

# Bartosz Pawlik

---

## Glosa do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 15 lipca 2010 r., KIO

---

Palestra 58/3-4(663-664), 180-186

---

2013

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

*Bartosz Pawlak*

## GŁOSA DO WYROKU KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ Z 15 LIPCA 2010 R., SYGN. KIO/UZP 1387/10<sup>1</sup>

Teza glosowanego wyroku brzmi:

**1. Niedopuszczalne jest nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.**

**2. Z obowiązujących przepisów prawa, w szczególności z przepisów ustawy z 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, nie wynika zakaz ani ograniczenie możliwości przewidzenia w umowach zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami terminów zapłaty dłuższych niż trzydziestodniowe.**

### 1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

W ramach przyznanej kompetencji<sup>2</sup> do organizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiającemu przysługuje uprawnienie do arbitralnego określenia treści przyszłej umowy zawieranej z wykonawcą. W trakcie jego realizacji wielokrotnie dochodzi do sytuacji, w których postanowienia przyszłych umów nie kształtują w sposób harmonijny sytuacji prawnej stron je zawierających. Co oczywiste, odbywa się to na korzyść podmiotu, który miał wpływ na ich sformułowanie – a zatem zamawiającego. Skutkiem takiego stanu są częste spory sądowe powstające na etapie wykonywania przedmiotowych kontraktów. Nierzadko wykonawcy podnoszą argumenty o częściowej nieważności zawartych umów, w zakresie postanowień szczególnie dla nich niekorzystnych.

Sprawa rozstrzygana przez Krajową Izbę Odwoławczą w glosowanym wyroku odnosiła się do etapu przedkontraktowego (w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Wykonawca, jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty przez

---

<sup>1</sup> LEX nr 598078.

<sup>2</sup> Wynika ona wprost z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej: p.z.p.

zamawiającego, zakwestionował treść poszczególnych postanowień wzoru przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Zastrzeżono tam między innymi możliwość naliczania kar umownych za zaistnienie zdarzeń niezależnych od wykonawcy, a także przewidziano odległy, bo aż sześćdziesięciodniowy termin płatności wynagrodzenia. Odwołujący podniósł, że przedmiotowe postanowienia przyszłej umowy obarczone są sankcją nieważności. Naliczanie kar umownych we wskazany powyżej sposób naruszało „art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 471 k.c. i art. 353<sup>1</sup> k.c. w związku z art. 139 ust. 1 p.z.p., art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 5 k.c.”. Zarzut ten oparto na twierdzeniu, że skoro w art. 471 Kodeksu cywilnego<sup>3</sup> uzależniono odpowiedzialność kontraktową dłużnika od winy w powstaniu szkody, to rozszerzenie tej odpowiedzialności również na zdarzenia powstałe z przyczyn niezawinionych przez dłużnika jest niedopuszczalne. Kwestionując zaś możliwość zastrzegania odległych terminów zapłaty, odwołujący oparł argumentację na naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych<sup>4</sup> (w szczególności art. 5 oraz art. 9 tej ustawy).

Skład orzekający KIO – w zakresie braku możliwości naliczania kar umownych z przyczyn niezależnych od wykonawcy – podzielił stanowisko odwołującego. W uzasadnieniu nie przywoływano nowych argumentów potwierdzających tę tezę. Poprzestano na przyznaniu racji odwołującemu się wykonawcy<sup>5</sup>. Odnosząc się do zarzutu niezgodnego z prawem określenia terminu płatności wynagrodzenia, KIO uznała pogląd ten za chybiony. Nie dopatrzone się przeszkód w postaci regulacji normatywnej, która miałaby zabraniać określania odległych terminów płatności.

Wyrok ten, jak wiele orzeczeń KIO, uszedłby zapewne uwagi większości wykonawców i zamawiających. Wobec znacznej liczby postępowań prowadzonych przez ten organ trudno jest na bieżąco śledzić wszystkie zapadające tam rozstrzygnięcia. Głosowany wyrok zaliczyć można do wyjątków. Nie tylko bowiem pierwsza z tez tam zawartych w sposób istotny odbiega od utrwalonego, by nie powiedzieć – bezspornego, poglądu doktryny prawa cywilnego i judykatury. W ostatnim czasie jest on niezwykle często przywoływany przez wykonawców (na etapie składania pytań do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) jako argument do modyfikacji projektu umowy w zakresie zmiany okoliczności uzasadniających naliczanie kar umownych. Ponadto wyrok ten jest powoływany w innych postępowaniach toczących się przed Izłą<sup>6</sup>.

