

Dr hab. Ryszard Szostak, prof. UEK

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

ORCID: 0000-0002-1364-3772

e-mail: ryszard.szostak@uek.krakow.pl

O kształtowaniu wysokości kary umownej w zamówieniach publicznych¹

On shaping the amount of contractual penalty in public procurement

Streszczenie

Kształtowanie kar umownych w zamówieniach publicznych napotyka nadal liczne trudności o podłożu kwalifikacyjnym, związane zwłaszcza z adekwatnym do naruszeń powinnością kontraktowych doborem tytułu kary oraz optymalizacją jej wysokości. Jej racjonalizacja jest uzasadniona nie tylko ochroną interesów publicznych i publicznoprawnym obowiązkiem dochodzenia roszczeń, lecz także powszechną ideą sprawiedliwości kontraktowej. Ostatnio potęgują się jeszcze trudności interpretacyjne dotyczące nowych przepisów o zwalczaniu klauzul abuzywnych, wprowadzanych bezzasadnie na niekorzyść wykonawców do projektowanych adhezyjnie umów o zamówienia publiczne, podlegających kontroli w trybie odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Nie bez znaczenia są ponadto niepewności interpretacyjne dotyczące dopuszczalnej kumulacji kar z różnych tytułów oraz obligatoryjnego wyznaczania maksymalnego limitu wszystkich kar. Celem niniejszego artykułu jest wyjaśnienie tych trudności, w połączeniu z propozycją wykładni funkcjonalnej wątpliwych przepisów.

Słowa kluczowe: zamówienie publiczne, kara umowna, miarkowanie kary umownej

JEL: K23

Uwagi ogólne

Utrzymujące się trudności w prawidłowym operowaniu karami umownymi w zamówieniach publicznych uzasadniają potrzebę nie tylko poprawy praktyki, w tym jakości orzekania w sporach przedumownych, lecz także większego zaangażowania nauki na rzecz stabilizacji wykładni, przede wszystkim w zakresie rozwiązań wprowadzonych ostatnio do nowego prawa zamówień publicznych². W szczególności obecnie liczy się ustalenie znaczenia obligatoryjnych kar umownych, zakazu zastrzegania kar niezwiązanych z przed-

Abstract

The formulation of contractual penalties in public procurement still encounters numerous qualification-related difficulties, related in particular to the selection of the title of the penalty adequate to the breach of contractual obligations and the optimization of its amount. Their rationalization is justified not only by the protection of public interests and the public law obligation to pursue claims, but also by the common idea of contractual justice. Recently, there have been increasing difficulties in interpreting the new provisions against abusive clauses, introduced unjustifiably to the disadvantage of contractors to adhesively designed public procurement contracts, subject to appeal review before the National Chamber of Appeals. Interpretation uncertainties regarding the permissible accumulation of penalties under various titles and the mandatory determination of the maximum limit of all penalties are also significant. The purpose of this article is to explain these difficulties, combined with a proposal for a functional interpretation of the questionable provisions.

Keywords: public procurement, contractual penalty, measure of contractual penalty

miotem umowy, kumulacji kar z różnych tytułów oraz konieczności wyznaczenia łącznej maksymalnej wysokości wszystkich kar przewidzianych w umowie. Poza tym w praktyce od dawna za niedopuszczalną uważa się karę nadmiernie (rażąco) wygórowaną, lecz nadal niepewne są kryteria. Ciągłe aktualny jest też postulat dalszej racjonalizacji kar umownych zarówno pod względem samych tytułów, jak i stawek. Problematyka ich kształtowania mieści się zasadniczo w domenie prawa krajowego. Z dyrektyw unijnych wynika jednak wymóg ogólny przestrzegania europejskich standardów racjonalizacji warunków zamówienia, zwłaszcza

cza z poszanowaniem zasad przejrzystości, proporcjonalności, równości i uczciwej konkurencji³, a także ograniczonej dopuszczalności modyfikacji postanowień zawartej już umowy o zamówienie publiczne⁴. Uzupełniające znaczenie mają rozwiązania modelowego prawa kontraktów oraz wyniki wykładni prawnoporównawczej.

Zakres zastosowania kary umownej w sferze zamówień publicznych wynika wprost z ogólnego art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego⁵, zgodnie z którym w umowie można zastrzec, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Przypieczętowaniem związku kary umownej z odpowiedzialnością odszkodowawczą (jako jej formą) jest następny przepis zastrzegający, że dłużnik-wykonawca nie może zwolnić się ze zobowiązania przez zapłatę kary umownej, która nie wchodzi w status odstępnego. W zamówieniach publicznych kara umowna obciążająca wykonawcę jest zatem formą odpowiedzialności umacniającej zasadę realnego wykonania zobowiązania, doniosłą z punktu widzenia ochrony interesu publicznego. Ponawiane w piśmiennictwie, a nawet w orzecznictwie, próby całkowitego oderwania kary umownej od szkody skończyły się niepowodzeniem. Tymczasem dylematy łączą się z pojęciem ryczałtu odszkodowawczego, na tle którego dochodzi do chwiejności poglądów. Zgodnie art. 9:509 modelowego opracowania *Principles of European Contract Law*⁶, jeżeli według umowy strona, która dopuściła się naruszenia zobowiązania, ma zapłacić drugiej stronie określoną sumę pieniężną, należy się ona poszkodowanemu niezależnie od rzeczywistych rozmiarów szkody poniesionej. Analogiczne rozwiązanie przewidziano w art. III. 3:712 *Draft Common Frame of Reference* (von Bar i in. (Red.), 2009)⁷. Trzeba zgodzić się zatem z tradycyjnym stanowiskiem, nadal dominującym w doktrynie prawa obligacyjnego, że podstawowym celem kary umownej od czasów prawa rzymskiego jest radykalne uproszczenie żądania naprawienia szkody, ale sama kara, zwłaszcza jej wysokość, nie musi zależeć od rozmiarów szkody (por. art. 384 § 1 zd. 1 k.c., a także § 340 niemieckiego Bürgerliches Gesetzbuch). Dlatego przy jej dochodzeniu uprawniony nie musi udowadniać nawet faktu zaistnienia szkody (do niedawna niektórzy wymagali jednak choćby symbolicznego uszczerbku, więcej o tym: Skowrońska-Bocian, 2017; s. 183), a zupełny jej brak albo niewielkie rozmiary uzasadniają możliwość domagania się sądowego miarkowania kary. Podstawowym celem kary jest jednak zapewnienie pokrycia szkody. Poza tym odpada wymóg udowodnienia przesłanki związku przyczynowego pomiędzy niedopuszczalnym zachowaniem dłużnika a szkodą, co nie dotyczy żądania odszkodowania uzupełniającego bądź żądania zmiarkowania kary ze względu na niewielką skalę szkody. Natomiast ewentualne przyczynienie się zamawiającego-wierzyciela odnosi się nie tyle do szkody, ile do samego zdarzenia objętego karą, przy odpowiednim zastosowaniu art. 362 k.c. (por. Jastrzębski, 2006, s. 315; Borysiak, 2017, s. 1127; Lemkowski, 2016, s. 109; Szanciło, 2023, s. 1051). Liczą się zatem tylko dwie przesłanki odpowiedzialności: zaistnienie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania objętego karą oraz wina (domniemana) dłużnika, chyba że wyjątkowo odpowiada on na zasadzie ryzyka także za okoliczności niezawinione (art. 473 k.c.).

