

Państwo i społeczeństwo

Uwagi na marginesie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej¹

Opóźnienie a zwłoka w wykonaniu zamówienia publicznego

Niedotrzymywanie terminów w zamówieniach publicznych jest często stwierdzane i oceniane w toku działalności kontrolnej. Okazję do podjęcia rozważań na ten temat stwarza niedawny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej², w świetle którego warto zastanowić się, kiedy można mówić o opóźnieniu i zwłoce w wykonaniu zobowiązania, jakie są różnice między tymi pojęciami oraz skutki związane z opóźnieniem i zwłoką, zwłaszcza w odniesieniu do odpowiedzialności kontraktowej, w tym obowiązku zapłaty kary umownej przez wykonawcę zamówienia publicznego. Zawarte w artykule uwagi nie są jednak pomyślane jako glosa do wyroku. Dotyczą wybranego zagadnienia zarysowanego w tytule opracowania, związanego ze stanem faktycznym sprawy.

¹ W artykule wykorzystano badania w ramach Programu POTENCJAŁ, realizowanego we współpracy z Katedrą Prawa Administracyjnego, Konstytucyjnego i Zamówień Publicznych Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie (projekt badawczy „Zasady wykonywania zamówień publicznych”, nr 089/EPA/2022/POT).

² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2.5.2023 (KIO 1073/23), opubl. LEX nr 3584946.

WOJCIECH ROBACZYŃSKI**Termin wykonania zamówienia i skutek jego upływu**

Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową cywilnoprawną³, do której zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu cywilnego⁴, częściowo modyfikowane przez przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych⁵. Zgodnie bowiem z art. 8 ust. 1 p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (...), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Należy przy tym zaznaczyć, że w ustawie p.z.p. nie ma odrębnych od kodeksowych zasad ustalania terminów wykonania umowy. To one będą miały więc zastosowanie. Kodeks cywilny wprowadza w art. 354 § 1 zasadę *pacta sunt servanda*, w świetle której dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Nakaz wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią obejmuje także te elementy stosunku prawnego zobowiązania, które

wyznaczają termin spełnienia świadczenia. Niespełnienie świadczenia w określonym terminie jest naruszeniem obowiązków, które mogą być podstawą odpowiedzialności kontraktowej jako niewykonanie zobowiązania (gdy świadczenie nie zostało w ogóle spełnione) lub nienależyte wykonanie zobowiązania (w wypadku świadczenia spełnionego po upływie terminu). W ujęciu Kodeksu cywilnego konkretny termin spełnienia świadczenia może wynikać z umowy, ale może też być wskazany na podstawie innych kryteriów. Zgodnie z art. 455 k.c., jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, powinno być ono spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. Można jednak przyjąć, że w wypadku zamówień publicznych termin spełnienia świadczenia co do zasady będzie wynikać z zawartej między wykonawcą a zamawiającym umowy⁶.

Oznaczenie terminu spełnienia świadczenia ma doniosłe znaczenie prawne. Z tą chwilą powstaje stan wymagalności świadczenia. W sytuacji gdy świadczenie nie zostanie jeszcze spełnione, dłużnik popada w opóźnienie. W każdym przypadku należy rozważyć tego przyczyny – jeśli obciążają dłużnika, tzn. mamy do czynienia ze zwłoką, pojawia się odpowiedzialność odszkodowawcza (przy spełnieniu

³ Pogląd o cywilnoprawnym charakterze umowy w sprawie zamówienia publicznego jest obecnie dominujący. Por. przykładowo R. Szostak: *Umowa o zamówienie publiczne* [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, J. Sadowy (red.), Warszawa 2013, s. 301.

⁴ Ustawa z 23.4.1964 – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r. poz. 1610, ze zm.), dalej k.c.

⁵ Ustawa z 11.9.2019 – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej p.z.p. lub ustawa p.z.p.

⁶ Poza zakresem rozważań pozostają natomiast kwestie będące przedmiotem regulacji zawartej w przepisach ustawy z 8.3.2013 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1790).

pozostałych przesłanek odpowiedzialności kontraktowej). Jeśli dług ma charakter pieniężny, od kolejnego dnia będą się liczyć odsetki już za samo opóźnienie, niezależnie od przyczyny (art. 481 §1 k.c.).

O ile w wypadku odsetek za opóźnienie upływ terminu działa „na korzyść” wierzyciela, to odmiennie przedstawia się sprawa w odniesieniu do przedawnienia. Stan wymagalności uruchamia bowiem bieg terminu przedawnienia roszczenia majątkowego, po upływie którego dłużnik może uchylić się od spełnienia świadczenia (art. 117 § 2 k.c.). Bezskuteczny upływ terminu do spełnienia świadczenia uprawnia wierzyciela do wystąpienia z powództwem o jego spełnienie. Jest przy tym oczywiste, że realizacja roszczenia odszkodowawczego (lub roszczenia o odsetki za opóźnienie) nie eliminuje możliwości żądania spełnienia świadczenia. Wynika to wprost z art. 477 § 1 k.c., zgodnie z którym w razie zwłoki dłużnika wierzyciel może żądać, niezależnie od wykonania zobowiązania, naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki.