Pogląd wyrażony przez KIO w głosowanym wyroku w zakresie kar umownych zasługuje na zdecydowaną krytykę. Nie tylko dlatego, że nie ma on, w mojej ocenie, poparcia normatywnego, ale przede wszystkim z uwagi na to, iż zaczął – pomimo błędnej tezy – w pewien sposób kształtować praktykę organizowania postępowań

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. nr 16, poz. 93 ze zm.), dalej: k.c.

<sup>4</sup> Dz.U. z 2003 r. nr 139, poz. 1323 ze zm.

<sup>5</sup> W uzasadnieniu głosowanego wyroku wskazano: „(...) w ocenie Izby, potwierdziły się zarzuty dotyczące: (...) zastrzeżenia kar umownych niezależnie od okoliczności, za które odpowiada wykonawca (...) Odwołujący wykazał, a Zamawiający przyznał, iż w świetle przepisów kodeksu cywilnego, do których odsyła ustawa p.z.p. niedopuszczalne jest nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności”.

<sup>6</sup> Zob. np. uzasadnienie wyroku KIO z 5 kwietnia 2012 r., KIO 599/12, LEX nr 1148320.

o udzielenie zamówień publicznych. Nieco inaczej należy odnieść się do tezy dotyczącej terminów płatności wynagrodzenia dla wykonawcy. Pogląd ten, pomimo że w tezie drugiej został sformułowany w sposób kategoryczny, może być trafny jedynie w ramach określonego postępowania. Zdecydowanie nie sposób jest tworzyć tu jakiejś uniwersalnej reguły. Wymaga przez to szerszej weryfikacji, niż uczyniła to Izba w głosowanym wyroku.

W niniejszej glosie stanowisko KIO poddane zostanie krytycznej analizie. W pierwszej kolejności należy – choćby w podstawowym zakresie – omówić, na ile w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia ze swobodą kontraktowania oraz jak daleko może ona sięgać. Przywołane zostaną argumenty dowodzące prawnej możliwości zastrzeżenia w umowie negatywnych skutków dla wykonawcy związanych z niezawinionym niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Wreszcie – zostanie omówiona kwestia zastrzeżenia odległych terminów płatności.

## 2. SWOBODA KONTRAKTOWANIA W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Umowa zawierana w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kształtowana jest zarówno przez Kodeks cywilny (*lex generalis*), jak i ustawę Prawo zamówień publicznych (*lex specialis*). Choć w art. 36 ust. 1 pkt 16 p.z.p. uregulowano, że w treści SIWZ powinny znaleźć się istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, albo ogólne warunki umowy, albo wzór umowy – niemalże zasadą w praktyce stało się, że zamawiający opracowuje wzór umowy i załącza go do SIWZ. W konsekwencji to zamawiający w sposób arbitralny określa treść przyszłego kontraktu. Powstaje zatem pytanie, jak dalece zamawiający może posunąć się w kreowaniu sytuacji prawnej stron takiej umowy.

Swoboda kontraktowania nie została sformułowana przez ustawodawcę jako zasada absolutna. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> k.c. treść lub cel zawieranej umowy nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Należy uznać, że ograniczenia ustawowe mogą wynikać także z p.z.p. Na szczególną uwagę zasługuje w tym zakresie art. 7 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Niewątpliwie opracowując wzór umowy, powyższy przepis należy mieć na uwadze.

Przygotowany przez zamawiającego wzór umowy może bądź to zostać zaakceptowany przez wykonawcę, bądź nie. Wyróżam akceptacji postanowień przyszłej umowy jest złożenie oferty w toku postępowania. Normalne jest, że wykonawcy, którzy nie godzą się na jej treść, w ogóle nie składają ofert w postępowaniu. Mogą być oni jednak uprawnieni do kwestionowania zgodności z prawem postanowień projektu umowy (jako elementu składowego SIWZ) w postępowaniu przed KIO. Jeżeli Izba uzna stanowisko odwołującego za słuszne, wówczas nakaże zamawiającemu zmienić

zaskarżone postanowienie w określony sposób. Wreszcie normalne jest, że dokonując kalkulacji ceny, wykonawcy uwzględniają możliwe do poniesienia koszty związane z realizacją ryzykownego kontraktu.

