



PROKURATORIA GENERALNA RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

ul. Hoża 76/78, 00-682 Warszawa
tel.: (+48) 22 392-31-17; fax: (+48) 22 392-31-20

www.prokuratoria.gov.pl
e-mail: kancelaria@prokuratoria.gov.pl

KR-48-22/19/MSZ
W/ /20

Warszawa, marca 2020 r.

Sąd Najwyższy
Izba Cywilna, Wydział III
plac Krasińskich 2/4/6
00-951 Warszawa

sygn. akt III CZP 67/19
termin rozprawy: 31 marca 2020 r.

Pogląd
Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej
w sprawie zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Białymstoku
w postanowieniu z dnia 30 sierpnia 2019 r. (sygn. akt VII Ga 224/19)

Na podstawie art. 15 ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. o Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2019, poz. 1265) przedstawiam pogląd Prokuratorii Generalnej istotny dla sprawy rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy w sprawie zagadnienia prawnego: „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. 143 d 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?”.

W ocenie Prokuratorii Generalnej:

I. kara umowna z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, naliczana przez zamawiającego na wykonawcę na podstawie art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p., nie zabezpiecza spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz strony uprawnionej do naliczenia kar umownych;

II. nawet w przypadku uznania, że kara umowna o której mowa w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit a p.z.p., przewiduje odpowiedzialność za niespełnienie świadczenia pieniężnego, to jako kara umowna zastrzeżona na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być nieważna z uwagi na regulacje zawarte w kodeksie cywilnym. W takim przypadku zastosowanie znajdzie norma kolizyjna z art. 139 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którą do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, ale wyłącznie wówczas, gdy przepisy Prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej.

UZASADNIENIE

Wprowadzenie

Postanowieniem z dnia 30 sierpnia 2019 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku (sygn. akt VII Ga 224/19), działając na podstawie art. 390 § 1 zd. 1 k.p.c., przedstawił Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości. Zagadnienie to akcentuje potencjalne wątpliwości interpretacyjne art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p., który to nakazuje, aby w umowie o roboty budowlane, zawartej w warunkach tejże ustawy, wprowadzono postanowienia przewidujące obowiązek zapłaty kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, podczas gdy kodeks cywilny przewiduje, że kara umowna może być zastrzeżona wyłącznie na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego.

Mając na względzie, że Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej stoi na straży praw i interesów Skarbu Państwa oraz innych podmiotów, występujących jako zamawiający w reżimie Prawa zamówień publicznych (art. 1 ust. 1 ustawy o PGRP), powyższe zagadnienie pozostaje istotne z perspektywy praw i interesów podmiotów zastępowanych przez Prokuratorię Generalną. Zastrzec należy, że Prokuratoria Generalna nie posiada szczegółowej wiedzy o stronach i przedmiocie postępowania toczącego się przed Sądem Okręgowym w Białymstoku pod sygn. akt VII Ga 224/19, za wyjątkiem informacji dostępnych w zanonimizowanym postanowieniu z dnia 30 sierpnia 2019 r. (LEX nr 2747506). Niniejszy pogląd Prokuraturii Generalnej dotyczy wyłącznie abstrakcyjnego zagadnienia prawnego przedstawionego przez sąd odwoławczy Sądowi Najwyższemu.

I. Art. 143d p.z.p. został wprowadzony do porządku prawnego w dniu 24 grudnia 2013 r. ustawą z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 1473). Przepis ten wpisujący się w szereg rozwiązań o charakterze systemowym, których celem było wzmocnienie ochrony słusznych praw podwykonawców uczestniczących w procesie realizacji

zamówień publicznych, w szczególności zapewnienia terminowej oraz pełnej wypłaty należnego im wynagrodzenia. W uzasadnieniu ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. wskazano, że w ówczesnym stanie prawnym coraz częściej występowały przypadki nieuregulowania lub nieterminowego uregulowania należności za świadczenia wykonane przy realizacji zamówienia publicznego na roboty budowlane przez podmioty biorące udział w tej realizacji, niemające statusu wykonawcy¹. Sytuacja ta, prowadząca do zatorów płatniczych, często dotyczyła niewypłacania lub nieterminowego wypłacania wynagrodzeń małym i średnim przedsiębiorcom przez głównych wykonawców, co w skrajnych przypadkach prowadziło do upadłości lub likwidacji mniejszych przedsiębiorców (*zob. uzasadnienie projektu ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, druk nr 1179, str. 10-11*²).