W pewnych przypadkach zawinione opóźnienie w spełnieniu świadczenia może być podstawą do odmowy przyjęcia świadczenia. Pojawi się wówczas odpowiedzialność nie za zwłokę, ale za niewykonanie zobowiązania. W świetle art. 477 § 2 k.c., gdy wskutek zwłoki dłużnika świadczenie utraciło dla wierzyciela znaczenie całkowicie lub w przeważającym stopniu, wierzyciel może świadczenia nie przyjąć i żądać naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania.

Istnieją wreszcie rozwiązania szczególne, przewidujące możliwość odstąpienia od umowy, w sytuacji gdy dłużnik

nie wykona zobowiązania w terminie. Warto zwrócić uwagę na specyficzne rozwiązanie zawarte w art. 635 k.c., zgodnie z którym – jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym – zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego odstąpić od umowy jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła. Ta regulacja ma walor prewencyjny. Została umiejscowiona wśród przepisów o umowie o dzieło, ma zastosowanie także do umów na roboty budowlane, co przesądza o jej znaczeniu w sferze zamówień publicznych. Zgodnie z art. 656 § 1 k.c. do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed jego ukończeniem stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. W świetle art. 658 k.c., kodeksowe przepisy o umowie o roboty budowlane stosuje się odpowiednio do umowy dotyczącej wykonania remontu budynku lub budowli.

Opóźnienie a zwłoka w prawie cywilnym

Jak wyżej stwierdzono, z opóźnieniem mamy do czynienia, gdy świadczenie nie zostało spełnione, mimo że roszczenie stało się wymagalne. Jest to zatem kategoria obiektywna, uzależniona wyłącznie od stwierdzenia stanu faktycznego. Na tle ogólnego pojęcia opóźnienia możemy mieć do czynienia w szczególności ze zwłoką,

tj. opóźnieniem kwalifikowanym. W odróżnieniu od tzw. zwykłego opóźnienia, w warunkach zwłoki mamy do czynienia z opóźnieniem, które jest spowodowane przez okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Znajduje to potwierdzenie w treści art. 476 k.c., w świetle którego wprawdzie dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela (zdanie pierwsze), ale nie dotyczy to jednak sytuacji, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności (zdanie drugie). W takim przypadku powstaje tzw. opóźnienie zwykłe, co do zasady nierodzące odpowiedzialności.

Powyższe rozróżnienie między opóźnieniem a zwłoką jest charakterystyczne dla prawa cywilnego. Warto zauważyć, że w prawie publicznym, w tym finansowym ustawodawca posługuje się jednolitym pojęciem zwłoki, nie różnicując definicyjnie przypadków opóźnienia i zwłoki⁷.

Dla dalszych rozważań najistotniejsze jest stwierdzenie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia stanowi na podstawie prawa cywilnego o nienależytym wykonaniu obowiązku przez dłużnika. Nie przesądza natomiast o jego odpowiedzialności,

która powstaje dopiero w warunkach zwłoki, tj. niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, które jest skutkiem okoliczności obciążających dłużnika.

Opóźnienie i zwłoka jako podstawy kary umownej

Kara umowna stanowi zryczałtowaną formę odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania⁸. Może być zastrzeżona jedynie dla zobowiązań niepieniężnych, co wprost wynika z art. 483 §1 k.c. Zgodnie z tym przepisem można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

W literaturze i orzecznictwie podkreśla się, że konsekwencją uregulowania kary umownej jako odszkodowania jest to, iż roszczenie o jej zapłatę powstaje w wypadku spełnienia wszystkich przesłanek odpowiedzialności kontraktowej⁹. Chodzi o: istnienie ważnego zobowiązania, niewykonanie lub nienależyte wykonanie tego zobowiązania, istnienie okoliczności obciążających po stronie dłużnika, szkodę po stronie wierzyciela oraz związek przyczynowy między zawinionym niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania a powstałą szkodą¹⁰.

⁷ Zob. zwłaszcza art. 53-58 ustawy z 29.8.1997 – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2022 r. poz. 2651, ze zm.). Por. też trzykrotnie powołane pojęcie „odsetek za zwłokę” w ustawie z 27.8.2009 o finansach publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1270, ze zm.) - art. 36 ust. 3, art. 62 ust. 1 i art. 209 ust. 1b.

⁸ Por. J. Jastrzębski: *Kara umowna*, Warszawa 2006, s. 74 i nast.

⁹ Tamże, s. 242 i nast.

¹⁰ Co do przesłanek odpowiedzialności kontraktowej zob. np. W. Borysiak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II. Zobowiązania*, K. Osajda (red.), Warszawa 2013, s. 784-791.

Z przytoczonych przesłanek odpowiedzialności kontraktowej wynika trafność sformułowanej już wyżej tezy, że samo opóźnienie nie powoduje odpowiedzialności¹¹.