Nie powinna budzić wątpliwości teza, że wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może być konsument w rozumieniu art. 22<sup>1</sup> k.c. Wobec niespełnienia warunku podmiotowego<sup>7</sup> brak jest podstaw do stosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego regulacji wynikającej z art. 385<sup>1</sup>–385<sup>3</sup> k.c. (z wyjątkiem obowiązującej<sup>8</sup> także w obrocie niekonsumenckim zasady *in dubio contra proferentem*). Nie powinno bowiem dziwić, że tak długo, jak wykonawca ma możliwość wyboru, czy zawrze umowę o określonej treści, czy nie, dodatkowo w oferowanej cenie może ująć ryzyko związane z niekorzystnymi dla niego postanowieniami przyszłej umowy, tak długo nie ma potrzeby ingerencji w treść przyszłej umowy. Powyższa konkluzja jest istotna dla merytorycznej oceny poglądu wyrażonego w głosowanym wyroku.

### 3. ODPOWIEDZIALNOŚĆ WYKONAWCY Z TYTUŁU NIEZAWINIIONEGO NIEWYKONANIA LUB NIENALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY

Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że podstawową zasadą odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jest zasada winy. Izba w swoich rozważaniach zupełnie pominęła możliwość ponoszenia odpowiedzialności na podstawie innej zasady niż zasada winy. A przecież ustawodawca, poza wyjątkami wynikającymi z ustawy, umożliwił także dokonanie modyfikacji w zakresie ponoszonej odpowiedzialności, na warunkach określonych w art. 473 k.c. W konsekwencji wprost dopuścił sytuację, by strona umowy przyjęła na siebie szerszą odpowiedzialność, niżby to wynikało z art. 471 k.c. Nie ma zatem przeszkód, by odpowiedzialność kontraktową oprzeć na zasadzie ryzyka, czy nawet na zasadzie odpowiedzialności absolutnej. Takie postanowienie umowne nie może być co do zasady kwestionowane i uznawane za nieważne. Oczywiście nie oznacza to, by w konkretnym przypadku dochodzenie odszkodowania na tak określonych warunkach nie mogło zostać uznane za nadużycie prawa podmiotowego. Nie odnosi to jednak skutku w płaszczyźnie ważności lub nieważności regulacji umownej, a w sposobie realizacji uprawnień z niej wynikających. Trudno jest nie odnieść wrażenia, że Izba, wydając głosowany wyrok, nie rozróżniła tych płaszczyzn (choć w tym wypadku trudno jest analizować stanowisko KIO, skoro wyłącznie przyznała rację wykonawcy, nie przedstawiając ponadto żadnych argumentów).

Powyższe uwagi mają wprost odniesienie do kontraktowej regulacji kar umownych<sup>9</sup>. Co prawda w doktrynie<sup>10</sup> dyskusje wywołuje to, czy kara umowna zastrze-

<sup>7</sup> Por. P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353<sup>1</sup> k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 186.

<sup>8</sup> Zob. E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 321–322.

<sup>9</sup> Por. wyrok SN z 11 stycznia 2008 r., V CSK 362/07, OSP 2012, nr 7–8, poz. 76.

<sup>10</sup> Zob. J. Dąbrowa, (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, red. Z. Radwański, Ossolineum 1981, s. 829; T. Wiśniewski, (w:) G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, C. Żuławska, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2009, s. 746;