Art. 143d p.z.p., poza wprowadzonym w ust. 1 pkt 7 obowiązkiem zawierania w umowach postanowień dotyczących kar umownych, nakazuje również, aby umowa o roboty budowlane regulowała m.in. zasady zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, terminy zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy i zasady zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami. Oznacza to, że ustawodawca nałożył obowiązek wprowadzenia do umowy o roboty budowlane postanowień, które bezpośrednio nie dotyczą wzajemnych praw i obowiązków stron danej czynności prawnej. Dzięki wprowadzeniu tego rodzaju postanowień do umowy o roboty budowlane, zamawiający nie tylko otrzymuje niezbędną wiedzę co do procesu zlecenia prac objętych pierwotną umową podmiotom trzecim, ale został wyposażony w instrumenty prawne, które mają dodatkowo zmotywować wykonawcę do wykonywania jego umownych i ustawowych obowiązków względem podwykonawców, czyli względem słabszej ekonomicznie strony czynności prawnej. W ten sposób umowa o roboty budowlane stanowi nie tylko podstawę więzi obligacyjnej powstałej pomiędzy stronami, ale staje się również istotnym instrumentem chroniącym słuszne prawa podmiotów trzecich, uczestniczących w realizacji zamówienia publicznego.

Należy zatem zaznaczyć, że kara umowna wprowadzona w art. 143d ust. 1 pkt 7 p.z.p. wpisuje się w szerszy kontekst rozwiązań systemowych i stanowi jeden z elementów, za pomocą którego zamawiający powinien dbać o interesy podmiotów o słabszej pozycji ekonomicznej,

¹ We wrześniu 2012 r. wartość nieuregulowanych płatności przy realizacji zamówień publicznych na rzecz podwykonawców wyniosła: 1) w zakresie infrastruktury drogowej ponad 557 mln zł, 2) w zakresie infrastruktury kolejowej ponad 27 mln zł, 3) w zakresie infrastruktury sportowej ponad 102 mln zł.

² <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/160FE21AEDEFF69AC1257B3400370176/%24File/1179.pdf>, dostęp: 09.03.2020.

uczestniczących w realizacji zamówień. Co więcej, kara ta nie zabezpiecza świadczenia pieniężnego należnego inwestorowi. W ocenie Prokuraturii Generalnej kara ta pełni dwie podstawowe funkcje. Po pierwsze, chroni ona cywilnoprawny interes zamawiającego. Zastrzeżenie w kontrakcie kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom pociąga za sobą wprowadzenie do umowy o roboty budowlane kontraktowego obowiązku wykonawcy do należytego rozliczania się z podwykonawcami. Pozostaje to w cywilnoprawnym interesie inwestora, gdyż dokonywanie terminowych i prawidłowych płatności na rzecz podwykonawców przez wykonawcę pociąga za sobą zwolnienie inwestora z obowiązku przewidzianego w art. 647¹ § 1 k.c. (a nawet z odpowiedzialności cywilnoprawnej z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia w przypadku, gdy nie występują przesłanki solidarnej odpowiedzialności inwestora za wynagrodzenie należne podwykonawcy). Kara umowna przewidziana w art. 143d p.z.p. ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest zatem sankcją za narażenie inwestora na odpowiedzialność cywilnoprawną, nie zaś karą umowną za niespełnienie świadczenia pieniężnego. Jej celem jest też zmotywowanie wykonawcy do bieżącego regulowania swoich zobowiązań, dzięki czemu po stronie zamawiającego nie powstanie ryzyko poniesienia odpowiedzialności gwarancyjnej wobec podwykonawcy. Warto zaznaczyć, że nieotrzymanie wynagrodzenia przez podwykonawcę od generalnego wykonawcy może skutkować tym, że inwestor poniesie koszty tych samych prac kilkukrotnie. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że cywilnoprawny interes zamawiającego przemawia za tym, aby dyscyplinować wykonawcę w zakresie zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom. Co więcej, naliczana w ten sposób kara umowna może kompensować zamawiającemu uszczerbek w postaci kilkukrotnego ponoszenia kosztów tych samych prac, który to nie powstałby, gdyby wykonawca realizował ustawowe i umowne obowiązki wobec swoich kontrahentów.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej słusznie podkreśla się nie tylko obowiązek wprowadzenia kar umownych, o których mowa w art. 143d ust. 1 pkt 7 p.z.p., ale też zwraca uwagę, że na linii zamawiający - wykonawca naliczanie kar umownych następuje z tytułu naruszenia umowy dotyczącej terminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom, a zatem w takiej sytuacji nie mamy do czynienia ze świadczeniem pieniężnym (*zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt KIO 897/15*). Na gruncie umowy o roboty budowlane inwestorowi z zasady nie przysługuje jakiegokolwiek roszczenie pieniężne wobec wykonawcy. Pamiętać należy, że przyjęcie rozwiązania zakazującego zastrzeganie kary umownej do zobowiązań pieniężnych chroni dłużnika przed wykorzystaniem instytucji kary umownej do ukrycia lichwy. Obecnie pogląd ten jest umocniony wprowadzeniem do prawa polskiego maksymalnych odsetek kapitałowych oraz