Z punktu widzenia przesłanek odpowiedzialności kontraktowej w kontekście kary umownej szczególne znaczenie ma odpowiedź na pytanie, czy kara umowna może zabezpieczać interes wierzyciela także na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn niezawinionych przez dłużnika. Jest to problem, który w zamówieniach publicznych występował jeszcze pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy. Już wówczas dostrzeżono konieczność ochrony wykonawcy, w tym pod względem właściwego wyważenia ryzyka kontraktowego stron¹².

Dochodzimy w ten sposób do konstrukcji niedozwolonych klauzul umownych, których wyliczenie jest zawarte w art. 433 p.z.p. Rozwiązanie to, wzorowane w pewien sposób na katalogu niedozwolonych postanowień umowy w obrocie konsumenckim na podstawie prawa cywilnego (art. 385¹ – 385³ k.c.), ma w założeniu ustawodawcy zapobiegać przypadkom niesłusznego wykorzystania przez zamawiającego

przewagi wynikającej z tego, że to on konstruuje postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 433 p.z.p., projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

W literaturze dużo uwagi poświęcono już kwestiom stosowania powyższych ograniczeń, zwłaszcza jeśli chodzi o zastrzeżenie kary umownej¹³. Przykładów zastosowania konstrukcji niedozwolonych postanowień umowy dostarcza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej¹⁴. Tak też jest w wypadku wyroku KIO, który stał się okazją do sformułowania uwag w tym

¹¹ Wyjątkiem jest opóźnienie jako źródło obowiązku zapłaty odsetek za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego na podstawie art. 481 § 1 k.c. Z natury zamówienia publicznego o opóźnieniu w spełnieniu świadczenia pieniężnego można mówić w wypadku świadczenia, do którego jest zobowiązany zamawiający w postaci zapłaty ceny lub wynagrodzenia.

¹² Por. K. Grochecka-Goljan: *Odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie w świetle aktualnego orzecznictwa KIO oraz przepisów nowego Prawa zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” nr 1/2020, s. 62 i n.

¹³ Por. m.in. R. Szostak: *Zastrzeżenie kary umownej na tle nowego Prawa zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” nr 8/2021; K. Horubski: *Zwalczanie klauzul abuzywnych w umowach o zamówienia publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” nr 3/2022; R. Tanajewska: *Niedozwolone postanowienia umowne w Prawie zamówień publicznych*, „Studia Prawnoustrojowe” nr 55/2022 oraz komentarze do ustawy – Prawo zamówień publicznych.

¹⁴ Por. przykładowo wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 18.1.2021 (KIO 3446/20), z 14.10.2021 (KIO 2762/21), z 19.11.2021 (KIO 3260/21), z 30.11.2021 (KIO 3335/21), z 28.2.2023 (KIO 417/23).

artykule, w szczególności związanych z karą umowną zastrzeżoną na wypadek opóźnienia w spełnieniu świadczenia.

W pierwszej kolejności warto zauważyć, że zgodnie z art. 433 pkt 1 p.z.p., ustawowo zakazano wprowadzania do projektowanej umowy postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Podtrzymuję pogląd wyrażony w innym opracowaniu: ustawodawca w sposób czytelny odwołuje się do oczywistej w prawie cywilnym, a często niedostrzeganej dostatecznie w praktyce zamówień publicznych różnicy między opóźnieniem a zwłoką¹⁵. Zgodnie z kodeksowymi przepisami o odpowiedzialności kontraktowej „odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie”, o którym mowa w art. 433 pkt 1 p.z.p. stanowi niewątpliwie rozszerzenie zakresu odpowiedzialności wykonawcy poza reguły wynikające z Kodeksu cywilnego¹⁶. Według reguł ogólnych samo opóźnienie nie powoduje zatem odpowiedzialności, ale należy przyjąć, że odpowiedzialność kontraktową można w tym wypadku poszerzyć, na co zezwala art. 473 § 1 k.c.¹⁷, choć trzeba pozostać w granicach wyznaczonych przez art. 433 p.z.p.

Stan faktyczny sprawy rozpatrywanej przez KIO

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 maja 2023 r. zapadł w wyniku rozpatrzenia sprawy dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego, którego cel określono jako: „Utworzenie Muzeum Getta Warszawskiego na terenie kompleksu dawnego Szpitala Dziecięcego (...) w Warszawie, tj. sporządzenie projektów, realizacja prac budowlano-instalacyjnych, realizacja wystawy stałej, oraz zakup i montaż pierwszego wyposażenia wraz z nadzorami”; zamawiającym było Muzeum.

W postępowaniu złożono odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 513 p.z.p., w którym zarzucono zamawiającemu naruszenie m.in. art. 433 pkt 1 w zw. z art. 16 ust. 3 p.z.p.¹⁸ przez wskazanie kar umownych za opóźnienie w usuwaniu wad w sposób rażąco wygórowany i nieadekwatny do uzasadnionego interesu zamawiającego, z uwagi na ich odniesienie do wartości całego kontraktu, a nie wartości wadliwego elementu. W związku z tym odwołujący m.in. wnosił o: zmianę treści projektowanych postanowień umowy w przedmiocie wysokości kar umownych w ten sposób, że zostaną

¹⁵ W. Robaczyński: *Głosa do wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2021 r. (KIO 2340/21) i z dnia 23 listopada 2021 r. (KIO 3277/21)*, „Prawo Zamówień Publicznych” nr 4/2022.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Zgodnie z art. 473 § 1 k.c., dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nie należyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Z takiego sformułowania przepisu wynika, że rozszerzenie odpowiedzialności może dotyczyć także opóźnienia z przyczyn niezawinionych przez dłużnika.

