

# Sytuacja gospodarcza jest lepsza, ale zakaz potrącania kar umownych wciąż obowiązuje

Z powodu problemów związanych z COVID-19 i opóźnień w dostawach materiałów nie wykonaliśmy w terminie zamówionych przez urząd miasta prac remontowo-wykończeniowych. W związku z tym zamawiający potrącił nam kary umowne. Zwróciliśmy mu uwagę, że wciąż obowiązują przepisy, które nie pozwalają w okresie stanu epidemii dokonywać takich potrąceń. Czy mamy rację? Czy urząd miał prawo nie wypłacić nam części wynagrodzenia?



**Marcin Barczyk**  
LL.M.  
adwokat,  
wspólnik KBZ Żuradzka & Wspólnicy



**Joanna Boroń**  
adwokat,  
KBZ Żuradzka & Wspólnicy

Pomimo że przepisy zawieszające w trakcie epidemii COVID-19 uprawnienia zamawiających do potrącania naliczonych kar umownych z wynagrodzenia lub innych wierzytelności wykonawców weszły w życie prawie 15 miesięcy temu, to opisane przez czytelnika przypadki potrąceń dokonywanych wbrew przepisom nie są niestety rzadkością. Wykonawcy, którym zamawiający potrącił kary umowne z wynagrodzenia, mogą jednak podjąć działania prawne zmierzające do odzyskania należnych im pieniędzy.

## Pomoc dla wykonawców

Chodzi o obowiązujący od 24 czerwca 2020 r. art. 15<sup>1</sup> ust. 1 ustawy z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (dalej: ustawa o COVID-19). Zgodnie z jego brzmieniem w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii (oraz przez 90 dni od dnia odwołania): „zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii”.

Ten przepis, wprowadzony w ramach tzw. tarczy 4.0, miał pomóc wykonawcom przetrwać czas pandemii. W uzasadnieniu do projektu nowelizacji wskazano, że „postanowienia umów o udzielenie zamówień publicznych będą uwzględniały zmianę warunków społeczno-gospodarczych wywołaną epidemią COVID-19, która wpływa negatywnie na możliwość wykonania obowiązków umownych” (Druk sejmowy nr 382, s. 61, Sejm IX kadencji).

Wprowadzone regulacje oceniono jako potrzebne w trudnych czasach epidemii, która zwłaszcza wiosną 2020 r. spa-

ralizowała działalność wielu firm wykonawczych i bardzo często skutkowało wówczas naliczeniem przez zamawiających kar umownych za nieterminowe lub nieprawidłowe wykonanie umowy.

Wcześniej było bowiem tak, że w przypadku gdy w umowie zastrzeżone zostały kary umowne oraz wystąpiły przesłanki do ich naliczenia, a wykonawca wyraził odpowiednim zapisem zgodę na ich potrącanie z wynagrodzenia – zamawiający mógł uzyskać należną mu kwotę poprzez pomniejszenie wynagrodzenia wykonawcy o wysokość kary umownej. Po wprowadzeniu czasowego zakazu potrąceń wiele firm działających na rynku zamówień publicznych mogło przeznaczyć wynagrodzenie, które w normalnych warunkach zostałoby potrącone, na zakup materiałów budowlanych, opłacenie podwykonawców czy po prostu na utrzymanie bieżącej działalności.

## Przesłanki stosowania

Pomimo luzowania rozmaitych obostrzeń w ostatnich miesiącach – te korzystne dla wykonawców przepisy ustawy COVID-19 nie przestały obowiązywać, a zatem w dalszym ciągu wiążą zamawiających i powinny być przez nich stosowane. Dodajmy, że regulacja obejmuje umowy o zamówienia publiczne zawierane zarówno na podstawie nowego prawa zamówień publicznych obowiązującego od 1 stycznia 2021 r., jak i na podstawie poprzedniej ustawy z 2004 r. A zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 16 października 2020 r., sygn. KIO 2296/20, art. 15<sup>1</sup> ustawy COVID-19 ma zastosowanie wprost, wobec czego zamawiający nie mają obowiązku wprowadzania do umów o zamówienie publiczne dodatkowych postanowień dotyczących ograniczeń w potrącaniu kar umownych z wynagrodzenia.