zona na wypadek zaistnienia zdarzeń niezależnych od dłużnika nie traci swojego charakteru i powinna być oceniana jako klauzula gwarancyjna, to jednak w ramach tej dyskusji nie kwestionowano jak dotąd ważności tych postanowień. Co więcej, nie sądzę, by te kontrowersje w doktrynie mogły być przenoszone na umowę zawieraną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (lub stosowne postanowienia SIWZ na etapie przedkontraktowym). Uznanie, że postanowienie umowne nie jest karą umowną, ale klauzulą gwarancyjną, jest niekorzystne przede wszystkim dla dłużnika (tu: wykonawcy). Skoro wykonawca nie miał wpływu na treść umowy, zamawiający zaś określił ją w taki, a nie inny sposób, nie należy dokonywać oceny badanego postanowienia na niekorzyść dłużnika. Byłoby to sprzeczne zarówno ze wskazywaną już zasadą *in dubio contra proferentem*, jak i zasadą poszanowania woli stron umowy. Powyższe nie ma jednak wpływu na ocenę ważności takiego postanowienia, a jedynie na ocenę jego skutków prawnych. Również wpływu na ważność takiego postanowienia nie ma okoliczność, że umowa z tak określonymi karami umownymi zostaje zawarta na podstawie wzorca umownego<sup>11</sup>. Jak wskazywano, nie ma w tym zakresie konieczności stosowania przepisów o ochronie konsumentów<sup>12</sup>.

Oceniając natomiast możliwość zastrzegania kar umownych pod kątem regulacji p.z.p., nie sposób jest znaleźć sprzeczności pomiędzy tymi postanowieniami a zasadą uczciwej konkurencji albo równego traktowania wykonawców. Skoro bowiem każdy wykonawca, w myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p., powinien mieć wiedzę i doświadczenie na poziomie niezbędnym do wykonania umowy, niewątpliwie jest w stanie ocenić ryzyko związane z zawarciem umowy o określonej treści. Teza ta wspierana jest ogólnym wymogiem nakładanym na profesjonalistów, by w szerszym zakresie niż inni uczestnicy obrotu przewidywali skutki dokonywanych przez siebie czynności. Należy więc założyć, że wykonawca ujmuje (a właściwie: powinien ująć) to ryzyko w oferowanej cenie. Oczywiście w konsekwencji to zamawiający ponosi negatywne skutki niekorzystnych dla wykonawcy postanowień umownych, płacąc wyższą cenę.

Tym samym nie sposób jest znaleźć takich cech umowy w sprawie zamówienia publicznego, które przesądzałyby za koniecznością odmiennej kwalifikacji *accidentalia negotii* tej umowy w zakresie regulacji odpowiedzialności kontraktowej. Ocena sytuacji prawnej wykonawcy wynikającej z umowy, a także ocena ważności postanowień kształtujących tę sytuację, winna odbywać się z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działań tego podmiotu. Ponadto przed zawarciem umowy ma

---

K. Zagrobelny, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2011, s. 887; W. Popiołek, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 450–1088*, t. II, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011; S. Dąbrowski, (w:) H. Ciepła, B. Czech, S. Dąbrowski, T. Domińczyk, H. Pietrzowski, Z. Strus, M. Sychowicz, A. Wypiórkiewicz, *Kodeks cywilny. Praktyczny komentarz z orzecnictwem*, t. II, art. 353–1088, Warszawa 2005, s. 231; wyrok SN z 27 czerwca 2000 r., I CKN 791/98, LEX nr 50891; wyrok SN z 27 czerwca 2003 r., IV CKN 300/01, „Monitor Prawniczy” 2007, nr 10, s. 573; wyrok SN z 8 lipca 2004 r., IV CK 583/03, LEX nr 137571.

<sup>11</sup> Za taką możliwością: K. Zagrobelny, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2011, s. 887; W. Popiołek, (w:) *Kodeks*, s. 88. Odmienne wypowiedział się SN w wyroku z 9 września 1970 r., I CR 362/70, LEX nr 6787, oraz W.J. Katner, (w:) *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, red. S. Włodyka, Warszawa 2001, s. 280.

<sup>12</sup> Por. wyrok SN z 25 maja 2007 r., I CSK 484/06, OSNC-ZD 2008, nr 2, poz. 34.

on możliwość zapoznania się z jej treścią oraz podjęcia decyzji, czy chce złożyć ofertę w postępowaniu. Co więcej, brak jest zupełnie podstaw do tego, by kwestionować jednolite i w zasadzie bezsporne stanowisko doktryny prawa cywilnego, że dopuszczalne jest opieranie zasady odpowiedzialności kontraktowej także na zasadzie ryzyka czy zasadzie odpowiedzialności absolutnej.