maksymalnych odsetek za opóźnienie (*por. W. Borysiak, K. Osajda [red.] Kodeks cywilny, Komentarz do art. 483, rozdz. II, pkt 35, Warszawa 2020, Legalis*). W analizowanym przypadku nie może być mowy o obejściu przepisów dotyczących odsetek maksymalnych, czy o wykorzystaniu kary umownej w celu ukrycia lichwy, gdyż kary umowne naliczone zgodnie z art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. nie stanowią świadczenia akcesoryjnego wobec innego świadczenia pieniężnego.

Po drugie, kara umowna przewidziana w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. pełni funkcję dodatkowego zabezpieczenia interesów podwykonawców, a zamawiający naliczając tego rodzaju karę, nie działa wyłącznie we własnym interesie. Po wejściu w życie ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, umowa o roboty budowlane, zawarta na podstawie przepisów p.z.p., nie pełni wyłącznie roli klasycznej umowy cywilnoprawnej. Dodatkowe postanowienia umowne, których obowiązek wprowadzenia do umowy wynika z art. 143a-143e p.z.p., rozszerzają zadania zamawiającego, który ma obowiązek dbać nie tylko o własny interes cywilnoprawny, ale pełni również rolę gwaranta stojącego na straży legalności i należytego wykonywania zamówienia przez wszystkie podmioty biorące udział przy realizacji inwestycji publicznej³. Kary naliczane przez inwestora z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom (art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a), nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany (art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. b), nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany (art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. c), czy braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty (art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. d), nie mają na pierwszym celu kompensaty szkody, której doznać może zamawiający. Kary te podkreślają publiczno-prawny charakter przepisów Prawa zamówień publicznych oraz nakładają na zamawiającego powinność czuwania nad wykonywaniem kontraktowych i ustawowych obowiązków wykonawcy. Leży to w interesie wszystkich uczestników procesu budowlanego, a nawet w interesie publicznym. Kara umowna naliczana na podstawie art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. nie jest zatem klasyczną karą umowną, której funkcje sprowadzają się wyłącznie do ochrony cywilnoprawnych interesów stron danej czynności prawnej. Błędne jest zatem postrzeganie kary umownej z art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. wyłącznie przez pryzmat kodeksu cywilnego i art. 483 § 1 k.c., z wyłączeniem jej publiczno-prawnego charakteru, do którego

³ Art. 143d p.z.p. wprowadził katalog postanowień, które zamawiający zawsze zobowiązany jest umieścić w umowie o roboty budowlane, co ma na celu ochronę podwykonawców. Ochrona ta zostałaby znacznie osłabiona, gdyby od uznania zamawiającego zależał katalog kar umownych przewidzianych za naruszenia obowiązków wykonawców” (tak: Urząd Zamówień Publicznych w informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej, znak UZP/DKUE/KD/62/2016).

wprost odwoływał się ustawodawca wprowadzając kwestionowany przepis (*zob. uzasadnienie projektu ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, druk nr 1179, str. 3*).