Artykuł 15<sup>1</sup> ust. 1 został sformułowany szeroko, a przy tym korzystnie dla wykonawców, ponieważ znajduje zastosowanie niezależnie od tego, czy przyczyną naliczenia kary umownej przez zamawiającego były okoliczności związane z COVID-19. Ustawodawca uzależnia natomiast stosowanie przepisu od tego, aby zdarzenie stanowiące podstawę naliczenia kary umownej nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii. W praktyce przepis znajduje zastosowanie dla zdarzeń, które nastąpiły po 14 marca 2020 r., kiedy to wprowadzono stan zagrożenia epidemicznego, który nastąpił 20 marca 2020 r. zastąpił stanem epidemii.

W sporach z zamawiającymi szczególnie problematyczne

## Urzednicy mogą spać spokojnie

Często zamawiający, dokonując potrąceń kar umownych z wynagrodzenia wykonawców zgodnie z uprawnieniem wynikającym z umowy bądź w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego, a przy tym działając wbrew przepisom ustawy COVID-19, zasłaniają się obawą przed groźącymi im konsekwencjami prawnymi i finansowymi wynikającymi z naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Wszystko dlatego, że co do zasady konsekwencje naruszenia przepisów o dyscyplinie finansów publicznych są dla zamawiających surowe i wyjątkowo dotkliwe. Karami za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (w tym za niedochodzenie należności jednostki samorządu terytorialnego, ustalenie jej w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia, odroczenie jej spłaty, umorzenie lub rozłożenie na raty) są: upomnienie, nagana, kara pieniężna lub zakaz pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi na okres od roku do 5 lat. Jednak taka obawa jest kompletnie niezasadna – z uwagi na wprowadzony do ustawy COVID-19 art. 15<sup>1</sup> pkt 1, w którym wskazano, że „nieustalenie lub niedochodzenie od strony umowy należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych”. Przepis ten wprowadzono, by skłonić zamawiających do stosowania przepisów korzystnych dla wykonawców, a jednocześnie, by nie musieli się oni obawiać groźących im konsekwencji za brak dokonania potrącenia.

są sytuacje, w których przekroczenie terminu umownego skutkujące opóźnieniem lub zwłoką stanowiące podstawę naliczenia kary umownej nastąpiło przed 14 marca 2020 r., ale po tym terminie trwa nadal. Dochodzi wtedy do sporu między zamawiającym, który nalicza kary umowne i dokonuje ich potrąceń z wynagrodzenia, przyjmując, że jest to dopuszczalne, ponieważ stan opóźnienia lub zwłoki rozpoczął się przed 14 marca 2020 r. i trwa nadal, a wykonawcą, który żąda zaprzestania potrąceń od 14 marca 2020 r. Wykonawcy argumentują, że kara jest podzielna i każdy dzień opóźnienia lub zwłoki powinien być oceniany odrębnie. Niestety, brak jest aktualnie orzecznictwa w tej materii, które rozstrzygnęłoby ten problem.

## Najczęstsze powody złej praktyki

Przyczyny tego, że obserwujemy przypadki potrąceń kar umownych wbrew przepisom ustawy o COVID-19, są rozmaite.

■ **Nieznajomość regulacji.** Przez pierwsze miesiące obowiązywania omawianej regulacji wielu zamawiających i wykonawców nie zdawało sobie sprawy, że takie przepisy wprowadzono oraz że zabezpieczają one nie tylko interes wykonawców, ale i zamawiających, m.in. poprzez wyłączenie odpowiedzialności zamawiających z tytułu naruszenia przepisów o dyscyplinie finansów publicznych oraz poprzez korzystne uregulowanie kwestii przedawnienia ich roszczeń. Zamawiający dokonując potrąceń wbrew przepisom ustawy COVID-19, naruszali zatem prawo nieświadomie i po interwencji wykonawców zazwyczaj dokonywali wypłaty potrąconego uprzednio wynagrodzenia.