W zamówieniach publicznych, z uwagi na zasadę proporcjonalności (art. 16 pkt 3 Pzp), zaostreżenie odpowiedzialności wykonawcy z oderwaniem od zasady winy musi być uzasadnione charakterem zobowiązania niepieniężnego (art. 433 pkt 1 Pzp), np. w zamówieniach transportowo-towarowych. Zdarzające się w praktyce trudności, spowodowane zazwyczaj rozmaitymi „nieporadnościami redakcyjnymi”, zwłaszcza przy zastrzeganiu kary „za spóźnienie” (zobiektywizowane) zamiast „za zwłokę” (zawinioną), usuwa się na bieżąco w drodze wykładni oświadczenia woli (art. 65 § 2 k.c.). To samo dotyczy operowania karą „za odstąpienie od umowy” zamiast za skonkretyzowane naruszenie zobowiązania. Popadnięcie w zwłokę, pociągającą zastosowanie przez wierzyciela odstąpienia od umowy, stanowi niewykonanie zamówienia, a spełnienie świadczenia w warunkach zwłoki stanowi jego nienależyte wykonanie. To samo dotyczy wykonania świadczenia o obniżonej jakości (wadliwego), lecz gdy zamawiający-wierzyciel odmówi jego przyjęcia, wykonawca popada w zwłokę. Jeśli zaś od razu odstąpi od umowy, sytuacja przekształca się w niewykonanie zobowiązania. Dlatego można tu operować zarówno karą umowną za zwłokę, jak i dodatkową karą za zuchowałę skierowanie do odbioru przedmiotu z brakami lub wadami jawnymi, uprawniające drugą stronę do odstąpienia od umowy (więcej: Lemkowski, 2016, s. 104, Szanciło, 2023, s. 1037). Ponadto wyklucza się *a limine* zastrzeżenie kary umownej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego. Poglądy przeciwne, odwołujące się zwłaszcza do zasady swobody kontraktowej w ujęciu art. 353¹ k.c., pozostają w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującym art. 483 § 1 k.c. Poza tym odpada też konstruowanie kary *sui generis*, podobnie jak kary za samo odstąpienie od umowy bądź kary o charakterze gwarancyjnym (por. zwłaszcza Drapała, 2021, s. 67).

Funkcje kary umownej wpływają nie tylko na granice praktycznego jej zastosowania, lecz także na wysokość samej sumy (więcej: Szwaja, 1967, s. 94 i n.; Skowrońska-Bocian, 2017, s. 183; Jastrzębski, 2006, s. 158; Drapała, 2006, s. 957; Szanciło, 2023, s. 1032). Pierwszoplanowe znaczenie mają: a) funkcja kompensacyjna (związana z ryczałtem odszkodowawczym) oraz b) funkcja stymulacyjno-prewencyjna, zorientowana na zdyscyplinowanie dłużnika-wykonawcy w kierunku sumiennego wykonania zamówienia. W piśmiennictwie operuje się jeszcze funkcją c) symplifikacyjną, wskazującą na uproszczone warunki dochodzenia zapłaty kary umownej, a także d) represyjną, kontrowersyjną jednak z uwagi na analogię do kar dyscyplinarnych lub kryminalnych, stąd pomijaną przez niektórych przedstawicieli doktryny⁸. W świetle tych funkcji w zamówieniach publicznych, podlegających zasadzie proporcjonalności, operowanie surowszą karą umowną powinno być racjonalizowane, zarezerwowane raczej dla istotnych (dotkliwych) z punktu widzenia interesów zamawiającego naruszeń powinności dłużnych wykonawcy. To samo dotyczy wyjątkowego opatrzenia karą przypadków naruszenia obowiązku należytego współdziałania zamawiającego z wykonawcą⁹. Ustalenie wysokości kary umownej także powinno być uzależnione *in casu* od jej funkcji. W szczególności stopień podwyższenia kary umownej w stosunku do potencjalnego rozmiaru szko-

dy powinien być optymalny, właśnie z punktu widzenia funkcji stymulacyjno-prewencyjnej, odnoszonej bezpośrednio do interesów i zagrożeń po drugiej stronie umowy¹⁰. Od dawna podkreśla się bowiem, że kara umowna jako surrogat odszkodowania, nie może prowadzić do bezzasadnego wzbogacenia wierzyciela (więcej: Drapała, 2006, s. 974; Popiołek, 2020, s. 107)¹¹. Wprawdzie *ex post* można zastosować korektę poprzez odpowiednie obniżenie wysokości kary zawyżonej w trybie jej miarkowania, lecz następuje to w procesie sądowym i wymaga poniesienia ciężaru dowodu. Zawarcie ugody pozasądowej między stronami co do obniżenia kary nie jest wykluczone, ale nie może być mowy o jakiegokolwiek obniżce bez ustępstwa wzajemnego po drugiej stronie, w ujęciu art. 917 k.c. (więcej: Szostak i in., 2023, s. 70–71).

Z punktu widzenia relacji kary umownej do odszkodowania na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.), kształtowanej w znacznej mierze wolą stron, wyróżnia się cztery rodzaje kar umownych, a mianowicie: a) karę wyłączną, należną bez możliwości odszkodowania uzupełniającego, aktualną w braku odmiennego postanowienia stron (art. 484 § 1 zd. 2 k.c.), b) karę zaliczaną na poczet odszkodowania, dopuszczającą z woli stron możliwość żądania odszkodowania uzupełniającego, jeżeli okaże się, że kara należna nie zdoła pokryć całej szkody, c) karę kumulatywną, o charakterze bardziej wyjątkowym, której towarzyszy upoważnienie wierzyciela do żądania w razie potrzeby zarówno kary umownej, jak i pełnego odszkodowania na zasadach ogólnych, d) karę alternatywną, połączoną z zastrzeżeniem uprawniającym wierzyciela do wyboru między żądaniem zapłaty kary umownej a żądaniem pełnego odszkodowania (więcej o rodzajach kar: Drapała, 2006, s. 966; Jastrzębski, 2006, s. 280; Popiołek, 2020, s. 107; Szanciło, 2023, s. 1044 wraz z powołanym tam orzecnictwem). Dopuszczenie konkretnego rodzaju kary wpływa – rzecz jasna – na ustalenie jej wysokości, odpowiednio zrjonalizowanej. W zamówieniach publicznych praktykuje się zazwyczaj karę „zaliczalną”, którą uzasadnia się publicznoprawnym obowiązkiem dochodzenia roszczeń (odszkodowawczych) przysługujących zamawiającemu. Wprawdzie ograniczenie to nie dotyczy kary z tytułu naruszenia przez zamawiającego obowiązku współdziałania z wykonawcą, lecz także i w tym zakresie preferuje się karę dopuszczającą równoległe żądanie odszkodowania uzupełniającego. Pozostałe rodzaje kar umownych funkcjonują sporadycznie. Wprowadzenie kary wyłącznej bywa na ogół wynikiem niedbalstwa zamawiającego w postaci pominięcia stosownego zastrzeżenia¹², natomiast dla kary kumulatywnej, a także alternatywnej brak zazwyczaj dostatecznego uzasadnienia.

