

# Kary umowne w (przyszłych) zamówieniach publicznych

**W** związku z realizacją zamówienia publicznego firmę Czytelnika Biuletynu Górniczego obciążono wygórowaną karą finansową w porównaniu do nieznaczającego dla całości inwestycji uchybienia. Czytelnik BG zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie, czy jest możliwość, żeby w przyszłych zamówieniach publicznych zakwestionować typ i wysokość kar umownych.

Przed odpowiedzią na to pytanie – koniecznie trzeba wskazać, że mimo, iż kara jest już naliczona i faktycznie wynika z winy czy zaniechania wykonawcy – to może się on zwrócić do sądu (choćby pierwszy krok najlepiej podjąć u zamawiającego) o miarkowanie kary umownej, czyli jej zmniejszenie. W szczególności, jeżeli kara była nieracjonalnie wysoka w stosunku do wartości zamówienia publicznego i ewentualnej szkody zamawiającego.

## Środki zaradcze

Odnosząc się natomiast do pytania, wyjaśnić należy, że obecnie zamawiający kształtują treści umowy według własnego uznania – dotyczy to również zakresu i wysokości kar umownych. Z tym jednak zastrzeżeniem, że narzucane warunki umowy muszą być zgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Mimo to zamawiający – korzystając w sposób nieuprawniony ze swojej silniejszej pozycji – często narzucają treść umowy, która jest sprzeczna z przeznaczeniem prawa i zasadami współzycia społecznego.

Wykonawcy, którzy uważają, że kary umowne są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia publicznego, posiadają dwie możliwości weryfikacji działań zamawiającego. Po pierwsze poprzez wniesienie odwołania na treść SIWZ i zarzucenie zamawiającemu naruszenie szeregu przepisów (np. art. 5, 3531, 471, 483 §1 w zw. z 484 §2 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp). Rozwiązaniem dodatkowym jest złożenie do zamawiającego pytań do SIWZ w trybie art. 38 Pzp.

Sytuacja wykonawców niedługo się jednak zmieni. W styczniu 2019 r. Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, we współpracy z UZP, przedstawiło zupełnie nowy akt prawny dotyczący zamówień publicznych. Planuje się, że nowe regulacje wejdą w życie na początku 2020 r. Dostrzeżono konieczność wyeliminowania zjawiska jednostronnego kształtowania postanowień umowy z widocznym uprzywilejowaniem zamawiającego, tak aby interesy obu stron były jak najbardziej zrównoważone. Projekt Pzp przewiduje generalną zasadę, zgodnie z którą postanowienia umowy nie mogą kształtować praw i obowiązków w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego przygotowaniem. Określono otwarty katalog klauzul, które będą uważane za sprzeczne z tą zasadą. I tak do zakazanych zaliczono m.in. postanowienia dotyczące kar umownych:

1. za opóźnienie, jeżeli opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które nie odpowiada wykonawca,
2. za zachowanie wykonawcy niezwiązane z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem,
3. rażąco wygórowanych.

## Czas to pieniądź

Pierwsza kategoria klauzul zakazanych odnosi się do kar za nieterminową realizację zamówienia publicznego. Jest to o tyle ważne, że z ubiegłorocznego „Raportu dotyczącego stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych” przygotowanego przez UZP wynika, że najwięcej kar umownych zamawiający naliczyli z tytułu nieterminowej realizacji. W zamówieniach na dostawy niedochowania terminu było przyczyną nałożenia kary umownej aż w 83 proc.

przypadków, w robotach budowlanych – w 59 proc., a w zamówieniach na usługi – w 50 proc. przypadków. Pytanie tylko, czy w badanych przypadkach wykonawca płacił kary umowne wyłącznie za opóźnienia powstałe z jego winy?

W projektowanym Pzp przewidziano zakaz nakładania na wykonawcę kar finansowych za powstałe opóźnienia, które nie leżą po jego stronie (art. 462 ust. 1 pkt 1 projektu Pzp). Takie rozwiązanie jest jak najbardziej zasadne. W wielu przypadkach opóźnienia spowodowane są działaniami podmiotów trzecich. Są to działania, za które wykonawca nie odpowiada i nie ma wpływu na zniwelowanie opóźnienia. W praktyce najczęściej spotykane sytuacje to opóźnienia organów w wydawaniu decyzji czy pozwoleń. Inny typ to wystąpienie siły wyższej lub chociażby niekorzystnych warunków atmosferycznych, które wstrzymują wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego.

Wykonawcy muszą jednak pamiętać, że jeżeli przy realizacji swoich zobowiązań posługują się innymi podmiotami (np. podwykonawcami), to wykonawcy odpowiadają za działania i zaniechania tych podmiotów – jak za własne.

## Ja o niebie, Ty o chlebie

Nowe przepisy skończą z nadużyciami zamawiającego polegającymi na naliczaniu kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem (art. 462 ust. 1 pkt 2 projektu Pzp).

Kara umowna powinna być zastrzegana wyłącznie w związku z konkretnymi uchybieniami w zakresie wykonania głównego przedmiotu umowy, np. z nieterminową realizacją, brakami ilościowymi lub uchybieniami jakościowymi. Obowiązek zapłaty kary w związku z zachowaniem bądź zaniechaniem niezwiązanym z zamówieniem publicznym jest niezgodny z zasadami współzycia społecznego i sprzeczny z istotą tego instrumentu.

Tytułem przykładu – w wyrokach KIO 487/14 oraz KIO 2397/13 – KIO za kary umowne niebędące w związku z przedmiotem zamówienia uznała karę umowną za:

- przeniesienie bez pisemnej zgody zamawiającego na osobę trzecią wierzytelności wynikających z umowy,
- dokonywanie przekazu świadczenia zamawiającego w całości lub w części należnego na podstawie umowy,
- zawarcie umowy poręczenia przez osoby trzecie za długi zamawiającego należne na podstawie umowy.

Nie da się ukryć, że wprowadzenie do umowy zapisów zwiększających gwarancję faktycznego wykonania umowy jest zjawiskiem normalnym i samo w sobie nie może zostać uznane za naruszenie zasady swobody umów. Kwestią otwartą pozostaje jednak wysokość kar umownych.

W projektowanym Pzp zakazano ustalania „rażąco wygórowanych” kar umownych (art. 462 ust. 1 pkt 3 projektu Pzp). Pojęcie to jest użyte w Kodeksie Cywilnym i było wielokrotnie analizowane przez sądy i KIO. Na podstawie wypracowanych już poglądów wszystkim uczestnikom rynku zamówień publicznych będzie zdecydowanie łatwiej ocenić czy w danym przypadku wysokość kar umownych przekracza akceptowalny próg odszkodowawczy i czy zachwiana została relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia, a wysokością zastrzeżonej kary (lub stosunek wysokości zastrzeżonej kary do potencjalnej szkody zamawiającego).

*Agnieszka Zaborowska  
advokat w Kancelarii Adwokackiej Zaborowska, specjalizująca się  
w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych*