W art. 437 PZP wprowadzono katalog postanowień obligatoryjnych umowy, której przedmiotem są roboty budowlane. W katalogu tym wymieniono postanowienia o wysokości kar umownych z tytułu: braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom; nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany; nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany; braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, zgodnie z art. 464 ust. 10 PZP. W art. 438 PZP nie ma mowy wprost o karach umownych, ale wprowadza on obowiązek określenia przez zamawiającego sankcji z tytułu niespełnienia wymagań umowy co do zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności. Obowiązek ten przewidziany został w odniesieniu do umów, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi. Jak się można spodziewać, zamawiający, którzy będą wprowadzać do umów o zamówienie publiczne wymogi, w zakresie zatrudnienia na podstawie umów o pracę zastosują kary umowne jako wymagane w art. 438 sankcje z tytułu niewykonania obowiązków wykonawcy w zakresie zatrudnienia.

Ponadto w art. 463 PZP zakazano wprowadzania do umów o podwykonawstwo postanowień o karach umownych, które byłyby dla podwykonawcy mniej korzystne niż postanowienia o karach umownych zawarte w umowie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Obowiązek stosowania kar umownych w zamówieniach budowlanych

Obowiązek stosowania kar umownych przewidziany jest przede wszystkim w odniesieniu do umów, których przedmiotem są roboty budowlane. W art. 437 PZP określone zostały obligatoryjne postanowienia umowy, której przedmiotem są roboty budowlane. Zasadniczym celem nałożenia przez ustawodawcę obowiązku wprowadzenia do umów, których przedmiotem są roboty budowlane, postanowień wskazanych w art. 437 PZP jest zapewnienie ochrony podwykonawców zamówień o roboty budowlane.

Tak jak w poprzedniej regulacji prawa zamówień publicznych w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane ustawodawca przewiduje obowiązek zamawiającego do zastrzeżenia kary umownej z powodu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Już na gruncie poprzedniej regulacji podnoszono szereg uwag krytycznych do tej konstrukcji. Jednym z zarzutów podnoszonych w odniesieniu do konstrukcji kary umownej z powodu braku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy jest to, że zostaje ona zastrzeżona na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego⁸. Zarówno w dok-

⁸ P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Nb 1 do art. 143 d, Warszawa 2016, Legalis.

trynie, jaki orzecznictwie za ugruntowany uznaje się pogląd, że zgodnie z art. 483 KC zastrzeżenie kary umownej może dotyczyć tylko i wyłącznie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania do świadczenia niepieniężnego. Z tego względu w doktrynie zaprezentowany został pogląd o nieważności postanowień umowy o zamówienie publiczne przewidujących kary umowne z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy z uwagi na bezwzględnie obowiązującą regulację art. 483 KC⁹. Wyrażano też wątpliwości co do specyficznej konstrukcji kary umownej, która polega na tym, że kara umowna zabezpiecza spełnienie świadczenia wobec osoby trzeciej, a nie strony umowy, której kara przysługuje w przypadku, gdy owo świadczenie nie zostanie spełnione należycie. Z kolei w orzecznictwie KIO prezentowano stanowisko, że świadczeniem pieniężnym jest zapłata wynagrodzenia podwykonawcy w umowie zawartej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, natomiast w umowie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą zobowiązanie wykonawcy do terminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy ma charakter świadczenia niepieniężnego. Stanowisko prezentowane w orzecznictwie KIO poddane zostało krytyce¹⁰.