Niektóre ograniczenia swobody przy zastrzeganiu kar umownych w zamówieniach publicznych

Zastrzeżenie kary umownej wymaga dostatecznego skonkretyzowania, zarówno samego tytułu, jak i wysokości kary, tak aby z góry było wiadomo, za co, na jakich warunkach

i w jakiej wysokości uprawniony może domagać się kary. Odpada zatem ogólne nawiązanie do „rażącego naruszenia zobowiązania” czy też nawet do „jakiegokolwiek nienależytego spełnienia świadczenia” albo do innego, zbyt generalnie ujętego uchybienia powinnościom obligacyjnym. To samo dotyczy określenia wysokości kary. Powierzchowne ujęcie obligatoryjnych elementów zastrzeżenia kary prowadzi do sprzeczności z imperatywnym art. 483 § 1 k.c., o ile nie da się tego mankamentu usunąć w trybie rzetelnej wykładni oświadczenia woli na zasadzie art. 65 k.c.¹³. Na różne inne konsekwencje art. 483 § 1 k.c. jako przepisu bezwzględnie wiążącego wskazuje bogate orzecznictwo¹⁴. Nie ma zaś przeszkód do wzbogacenia elementów zastrzeżenia, zwłaszcza o wskazanie relacji kary do odszkodowania na zasadach ogólnych czy też jakichś przesłanek warunkujących dochodzenie zapłaty kary. Zastrzeżenie akcesoryjnej kary umownej nie może jednak wykraczać poza granice swobody kontraktowej wyznaczone w art. 353¹ k.c. Niedopuszczalna jest zatem sprzeczność z ustawą, naturą zobowiązania (umowy) lub zasadami współżycia społecznego. Kryteria te na gruncie zamówień publicznych zostały uzupełnione dodatkowymi ograniczeniami przewidzianymi w art. 16 Pzp w postaci konieczności przestrzegania zasad proporcjonalności, przejrzystości, równości i uczciwej konkurencji (chybiona klauzula o karze może zniechęcać do ubiegania się o zamówienie), a także ograniczeń z art. 433 pkt 1–2 Pzp – co do zakazu klauzul abuzywnych. Odnoszą się one przede wszystkim do etapu projektowania umowy o zamówienie publiczne przez zamawiającego działającego w zasadzie w trybie adhezyjnym w procedurach przetargowych, rzadko zaś przy bezpośrednim zaangażowaniu konkurentów w procedurach negocjacyjno-przetargowych. Naruszenie tych wymagań przedkontraktowych zwalcza się w trybie odwoławczym lub w drodze tradycyjnej odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu *culpa in contrahendo* (art. 72 § 2 k.c.)¹⁵. Jeżeli jednak wadliwa klauzula o karze umownej trafi ostatecznie do umowy finalnej, może być uznana za nieważną z uwagi na sprzeczność z ustawą lub naturą zobowiązania bądź zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 3 k.c.). Zasady równości i uczciwej konkurencji, a także przejrzystości oraz proporcjonalności tracą na znaczeniu z chwilą udzielenia zamówienia. Wprawdzie z powodu ich wcześniejszego pogwałcenia można żądać unieważnienia umowy finalnej, lecz tylko pod warunkiem jego wpływu na wynik przetargu albo innej procedury (art. 457 ust. 5 Pzp). Pozostają zatem ogólne kryteria z art. 353¹ k.c., uzupełnione o dyspozycje z art. 433 pkt 1–2 Pzp, które po zawarciu umowy nie mają samodzielnego znaczenia, skoro wyraźnie odnoszą się do „projektowanych postanowień umowy”. Bez względu na znaczenie art. 353¹ k.c. w etapie przedkontraktowym nie można dopuszczać do kształtowania takich postanowień umownych, które po zawarciu umowy mogą być obalone. Dotyczy to także kognicji KIO, opartej na zasadzie legalności, która rozpatrując odwołanie co do niedozwolonych postanowień umowy, powinna uwzględniać także bezwzględnie wiążące unormowania kodeksowe, jak np. z art. 387 § 1, art. 437 czy art. 473 k.c.

Przy ocenie sprzeczności zastrzeżenia o karze umownej z ustawą miarodajne będą w pierwszej kolejności przepisy z art. 483–484 k.c., a do ustalenia sprzeczności zastrzeżenia z naturą zobowiązania lub zasadami współżycia społecznego zastosowanie znajdzie ogólny art. 353¹ k.c. O sankcji nieważności niedozwolonych postanowień przesądza natomiast każdorazowo art. 58 § 3 k.c. Łatwiej powiązać kodeksowy wymóg dostatecznej konkretyzacji zastrzeżenia o karze za naruszenie „zobowiązania niepieniężnego” z zakazanymi klauzulami z art. 433 pkt 1–3 k.c. „za zachowanie niezwiązane (...) z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem” czy też za dopuszczenie „odpowiedzialności wykonawcy z tytułu okoliczności, za które odpowiada zamawiający”¹⁶, niż udowodnić zarzut kary „rażąco wygórowanej” celem jej obalenia na podstawie sankcji nieważności (według stanu z chwili zawarcia umowy) lub w imię nieuchronnej nieważności następczej, a mianowicie z uwagi na oczywisty brak jednoznacznych kryteriów ustawowych. Pozostaje jedynie odwołanie się do ogólnych zasad współżycia społecznego, którym powszechnie przypisuje się walory normatywne. W imię słuszności kontraktowej nie wolno bowiem narzucać nie tylko chybionego tytułu kary, lecz także nadmiernie wygórowanej stawki, ale tylko w warunkach nadużycia przewagi kontraktowej. Samo zatem zawyżenie kary nie koliduje bynajmniej automatycznie z zasadami współżycia społecznego, konieczne są jeszcze dalsze okoliczności wskazujące na niegodziwość kontraktową, zwłaszcza w warunkach rażącego wykorzystania dezorientacji po drugiej stronie (Wilejczyk, 2020, s. 186; Safjan, 2020, s. 1151 wraz z powołanym orzecznictwem). Zupełnie zaś o co innego chodzi w przypadku, gdy wymagalna już kara umowna uzasadnia żądanie zmiarkowania, zwłaszcza jeżeli okaże się ona „rażąco wygórowana”, choćby nawet taka nie była w chwili zawarcia umowy. Tu z kolei liczą się kryteria ustawowe, choć nie zostały one ujęte zbyt hermetycznie.

Wymóg dostatecznego dookreślenia tytułu kary odnosi się także do funkcjonujących od niedawna w zamówieniach publicznych tzw. kar obligatoryjnych, wskazanych w ustawie jedynie rodzajowo, a mianowicie za: a) „brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom” budowlanym, b) „nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo”, c) „nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany”, d) zaniechanie wymuszonej „zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty” (art. 437 ust. 1 pkt 7 Pzp). Powyższe kary powinny być w umowie uwarunkowane indywidualnymi okolicznościami, niezbędnymi do należytego ich wyegzekwowania, w tym co do naruszenia terminu realizacji objętych nimi powinności. Na tle kary zastrzeganej obligatoryjnie na rzecz zamawiającego z tytułu obciążającej wykonawcę zaległości w zapłacie wynagrodzenia należnego podwykonawcy, dotyczącej w istocie stosunku z udziałem osoby trzeciej, ujawniły się trudności interpretacyjne w związku z niezbyt jasnymi intencjami na tle brzmienia art. 437 ust. 1 pkt 7a Pzp. Względny charakter zobowiązania z umowy podstawowej wyklucza zastrzeżenie kary na rzecz nieuczestniczącego