¹⁸ Art. 16 ust. 1-3 p.z.p. stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

odniesione do zwłoki w usuwaniu wad oraz do wartości wadliwego elementu, zmianę procentowej wartości kar umownych i łącznego limitu kar umownych.

Sporne postanowienia miały następującą postać (uwaga od autora: wybrano tylko fragment postanowień umowy, dotyczący zagadnień omawianych w tym opracowaniu¹⁹):

§ 24. 1. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do naliczenia Wykonawcy kar umownych w następujących przypadkach: (a) za każdy rozpoczęty dzień przekroczenia terminu zakończenia robót z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 0,19% wartości wynagrodzenia umownego netto;

(b) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w usunięciu wad stwierdzonych w trakcie realizacji robót budowlanych, przy czynnościach odbioru końcowego, inspekcji robót lub inspekcji robót ukrytych, jak i w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,08% wartości wynagrodzenia umownego netto; przy czym okres opóźnienia będzie liczony od dnia następującego po dniu wyznaczonym na ostateczne usunięcie nieprawidłowości;

(c) za odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 13% wartości wynagrodzenia umownego netto; (...) 2. Maksymalna, łączna wartość kar umownych przewidzianych w tym paragrafie nie może przekroczyć 20% (słownie: dwadzieścia procent) wynagrodzenia umownego netto. Kary umowne podlegają kumulacji”.

Zdaniem wykonawcy, zgodnie z art. 433 pkt 1 p.z.p. zakazane jest stosowanie w umowach zamówieniowych odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, zaś „poza sporem jest fakt, że kary umowne liczone procentowo od wartości kontraktu są rażąco wygórowane”. Dotyczyło to dziennej wartości kary, dlatego wykonawca stwierdził następnie: „Przyjmując chociażby wartość kontraktu na poziomie 500 mln złotych, w przypadku kary za niedochowanie terminu realizacji wynosi ona ponad 900 tysięcy złotych. W przypadku kary za opóźnienie w usunięciu wad – kara dzienna wynosi 400 tysięcy złotych – co jest oczywiście złamaniem zasady proporcjonalności postępowania”.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o dostosowanie zapisów dotyczących zasad naliczania i wysokości kar umownych do przepisów prawa zamówień publicznych i nadanie im następującego brzmienia: „1. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do naliczenia wykonawcy kar umownych w następujących przypadkach:

(a) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do terminu zakończenia robót w wysokości 0,019% wartości wynagrodzenia umownego netto;

(b) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych w trakcie realizacji robót budowlanych przy czynnościach odbioru końcowego, inspekcji robót lub inspekcji robót ukrytych, jak i w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,008% wartości wadliwego elementu robót; przy czym okres zwłoki może być liczony od dnia

¹⁹ Zrezygnowano z oryginalnej pisowni wielkimi literami, jeśli nie wynikała ona z zasad pisowni lub uzusu językowego – red.

następującego po dniu wyznaczonym na ostateczne usunięcie nieprawidłowości; 2. Maksymalna łączna wartość kar umownych przewidzianych w tym paragrafie nie może przekroczyć 10% (słownie: dziesięć procent) wynagrodzenia umownego netto. Kary umowne podlegają kumulacji”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i zostało oddalone w całości. KIO stwierdziła m.in.: „Odwołujący podnosił, że zakazane jest stosowanie w umowach zamówieniowych odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie. Co do zasady Izba podziela niniejsze stanowisko. Celnie podkreślił jednak w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, iż w przypadku przedmiotowej umowy kara za przekroczenie ostatecznego terminu zakończenia robót powiązana została ze zwłoką Wykonawcy, czyli opóźnieniem kwalifikowanym. Zatem zarzut w tej części nie zasługiwał na uwzględnienie, ponieważ nie referował do zasady, którą wprowadził Zamawiający. Ponadto zasada ta zgodna jest z podstawowym założeniem art. 433 ustawy Pzp”.

Z punktu widzenia zagadnienia omawianego w artykule istotniejszy jest kolejny punkt, w odniesieniu do którego KIO stwierdziła: „Dalsze postanowienia wzoru umowy w § 24 rzeczywiście zastrzegają konieczność zapłaty kar umownych na wypadek opóźnienia. Nie można jednak pominąć, iż treść art. 433 ustawy Pzp dopuszcza taką możliwość, jeśli jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia”. Zdaniem KIO należało ocenić, czy zamawiający wykazał, że mógł wprowadzić wyjątek od ustalonej zasady.