Problem relacji art. 143d ust. 1 pkt 7a PZP z 2004 r. do ogólnego art. 483 KC rozstrzygnął Sąd Najwyższy w uchwale z 30.6.2020 r.¹¹, uznając ten pierwszy za *lex specialis*, który wyłącza rozwiązanie kodeksowe. Zdaniem Sądu Najwyższego, zakładając racjonalność ustawodawcy, trudno przyjąć, że nakazuje on wprowadzenie do umowy o zamówienie publiczne klauzuli, która byłaby nieważna. W pełni zatem dopuszczalne jest zastrzeżenie w umowie o roboty budowlane zawieranej w trybie zamówień publicznych kary umownej z tytułu niespełnienia lub nienależytego spełnienia świadczenia pieniężnego, jaki stanowi zapłata wynagrodzenia podwykonawcy. W uzasadnieniu dodano jeszcze, że przewidziana w art. 483 KC konstrukcja kary umownej nie wyklucza dopuszczalności zastrzegania kary umownej z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia wobec osoby trzeciej. Pogląd wrażony w uzasadnieniu tej uchwały zachowuje w pełni aktualność także w odniesieniu do regulacji art. 437 ust. 1 pkt 7a PZP z 2019 r. Tymczasem w doktrynie, w głosie do powyższej uchwały, zaprezentowane zostało nieco odmienne stanowisko, upatrujące w umowie o roboty budowlane zastrzeżenia właściwego dla konstrukcji z art. 392 KC, według którego wykonawca zobowiązuje się wobec zamawiającego do podjęcia wszelkich dozwolonych przez prawo działań, aby podwykonawca lub dalszy podwykonawca nie wystąpił z uzasadnionym żądaniem bezpośredniej zapłaty od zamawiającego¹².

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ A. Kamińska, Kary umowne za brak zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy w umowie o roboty budowlane, SPP NR 1/2018, s. 81.

¹¹ Uchwała SN z 30.6.2020 r, III CZP 67/19, Legalis.

¹² M. Drozdowicz, Dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, PZP Nr 1/2021, s. 191.

Zgłaszane w doktrynie próby uzasadnienia konstrukcji kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, a także dopuszczenie przez Sąd Najwyższy możliwości stosowania tego rodzaju kary nie usuwają jednak zasadniczych wątpliwości związanych z celem wprowadzenia do regulacji PZP obowiązku jej zastrzeżenia przez zamawiającego. Jeżeli w koncepcji nowego prawa zamówień publicznych, a następnie w uzasadnieniu projektu ustawy podkreślano wielokrotnie, że celem nowych regulacji jest równomierny rozkład praw i obowiązków stron umowy o zamówienie publiczne, to pojawia się pytanie, czy właśnie kara umowna z tytułu braku lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy nie jest przykładem postanowienia, które taką równowagę narusza. Przewidziane w art. 143d ust. 1 pkt 7a PZP z 2004 r. rozwiązanie zostało przecież wprowadzone w związku z problemami dotyczącymi solidarnej odpowiedzialności zamawiających w oparciu o art. 647¹ KC. Przepisy z art. 647¹ KC uległy jednak zasadniczej zmianie w wyniku nowelizacji dokonanej ustawą z 7.4.2017 r.¹³ Przyjęte w art. 437 ust. 1 pkt 7a PZP rozwiązanie skutkuje tym, że wykonawca będzie musiał zapłacić karę umowną zamawiającemu, co w żaden sposób nie uchyla jego odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy wraz z odsetkami. Zgodnie z art. 465 ust. 7 PZP zamawiający, który dokonał bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy. Tym samym wykonawca, który nie dokonał zapłaty podwykonawcy, będzie płacił karę umowną zamawiającemu i otrzyma od zamawiającego wynagrodzenie pomniejszone o kwotę niezapłaconego wynagrodzenia. Kary umowne zastrzeżone w umowach, których przedmiotem są roboty budowlane, zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 7a PZP, w żadnej mierze nie będą pełniły funkcji kompensacyjnej. Jedynym ich celem jest dyscyplinowanie wykonawców do terminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy.