w tej umowie podwykonawcy budowlanego, z tytułu zwłoki wykonawcy głównego w zapłacie wynagrodzenia należnego podwykonawcy, za którą odpowiada zamawiający (subsydiarnie), *ex lege* z mocy art. 465 ust. 1 Pzp. Zobowiązanie niepieniężne z umowy podstawowej może uzasadniać co najwyżej zastrzeżenie kary umownej obciążającej wykonawcę głównego wobec zamawiającego z tytułu tego, że uchylając się od zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy, naraża zamawiającego na trudności w ustaleniu zasadności żądania podwykonawcy, a także na uszczerbek materialny spowodowany koniecznością zapłaty cudzego długu. Za takim właśnie znaczeniem przepisu art. 437 ust. 1 pkt 7a Pzp przemawia także art. 465 ust. 7 Pzp upoważniający zamawiającego do zastosowania dalej idącej sankcji w postaci odstąpienia od umowy z wykonawcą na wypadek wielokrotnej zapłaty cudzego wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy. Kalkulując wysokość tej kary, należy się kierować przede wszystkim wysokością potencjalnej szkody grożącej zamawiającemu, choć zbiega się ona z uprawnieniem zamawiającego z tytułu zwyczajnego regresu (subrogacja z art. 518 § 1 pkt 1 k.c.), który może być zaspokojony w drodze potrącenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy głównemu. Trzeba natomiast odrzucić pojawiające się w praktyce, a nawet w piśmiennictwie popularno-naukowym, koncepcje o karze z tytułu zwłoki w zapłacie wynagrodzenia jako świadczenia pieniężnego, co prowadziłoby do wyraźnej kolizji z ogólną zasadą z art. 483 § 1 k.c., zgodnie z którą kary umowne dotyczą tylko naruszeń zobowiązań niepieniężnych¹⁷, a na dodatek nie mogą odbiegać od przedmiotu umowy (art. 433 pkt 2 Pzp). Oznacza to, że w imię zachowania dostatecznej określoności kary umownej zamawiający musi każdorazowo zadbać o wprowadzenie do umowy podstawowej stosownego przyrzeczenia ze strony wykonawcy budowlanego w zakresie należytej obsługi płatności na rzecz podwykonawców, zarówno znanych już w chwili udzielenia zamówienia publicznego, jak i zaangażowanych później za zgodą zamawiającego (kara uwarunkowana). Trzeba zgodzić się z poglądem, że jest to klauzula charakterystyczna dla obietnicy zwolnienia (zamawiającego) od obowiązku zastępczego świadczenia na rzecz podwykonawcy, jednak bez skutku zwalniającego, składanej jedynie tytułem zapewnienia z art. 392 k.c., że podwykonawca nie będzie żądał od zamawiającego zapłaty należnego mu wynagrodzenia (więcej: Drozdowicz, 2021, s. 188). Bez wprowadzenia takiej obietnicy do umowy podstawowej zastrzeżenie analizowanej kary umownej będzie nieważne z uwagi na brak niezbędnego odniesienia do powinności niepieniężnych wykonawcy. Powstaje zatem pytanie, jak należy kwalifikować pełne pominięcie analizowanej kary w umowie podstawowej albo nieprawidłowe jej zastrzeżenie, bez koniecznego powiązania z powinnościami niepieniężnymi wykonawcy. Uznanie kary umownej, także obligatoryjnej, jedynie za dodatkowe zastrzeżenie umowne wyklucza automatycznie sankcję nieważności umowy finalnej na podstawie art. 58 k.c., a nawet możliwość wytoczenia do KIO odwołania przedkontraktowego, skoro tego rodzaju kara nie obciąża, lecz uprawnia zamawiającego, odwołanie zaś może dotyczyć co najwyżej jej zawyżonej wysokości.

Niezależnie od powyższego wykonawca główny odpowiada wobec zamawiającego – tak jak za siebie – za działania i zaniechania podwykonawców lub innych osób, za których pośrednictwem zobowiązanie niepieniężne wykonuje (art. 474 k.c.). Podstawowe znaczenie ma tu odpowiedzialność odszkodowawcza oraz z tytułu rękojmi za wady. Nie ma przeszkód do wzmocnienia tej odpowiedzialności w układzie zamawiający–wykonawca główny w zakresie funkcji kompensacyjnej i prewencyjnej poprzez zastrzeżenie stosownych kar umownych, zwłaszcza za zwłokę w realizacji świadczenia przypisanego podwykonawcy lub nawet kooperantowi bądź za zwłokę w usuwaniu jego wad. Już samo skierowanie do odbioru finalnego przedmiotu dotkniętego brakami ilościowymi lub wadami jawnymi często w praktyce obejmuje się adekwatną karą umowną. Liczy się bowiem zdyscyplinowanie wykonawcy w zakresie nadzoru nad podwykonawcami i kooperantami, nad którymi zamawiający nie ma pełnej kontroli. Wykonawcy głównemu ponoszącemu odpowiedzialność majątkową za uchybienia popełnione przez podległych mu podwykonawców lub kooperantów przysługuje oczywiście regres do rzeczywistych sprawców naruszeń, który także może być wzmocniony odpowiednimi karami w ramach umów podwykonawczych.

Przesłanki racjonalizacji wysokości kary umownej

Wprawdzie elementem obligatoryjnym każdego zastrzeżenia kary umownej jest ustalenie odpowiedniej „sumy”, lecz z ogólnego art. 483 § 1 k.c. nie wynika, że ma być ona „pieniężna” ani to, od czego zależy jej wysokość. W piśmiennictwie i orzecznictwie nie ma jednak wątpliwości co do jej charakteru pieniężnego (por. Drapała 2006, s. 960; Borysiak, 2017, s. 1103; Szanciło, 2023, s. 1033). Według zaś oczywistego poglądu odpada kara w kwocie dowolnej, powinna być ustalona *in casu* z uwzględnieniem funkcji projektowanej sankcji, choć stosunkowo szerokie granice swobody limituje dopiero ogólny art. 353¹ k.c. Przy kalkulacji wysokości kary powinno się zatem w pierwszej kolejności uwzględniać rozmiar potencjalnej szkody, a podniesienie stawki ponad ten rozmiar musi być dostatecznie uzasadnione w nawiązaniu do funkcji stymulacyjno-prewencyjnej projektowanej kary, zwłaszcza do stopnia ujemnego znaczenia zwalczanego karą zaniedbania powinności dłużnych. Dlatego w zamówieniach publicznych ograniczenia dodatkowe w zakresie kształtowania wysokości kary łączą się ze zwalczaniem klauzul abuzywnych (art. 433 Pzp), zwłaszcza nienegocjowanych indywidualnie. Stosunkowo łatwo mogą być one narzucane przez zamawiającego w warunkach nadużycia dogodnej pozycji organizatorskiej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z pogwałceniem zasad proporcjonalności, przejrzystości i uczciwej konkurencji. W szczególności zastosowanie zbyt wygórowanej kary umownej od razu odbija się na konkurencyjności postępowania w postaci spadku zainteresowania zamówieniem ze strony potencjal-

nych wykonawców. Stąd, tak jak sam tytuł kary umownej, także jej wysokość podlega kontroli KIO w trybie odwoławczym. W kontradiktoryjnym postępowaniu odwoławczym odwołujący się wykonawca musi jednak pokonać trudności związane z poniesieniem ciężaru dowodu, zwłaszcza w zakresie wykazania rzeczywistej relacji pomiędzy rozmiarem potencjalnej szkody a dopuszczalną wysokością kary oraz skali zagrożeń usprawiedliwiających dodatkowo „prewencyjny składnik kary”¹⁸. Wprawdzie tego ciężaru nie można przerzucać na zamawiającego, aby to on musiał wytłumaczyć się z projektowanej wysokości kary, jednak dopuszczalne jest skorzystanie z różnych ułatwień dowodowych wraz z odwołaniem się do potocznych praktyk i zwyczajów rynkowych, a także do domniemań faktycznych. Także wyjątkowo sama Izba może dopuścić z urzędu dowód niewskazany przez stronę na podstawie art. 534 ust. 2 Pzp, zwłaszcza w celu ustalenia relacji pomiędzy projektowaną wysokością kary a rzeczywistym znaczeniem uchybień nią objętych w sferze interesów majątkowych zamawiającego. Wreszcie przy zwalczaniu kary zbyt wygórowanej wykonawca nie musi wykazywać tego, na ile dokładnie jest ona zawyżona. Wystarczy, że dowiedzie przekroczenia granic uzasadnionych jej funkcjami, podyktowanych indywidualnym przeznaczeniem zamówienia i okolicznościami jego realizacji. KIO, dyskwalifikując klauzulę abuzywną w związku z uwzględnieniem odwołania, nie może jednak nakazać zamawiającemu zastosowanie kary w konkretnej wysokości.