II. Nawet w przypadku uznania, że kara umowna o której mowa w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit a p.z.p., przewiduje odpowiedzialność za niespełnienie świadczenia pieniężnego, to jako kara umowna zastrzeżona na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być nieważna z uwagi na regulacje kodeksu cywilnego. Do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się w pierwszej kolejności przepisy p.z.p. Dopiero, gdy przepisy Prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej, zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego (art. 139 ust. 1 p.z.p., art. 14 p.z.p.). Przepisy kodeksu cywilnego posiadają zatem wyłącznie charakter uzupełniający w stosunku do Prawa zamówień publicznych, nie są zaś normami nadrzędnymi, z perspektywy których może być badana zgodność z prawem rozwiązań przewidzianych w Prawie zamówień publicznych. Istniejące odmienności pomiędzy tymi ustawami wynikają przede wszystkim z faktu, że zarówno zawieranie, jak i wykonywanie umów w sprawach zamówień publicznych zostało poddane szczególnej regulacji, która uwzględnia cel ustawy – zapewnienie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych (*zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2013 r., sygn. akt II CSK 248/12*). Oznacza to, że regulacje kodeksu cywilnego i Prawa zamówień publicznych nie muszą pozostawać w zgodzie, zaś wszelkie wątpliwości pomiędzy nimi rozstrzygnąć można stosując normy kolizyjne zawarte w art. 139 ust. 1 p.z.p. i art. 14 p.z.p., względnie podstawowe zasady wykładni prawa (tj. *lex specialis derogat legi generali*). Jedyne marginesowo warto zaznaczyć, że postanowienie Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 30 sierpnia 2019 r. w żaden sposób nie nawiązuje do ww. przepisów regulujących stosowanie prawa cywilnego do umów zawartych na gruncie Prawa zamówień publicznych, ale wyłącznie w zakresie nieregulowanym w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r.

Mając to na względzie, nie sposób uznać, że zawarcie w umowie podlegającej reżimowi Prawa zamówień publicznych kary umownej, o której mowa w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. może być uznane za sprzeczne z prawem z uwagi na regulację przewidzianą w art. 483 § 1 k.c. **Postanowienia umowne, mające bezpośrednie źródło w ustawie, wprowadzone na wyraźny nakaz ustawodawcy, nie mogą być uznane za nieważne z uwagi na ich sprzeczność z prawem**⁴. Jak długo czynność prawna nie koliduje z generalną i abstrakcyjną normą prawną wynikającą

⁴ Oczywiście w okolicznościach konkretnej sprawy tego rodzaju postanowienia umowne mogą być bezwzględnie nieważne, gdy będą one sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (np. będą to kary aż nadto rażąco wygórowane) lub zmierzać do obejścia prawa (np. kary rażąco niskie, tj. „symboliczna złotówka”). Pytanie prawne sądu odwoławczego akcentuje natomiast nieważność postanowień umownych wyłącznie z uwagi na ich sprzeczność z prawem.

z ustawy, nie może zostać uznana za sprzeczną z prawem. Skoro ustawa (art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p.) nakazuje wprowadzenie do umowy o roboty budowlane konkretnego rodzaju kar umownych, postanowienia umowne odpowiadające zamiarowi ustawodawcy, nie mogą być uznane za sprzeczne z prawem. Przywołany przepis należy rozumieć jako wprowadzenie bezwzględnie obowiązującego zamieszczenia w umowie o roboty budowlane postanowień wprowadzających kary umowne (*por. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO/KU 31/15*).

Co więcej, treść czynności prawnej jest sprzeczna z ustawą wówczas, gdy zawiera postanowienia z nią sprzeczne albo gdy nie zawiera treści przez ustawę nakazanych (*zob. M. Załucki (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, art. 58, pkt 6 Warszawa 2019, Legalis*). Przyczyną nieważności czynności prawnej wskazaną w art. 58 § 1 k.c., jest sprzeczność z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Polega ona na tym, że indywidualne i konkretne postępowanie, wynikające z czynności prawnej, koliduje z generalną i abstrakcyjną normą, wynikającą z ustawy przez to, że nie respektuje zakazu ustawowego lub nie zawiera treści lub innych warunków objętych nakazem normy prawnej (*zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2011 r., sygn. akt I CSK 261/10*). Stąd też w ocenie Prokuraturii Generalnej, zważywszy na charakter normy wskazanej w art. 143d ust. 1 p.z.p., która to kategorycznie nakazuje, aby w umowie wprowadzać konkretne postanowienia umowne, za sprzeczne z ustawą należy uznać niewprowadzenie do umowy o roboty budowlane, zawartej na gruncie Prawa zamówień publicznych, kar umownych z art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. Skoro sprzecznym z ustawą jest niezastosowanie się do normy prawnej zawartej w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p., to zastosowanie się do tego przepisu nie może powodować nieważności postanowienia umownego z uwagi na jego sprzeczność z prawem.