Przyjęte w prawie zamówień publicznych rozwiązania z zakresu ochrony podwykonawców i dalszych podwykonawców zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane, wystarczająco w mojej opinii chronią zarówno zamawiających, jak i podwykonawców w zakresie zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy i trudno znaleźć sensowne uzasadnienie obowiązku wprowadzania kar umownych z powodu braku lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawców. Zamawiający są wystarczająco chronieni poprzez obowiązek wprowadzenia do umowy, której przedmiotem są roboty budowlane, postanowienia określającego zasady zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowane przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Z kolei interes podwykonawców chroni roszczenie o bezpośrednią zapłatę przez zamawiającego. Tym samym zasadne jest pytanie o sens utrzymywania w prawie zamówień publicznych obowiązku

¹³ Ustawa z 7.4.2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności, Dz.U. z 2017 r., poz. 93.

wprowadzania kar umownych z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawców w umowach, których przedmiotem są roboty budowlane.

Artykuł 437 ust. 1 pkt 7b i c PZP wprowadził także obowiązek zastrzeżenia kary umownej z tytułu nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, a także nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany. Z kolei art. 437 ust. 1 pkt 7 d PZP przewiduje obowiązek zastrzeżenia kary umownej z tytułu niedokonania w umowie o podwykonawstwo zmiany terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, jeżeli termin w umowie z podwykonawcą jest dłuższy niż przewidziany w ustawie maksymalnie 30-dniowy termin zapłaty liczony od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku. Kary umowne zastrzegane z tytułu niewykonania obowiązku przedkładania projektów umów z podwykonawcami oraz kopii umów z podwykonawcami, a także z tytułu niedokonania zmian w umowie z podwykonawcą w zakresie terminu zapłaty wynagrodzenia pełnią tylko funkcję stymulującą należyte wykonania obowiązków przez wykonawcę. Nie budzą one jednak takich zastrzeżeń jak kary wskazane w art. 437 ust. 1 pkt 7a PZP. Ponadto w umowie o roboty budowlane zawieranej na okres dłuższy niż 12 miesięcy zamawiający ma obowiązek zastrzec karę umowną na wypadek braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom w związku ze zmianą wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o klauzule waloryzacyjne, o których mowa w art. 439 PZP. Warto w tym miejscu zauważyć, że klauzula waloryzacyjna przewidziana w art. 439 PZP odnosi się nie tylko do przypadku podwyższenia cen materiałów i kosztów, ale - jak wyraźnie wynika to z art. 439 ust. 4 PZP - także do sytuacji obniżenia cen materiałów lub kosztów. Literalna wykładnia art. 439 ust. 5 PZP prowadzi do wniosku, że wykonawca ma obowiązek dokonać zmiany wynagrodzenia podwykonawcy zarówno w przypadku podwyższenia, jak i obniżenia jego wynagrodzenia. Tym samym w umowie o podwykonawstwo powinna zostać zawarta klauzula o zmianie wynagrodzenia podwykonawcy w przypadku zmiany wynagrodzenia wykonawcy w związku z zastosowaniem klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w art. 439 PZP. Wynikający z literalnego brzmienia przepisu obowiązek zmiany wynagrodzenia podwykonawcy także w wypadku obniżenia podwykonawcy nie ma w moim przekonaniu żadnego racjonalnego uzasadnienia, zwłaszcza że art. 647 § 3 KC wystarczająco chroni w tym wypadku zamawiającego. Jak się wydaje, taka też była intencja ustawodawcy, który przewiduje obowiązek zastrzeżenia w umowie o roboty budowlane kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty zmienionego wynagrodzenia podwykonawcy, co będzie miało miejsce tylko w przypadku podwyższenia wynagrodzenia podwykonawcy. W odniesieniu do umowy o roboty budowlane obowiązek zastrzeżenia kary umownej z tego tytułu koresponduje jednocześnie z przewidzianym w art. 437 ust. 1 pkt 4 PZP wymogiem określenia w umowie zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, które powinny być uwarunkowane przedstawieniem przez wykonawcę dowodów zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom.

Określenie pułapu kar umownych

W ramach art. 436 PZP wymienione zostały obligatoryjne postanowienia umowy o zamówienie publiczne. Wśród tych koniecznych elementów umowy o zamówienie publiczne wymieniono m.in. łączną maksymalną wysokość kar umownych, które mogą dochodzić strony umowy.

