



**ZABOROWSKA**  
KANCELARIA ADWOKACKA



**Agnieszka Zaborowska**

Adwokat z Kancelarii Adwokackiej Zaborowska w Warszawie, specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych.

Koniec z niesprawiedliwym naliczeniem kar umownych za opóźnienia, za które wykonawca nie odpowiada, kar za zachowanie niezwiązane z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, czy też kar rażąco wygórowanych. Kres przenoszeniu wszelkich ryzyk na wykonawcę. Po wejściu w życie nowych przepisów takie postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego będą zakazane.

**W** styczniu 2019 r. Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych przedstawiło długo zapowiadany, zupełnie nowy akt prawny dotyczący zamówień publicznych. Większość nowych pomysłów i regulacji zawartych w projekcie ustawy Prawo zamówień publicznych („Pzp”) miała swój początek w dokumencie „Konceptja nowego Prawa zamówień publicznych”, który wspomniane podmioty zaprezentowały w połowie ubiegłego roku („Konceptja”).

# Klauzule niedozwolone, czyli **stop** dominującej pozycji zamawiającego

## Lepiej późno niż wcale

Główna myśl przewodnia jaka przyświecała opracowaniu nowego Pzp to uproszczenie regulacji oraz zwiększenie zainteresowania rynkiem zamówień publicznych podmiotów, które dotychczas nie współpracowały z sektorem publicznym. Ta fundamentalna idea ma odzwierciedlenie w zaprojektowanych przepisach działu VII projektowanego Pzp. Dotyczy on właśnie umowy w sprawie zamówienia publicznego i jej wykonania. Dotychczas Pzp nie ingerowało w sposób wykonania zamówienia publicznego – wyjątkiem były regulacje dotyczące podwykonawstwa i zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Obecnie zamawiający ma możliwość kształtowania treści stosunku prawnego według własnego uznania - dotyczy to również zakresu i wysokości kar umownych oraz wszelkich ryzyk leżących po stronie wykonawcy. Z tym jednak zastrzeżeniem, że narzucane przez zamawiającego warunki umowy muszą być zgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Biorąc zatem pod uwagę uregulowania zawarte w art. 14 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp zamawiający ma obowiązek ukształtować treść umowy w sprawie zamówień publicznych w granicach określonych w art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 Kodeksu Cywilnego. Mimo to zamawiający, korzystając w sposób nieuprawniony ze swojej silniejszej pozycji – w związku z organizowaniem procedury udzielania zamówień - bardzo często narzucają treść umowy, która jest sprzeczna z przeznaczeniem prawa i zasadami współżycia społecznego (czyli naruszają wskazane przepisy Kodeksu Cywilnego).

Projekt nowego Pzp ma na celu ograniczenie zjawiska jednostronnego kształtowania postanowień umowy z widocznym uprzywilejowaniem zamawiającego, tak aby miał on na uwadze interesy swojego kontrahenta, a interesy obu stron były jak najbardziej zrównoważone. Słusznie przyjęto, że wykonawca nie powinien być obciążony wszelkimi ryzykami, które mogą go spotkać w trakcie realizacji zamówienia publicznego, a jest ich wiele.

Żeby tę słuszną ideę urzeczywistnić, wspomniana już koncepcja oraz projektowane Pzp przewidują listę umownych klauzul, których przewidzenie w umowach w sprawie zamówienia publicznego będzie zakazane.

Koncepcja przewidywała trzy kategorie klauzul niedozwolonych. Były one związane z następującymi okolicznościami:

- możliwością naliczania kar umownych za opóźnienie, jeżeli opóźnienie wynika z winy zamawiającego,
- postanowieniami wprowadzającymi nieproporcjonalnie wysokie kary umowne w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia,
- postanowieniami przewidującymi odpowiedzialność wykonawcy za wykonanie świadczeń, które nie były możliwe do przewidzenia.

Natomiast projekt nowego Pzp przewiduje generalną zasadę, zgodnie z którą postanowienia umowy nie mogą kształtować praw i obowiązków zamawiającego oraz wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego przygotowaniem. Określono również otwarty katalog klauzul, które będą uważane za sprzeczne z tą zasadą.

Do zakazanych postanowień umownych zaliczono w szczególności:

1. naliczanie kar umownych za opóźnienie, jeżeli opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które nie odpowiada wykonawca,
2. naliczanie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem,
3. określanie rażąco wygórowanych kar umownych oraz
4. postanowień, które przesądzają odpowiedzialność wykonawcy za wykonanie świadczeń, które nie były możliwe do przewidzenia przez wykonawcę działającego z należytą starannością.

