

UCHWAŁA

Dnia 30 czerwca 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Roman Trzaskowski (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Anna Owczarek

SSN Katarzyna Tyczka-Rote

Protokolant Bożena Kowalska

w sprawie z powództwa Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w S.

przeciwko G. K.

o zapłatę,

po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu jawnym

w dniu 30 czerwca 2020 r.,

zagadnienia prawnego przedstawionego

przez Sąd Okręgowy w B.

postanowieniem z dnia 30 sierpnia 2019 r., sygn. akt VII Ga (...),

"Czy ważne jest zastrzeżenie w umowie o roboty budowlane zawartej w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, wobec tego, że postanowienie umowne w przedmiocie wysokości kar umownych z tego tytułu przewidziane jest w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a tej ustawy, podczas gdy zgodnie z art. 483 § 1 k.c. karę umowną można zastrzec jedynie jako naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego zobowiązania niepieniężnego?"

podjął uchwałę:

Artykuł 483 § 1 k.c. nie wyłącza dopuszczalności zastrzeżenia kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, o której mowa w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. 2013 r., poz. 907 ze zm.).

UZASADNIENIE

Powód - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w S. (dalej – „Szpital”) domagał się zasądzenia na swoją rzecz od A. sp. z o.o. w C. (dalej – „Spółka”) i G. K. solidarnie kwoty 42.912,38 zł wraz z bliżej oznaczonymi odsetkami ustawowymi za opóźnienie. Na należność główną składała się kwota 11.629,38 zł z tytułu zwrotu wynagrodzenia zapłaconego przez Szpital podwykonawcy oraz kwota 31.283 zł z tytułu kary umownej zastrzeżonej w umowie o roboty budowlane na wypadek nieopłacenia przez pozwanych podwykonawców.

W sprawie ustalono m.in., że w dniu 8 kwietnia 2014 r. Szpital („Zamawiający”) zawarł z konsorcjum pozwanych („Wykonawca”), w trybie przetargu nieograniczonego umowę w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane, której przedmiotem była rozbudowa Szpitala (dalej – „Umowa”). Zastrzeżono w niej m.in., że Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w razie „braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy w wysokości 0,5% wartości wynagrodzenia należnego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy za każdy dzień zwłoki” (§ 11 ust. 1 pkt 5 Umowy).

Prace budowlane zostały zrealizowane zgodnie z Umową. Częściowo wykonał je podwykonawca, który po ich odbiorze przez Szpital zażądał bezskutecznie od G. K. – zgodnie z umową podwykonawczą - zwrotu 70% „kaucji” zabezpieczającej należyte wykonanie umowy, tj. kwoty 11.629,38 zł.

Prawomocnym wyrokiem z dnia 4 września 2017 r. Sąd Rejonowy w B. zasądził od Szpitala na rzecz podwykonawcy kwotę 11.629,38 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 23 kwietnia 2016 r. do dnia zapłaty, zastrzegając solidarną odpowiedzialność z G. K.

W dniu 17 października 2017 r. Szpital zapłacił podwykonawcy zasądzoną należność (17.037,20 zł), po czym bezskutecznie wezwał pozwanych do zapłaty kwot: 11.629,38 zł z odsetkami za zwłokę od dnia 16 października 2017 r. do dnia

zapłaty i 31.515,62 zł z tytułu kar umownych liczonych od dnia 23 kwietnia 2016 r. do dnia 11 października 2017 r.

Zapłaty tych kwot dochodził w niniejszej sprawie, która jest już częściowo prawomocnie rozstrzygnięta nakazem zapłaty z dnia 25 lipca 2018 r. wydanym postępowaniu upominawczym przez Sąd Rejonowy w S. Obecnie spór toczy się między Szpitalem a G. K. i dotyczy żądania zapłaty kwoty 31.283,00 zł z tytułu kary umownej. Zdaniem pozwanego, jest ono bezzasadne, ponieważ § 11 ust. 1 pkt 5 Umowy przewidujący obowiązek zapłaty kary umownej był niedopuszczalny i nieważny.

Wyrokiem z dnia 12 grudnia 2018 r. Sąd Rejonowy w S. uwzględnił to żądanie, stwierdzając lakonicznie, że § 11 ust. 1 pkt 5 Umowy był w świetle art. 353¹ k.c. dopuszczalny i wiążący.

Przy rozpoznawaniu apelacji G. K. Sąd Okręgowy w B. powziął poważne wątpliwości co do tego, czy ważne jest zastrzeżenie w umowie o roboty budowlane zawartej w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, wobec tego, że postanowienie umowne w przedmiocie wysokości kar umownych z tego tytułu przewidziane jest w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a tej ustawy, podczas gdy zgodnie z art. 483 § 1 k.c. karę umowną można zastrzec jedynie jako naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego zobowiązania niepieniężnego, i przedstawił to zagadnienie Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia na podstawie art. 390 § 1 k.p.c.

Zdaniem Sądu Okręgowego, źródłem wątpliwości jest rozbieżność norm wyrażonych w art. 483 § 1 k.c. i art. 143 d ust. 1 pkt 7 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (w dacie zawarcia Umowy, tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.; dalej - „p.z.p.”). O ile bowiem z art. 483 § 1 k.c. wynika, że kara umowna może być zastrzeżona tylko na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, o tyle art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. przewiduje wyraźnie, iż umowa o roboty budowlane ma zawierać m.in. postanowienie dotyczące wysokości kary umownej,

z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Sąd odrzucił stanowisko reprezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że zobowiązanie do zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy jest świadczeniem pieniężnym w rozumieniu art. 483 § 1 k.c. tylko na linii wykonawca-podwykonawca - zastrzeżenie kary umownej jest tu niedopuszczalne – natomiast w stosunku zamawiający-wykonawca obciążenie karą umowną następuje z tytułu naruszenia zobowiązania do terminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom. Wyraził pogląd, że w obu przypadkach zapłata wynagrodzenia jest istotą zobowiązania wykonawcy, kara zaś przysługuje za jego niewykonanie (nienależyte wykonanie), a to, do czyich rąk ma być uiszczona, jest kwestią drugoplanową, gdyż osoba adresata świadczenia nie może wpływać na zmianę charakteru świadczenia z pieniężnego na niepieniężny. Także dlatego, że beneficjentem świadczenia pieniężnego nie musi być strona umowy, skoro może być ono zastrzeżone na rzecz osoby trzeciej (art. 393 k.c.). W ocenie Sądu Okręgowego, przepisy prawa ani reguły logicznego rozumowania nie uzasadniają interpretacji, że to samo świadczenie - polegające na zapłacie wynagrodzenia – może być jednocześnie uznawane za pieniężne i niepieniężne.

Sąd odwoławczy zwrócił też uwagę, że prawo zamówień publicznych nie przewiduje odrębnej od kodeksowej regulacji instytucji kary umownej, lecz odwołuje się do instytucji znanej kodeksowi cywilnemu. Oznacza to, że pomiędzy obiema regulacjami nie występuje relacja *lex specialis* - *lex generalis*, a klauzulę zastrzegającą karę umowną za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom należy uznać za nieważną. Zdaniem Sądu drugiej instancji, wymaganie od stron zamieszczania w umowach postanowień, które z przyczyn systemowych są niedopuszczalne, jest „rezultatem braku należytej refleksji przy tworzeniu prawa”. Z drugiej jednak strony Sąd zauważa, że wykładnia taka prowadzi do eliminacji normy ustawowej istotnej z punktu widzenia umów o roboty budowlane z udziałem podwykonawców, która z woli ustawodawcy ma korzystać ze szczególnej ochrony i ma na celu wzmocnienie sytuacji prawnej podwykonawców oraz zagwarantowanie im zapłaty wynagrodzenia za wykonywane

prace. Wyniki wykładni językowej i systemowej pozostają zatem w sprzeczności z wykładnią celowościową i autentyczną.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Wątpliwość prawna dostrzeżona przez Sąd Okręgowy, sporadycznie sygnalizowana również w literaturze, nie znalazła dotychczas odzwierciedlenia w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Jej analizę należy rozpocząć od przypomnienia, że zgodnie z art. 139 ust. 1 p.z.p. do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Reguła ta dotyczy także kar umownych unormowanych w prawie zamówień publicznych, w tym tej, o której mowa w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p., gdyż – jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy - nie ma podstaw, by uznać, że stanowią one instytucję odrębną względem uregulowanej w art. 483-484 k.c. Spostrzeżenie to pozostaje w pełnej zgodzie z dotychczasowym orzecznictwem Sądu Najwyższego, z którego wynika, że kary umowne zastrzegane w umowach w sprawie zamówień publicznych mogą być miarkowane zgodnie z art. 484 § 2 k.c. (por. wyroki z dnia 21 listopada 2007 r., I CSK 270/07, nie publ., z dnia 23 maja 2013 r., IV CSK 644/12, nie publ., z dnia 14 stycznia 2016 r., IV CSK 223/15, nie publ., z dnia 17 czerwca 2016 r., IV CSK 674/15, nie publ. i z dnia 18 grudnia 2018 r., IV CSK 491/17, nie publ.).