W uzasadnieniu wyroku KIO wskazała stanowisko zamawiającego, którego

zdaniem „(...) siedziba wyjątkowego na skalę światową obiektu musi być stale dostępna dla zwiedzających, będzie ona przyjmowała gości z kraju i zagranicy, w tym szereg oficjalnych delegacji państwowych. Wyjątkowe i unikatowe będą także zbiory muzealne i eksponaty, które udało się zgromadzić Zamawiającemu. Szereg z tych eksponatów stanowi własność osób prywatnych, fundacji, stowarzyszeń, innych krajów, co wymusza zachowanie szczególnych środków ostrożności i bezpieczeństwa”. W efekcie KIO podkreśliła, że „(...) zdaniem Zamawiającego nie jest możliwe dopuszczenie do sytuacji, w której część muzeum lub wystaw nie będzie dostępna dla zwiedzających lub naruszone zostaną zasady bezpieczeństwa, odnoszące się do zwiedzających, jak również do samych eksponatów”. Jednocześnie KIO zauważyła, że: „Odwołujący natomiast wyrażał przekonanie, że nie są to okoliczności nadzwyczajne, które pozwalają na zastosowanie wyjątku od zasady”.

Wyżej wskazane argumenty zamawiającego zostały uwzględnione przez organ orzekający. KIO nie zgodziła się z kwestionowaniem omawianego postanowienia umownego. Zdaniem KIO: „(...) zarówno sam charakter obiektu, jego funkcja oraz tematyka wymagają zastosowania podwyższonych zasad należytego wykonania przedmiotu zamówienia i wprowadzenia odpowiedzialności za usuwanie wad i usterek na zasadzie odpowiedzialności za opóźnienie”. KIO stwierdziła, że jej zdaniem „(...) samo już usytuowanie muzeum – budynku pochodzącego sprzed II wojny światowej, na obszarze gęsto zaludnionym, w centrum miasta, w ramach funkcjonującej infrastruktury

miejskiej może rodzić szereg problemów techniczno-komunikacyjnych przy prowadzeniu robót budowlanych, nie mówiąc już o samym funkcjonowaniu obiektu i zapewnieniu bezpieczeństwa dla zwiedzających oraz mieszkańców. Usytuowanie muzeum na terenie dawnego getta warszawskiego, biorąc pod uwagę tylko historię Powstania w getcie, czy Powstania Warszawskiego i zniszczeń, jakich dokonano na tych terenach, wiązać powinno się z zapewnieniem szczególnej staranności przez wykonawcę przy realizacji tego projektu". Konkludując ten fragment uzasadnienia, KIO podsumowała, że „z uwagi na wyjątkowość zamierzenia (...) Zamawiający ma prawo wymagać, by podmiot wybrany gwarantował najwyższą jakość wykonania, przez co rozumieć należy również sprawny proces usuwania wad i usterek”.

Natomiast w odniesieniu do zarzutów odwołania dotyczących wygórowanej wysokości kar umownych i ich limitu KIO stwierdziła: „(...) Odwołanie nie zawiera w tym zakresie uzasadnienia zarzutów, z którego wynikałoby, że rzeczywiście mamy do czynienia z takim zjawiskiem. Zdaniem Izby ustalony limit 20% wynagrodzenia umownego netto jest racjonalny i przemyślany przez Zamawiającego. Nie jest to poziom niespotykany w zamówieniach publicznych, a raczej wręcz odwrotnie – wyjątkowo często spotykany, uznać więc można, że odpowiadający praktyce rynku zamówień publicznych”. KIO zaznaczyła ponadto, że zamawiający wskazał wiele postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w których zarówno

wysokość poszczególnych kar, jak również ich limit zostały ustalone na poziomie zbliżonym do zawartych we wzorze umowy, będącym przedmiotem postępowania, a także wykazał, że „również dla kontraktów prywatnych zawieranych przez przedsiębiorców limity określone są na podobnym poziomie”. Z tego względu KIO uznała, że przewidziany we wzorze umowy limit stanowi zabezpieczenie interesów zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia. Przytoczono w tym miejscu fragment wyroku KIO w innej sprawie, w którym stwierdzono: „(...) maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Ponoszone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy”²⁰. W tym kontekście ostatecznie KIO stwierdziła, że: „Zamawiający nie sformułował postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobodę Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych czy uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy” oraz że: „Ustalone zasady naliczania kar umownych nie naruszają w ocenie Izby zasad swobody umów i spełniają funkcję dyscyplinującą i stymulującą Wykonawców”.

²⁰ Zamawiający powołał się na wyrok KIO z 28.12.2018 (sygn. akt KIO 2574/18).

Opisana wyżej argumentacja doprowadziła KIO do uznania, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, wobec czego zostało oddalone.

Wnioski wynikające z wyroku KIO

Analizując przedstawione wyżej rozstrzygnięcie, trzeba na początek podkreślić, że dwie kwestie nie budzą wątpliwości.

Po pierwsze, należy zaakceptować pogląd KIO co do pierwszego punktu omawianego § 24 wzoru umowy. Rzeczywiście interpretacja sformułowanego w tej części umowy postanowienia wskazuje, że kara umowna została przewidziana nie za opóźnienie, ale za zwłokę, skoro chodzi o „każdy rozpoczęty dzień przekroczenia terminu zakończenia robót z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” (podkrśl. autora).