Wykładni prawa zaprezentowanej w uzasadnieniu postanowienia sądu odwoławczego sprzeciwia się też konstytucyjna hierarchia źródeł prawa Rzeczypospolitej Polskiej (art. 87 ust. 1 Konstytucji RP). W polskim systemie prawnym nie występują ustawy organiczne, usytuowane z punktu widzenia ich mocy pomiędzy Konstytucją a ustawami *zwykłymi*. Przepisy kodeksu cywilnego nie stanowią norm prawnych, z perspektywy których badana może być zgodność z prawem przepisów zawartych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Stąd też w ocenie Prokuraturii Generalnej zagadnienie prawne przedstawione Sądowi Najwyższemu, mimo jego powiązania z zapytaniem dotyczącym ważności postanowień umownych, zmierza do faktycznego wyeliminowania art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. z porządku prawnego z uwagi na jego sprzeczność z regulacją kodeksu cywilnego. Jakkolwiek z treści przedstawionego zagadnienia nie wynika zamiar poddania kontroli normatywnej samego art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p., nie sposób jednak udzielić odpowiedzi zgodnej ze stanowiskiem sądu odwoławczego, które zostało zaprezentowane

w uzasadnieniu postanowienia z dnia 30 sierpnia 2019 r., bez podważenia regulacji zawartej w Prawie zamówień publicznych. Skoro bowiem postanowienia umowne wprowadzane na podstawie art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. są bezwzględnie nieważne, przepis ten nie zawiera w sobie jakiegokolwiek treści normatywnej.

Istotą pytania prawnego, uregulowanego w art. 390 § 1 k.p.c., jest usuwanie poważnych wątpliwości jurydycznych oraz doprowadzenie do ujednoczenia praktyki w stosowaniu prawa przez sądy powszechne. Instrument ten nie może natomiast służyć faktycznemu wyeliminowaniu obowiązującego przepisu ustawy z uwagi na jego niezgodność z inną normą prawną (*por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2008 r., sygn. akt III CZP 63/08*). Udzielenie przez Sąd Najwyższy odpowiedzi zgodnej z poglądem prezentowanym w uzasadnieniu postanowienia Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 30 sierpnia 2019 r., zamiast przyczynić się do wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości (które obecnie formułowane są przez niewielką część przedstawicieli doktryny prawa), doprowadziłoby do powstania stanu niepewności prawnej – z jednej strony ustawa nakazywałaby wprowadzenie do umowy o roboty budowlane w reżimie Prawa zamówień publicznych kar umownych, o których mowa w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. – z drugiej strony sądowa wykładnia prowadziłaby do konieczności uznania postanowień przewidujących te kary umowne za nieważne z uwagi na ich sprzeczność z prawem. Jest to kolejny argument przemawiający przeciwko pogładowi zaprezentowanemu przez sąd odwoławczy.

Podsumowanie

W przypadku braku przepisów szczególnych postanowienie umowne, w którym zastrzega się karę umowną z tytułu niespełnienia przez dłużnika świadczenia pieniężnego, jest nieważne z uwagi na jego sprzeczność z prawem (art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c.). Tymczasem kara umowna zastrzegana zgodnie z art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. nie zabezpiecza roszczenia pieniężnego inwestora. Jej wprowadzenie do umowy o roboty budowlane zawiera w sobie zobowiązanie wykonawcy wobec inwestora do należytego i terminowego regulowania płatności wobec podwykonawcy. Zaleganie z zapłatą wobec podwykonawcy skutkuje odpowiedzialnością odszkodowawczą wykonawcy wobec zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania określonego w umowie o roboty budowlane. Jednym z celów wprowadzenia tej kary jest niedopuszczenie do powstania gwarancyjnej odpowiedzialności inwestora uregulowanej w art. 647¹ k.c.

Nie można również odmówić ustawodawcy możliwości wprowadzenia do przepisów szczególnych kar z tytułu niespełnienia świadczenia pieniężnego, zwłaszcza, gdy jest to uzasadnione interesem publicznym. Nowowprowadzone regulacje ustawowe nie muszą być zgodne z rozwiązaniem

przewidzianym w kodeksie cywilnym. Wówczas tego rodzaju przepisy szczególne stanowią *lex specialis* w stosunku do art. 483 § 1 k.c. i ich zgodność z prawem nie zależy od kompatybilności z rozwiązaniem przewidzianym w kodeksie cywilnym. Nawet zatem przyjmując, że kara umowna z art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. zabezpiecza roszczenie pieniężne, brak jest podstaw do uznania, że postanowienia umowne zgodne z tym przepisem są nieważne z uwagi na ich sprzeczność z ustawą. Art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. przesądza o braku niezgodności tychże postanowień umownych z prawem.

Mając na względzie powyższe, zdaniem Prokuratorii Generalnej 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, nie może zostać uznane za nieważne z uwagi na jego sprzeczność z prawem.