W świetle literalnego brzmienia art. 483 § 1 k.c. pierwszeństwo ma kara ustalona kwotowo, jednak powszechnie dopuszcza się jej pośrednie wyznaczenie poprzez wskazanie podstaw do jej późniejszego obliczenia (tzw. kara oznaczalna), zwłaszcza poprzez odniesienie do wartości tej części świadczenia niepieniężnego, z którą związane będzie zdarzenie objęte karą (por. Drapała, 2006, s. 959, Szanciło, 2023, s. 1033 wraz z orzecznictwem). Jednak za wyłącznie kwotowym określeniem wysokości kary opowiedział się SN w wyroku z 8.02.2007 r. (I CSK 420/06, Legalis), a także SA w Warszawie w wyroku z 7.04.1917 r. (I ACa 2242/15, Legalis), uzasadniając to potrzebą oszacowania ryzyka finansowego. Formuła kary kwotowej zmusza, w imię zasady przejrzystości, do rzetelnego oszacowania jej wysokości, z góry w umowie z uwzględnieniem poszczególnych jej funkcji. Powinna być zatem preferowana w zamówieniach publicznych. Tymczasem w praktyce ciągle bywa odwrotnie, a niechlubną rolę odgrywają nadal przyzwyczajenia sięgające jeszcze poprzedniej epoki ustrojowej, gdy procentowe stawki kar umownych (odnoszone nawet do całkowitej wartości zamówienia) ustalał wiążąco w trybie normatywnym właściwy minister resortowy. Nie zawsze jednak stawka kary jest dostatecznie przewidywalna, stąd praktykuje się odesłanie do podstaw jej naliczenia w przyszłości. Niezależnie od przyjętego *in casu* sposobu pośredniego określenia kary, mechanizm konkretyzacji czynników wpływających na wysokość sumy finalnej musi być wyczerpujący oraz dostatecznie przejrzysty i zobiektywizowany¹⁹. Ustalenie ostatecznej wysokości kary do zapłaty powinno zatem ograniczać się do prostych działań arytmetycznych (por. Drapa-

ła, 2006, s. 960; Borysiak, 2017, s. 1104; Popiołek, 2020, s. 101, Szanciło, 2023, s. 1033–1034 wraz z powołanym tam orzecnictwem) Podkreśla się wręcz, że przy uwzględnieniu zakładanych okoliczności faktycznych kara musi być możliwa do wyliczenia już w momencie zawarcia umowy, tak aby wykonawca zawczasu mógł wiarygodnie oszacować ryzyko związane z tym elementem transakcji, w przeciwnym razie klauzula o karze nie wywoła zamierzonych skutków prawnych (por. Katner, 2020, s. 634)²⁰.

Szacując wysokość kary umownej z uwzględnieniem funkcji kompensacyjnej, trzeba założyć, że suma umożliwiająca pokrycie spodziewanej szkody to minimalny próg kary w ujęciu art. 483 § 1 k.c., pojmowanej w kategoriach ryczałtu odszkodowawczego, którego rzetelne ustalenie należy do publicznieprawnych obowiązków zamawiającego. Z kolei ustalając rozmiar potencjalnej szkody, należałoby kierować się typową skalą objętego karą naruszenia powinności dłużnych, normalnym związkiem przyczynowym (zmodyfikowanym) oraz winą domniemaną, tak jak przy szacowaniu ryzyka odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych²¹. Oderwanie kary od tych przesłanek, zwłaszcza w kierunku reżimu odpowiedzialności za sam skutek, charakterystycznej dla zastrzeżeń gwarancyjnych, nie jest dopuszczalne w ramach instytucji kary umownej w ujęciu art. 483 k.c. (por. np. Wiśniewski, s. 1237)²². Należy zatem uwzględniać wszystkie typowe straty, jak i utracone korzyści w rozumieniu art. 361 § 2 k.c. (por. np. Szpunar, s. 65)²³. Przyjęcie normalnych okoliczności i warunków prawnych pozwala racjonalizować wysokość kary, usprawnia też udowodnienie zarzutu kary nadmiernie wygórowanej w ewentualnym postępowaniu odwoławczym przed KIO. O wiele trudniej jest oszacować dalszą szkodliwość i znaczenie ekonomiczne różnych, nie w pełni wymiernych następstw naruszenia zobowiązania, także niemajątkowych, nieobjętych zwyczajnym pojęciem szkody, zwłaszcza na wypadek dezorganizacji działalności zamawiającego, strat społecznych, trudności w rozliczeniu dotacji udzielonej na sfinansowanie zamówienia itd., które z konieczności trzeba łączyć już z funkcją stymulacyjno-prewencyjną kary. Niekiedy liczą się też elementy kary za zawód. Podstawowe znaczenie ma tu jednak ukierunkowanie stawki kary na zdyscyplinowanie wykonawcy w kierunku zachowania należytej staranności realizacyjnej. Nie bez znaczenia bywa ponadto prewencja indywidualna, związana z nieuchronnym uszczerpkiem środków po stronie dłużnika wskutek zapłaty kary wymagalnej, choć prewencja generalna też nie pozostaje bez znaczenia. W odniesieniu do tego dodatkowego składnika kary zamawiający projektujący postanowienia umowy finalnej ma – rzecz jasna – więcej swobody, jednak także i ten element nie może być dowolny, przypadkowy ani oszacowany na wyrost. Powinien być wywiedziony z indywidualnych okoliczności, wprawdzie tylko hipotetycznych, lecz wysoce prawdopodobnych, dających się przeliczyć na uzupełniający element finansowy kary z założenia sprawiedliwej. W przeciwnym przypadku łatwo o naruszenie słuszności kontraktowej, stanowiącej w praktyce źródło niepotrzebnych wątpliwości i sporów, a nawet zarzutów przekroczenia granic swobody kontraktowej w ujęciu art. 353¹ k.c.

W sferze zamówień publicznych mierniki powyższe znajdują dodatkowe oparcie normatywne w zasadach udzielania zamówień publicznych, zwłaszcza: przejrzystości i proporcjonalności (art. 16 Pzp). Tak jak przy wadliwym tytule kary udowodnienie w postępowaniu odwoławczym bezzasadnie wygórowanej kary nie upoważnia bynajmniej KIO do nakazania zamawiającemu wprowadzenia do umowy konkretnej stawki, lecz jedynie do nakazania zmiany za kwestionowanej klauzuli. Jeżeli jednak kara abuzywna nie zostanie w porę skorygowana, wejdzie do umowy finalnej. Wprawdzie może być jeszcze wyjątkowo podważona poprzez powołanie się na sprzeczność z kryteriami z art. 353¹ k.c., zwłaszcza z zasadami współżycia społecznego, jednak ostatecznie bardziej efektywne jest żądanie zmiarkowania kary już wymagalnej w trybie art. 484 § 2 k.c. Karę rażąco wygórowaną miarkuje sąd w ramach tzw. prawa sędziowskiego. Wyrok nabiera charakteru konstytutywnego, działa *ex nunc* od chwili, gdy roszczenie o zapłatę stało się wymagalne²⁴.