Po drugie, przekonujące są też argumenty na rzecz stanowiska, że przewidziany we wzorze umowy limit kar umownych nie został ustawiony na zbyt wysokim poziomie, biorąc pod uwagę praktykę zamówień publicznych.

Warto zatem zastanowić się nad zasadniczym z punktu widzenia niniejszego opracowania zagadnieniem, dotyczącym relacji między opóźnieniem (zwłaszcza opóźnieniem zwykłym) a zastrzeżeniem kary umownej. Z analizy treści uzasadnienia wyroku KIO można wyprowadzić wnioski, że – choć w tej sprawie organ orzekający nie miał wątpliwości co do prawidłowości sformułowań w zakresie kar umownych – to jednak praktyczne zastosowanie art. 433 pkt 1 p.z.p. rodzi bardzo poważne problemy. Wynikają one przede wszystkim z samej konstrukcji przepisu, a są związane z użytym w jego treści sformułowaniem „(..) chyba że jest

to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia”. Problem wynika stąd, że ustawodawca najwyraźniej podziela tradycyjny pogląd, w świetle którego kara umowna powinna być związana ze zwłoką, czyli z zawinionym opóźnieniem. Jednak dopuszcza także możliwość – wprawdzie wyjątkowo – powiązania kary umownej z opóźnieniem, niezależnie od winy. Rodzi to problemy z ustaleniem, czy w konkretnych okolicznościach zastrzeżenie kary umownej jest usprawiedliwione. Pod tym względem argumenty podniesione w treści uzasadnienia wyroku na tle omawianego konkretnego rozstrzygnięcia nie wydają się dostatecznie przekonujące. Nie jest jasne, dlaczego uznano, że ewentualne opóźnienie w realizacji obowiązków umownych przez wykonawcę jest w tym przypadku istotne do tego stopnia, aby uzasadniało oderwanie obowiązku zapłaty kary umownej od stwierdzenia okoliczności obciążających po stronie dłużnika. Oczywiście nie do podważenia jest pogląd o istotnym społecznym i kulturowym znaczeniu inwestycji upamiętniającej wydarzenie dziejowe o tak wielkim znaczeniu historycznym. Trudno jednak przy stosowaniu art. 433 p.z.p. generalnie dzielić zamówienia publiczne według ich rangi, aby uczynić z tego rozróżnienia podstawę do zaostrzenia odpowiedzialności wykonawców w wypadku tych zamówień, które zostaną uznane przez zamawiającego za historycznie najważniejsze. Kwalifikacja zamówienia jako takiego, które uzasadnia zaostrzenie odpowiedzialności z tytułu kar umownych staje się w nadmiernym stopniu sprawą subiektywnej oceny zamawiającego. To bowiem sam zamawiający wprowadza karę umowną w określonym kształcie

do projektowanego stosunku prawnego łączącego go z wykonawcą. Poza możliwością odwołania do KIO wykonawca nie ma istotnego wpływu na treść umowy w tym zakresie. Jest sprawą dyskusyjną, czy przekonujący może być argument, że skoro pożądanym jest zapewnienie szczególnej staranności przez wykonawcę w czasie realizacji projektu, to „z uwagi na wyjątkowość zamierzenia (...) Zamawiający ma prawo wymagać, by podmiot wybrany gwarantował najwyższą jakość wykonania, przez co rozumieć należy również sprawny proces usuwania wad i usterek”. Można byłoby raczej oczekiwać, że najwyższa jakość wykonania powinna być zagwarantowana dzięki odpowiednio wysokim wymaganiom technicznym i organizacyjnym stawianym wykonawcom w ramach realizacji inwestycji (oczywiście w granicach proporcjonalności), nie zaś przez przesuwanie na nich ciężaru odpowiedzialności za okoliczności, które wykonawców nie obciążają, a mamy z nią do czynienia w wypadku opóźnienia zwykłego. Oczywiście niedobrze jest, gdy realizacja projektów istotnych z punktu widzenia życia społecznego czy gospodarczego opóźnia się w stosunku do zamierzeń. Jeśli jednak dzieje się tak z przyczyn, które nie obciążają wykonawcy (i zakładamy, że nie obciążają także zamawiającego), to trudno znaleźć uzasadnienie prostego „przeniesienia ryzyka” w taki sposób, aby niekorzystne skutki okoliczności niezależnych od stron dotyczyły tylko jedną ze nich. Tym bardziej, o czym było mowa

już wcześniej, że wykonawca zamówienia publicznego nie ma wpływu na takie ukształtowanie postanowień umownych (odmiennie niż gdyby rozpatrywać sprawę wyłącznie na podstawie art. 473 § 1 k.c.).