■ **Błędne interpretacje przepisów.** Często były również sytuacje, w których zamawiający błędnie interpretowali wprowadzone przepisy, przyjmując, że potrącenie jest zasadne, jeżeli przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania umowy były okoliczności niezwiązane z COVID-19. Tymczasem art. 15<sup>1</sup> ust. 1 ustawy COVID-19 przyznaje wyko-

nowcom szeroką ochronę i obejmuje także te sytuacje, w których to nie okoliczności wywołane COVID-19 wpłynęły na naliczenie kary umownej. Regulacja ta nie kładzie wcale nacisku na przyczynę niewykonania zobowiązania, a jedynie na moment wystąpienia zdarzenia. Dokonywanie innej wykładni, która zawężyłaby jedynie do zdarzeń związanych z COVID-19, jest działaniem nieposiadającym żadnych podstaw w obowiązujących przepisach.

■ **Gra na nieświadomość wykonawców.** Zaobserwowaliśmy również sytuacje, w których zamawiający pomimo świadomości obowiązujących ich ograniczeń dokonywali potrąceń, licząc na brak reakcji wykonawców, którzy bez pomocy prawników samodzielnie nie dotarli do wprowadzonych przepisów bądź nie wiedzieli, w jaki sposób z nich skorzystać, a przez to nie byli w stanie podjąć odpowiednich działań prawnych, żeby odzyskać należne im wynagrodzenie.

■ **Uzależnianie wypłaty od uznania części kary umownej.** Często praktyką ze strony zamawiających jest również uzależnianie wypłaty potrąconego wynagrodzenia od dokonania z wykonawcami ustaleń w zakresie wysokości kary umownej, co również nie jest zasadne, ponieważ zamawiający nie mogą uzależniać wypłaty wynagrodzenia potrąconego wbrew przepisom ustawy COVID-19 od deklaracji wykonawcy w zakresie uznania kary umownej.

## Metody obrony

Co może zatem zrobić wykonawca, gdy zamawiający potrącił karę umowną? Jakże ma możliwości wypłaty potrąconego uprzednio wynagrodzenia?

W przypadku potrącenia kary umownej z wynagrodzenia wykonawcy dokonano wbrew umowie regulacji wykonawca powinien w pierwszej kolejności dążyć do polubownego rozwiązania sporu z zamawiającym, prezentując mu swoje stanowisko, a przy tym wezwać do zapłaty należnego wynagrodzenia. Wykonawcy nie powinni również zapominać o tym, że od wynagrodzenia potrąconego wbrew przepi-

som przysługuje im względem zamawiającego roszczenie o odsetki. Niestety, w wielu przypadkach takie wezwania pozostają bezskuteczne i jedynym wyjściem jest pozwanie zamawiającego o zapłatę, co wiąże się z koniecznością poniesienia opłat i kosztów sądowych, a także kosztów obsługi prawnej. Zamawiający, którzy odmawiają zapłaty potrąconego wynagrodzenia, zdają bowiem sobie sprawę z tego, że spór w sądzie to jedyna droga do dochodzenia przez wykonawców zapłaty należnych im pieniędzy. Tymczasem intencją ustawodawcy było przerzucenie ciężaru zainicjowania postępowania sądowego o zapłatę kar umownych na zamawiających. Na razie jednak spory sądowe związane z komentowaną regulacją są w toku, często w początkowej fazie, wobec czego nie wykształciła się jeszcze jednolita linia orzecznicza w tym zakresie.

Naruszenie art. 15<sup>1</sup> przez zamawiającego nie jest bezpośrednio usankcjonowane w przepisach ustawy COVID-19, co oznacza, że zamawiający mogą ponosić w przypadku wyrządzenia wykonawcy szkody jedynie odpowiedzialność cywilną na zasadach ogólnych. Być może właśnie to brak uregulowania sankcji za naruszenie przepisów bądź ich niestosowanie powoduje, że zamawiający niechętnie stosują omawianą regulację, po to by nie ponosić kosztów dochodzenia zapłaty kar umownych od wykonawców. Gdyby przepis miał dalej obowiązywać, ustawodawca powinien rozważyć wprowadzenie do ustawy mechanizmu, który zapewni jego stosowanie przez zamawiających i da wykonawcom należyłą ochronę ich interesu.

## Podstawa prawna

- ustawa z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1842; ost.zm. Dz.U. z 2021 r. poz. 1535)
- ustawa z 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1072; ost.zm. Dz.U. z 2021 r. poz. 1535)
- ustawa z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 289)