Wprawdzie przesłanki niedozwolonego zastrzegania kar nadmiernie zawyżonych a podstawy miarkowania kary *ex post* jako „rażąco wygórowanej” to nie to samo, jednak często zastosowanie zbyt wysokiej stawki powoduje, że kara od początku wchodzi w status kary nadmiernie wygórowanej²⁵. Dlatego zarysowane już w judykaturze kryteria kary „rażąco wygórowanej”, upoważniające do jej zmiarkowania, mogą niekiedy odnosić się pośrednio także do przesłanek kształtowania stawki kary „optymalnej” przy zawieraniu umowy. Wprawdzie z jednej strony kryteria miarkowania kary wymagalnej z art. 484 § 2 k.c. są rodzajowo szersze w stosunku do przesłanek optymalizacji jej wysokości przy projektowaniu umowy (skoro przy miarkowaniu uwzględnia się stan wykonania zamówienia), lecz z drugiej strony ulegają one *in casu* zawężeniu poprzez odniesienie nie tyle do hipotetycznych rozmiarów szkody i innych następstw, ile do rzeczywistych ich skutków i rozmiarów. Nie do przyjęcia jest jednak stawka od początku tak zawyżona, że w razie przypadkowego lub znikomego naruszenia zobowiązania dłużnego nieuchronnie doprowadzi do procesu sądowego albo do bezzasadnego wzbogacenia się zamawiającego-wierzyciela²⁶. W orzecnictwie umacnia się trafne stanowisko, według którego pierwszoplanowe znaczenie w zakresie dopuszczalnego miarkowania kary umownej ma przesłanka rażącej dysproporcji pomiędzy wysokością kary a szkodą²⁷, choć zasadniczo kara nie zależy wprost od rozmiarów szkody, jednak wyższa jej wysokość może być usprawiedliwiona pozaodszkodowawczymi funkcjami odpowiedzialności. Z drugiej strony kara w zamówieniach publicznych nie może być też nadmiernie obniżona, a mianowicie do pułapu poniżej rozmiarów szkody rzeczywistej, skoro pełniąc rolę ryczałtu odszkodowawczego, zmierza do zapewnienia pełnego pokrycia szkody²⁸. W przeciwnym przypadku należałoby poszukiwać jakiegoś kryterium słuszności (ustawowo bezzasadnego), usprawiedliwiającego odstępstwo od zasady pełnego pokrycia szkody na rzecz częściowego jego przerzucenia na samego poszkodowanego. Nie można zatem zgodzić się z utrzymującym się jeszcze zapatrywaniem, że jeżeli kwota kary wymagalnej sięga wartości zamówie-

nia, powinna być obniżona bez względu na wysokość poniesionej szkody. W konsekwencji zakres dopuszczalnego miarkowania kary oscyluje głównie w granicach tych jej składników, które wynikały z kalkulacji finansowej dodatkowych następstw majątkowych, zwłaszcza usprawiedliwionych funkcją stymulacyjno-prewencyjną. Dlatego trzeba zgodzić się z poglądem, że przy żądaniu zmiarkowania wysokości kary, obok stopnia wykonania zamówienia lub dysproporcji między karą a wielkością szkody, można powoływać się także na małą wagę naruszonych powinności dłużnych, krótki czas trwania naruszenia, nieznaczny stopień winy ze strony wykonawcy, przyczynienie się samego zamawiającego itd. (por. Szanciło, 2023, s. 1045–1046 wraz z powołanym orzecznictwem). Skoro kryterium kary „rażąco wygórowanej” nie może być rozpatrywane tylko w kategoriach czysto finansowych, katalog czynników uzasadniających przekroczenie „dobrej miary” wyczerpuje się każdorazowo w okolicznościach indywidualnego przypadku.

Problem limitu kar umownych

Na tle niezbyt jasnego pod względem werbalnym art. 436 pkt 3 Pzp o obligatoryjnym wskazaniu w umowie „łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony” nasuwają się co najmniej trzy różne ograniczenia swobody kontraktowej, a mianowicie co do: a) dopuszczalnej kumulacji kar umownych z różnych tytułów, b) maksymalnego limitu wysokości kary jednego rodzaju wzrastającej wraz z przedłużającym się stanem naruszenia zobowiązania oraz c) maksymalnego limitu wszystkich kar zastrzeżonych w umowie przeciwko każdej ze stron. Racjonalna wykładnia powyższego przepisu w zamówieniach publicznych przemawia za trzecią ewentualnością, uzasadnioną troską o wzmocnienie nadrzędnych zasad przejrzystości i proporcjonalności, wymuszających należyte oszacowanie ryzyka kontraktowego, z góry w ramach etapu przedkontraktowego. Pozostałe ewentualności są zbyt oczywiste na tle ogólnego art. 483 § 1 k.c., choć nie można ich bagatelizować, ponieważ w praktyce ciągle utrzymują się jeszcze rozmaite trudności interpretacyjne, zwłaszcza w zakresie sumowania kar z podobnych tytułów.

W odniesieniu do kumulacji kar umownych obowiązuje zasada, że poszczególne kary powinny być rozłączne, nie mogą dublować się w ramach jednego i tego samego tytułu. Sprawa komplikuje się nieoczekiwanie w przypadku kary „za odstąpienie od umowy” z powodu zwłoki, które przekształca stan nienależytego wykonania w stan niewykonania zobowiązania. Panuje słuszny pogląd, że w braku odmiennej woli stron „kara za odstąpienie” wyczerpuje się w istocie w tradycyjnej „karze za zwłokę”, a ewentualne pokrycie uszczerbku materialnego niezajdującego dostatecznego pokrycia w związku z „zerwaniem kontraktu” może być dochodzone na zasadach ogólnych. Stosownie do uchwały Sądu Najwyższego z 18.07.2012 r. (III CZP 39/12, Legalis) nie można kumulować kar za nienależyte wykonanie zobowiązania (np. za zwłokę) oraz za całkowite jego

niewykonanie. Nie da się bowiem jednocześnie wykonać nienależycie zobowiązania i w ogóle nie wykonać tego samego zobowiązania. Brak zatem podstaw do żądania obu kar umownych, skoro wzajemnie się wykluczają. Jeżeli jednak pierwszeństwo nadano karze „za odstąpienie”, konsekwentnie trzeba przyjąć, że roszczenie o zapłatę kary na wypadek zwłoki nie przysługuje stronie odstępującej od umowy²⁹, a gdy skutek przedłużającej się zwłoki została już naliczona odpowiednia kara, zachodzi podstawa do potrącenia. Na mocy wyraźnej woli stron można jednak zastrzec obie kary rozłącznie, a mianowicie: limitowaną co do kwoty maksymalnej karę za zwłokę oraz karę dodatkową z tytułu dalszych uszczerbków wynikłych ze zniesienia kontraktu, które mogą kumulować się w sposób naturalny w ramach obu tak zróżnicowanych podstaw³⁰. W praktyce często bowiem w wyniku wymuszonego odstąpienia od umowy przez zamawiającego dochodzi do istotnego i wymiernego zwiększenia dotkliwych dlań uszczerbków oraz trudności spowodowanych powtórzeniem zamówienia, nierzadko na gorszych warunkach finansowych, nie wspominając o różnych kosztach samego odroczenia zaspokojenia potrzeb publicznych. Jeżeli zatem wysokość kary zastrzeganej nie musi ograniczać się do rozmiarów potencjalnej szkody, można nią objąć dalsze konsekwencje w ramach szerzej pojętej „kary za zawód”, niekoniecznie pozostające w zwykłym związku przyczynowym z podstawą odstąpienia od umowy.

Kary umowne zastrzegane w wysokości narastającej w warunkach przedłużającego się stanu naruszenia zobowiązania z natury muszą być limitowane, skoro w świetle art. 483 § 1 k.c. każda kara powinna być z góry ustalona w postaci określonej sumy pieniężnej. W szczególności odpada zastrzeżenie kary za zwłokę bez wyznaczenia końcowego terminu jej naliczania bądź kwoty maksymalnej. Nie można przecież dopuścić do obciążenia dłużnika obowiązkiem zapłaty niedającej się w pełni skonkretyzować sumy pieniężnej, na dodatek z tytułu nieoznaczonego w swych rozmiarach naruszenia zobowiązania, niekończącego się pod względem czasowym³¹. Klauzula o karze powinna wskazywać co najmniej dostateczne podstawy do ustalenia jej wysokości na wypadek naruszenia zobowiązania (tzw. kara oznaczalna) pod rygorem nieważności zastrzeżenia.