Konkluzje *de lege lata* i *de lege ferenda*

Na tle powyższych uwag można sformułować następujące wnioski. Zawarte w art. 433 pkt 1 p.z.p. wskazanie „okoliczności” oraz „zakresu zamówienia” – bez powiązania np. z zagrożeniem wystąpienia poważnej szkody dla zamawiającego lub dla interesu ogólnego – wydaje się zbyt szerokie. Wyrazić można w związku z tym obawę, że – wbrew intencji ustawodawcy – przepis ten nie stanowi dostatecznej ochrony wykonawców przed narzucaniem im odpowiedzialności dalej idącej niż odpowiedzialność kontraktowa w kształcie przewidzianym przez Kodeks cywilny. Z tego względu sądzę, że rozwiązanie przyjęte w art. 433 pkt 1 p.z.p. nie jest optymalne. Nie wydaje się zasadne osłabianie zakazu wynikającego z ogólnych reguł prawa cywilnego, tj. niedopuszczalności zastrzegania kary umownej za zwykłe opóźnienie. Dostrzec jednak należy, że na podstawie poprzednio obowiązującego prawa zamówień publicznych orzecznictwo dopuszczało zastrzeżenie kary umownej w oderwaniu od winy dłużnika²¹. Jeśli nawet jednak uznać, że ze względów gospodarczych należałoby dopuścić obciążenie wykonawcy konsekwencjami

²¹ Por. przykładowo wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 13.6.2016 (I IACa 125/16), w którym stwierdzono m.in.: „W sytuacji gdy strony umowy zastrzegły w sposób wyraźny i jednoznaczny, że na rzecz zamawiającego zastrzeżona została kara umowna za opóźnienie w przekazaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru, a nie tyl-

niezawinionych przez niego zachowań (co nie wydaje się konieczne), prawidłowe byłoby uregulowanie tej kwestii odrębnie, jako ustawowo określonego zastrzeżenia o charakterze gwarancyjnym. Nie odnoszę się w tym miejscu do spornej w literaturze kwestii relacji między konstrukcją kary umownej a takim zastrzeżeniem gwarancyjnym. Zagadnienie to wymagałoby odrębnego opracowania²². Trudno jednak nie dostrzec, że jeśli przyjmiemy – czego nie sposób podważyć – że ideą wprowadzenia art. 433 p.z.p. była ochrona wykonawców przed nadmiernym obciążeniem rygorystycznie ujętymi karami umownymi, to jednocześnie dopuszczenie możliwości obciążania dłużnika konsekwencjami okoliczności, na które nie miał wpływu i które nie były przez niego zawinione jawi się jako pewna sprzeczność, niezależnie od tego, czy stosowne zastrzeżenie uznalibyśmy za karę umowną *sensu stricto*, czy za element gwarancyjny, odrębnie rozważany od odpowiedzialności odszkodowawczej.

W świetle powyższych ustaleń niedoskonałe wydaje się ujęcie zaprezentowane w art. 433 pkt 1 p.z.p. Można sądzić, że rodzi ono problemy interpretacyjne, nie dostarczając istotnych korzyści. Moim zdaniem, z tego punktu widzenia lepiej przedstawiało się ujęcie granic kary umownej w pierwotnym projekcie ustawy, który zawierał ogólną klauzulę

niedozwolonych postanowień umowy²³. Zgodnie z jego art. 462 ust. 1, postanowienia umowy nie mogą kształtować praw i obowiązków zamawiającego oraz wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyka związanego z jego realizacją. W ustępie 2 przewidywano, że za postanowienia sprzeczne z ust. 1 uważa się w szczególności przewidujące:

- 1) naliczanie kar umownych za opóźnienie, jeżeli opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie odpowiada;
- 2) naliczanie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
- 3) kary umowne rażąco wygórowane;
- 4) odpowiedzialność wykonawcy za wykonanie świadczeń, które nie były możliwe do przewidzenia przez wykonawcę działającego z należytą starannością.

Z tego ujęcia wynika, że projekt w sposób zgodny z regułami odpowiedzialności odszkodowawczej odnosił się do przyjętego w prawie cywilnym rozróżnienia między opóźnieniem a zwłoką. Odrębną sprawą byłaby wówczas dopuszczalność ewentualnego zastrzeżenia klauzuli o charakterze gwarancyjnym. Nie można by było traktować jej wówczas jako kary umownej. Takie stanowisko byłoby w pełni zgodne z ujęciem konstrukcji kary umownej w Kodeksie cywilnym, ale też realizowałoby postulat ochrony wykonawców

ko w przypadku opóźnienia zawinionego (zwłoki), powód nie może podnosić zarzutu, że opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy powstało na skutek okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, skoro roszczenie o zapłatę kary umownej powstaje w tym przypadku za sam fakt opóźnienia, bez względu na przyczynę”.

²² Zob. J. Jastrzębski, op.cit., s. 86-90 i powołane tam wypowiedzi piśmiennictwa.

