

Biznes w czasie pandemii

KONTRAKTY

Zastrzeżenie kar umownych w zamówieniach publicznych – nowe, korzystniejsze zasady

Zamawiający nie ma już dowolności w ustalaniu kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o zamówienie publiczne przez wykonawcę.

MARCIN BARCZYK
JOANNA BOROŃ

Ustawa Prawo zamówień publicznych (PZP), obowiązująca od 1 stycznia 2021 r. (zastąpiła ustawę z 2004 r.), wprowadziła szereg rozwiązań, które mają zapobiegać zawieraniu w umowach w sprawie zamówienia publicznego zapisów niekorzystnych dla wykonawców, w tym zwłaszcza restrykcyjnych i nieadekwatnych do przedmiotu i wartości zamówienia zapisów dotyczących kar umownych. Przepisy stanowią, że o ile nie jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia, niedozwolone jest zastrzeżenie w umowach kar umownych za opóźnienie wykonawcy w wykonaniu umowy, a wyłącznie za zwłokę. Ponadto, w umowach obligatoryjnie wskazać należy łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony – dotyczy to kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Należy jednak pamiętać, że limit kar umownych wskazany w umowie nie chroni wykonawcy przed ponoszeniem odpowiedzialności odszkodowawczej w zakresie przekraczającym wartość zastrzeżonych kar.

PRZYKŁAD:

Zamawiający może dochodzić od wykonawcy pełnego odszkodowania na zasadach ogólnych, gdy poniesiona przez niego szkoda przewyższa wysokość kar zastrzeżonych w umowie.

Wyrównanie pozycji stron umowy

Zmiana przepisów PZP miała służyć wyrównaniu pozycji stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, zapewnieniu bardziej partnerskiego traktowania wykonawców przez podmioty publiczne oraz dostosowania przepisów do obecnych realiów gospodarczych. W ocenie praktyków, jak i Urzędu Zamówień Publicznych procedura zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikająca z przepisów ustawy PZP z 2004 r. ograniczała zasadę swobody umów, ponieważ wykonawcy przystępując do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego mieli ograniczony wpływ na tworzenie postanowień umownych – to zamawiający narzucał wykonawcom przygotowany wzorec umowy zawierający często zapisy jednostronne i niekorzystne dla wykonawcy.

By ograniczyć nadmierną jednostronność umów oraz zapewnić stosowanie zasady współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu umowy w celu należytej realizacji zamówienia publicznego (wprowadzonej w art. 431 nowego PZP), w nowym PZP przyjęto szereg regulacji, w tym katalog niedozwolonych klauzul umownych oraz obligatoryjne elementy umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym obowiązek określenia łącznego maksymalnego limitu kar umownych.

Kary tylko za zwłokę

Przed wejściem w życie nowego PZP zamawiający mógł dowolnie zastrzec w umowie na swoją rzecz od wykonawcy kary umowne należne w przypadku niewykonania przez wykonawcę umowy w oznaczonym w umowie terminie na wypadek opóźnienia albo zwłoki wykonawcy. Do opóźnienia dochodzi, gdy wykonawca nie wykonuje umowy w ustalonym terminie z przyczyn za które nie ponosi odpowiedzialności. Zwłoka to natomiast opóźnienie kwalifikowane powstałe z przyczyn zawinionych przez wykonawcę. Zamawiający mieli dowolność kształtowania zapisów umownych, stąd preferowane było zastrzeżenie kary umownej na wypadek opóźnienia, co skutkowało tym, że kara umowna była naliczana praktycznie w każdym przypadku nieterminowego wykonania umowy przez wykonawcę. Były to sytuacje niewątpliwie niekorzystne dla wykonawców.

WAŻNE!

Nowe PZP w art. 433 pkt 1) stanowi, że projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

Intencją ustawodawcy było wprowadzenie zasady, że kary umowne są związane ze zwłoką wykonawcy, czyli „kwalifikowaną” formą opóźnienia, a nie z każdym potencjalnym opóźnieniem bez względu na jego przyczynę. Oznacza to, że – co do zasady – zapisy umowne, które przewidują odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie lub za każde opóźnienie są niedozwolone i stanowią jeden z przykładów klauzul abuzywnych, czyli kształtujących obowiązki wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz

ZDANIEM AUTORÓW



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



Joanna Boroń
adwokat,
KBZ Żuradzka & Wspólnicy

Omawiane regulacje należy ocenić z aprobatą jako rozwiązania korzystne dla wykonawców, którzy przystępując do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będą mogli oszacować ryzyka związane z realizacją umowy, w tym ryzyka finansowe wynikające z potencjalnej wysokości kar umownych. Wprowadzenie przez ustawodawcę sztywnego wskaźnika procentowego od wartości zamówienia, który wskazywałby maksymalną wartość kary umownej w realiach konkretnego zamówienia publicznego mogłoby prowadzić do pokrzywdzenia jednej ze stron, stąd odstąpiono od takiej regulacji i zastąpiono ją regułą ogólną przekazując uprawnienie do określenia górnej granicy kary zamawiającemu. Poprzedni stan prawny prowadził do licznych sporów sądowych wykonawców z zamawiającymi dotyczących zastrzeżonych w umowach rażąco wygórowanych kar umownych, często przewyższających wartość wynagrodzenia za realizację zamówienia. Warto również podkreślić, że to, iż zamawiający wskaże w umowie górny limit kar nie oznacza, że nie będą one rażąco wygórowane. Zastosowanie komentowanej regulacji w praktyce pozwoli ocenić czy spełnia ona założenia ustawodawcy i czy rzeczywiście przeloży się na polepszenie sytuacji wykonawców.

ryzyk związanych z jego realizacją.