Na mocy art. 436 pkt 3 Pzp zamawiający projektujący postanowienia umowy finalnej albo strony uzgadniające takie postanowienia w trybie negocjacyjnym powinny wyznaczyć, w imię zasady przejrzystości, łączną maksymalną wysokość wszystkich (rodzajów) kar umownych, obciążających każdą ze stron. Limit ten niekoniecznie musi być kwotowy, może być procentowy (stosunkowy), byleby wskazywał na „sumę maksymalną” kar uprzednio zastrzeżonych.. Ustawowa powinność wskazania sumarycznego pułapu wszystkich kar zastrzeżonych w umowie zmusza do staranności przy kształtowaniu wysokości kar jednostkowych, zwłaszcza do określenia tego, które z nich i w jakim stopniu mogą się kumulować. Wskazany pułap kar nie może być więc przypadkowy lub obliczony niedokładnie, a ewentualnych trudności „obrachunkowych” nie powinno się interpretować w oderwaniu od reguł wykładni oświadczeń woli. Dlatego w razie błędnego jego wyznaczenia pierwszeństwo należy dać in-

tencjom stron w zakresie wysokości kar jednostkowych, skoro stanowią one podstawę „łącznej wysokości wszystkich kar”. Poza tym wysokość poszczególnych kar jednostkowych nie może być chwiejna, a te które mają być naliczane „narastająco”, muszą być opatrzone odpowiednimi limitami. Bezzasadne zaniżenie pułapu nie może prowadzić do redukcji kar jednostkowych, choć co do każdej z nich wolno żądać odpowiedniego „zmiarkowania”, lecz na warunkach wynikających z art. 484 § 2 k.c. Przyjęty pułap kar pozostaje bez wpływu na rozmiar odszkodowania uzupełniającego, jakiego może żądać uprawniony po zaliczeniu zapłaty kary jednostkowej na poczet odszkodowania na zasadach ogólnych. Wyznaczenie „łącznego limitu kar” ma zatem w istocie walor deklaracyjny. Tak jak zastrzeżenie samej kary umownej w rozumieniu art. 483 § 1 k.c., także wyznaczenie limitu łącznego wszystkich kar nabiera charakteru dodatkowego zastrzeżenia umownego, stąd jego pominięcie bądź wadliwe ustalenie pozostaje w zasadzie bez wpływu na ważność pozostałych postanowień umowy.

Podsumowanie

Unormowanie kary umownej w nowym Pzp następcza wielu trudności interpretacyjnych, sięgających także zasadniczych elementów konstrukcyjnych na gruncie art. 483–484 k.c. Niektóre z nich nasuwają potrzebę korekty legislacyjnej przepisów, w szczególności co do kar obligatoryjnych, w tym dotyczących podwykonawstwa, kryteriów racjonalizacji wysokości kary oraz ustalenia górnego pułapu kar. Pozostałe powinno się usuwać z zastosowaniem wykładni funkcjonalnej. Dużą rolę może odegrać tu orzecznictwo wraz z upowszechnieniem jego dorobku, głównie z zakresu rozstrzygania sporów przedumownych w trybie odwoławczym. W ramach podstaw orzekania związanych z przesłankami bezprawności projektowanych klauzul (abuzywnych) powinno się uwzględniać nie tylko tradycyjne pojęcie sprzeczności z ustawą, lecz także naruszenie zasad proporcjonalności, przejrzystości i uczciwej konkurencji, tym bardziej że zostały one objęte wyraźnymi dyspozycjami Pzp.

Przypisy/Notes

- ¹ Artykuł powstał na podstawie wyników badań w ramach programu „Potencjał” UEK 2022 pod nazwą „Zasady wykonywania zamówień publicznych”.
- ² Dz.U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm., dalej: Pzp.
- ³ Por. zwłaszcza art. 18 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, Dz. Urz. UE L 94, 28.03.2014, s. 65.
- ⁴ Tamże, por. art. 72.
- ⁵ Ustawa z 23.04.1964 r. (Dz.U. z 2022 r., poz. 1360, ze zm., dalej: k.c.).
- ⁶ Zasady przygotowane przez międzynarodową grupę studyjną – zob. Lando & Beale (Red.), 2004.
- ⁷ Z założenia DCFR stanowi zbiór zasad, pojęć i koncepcji przeznaczonych dla legislatorów projektujących przepisy krajowego prawa umów, a także prawa europejskiego, z zastosowaniem metody prawnoporównawczej.
- ⁸ Wprawdzie pod ogólnym pojęciem „kary” kryje się dolegliwość osobista, wskazująca na charakter represyjny, lecz w przypadku kary umownej chodzi wyłącznie o sankcję majątkową, która może być jednak wyższa od rozmiarów szkody, także w zamówieniach publicznych, lecz tylko na tyle, na ile jest to usprawiedliwione właśnie potrzebą wymuszenia na dłużniku większego „moresu”, w kierunku niezwykle zdyscyplinowanego wykonania zobowiązania, w obliczu narażenia interesów wierzyciela na dotkliwe następstwa, przekraczające często granice normalnej szkody. Dlatego ta funkcja kary umownej da się ostatecznie podporządkować funkcji stymulacyjno-prewencyjnej.
- ⁹ Spotykany często w praktyce postulat zastrzegania kar „symetrycznych”, na korzyść obu stron umowy, nie może być jednak uważany za rozwiązanie zalecane regularnie, tym bardziej że zasadniczo odpada kara za zwłokę w zapłacie wynagrodzenia należnego wykonawcy, natomiast w odniesieniu do powinności z zakresu współdziałania zamawiającego z wykonawcą wystarczająca bywa odpowiedzialność odszkodowawcza na zasadach ogólnych.
- ¹⁰ Operowanie karami w odniesieniu do uchybień błahych lub w ogóle niewymagających zryczałtowania odpowiedzialności majątkowej często bywa przyczyną niepotrzebnych sporów (por. Szostak, 2021, s. 58).
- ¹¹ Zob. także wyrok SN z 17.06.2016 r., IV CSK 674/15 i wyrok SA w Katowicach z 28.09.2010 r., V ACa 267/10, Legalis.
- ¹² W sektorze finansów publicznych zaniedbanie takie, narażające na utratę podstawy do żądania pełnego naprawienia szkody, może być podstawą odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.
- ¹³ Por. wyrok SA we Wrocławiu z 23.03.2017 r., I ACa 185/17, Legalis.
- ¹⁴ Por. np. wyroki SN: z 19.12.2000 r., V CKN 171/00, Legalis; z 18.08.2005 r., V CK 90/05, Legalis; oraz z 18.12.2008 r., I CSK 240/08, Legalis.
- ¹⁵ W świetle coraz powszechniej akceptowanej wykładni funkcjonalnej unormowań kodeksowych nie ma znaczenia rodzaj procedury zmierzającej do zawarcia umowy ani wybrana przez poszkodowanego podstawa roszczenia odszkodowawczego: kontraktowa z zasadą winy domniemanej (art. 471 k.c.) czy też mniej dogodna pod względem dowodowym odpowiedzialność deliktowa (art. 415 k.c.).
- ¹⁶ Por. wyrok SN z 27.09.2013 r., I CSK 748/12, OSNC 2014, nr 6, poz. 94.
- ¹⁷ Por. też uchwałę SN z 30.06.2020 r., PZP 2021, nr 1.
- ¹⁸ W praktyce trudności dowodowe przesądzają nadal o niezbyt efektywnej ochronie odwoławczej konkurujących wykonawców, „odstraszonej” wygórowanymi karami umownymi; widoczne są też niekiedy braki w zakresie profesjonalnej obsługi prawnej wykonawców dochodzących swoich praw w warunkach chwiejnych dowodowo żądań (więcej: Gawrońska-Baran, 2022, s. 53–59).
- ¹⁹ Por. wyroki SN z 8.02.2007 r., I CSK 420/06 oraz z 15.11.2012 r., V CSK 515/11, Legalis.
- ²⁰ Por. też wyroki SN: z 20.05.1998 r., I CKN 671/97, Legalis; z 28.06.2017 r., IV CSK 525/16, Legalis; z 3.10.2019 r., I CSK 280/18, Legalis; a także SA w Warszawie z 16.10.2018 r., VI ACa 534/18 Legalis i SA w Białymstoku z 27.03.2019 r., I ACa 201/18, Legalis.
- ²¹ Zastrzegana regularnie kara za zwłokę powinna umożliwić pokrycie co najmniej strat wynikających ze spóźnienia i nakładów obciążających zamawiającego (np. w związku z utrzymaniem objazdów przy przebudowie drogi i innych zmian w organizacji ruchu), a także utraconych korzyści, które z łatwością można szacować nawet w ujęciu dobowym.
- ²² Por. również wyrok SN z 16.01.2013 r., II CSK 331/12, Legalis.
- ²³ Por. także wyroki SN z 21.06.2002 r., IV CKN 382/00, Legalis; z 30.11.2016 r., III CSK 389/15, Legalis; z 22.03.2019 r., IV CZP 43/17, Legalis.
- ²⁴ Tak SN w wyroku z 21.11.2007 r. I CSK 270/07, Legalis, por. też Wiśniewski, 2016, s. 38 oraz Szanciło, 2023, s. 1047.
- ²⁵ Por. np. wyrok SN z 20.05.1980 r., I CR 229/80, OSNCP 1980, nr 12, poz. 243.
- ²⁶ Por. wyrok SN z 17.06.2016 r., IV CSK 674/15, Legalis oraz wyrok SN w Katowicach z 17.12.2008 r., V ACa 483/14, Legalis.
- ²⁷ Por. wyroki SN: z 14.07.1976 r., I CR 221/76, OSNCP 1977, nr 4, poz. 76; z 13.06.2003 r., III CKN 50/01, Legalis; z 11.10.2007 r., IV CSK 181/07, OSNC-ZD 2008, nr B, poz. 48, a także wyrok SA w Warszawie z 17.05.2016 r., VI ACa 611/15, Legalis.