²³ Projekt z 21.1.2019, dostępny na stronie Rządowego Centrum Legislacji: <<https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12320355/12565427/12565428/dokument378561.pdf>> (dostęp 14.11.2023).

przed nadmiernym obciążaniem ich skutkami niezawinionych zdarzeń. Zgodzić się należy z poglądem, że „powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu”²⁴. Nie oznacza to oczywiście rezygnacji z możliwości umownego rozszerzenia zakresu odpowiedzialności na podstawie art. 473 § 1 k.c. w stosunkach gospodarczych. Chodzi jednak o minimalną ochronę tych uczestników obrotu, którzy nie mają istotnego wpływu na treść przedstawionych im w postępowaniu postanowień umownych. Należy podkreślić, że takie ujęcie nie oznacza łagodzenia rygorów odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. Jak już bowiem wcześniej zaznaczono, karę umowną ujmuje się jako zryczałtowaną postać odszkodowania, a zatem wymagane jest spełnienie przesłanek odpowiedzialności kontraktowej, w tym stwierdzenia okoliczności obciążających dłużnika. Z art. 471 k.c. wynika zaś domniemanie winy dłużnika, przy czym art. 472 k.c. wyznacza jako zakres odpowiedzialności niezachowanie należytej staranności przez dłużnika. To na wykonawcy spoczywa zatem ciężar ewentualnego wykazania, że niewykonanie zobowiązania w terminie było skutkiem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, zaś on sam dochował należytej staranności. Uwzględnijmy

przy tym, że ocena należytej staranności w prawie cywilnym jest silnie zobiektywizowana, gdyż zgodnie z art. 355 § 1 k.c. jest ona zdefiniowana jako staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. Ponadto w myśl art. 355 § 2 k.c. należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu jej zawodowego charakteru. Biorąc to pod uwagę, wykonawcy zamówienia publicznego, co do zasady będącemu podmiotem profesjonalnym, bardzo trudno uwolnić się od obowiązku zapłaty kary umownej, nawet wtedy, gdy jest ona zastrzeżona na wypadek zwłoki, a nie „tylko” zwykłego opóźnienia.

Co do samej konstrukcji niedozwolonych postanowień umowy, opowiadałbym się za nowelizacją zmierzającą do uwzględnienia treści przytoczonego projektu ze stycznia 2019 r., zakładającego wprowadzenie klauzuli ogólnej, a także zakazu zastrzeżenia w zamówieniach publicznych kar umownych za opóźnienie zwykłe, tzn. za opóźnienie, które nie jest skutkiem zwłoki, lecz następstwem okoliczności, za które wykonawca nie odpowiada.

dr **WOJCIECH ROBACZYŃSKI**,
prof. UŁ, Katedra Prawa Cywilnego,
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Łódzkiego
ORCID: 0000-0001-7904-7677,
Delegatura NIK w Łodzi

²⁴ E. Wiktorowska: *Komentarz do art. 433 PrZamPubl* [w:] E. Wiktorowska, A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022, pkt 8.

Bibliografia:

1. Borysiak W. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II. Zobowiązania*, K. Osajda (red.), Warszawa 2013.
2. Grochecka-Goljan K.: *Odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie w świetle aktualnego orzecznictwa KIO oraz przepisów nowego Prawa zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” nr 1/2020.
3. Horubski K.: *Zwalczanie klauzul abuzywnych w umowach o zamówienia publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” nr 3/2022.
4. Jastrzębski J.: *Kara umowna*, Warszawa 2006.
5. Robaczyński W.: *Glosa do wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2021 r. (KIO 2340/21) i z dnia 23 listopada 2021 r. (KIO 3277/21)*, „Prawo Zamówień Publicznych” nr 4/2022.
6. Szostak R.: *Umowa o zamówienie publiczne [w:] System zamówień publicznych w Polsce*, J. Sadowy (red.), Warszawa 2013.
7. Szostak R.: *Zastrzeżenie kary umownej na tle nowego Prawa zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” nr 8/2021.
8. Tanajewska R.: *Niedozwolone postanowienia umowne w Prawie zamówień publicznych*, „Studia Prawnoustrojowe” nr 55/2022.
9. Wiktorowska E.: *Komentarz do art. 433 PrZamPubl [w:] E. Wiktorowska, A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022.

ABSTRACT

Delays and Defaults in Performing Public Procurement – Comments in the Margin of the Judgment of the National Appeals Chamber

A failure to perform public procurement on time is an adverse situation that frequently has serious organisational, economic and legal consequences. Being behind schedule in public procurement is a frequent finding in audits, subject to an assessment, also in the engagements of the Supreme Audit Office of Poland. A recent judgment by the National Appeals Office (Polish: *Krajowa Izba Odwoławcza*) triggered a discussion in the area, which sheds light on when we should refer to a delay and when to a default in public procurement obligations, what is the difference between a delay and a default and their consequences, especially relating to contract obligations, including contractual fines of a public procurement contractor. The conclusions of the article are not destined as an exhaustive commentary on the said judgment, though, because they are partially related to the issue – when regarded from the perspective of the state of the case – that has been emphasised for the purposes of the topic of this article.

Wojciech Robaczyński, PhD, prof. of the University of Łódź, Department of Civil Law, Faculty of Law and Administration of the University of Łódź, ORCID: 0000-0001-7904-7677, Regional Branch of NIK in Łódź

Key words: National Appeals Office, public procurement, delay in public procurement, contractual fines, default in public procurement