Konstatacja ta nie oznacza, że w konkretnych przypadkach niewykonania lub nie należytego wykonania umowy zamawiający będzie mógł skutecznie dochodzić od wykonawcy naliczonej kary umownej. Zawsze bowiem możliwe jest podnoszenie zarzutu nadużycia prawa. Ponadto mogą powstać przesłanki do zmiarkowania takiej kary przez sąd.

#### 4. UMOWNE TERMINY PŁATNOŚCI WYNAGRODZENIA NALEŻNEGO WYKONAWCY

Kategoryczne stwierdzenie KIO, na podstawie zaistniałego w sprawie stanu faktycznego, że w ogóle brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do uznania, iż zbyt długie terminy płatności wynagrodzenia wykonawcy są niezgodne z prawem, wydaje się zbyt daleko idące. Czym innym jest bowiem ocena konkretnego stanu faktycznego, a czym innym tworzenie na tej podstawie zasad ogólnych.

W stanie faktycznym, który leży u podstaw głosowanego wyroku, odległy termin płatności nie miał szczególnie negatywnych skutków. Skoro płatności były dokonywane w terminie 60 dni, faktury VAT były zaś wystawiane co miesiąc, niewątpliwie wykonawca oczekiwał przez tak długi okres jedynie na wynagrodzenie z pierwszej faktury VAT. Należy jednak zauważyć, że w ramach konkretnego postępowania takie postanowienie może stanowić istotne naruszenie interesów wykonawców. Termin sześćdziesięciodniowy lub dłuższy oznacza, że przed spełnieniem świadczenia wzajemnego od zamawiającego miną dwa okresy płatności pracownikom wykonawcy, nie wspominając już o sytuacjach, gdy umowa była realizowana w ramach podwykonawstwa. Spowodować to może istotne ograniczenie podmiotów, które będą w stanie wziąć udział w takim postępowaniu. Brak bieżących wpływów godzi w płynność finansową wykonawców. Jeżeli zatem tak długie terminy płatności nie będą mogły być uzasadnione w sposób obiektywny, a jednocześnie będą mogły rzeczywiście naruszać słuszny interes wykonawców, wówczas – w mojej ocenie – naruszona zostanie zasada wynikająca z art. 7 ust. 1 p.z.p. Niemniej jednak prawidłowa ocena może być dokonana *ad casum* i z tego powodu daleki byłbym od formułowania w tym zakresie reguł uniwersalnych, czy nawet zasad, od których można by wprost określić wyjątki (choć z pewnością elementem podlegającym badaniu powinna być realna możliwość ograniczenia wykonawcom dostępu do rynku). Naruszenie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców mogłoby być podnoszone przez odwołującego przed KIO. Co więcej, naruszenie p.z.p. w tym zakresie mogłoby nawet prowadzić do unieważnienia postępowania przez zamawiającego (na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 146 ust. 6 p.z.p.) lub skutkować unieważnieniem przez sąd zawartej umowy (na podstawie art. 146 ust. 6 p.z.p.).

## 5. PODSUMOWANIE

Pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą odnośnie do stosowania kar umownych zasługuje na zdecydowaną krytykę. Uznać należy, że przesadna troska o uczestników stosunków cywilnoprawnych najczęściej obraca się przeciwko pewności obrotu. Nie inaczej dzieje się w tym przypadku. Ustalenie okoliczności, na podstawie których będą naliczane wykonawcy kary umowne, jest niewątpliwym uprawnieniem zamawiającego, wynikającym z art. 7 ust. 1 p.z.p. Tak długo, jak wykonawca ma wybór w zakresie złożenia oferty w postępowaniu, przedmiotowe postanowienia przyszłej umowy nie mogą być uznawane za nieważne. Potwierdza to reguła *volenti non fit iniuria*.

Odnosząc się natomiast do oceny postanowień dotyczących terminów płatności, uznać trzeba, że ich prawidłowa kwalifikacja możliwa jest w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W zależności od okoliczności mogą one nawet zostać uznane za naruszające zasadę uczciwej konkurencji i przez to stać się przedmiotem odwołania wniesionego do Prezesa KIO, a nawet uzasadnić unieważnienie całego postępowania przez zamawiającego lub zawartej umowy przez sąd.