²⁸ Por. np. wyrok SN z 14.04.2005 r., II CK 626/04, Legalis.

²⁹ Tak właśnie SN w wyroku z 14.06.2018 r., V CSK 534/17, MoP 2018, nr 17, s. 901 oraz Szanciło, 2023, s. 1040.

³⁰ Tak SN w wyroku z 24.05.2012 r., VCSK 260/111, Legalis; więcej o kumulacji kar: Borysiak, 2017, s. 1102; Szanciło, 2023, s. 1040; Zielińska, 2020, s. 41–42 oraz Książak & Duszyńska, 2014, s. 181.

³¹ Tak właśnie SN w wyroku z 22.10.2015 r., IV CSK 687/14, Legalis; por. też wyrok SA w Krakowie z 10.04.2014 r., I ACa 126/14, Legalis, z komentarzem W. Popiołka (2020, s. 101).

Bibliografia/References

- von Bar, Ch., Clive, E., & Schulte-Nölke, H. (Red.) (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Sellier. European Law Publishers. <https://doi.org/10.1515/9783866537279>
- Borysiak, W. (2017). W: K. Osajda (Red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*. C.H.Beck.
- Drapała, P. (2006). W: E. Łętowska (Red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 5. Prawo zobowiązań – część ogólna*. C.H.Beck.
- Drapała, P. (2021). Niedopuszczalność zastrzegania na podstawie zasady swobody umów „quasi kar umownych” – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 17.01.2020 r. (IV CSK 579/17). *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (9). <https://doi.org/10.33226/0137-5490.2021.9.8>
- Drozdowicz, M. (2021). Dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom – glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 30.6.2020 r. (III CZP 67/19). *Prawo Zamówień Publicznych*, (1), 188–192.
- Gawrońska-Baran, A. (2022). Kształtowanie kar umownych w zamówieniach na roboty budowlane. *Prawo Zamówień Publicznych*, (3).
- Jastrzębski, J. (2006). *Kara umowna*. Wolters Kluwer.
- Katner, W. (2020). W: M. Stec (Red.), *System Prawa Handlowego. Tom 5A. Prawo umów handlowych*. C.H.Beck.
- Książak, P., & Duszyńska, K. (2014). Glosa do uchwały SN z 18 lipca 2012 r. (III CZP 12/39). *Przegląd Sądowy*, (7–8).
- Lando, O., & Beale, H. (Red.) (2004). *Zasady europejskiego prawa umów* (M. A. Zachariasiewicz, J. Beldowski, Tłum.). *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, (3), s. 814 i n. (oryginał został opublikowany w 1999 r.).
- Lemkowski, M. (2016). W: M. Gutowski (Red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz do art. 353–626*. C.H.Beck.
- Popiołek, W. (2020). W: K. Pietrzykowski (Red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz do art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*. C.H.Beck.
- Skowrońska-Bocian, E. (2017). Kara umowna – kompensacja czy represja? *Zeszyty Prawnicze UKSW*, 3(2). 179–194. <https://doi.org/10.21697/zp.2003.3.2.08>
- Szanciło, T. (2023). W: M. Załucki (Red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. C.H.Beck.
- Safjan, M. (2020). W: K. Pietrzykowski (Red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Tom I. Komentarz do art. 1–449(10)*. C.H.Beck.
- Szostak, R. (2021). Zastrzeżenie kary umownej na tle nowego Prawa zamówień publicznych. *Zamówienia Publiczne – Doradca*, (8).
- Szostak, R., Moras, M., & Nuzzo, B. (2023). *Pozasądowe rozwiązywanie sporów w zamówieniach publicznych*. C.H.Beck.
- Szwaja, J. (1967). *Kara umowna według kodeksu cywilnego*. Wydawnictwo Prawnicze.
- Szpunar, A. (1998). *Odszkodowanie za szkodę majątkową – szkoda na mieniu i na osobie*. Oficyna Wydawnicza Branta.
- Wilejczyk, M. (2020). Miarkowanie kary umownej de lege ferenda. *Transformacje Prawa Prywatnego*, (2).
- Wiśniewski, T. (2016). Kilka słów na temat prawa sędziowskiego w postaci moratorium sędziowskiego. *Polski Proces Cywilny*, (3).
- Wiśniewski, T. (2018). W: J. Gudowski (Red.), *Kodeks cywilny. Zobowiązania – część ogólna. Komentarz*. Wolters Kluwer.
- Zielińska, E. (2022). Postanowienia obligatoryjne umowy o roboty budowlane w zamówieniach publicznych. *Prawo Zamówień Publicznych*, (3).

Dr hab. Ryszard Szostak, prof. UEK

Profesor i kierownik Katedry Prawa Konstytucyjnego, Administracyjnego i Zamówień Publicznych w Instytucie Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie. Specjalizuje się w prawie zamówień publicznych.

Dr hab. Ryszard Szostak, prof. UEK

Professor and head of the Department of Constitutional, Administrative and Public Procurement Law at the Institute of Law of the Cracow University of Economics. He specializes in public procurement law.

Zapraszamy do zakupu książek



Książki są dostępne na stronie: www.pwe.com.pl