Zgodnie z art. 483 KC karę umowną zastrzega się w oznaczonej sumie. Tym samym już na etapie zawierania umowy strony powinny określić wartość kary umownej albo wskazać takie podstawy do ustalenia wartości tej kary, które pozwalają jeszcze przed naruszeniem obowiązku, co do którego zastrzeżona została kara umowna, wyliczyć wysokość tej kary¹⁴. Wysokość kary umownej może być określana kwotowo lub procentowo. W praktyce kary umowne z powodu zwłoki lub opóźnienia w wykonaniu zobowiązania niepieniężnego lub konkretnych obowiązków stron wyrażane są w postaci ułamka lub procentu wartości świadczenia za określoną jednostkę czasu. W doktrynie prezentowany jest pogląd, że przewidziany w art. 483 KC wymóg określenia kary umownej w oznaczonej kwocie powoduje, że dla skutecznego zastrzeżenia kary z tytułu nieterminowego wykonania obowiązku oznacza konieczność określenia z góry maksymalnej wysokości kary umownej albo wskazania w umowie podstaw do określenia tej wartości. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w wyroku SN z 22.10.2015 r.¹⁵: „nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 KC wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego”. Tym samym zakłada się, że brak określenia oznaczonej sumy pieniężnej w postanowieniu o karze umownej oznacza, że jest ono nieważne (art. 58 § 3 KC)¹⁶. Podkreślić jednak należy, że problem skutecznego zastrzegania kar umownych z tytułu zwłoki, a także opóźnienia z uwagi na wymóg określenia kary umownej nie jest jednolicie rozstrzygany ani w doktrynie, ani w orzecznictwie¹⁷. Warto w związku z powyższym wskazać, że w uzasadnieniu wyroku SN z 28.6.2017 r.¹⁸ wyraźnie zaakceptowano skuteczność klauzuli umownej zastrzegającej karę umowną z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy określoną procentowo do kwoty wynagrodzenia, liczoną za każdy dzień zwłoki bez wskazania górnego limitu kary.

¹⁴ P. Drapała [w:] System Prawa Prywatnego. T.6, s.1289.

¹⁵ Wyrok SN z 22.10.2015 r., IV CSK 687/14, Legalis.

¹⁶ Wyrok SN z 3.10.2019 r., I CSK 280/18, OSP Nr 11/2020, s. 3.

¹⁷ Por. M. Łolik, Kwestia określenia kary umownej (w kontekście jej maksymalnej wartości) jako przesłanka jej prawidłowego zastrzeżenia, PPH Nr 10/2020, s. 39–43; A. Szlęzak, Polemicznie o maksymalnej wysokości kary umownej jako przesłane ważności jej zastrzeżenia, PPH Nr 1/2021, s.17–21; B. Lackoroński, Określenie sumy w zastrzeżeniu kary umownej, MoP Nr 23/2018, s. 1273–1275.

¹⁸ Zob. wyrok SN z 28.6.2017 r., IV CSK 525/16, Legalis.

W kontekście sporów co do określenia górnego limitu kar umownych z tytułu nieterminowego wykonania zobowiązania lub pojedynczych obowiązków, jak się wydaje, celem obowiązku podawania w umowie o zamówienie publiczne łącznej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, jest wyrazem preferowania w zamówieniach publicznych poglądu o konieczności jednoznacznego określania ostatecznej maksymalnej wysokości kary umownej.