Omawiana regulacja nie ma jednak charakteru bezwzględnie, wobec czego w sytuacjach uzasadnionych okolicznościami lub zakresem zamówienia zamawiający będzie mógł zastrzec w umowie odpowiedzialność wykonawcy z tytułu opóźnienia. Odpowiedzialność ta będzie jednak miała charakter wyjątkowy i będzie wymagała ze strony zamawiającego wykazania, że zamieszczenie takiego zapisu w umowie było w świetle przepisów PZP dopuszczalne. To na zamawiającym będzie spoczywał ciężar dowodu w zakresie wykazania odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie.

Limity kar umownych...

W art. 436 PZP wprowadzono katalog obowiązkowych klauzul umownych, które powinna zawierać każda umowa w sprawie zamówienia publicznego bez względu na przedmiot zamówienia, wartość czy tryb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzedzającego zawarcie umowy. Przepis ten znajduje zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. W pkt 3 tego artykułu wprowadzono obowiązek wskazania

w umowie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony. Limit wprowadzony do umowy nie może zostać przekroczony nawet w przypadku kumulacji kar z kilku tytułów.

Co istotne, zamawiający powinien określać maksymalną wysokość kar umownych odrębnie w stosunku do każdego zamówienia lub jego części, uwzględniając specyfikę przedmiotu zamówienia i zagrożenia związane z jego realizacją. Jak podkreśla się w doktrynie, określenie w umowie limitu kar umożliwi przede wszystkim oszacowanie ryzyka związanego z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy oraz ma zapobiegać przypadkom naliczania kar umownych w rażąco wygórowanej wysokości, potrącania ich z wynagrodzenia wykonawcy lub procentowo (np. w stosunku do wartości zamówienia).

...ale nie ustalane dowolnie

Obowiązek określenia limitu kar nie oznacza, że mogą być one ustalane przez zamawiającego dowolnie. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza: „Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę

umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony

kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie” (wyrok KIO z 28 grudnia 2018 r., sygn. KIO 2574/18).

Ponadto, KIO zwraca uwagę, że: „kary umowne, prócz kompensacyjnego charakteru, mogą pełnić inne funkcje. Stanowią narzędzie mobilizujące i dyscyplinujące stronę umowy do należytego jej wykonywania. Kara umowna, będąc dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, ma na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Zamawiający ma prawo korzystać z ww. funkcji kar umownych, aby zagwarantować sobie, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie publiczne w sposób oczekiwany, terminowy i zgodny z wymaganymi standardami” (wyrok KIO z 16 lipca 2020 r., sygn. KIO 1089/20).

Z kolei: „zastrzeżenie limitu kar umownych w wysokości 100 proc. ceny brutto Wzoru Umowy, oznacza jednocześnie, że tego limitu nie ma, gdyż całość wynagrodzenia umownego wykonawcy może zostać skompensowana przez kary umowne” (wyrok KIO z 18 września 2020 r., sygn. KIO 1829/20, KIO 1834/20).

Ustalając limit kar umownych, zamawiający powinien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 nowego PZP, który stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny. Określenie maksymalnej wysokości kar umownych może nastąpić dowolnie, np. kwotowo lub procentowo (np. w stosunku do wartości zamówienia).

Na konieczność wprowadzenia regulacji określających limity kar umownych zwracano uwagę już od wielu lat wskazując m.in. że „nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymal-

nej, prowadzi do obciążenia zobowiązanym tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się” (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 22 października 2015 r., sygn. akt IV CSK 687/14).

Na etapie legislacyjnym zakładano obligatoryjne wprowadzenie w umowach zawieranych w sprawie zamówienia publicznego postanowień limitujących kary umowne maksymalnie do wysokości 20 proc. wynagrodzenia umownego netto. Z tego zapisu zrezygnowano m.in. na skutek sprzeciwu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Prokuratury Generalnej i przedstawicieli samorządów. Wskazywano, że ograniczenie limitu do proponowanej wysokości stanowi zbyt daleko idącą ingerencję ustawodawcy w zasadę swobody umów oraz rozwiązanie zbyt dotkliwie za zamawiających, a przy tym sprzeczne z interesem Skarbu Państwa, prowadzące do zachwiania równowagi stron umowy w sprawie zamówienia publicznego na korzyść wykonawców.

Odpowiedzialność wykraczająca ponad limit kar

Limit kar umownych zastrzeżonych w umowie z zamawiającym nie chroni wykonawcy przed ponoszeniem odpowiedzialności odszkodowawczej w zakresie przekraczającym wartość zastrzeżonych kar. Limit kar umownych nie wyklucza bowiem dochodzenia przez zamawiającego odszkodowania za poniesioną szkodę, której wysokość przekracza wartość kar umownych – pod warunkiem, że taka odpowiedzialność wykonawcy wynika z umowy, a zatem gdy w umowie zastrzeżono, że zamawiający może dochodzić od wykonawcy pełnego odszkodowania na zasadach ogólnych, gdy szkoda przewyższa wysokość kar zastrzeżonych w umowie. /@

¹ Opracowanie „Zagadnienia partnerstwa i wyrównania pozycji stron umowy” dostępne na stronie www.uzp.gov.pl

Podstawa prawna:
Ustawa z 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tekst jedn. DzU z 2021 r. poz. 1129)