Sąd drugiej instancji ma także rację, wskazując, że na gruncie art. 483 § 1 k.c. zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego jest niedopuszczalne (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2019 r., III CZP 3/19, OSNC 2020, nr 5, poz. 35 i tam przywoływane wcześniejsze orzecznictwo; por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2020 r., IV CSK 579/17, nie publ.). Wbrew ocenie tego Sądu należy jednak podkreślić, że nie oznacza to jeszcze, iż odmienne rozwiązanie jest w ogóle „systemowo” wykluczone.

Należy przypomnieć, że art. 82 kodeks zobowiązań nie przewidywał takiego ograniczenia, a zastrzeżenie odszkodowania umownego za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania pieniężnego uznawano co do zasady za dopuszczalne, z zastrzeżeniem ograniczenia wynikającego z regulacji dotyczących odsetek

maksymalnych (por. L. Domański, Instytucje kodeksu zobowiązań. Część ogólna, Warszawa 1936, s. 387, 393 i 429). Wprowadzenie takiej możliwości niektórzy autorzy postulują obecnie *de lege ferenda*. *De lege lata* funkcję zbliżoną do kary umownej za niewykonanie zobowiązania pełni zadatek, który może być zastrzeżony na wypadek niewykonania zobowiązania do świadczenia pieniężnego i odstąpienia od takiej umowy (art. 394 § 1 k.c.).

Obrazuje to wystarczająco, że ograniczenie przewidziane w art. 483 § 1 k.c. nie jest wynikiem logicznej konieczności, lecz określonej decyzji ustawodawczej. Tam, gdzie ustawodawca uznaje to za stosowne, może od tej decyzji odstąpić.

W ten sposób, a więc jako *lex specialis* względem art. 483 § 1 k.c., należy postrzegać art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p., trudno bowiem zaprzeczyć, że przepis ten obliguje strony umowy w sprawie zamówienia publicznego do zastrzeżenia kary umownej na wypadek braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty przez wykonawcę wynagrodzenia należnego podwykonawcom, co koliduje z regułą wyrażoną w art. 483 § 1 k.c. Okoliczność, że uprawnionym do żądania kary umownej jest w takim przypadku zamawiający, a nie podwykonawca, nie sprawia, iż przypadek ten nie mieściłby się – w braku art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. – w zakresie zastosowania art. 483 § 1 k.c., zwłaszcza gdyby przyjąć, że wykonawca zobowiązuje się także względem zamawiającego do zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom. W świetle zaś art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p., jak również art. 147c ust. 7 p.z.p., zgodnie z którym ciążąca na zamawiającym, a wynikająca z uchylania się od obowiązku zapłaty przez wykonawcę, konieczność dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy może stanowić podstawę do odstąpienia przez zamawiającego od umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz art. 147d ust. 1 pkt 5 p.z.p., w myśl którego umowa o roboty budowlane powinna zawierać także postanowienie dotyczące terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, nie powinno budzić wątpliwości, że wykonawca zaciąga takie zobowiązanie także względem inwestora.

Należy też zwrócić uwagę, że w orzecznictwie wyjaśniono już, iż art. 483 § 1 k.c. nie daje podstaw do wykładni zwięzającej stanu niewykonania zobowiązania niepieniężnego do świadczenia wzajemnego i że stymulacyjna funkcja instytucji

kary umownej dopuszcza jej zastrzeżenie na wypadek każdego niewykonania zobowiązania, bez względu na to, kto miał być beneficjentem świadczenia. W konsekwencji za dopuszczalne uznano zastrzeżenie obowiązku zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kar umownych w razie niewywiązania się nabywcy prywatyzowanej spółki ze zobowiązań inwestycyjnych względem tej spółki (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 września 2004 r., IV CK 631/03, nie publ., z dnia 7 lipca 2006 r., I CSK 127/06, OSNC 2007, nr 3, poz. 49 i z dnia 20 kwietnia 2011 r., I CSK 391/10, nie publ.; por. też wyroki Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2015 r., I CSK 745/13, nie publ. i z dnia 14 października 2016 r., I CSK 618/15, nie publ.).

Podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia kolizji między regułą wyrażoną w art. 483 § 1 k.c., a normą wynikającą z art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. ma art. 139 ust. 1 p.z.p., który prowadzi do wniosku, że art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. stanowi przepis szczególny względem art. 483 § 1 k.c. Sąd odwoławczy błędnie wykluczył taką zależność, zakładając (*implicite*) bez wystarczającej podstawy, że o regulacji szczególnej można mówić tylko wtedy, gdy ma ona charakter kompleksowy, statuuje odrębną instytucję.

Odrębną kwestią – w zasadzie przynależącą do polityki prawa - jest to, czy istniały wystarczające racje dla odstąpienia od art. 483 § 1 k.c. Przepis art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. został dodany – jako część wprowadzanych art. 143a-143d p.z.p., poświęconych podwykonawstwu - mocą art. 1 pkt 5 ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. (Dz.U. z 2013 r., poz. 1473 – dalej „Nowelizacja”). Z uzasadnienia Nowelizacji wynika, że wprowadzane nią kary umowne miały pełnić przede wszystkim funkcję dyscyplinującą (stymulującą), a ustawodawca miał na względzie nie tylko – a nawet nie głównie - potrzebę ochrony interesu majątkowego podwykonawcy, ale przede wszystkim ochronę interesów zamawiającego, w tym mniej wymiernych i wykraczających poza sferę czysto prywatnoprawną, interesów majątkowych (niezakłócona realizacja zamówienia mającego zaspokajać potrzeby publiczne, komplikacje związane z koniecznością oceny należytego wykonania umowy podwykonawczej przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty – por. art. 143c ust. 4-5) i niemajątkowych (zaufanie do organów władzy publicznej jako inwestorów). W orzecznictwie nie budzi zaś wątpliwości, że kara umowna może

służyć także ochronie interesów niemajątkowych (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r. - zasada prawna, III CZP 61/03, OSNC 2004, Nr 5, poz. 69 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2006 r., IV CSK 157/06, OSNC 2007, nr 7-8, poz. 114 i z dnia 10 grudnia 2019 r., IV CSK 443/18, nie publ.). Rozwiązanie przewidziane w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. zostało podtrzymane także w art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019).

Przedstawione motywy nie są bezpodstawne w stopniu mogącym skłaniać do zakwestionowania – choćby w ramach tzw. rozproszonej kontroli zgodności przepisów ustawowych z Konstytucją - mocy obowiązującej art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. Zwłaszcza że wprowadzenie obowiązku zastrzeżenia w umowie w sprawie zamówienia publicznego kary umownej na wypadek braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom nie oznacza, iż wysokość tej kary umownej może być dowolna. Ograniczenia w tym względzie wynikają przede wszystkim z zasad ogólnych, przy czym nie chodzi jedynie o możliwość miarkowania kary umownej (art. 484 § 2 k.c.), która nie wyłącza zastosowania art. 353¹ i art. 58 k.c. (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2005 r., II CK 420/04, nie publ. i z dnia 26 października 2016 r., III CSK 312/15, nie publ.). Instrumenty te mogą być wykorzystane w celu ochrony wykonawcy przez nadmiernym obciążeniem, wynikającym z tego, że niezależnie od negatywnych konsekwencji związanych z opóźnieniem w zapłacie wynagrodzenia podwykonawcy (art. 481 k.c.), zostaje zobowiązany do zapłaty kar umownych na rzecz inwestora (zamawiającego). Zastrzeżenia wywołuje też sytuacja, w której zamawiający mógłby naliczać kary umowne za opóźnienie (zwłokę) wykonawcy z zapłatą wynagrodzenia podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy) także za okres, w którym sam inwestor pozostaje – jako odpowiedzialny solidarnie – w opóźnieniu (zwłoce) z zapłatą tego wynagrodzenia. Trudno wszak dopuścić sytuację, w której zwłoka z zapłatą stawałaby się dla niego źródłem korzyści, a tak byłoby wówczas, gdyby wysokość kar umownych należnych zamawiającemu od wykonawcy przewyższała wysokość

odsetek za opóźnienie należnych podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy) od zamawiającego (inwestora).

Z tych względów Sąd Najwyższy podjął uchwałę, jak na wstępie.

aj