Rozważając obowiązek zamawiającego w zakresie podania łącznej wysokości kar umownych, warto wskazać też na problem kumulowania kar umownych z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania i niewykonania zobowiązania. Dopuszczalność zastrzeżenia w umowie kar umownych z różnych tytułów jest powszechnie akceptowana i nie budzi żadnych wątpliwości. Problem pojawia się jednak w sytuacji, gdy w wyniku nieterminowego wykonania zobowiązania dochodzi do odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia. Pojawia się bowiem pytanie, czy wierzyciel może w tym wypadku dochodzić kumulatywnie kar umownych zarówno z tytułu nieterminowego spełnienia świadczenia, jaki z tytułu niewykonania zobowiązania. W literaturze przedmiotu problem ten nie jest rozstrzygany jednolicie. Prezentowany jest dość licznie pogląd, że kumulacja kar umownych dopuszczalna jest w przypadku, gdy umowa dopuszcza takie łączne dochodzenie tych kar umownych¹⁹. Wyrażane jest też stanowisko, że w przypadku odstąpienia od umowy wierzyciel może dochodzić kary umownej z tytułu niewykonania zobowiązania, która z założenia ma doprowadzić do kompensaty szkody poniesionej z tego tytułu i z tego względu powinna także kompensować negatywne konsekwencje poniesione w związku z nieterminowym spełnieniem świadczenia w okresie do odstąpienia od umowy. Tym samym wyłącza się możliwość łącznego dochodzenia kary umownej z tytułu niewykonania zobowiązania i kar umownych zastrzeżonych na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia²⁰. W orzecznictwie dominuje stanowisko zaprezentowane w uchwale SN z 18.7.2012 r.²¹, w której podkreślono, że „roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy”²². Obowiązek podania w umowie o zamówienie publiczne łącznej maksymalnej wysokości kar umownych będzie wymagało dokonania kalkulacji wszystkich zastrzeżonych kar umownych zarówno na rzecz zamawiającego, jak i wykonawcy. Jeżeli zamawiający zastrzeżać będzie karę umowną zarówno na wypadek zwłoki wykonawcy w spełnieniu świadczenia, jak i karę umowną za odstąpienie od umowy w wyniku nie-

¹⁹ P. Drapala [w:] System Prawa Prywatnego. T.6, s.1299; J. Jastrzębski, K. Pasko, *Odstąpienie od umowy*, PPH Nr 1/2015, s. 16; W. Borysiak [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Nb 56 do art. 483, Legalis; P. Książak, K. Duszyńska, *Głosa do uchwały SN z 18.7.2012 r.*, III CZP 39/12, PS Nr 7/2014, s. 184.

²⁰ F. Zoll [w:] System Prawa Prywatnego. T.6, s. 1223.

²¹ Uchwała SN z 18.7.2012 r., III CZP 39/12, OSNC Nr 2/2013, poz. 17, s. 24.

²² Tak też wyrok SN z 14.6.2018 r., V CSK 534/17, MoP Nr 17/2018, s. 901.

wykonania zobowiązania, powinien uwzględnić przy określaniu wysokości tych kar dominujące stanowisko judykatury i zakładać, że będzie dochodził tylko jednej z tych kar.

Podsumowanie

W świetle powyższego niepokojące są nie tylko trudności interpretacyjne z zakresu niektórych przepisów nowego prawa zamówień publicznych, ale także utrzymujące się rozbieżności w stanowiskach wyrażanych w doktrynie i orzecznictwie w odniesieniu do kar umownych, stosowanych zwłaszcza co do uchybienia w zapłacie przez wykonawcę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Generalnie jednak wprowadzone do nowej ustawy regulacje dotyczące kar umownych ocenić trzeba pozytywnie. Zasadnicze wątpliwości budzą jednak przepisy dotyczące kar umownych, których obowiązek wprowadzenia do umów budowlanych przewiduje art. 437 ust. 1 pkt 7 PZP, w tym obowiązek zastrzeżenia kary umownej na wypadek braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy.

Summary

The issue of contractual penalties in public construction contract

This article concerns contractual penalties in public procurement construction contracts. It focuses primarily on selected problems in connection with the obligation to introduce contractual penalties into public procurement construction contracts. The author criticises the obligation to introduce contractual penalties in the event of failure to pay or delayed payment of the subcontractor's remuneration. The article also considers the problem of the obligation to determine the total amount of contractual penalties.

Keywords: contractual penalties, construction contract, public procurement law