## Czas to pieniądź

Pierwsza kategoria klauzul zakazanych odnosi się do kar umownych związanych z nieterminową realizacją zamówienia publicznego. Jest to o tyle ważne, że z ubiegłorocznego „Raportu dotyczącego stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych” przygotowanego przez Urząd Zamówień Pu-

blicznych wynika, że najwięcej kar umownych zamawiający naliczyli z tytułu niezrealizowania całości lub części przedmiotu umowy w określonym w umowie terminie. W zamówieniach na dostawy nieterminowość realizacji umowy była przyczyną nałożenia kary umownej aż w 83% przypadków, w robotach budowlanych – w 59%, a w zamówieniach na usługi - w 50% przypadków. Innym zagadnieniem jest niedotrzymanie terminu wykonania przedmiotu zamówienia z uwagi na zbyt krótki termin na realizację umowy (jednak analiza tego zagadnienia wykracza poza zakres niniejszego artykułu). W każdym razie dane statystyczne pokazują, że skala opóźnień jest duża. Pytanie tylko, czy wykonawca płaci kary umowne wyłącznie za opóźnienia powstałe z jego winy.

W projektowanym Pzp dokonano zmiany względem założeń koncepcji i zakazano nakładania na wykonawcę kar finansowych za powstałe opóźnienia, które nie leżą po jego stronie (art. 462 ust. 1 pkt 1 projektu Pzp). W koncepcji zakładano brak odpowiedzialności wykonawcy za działania zamawiającego. Obecne rozwiązanie jest jednak najbardziej zasadne. W wielu przypadkach opóźnienia w realizacji zamówień publicznych spowodowane są działaniami podmiotów trzecich, niezwiązanych bezpośrednio z realizacją umowy. Są to działania, za które wykonawca nie odpowiada i nie ma jakiegokolwiek wpływu na zniwelowanie opóźnień. W praktyce najczęściej spotykane sytuacje to opóźnienia organów w wydawaniu wszelkich decyzji, pozwoleń czy zgód. Inny typ to wystąpienie siły wyższej lub chociażby wyjątkowo niekorzystnych warunków atmosferycznych, które wstrzymują możliwość wykonania przedmiotu zamówienia publicznego.

Punktem wyjścia przy badaniu odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy będzie określenie zakresu obowiązków umownych i odpowiedź na pytanie, czy owe obowiązki nie zostały wykonane w ogóle (względnie czy zostały wykonane nienależycie) oraz w dalszej kolejności, jaka okoliczność wpłynęła na niewykonanie obowiązków umownych i czy na tę okoliczność miały wpływ działania wykonawcy.

Wykonawcy muszą jednak pamiętać, że jeżeli przy realizacji swoich zobowiązań względem

zamawiającego posługują się innymi podmiotami (np. podwykonawcami), to wykonawca odpowiada za działania i zaniechania tych podmiotów jak za własne, a to z uwagi na brzmienie art. 474 Kodeksu Cywilnego. Należy przy tym dodać, że odpowiedzialność określona w tym przepisie prawa jest odpowiedzialnością ponoszoną na zasadzie ryzyka. Wystarczy, aby podwykonawcy nie dołożyli należytej staranności do wykonywanych przez siebie obowiązków.

### Ja o niebie, Ty o chlebie

Nowe przepisy kończą - z nie tak rzadkimi - nadużyciami silniejszej pozycji zamawiającego polegającymi na naliczaniu kar umownych za zachowanie wykonawcy zupełnie niezwiązane z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem (art. 462 ust. 1 pkt 2 projektu Pzp).

W tym zakresie warto podnieść, że kara umowna ma charakter akcesoryjny w tym znaczeniu, że jej zastrzeżenie jest wiążące dla stron tylko wówczas, gdy są one związane zobowiązaniem, którego niewykonania, względnie nienależytego wykonania, dotyczy kara. Stąd też kara umowna powinna być zastrzegana w związku z konkretnymi uchybieniami w zakresie wykonania głównego przedmiotu umowy, np. z nieterminową realizacją, brakami ilościowymi lub uchybieniami jakościowymi. W takim przypadku, kara umowna co do zasady zastępuje odszkodowanie należne wierzycielowi (czyli zamawiającemu).

Obowiązek zapłaty kary umownej (i to jeszcze o znacznej wysokości w stosunku do przedmiotu zamówienia) w związku z zachowaniem bądź zaniechaniem niezwiązanym z zamówieniem publicznym nie tylko jest niezgodny z zasadami współżycia społecznego, ale przede wszystkim jest sprzeczny z istotą tego instrumentu, czyli art. 483 §1 Kodeksu Cywilnego. Zastrzegane przez zamawiających w umowach w sprawie zamówienia publicznego kary umowne powinny zmierzać do zabezpieczenia jej prawidłowego wykonania, a nie innych obaw prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Tytułem przykładu – w wyrokach KIO 487/14 z dnia 27 marca 2014r. oraz KIO 2397/13 z dnia 25 października 2013r. - Krajowa

## Nowe przepisy kończą - z nie tak rzadkimi - nadużyciami silniejszej pozycji zamawiającego polegającymi na naliczaniu kar umownych za zachowanie wykonawcy zupełnie niezwiązane z przedmiotem umowy

Izba Odwoławcza za kary umowne niebędące w związku z przedmiotem zamówienia i ewentualnymi uchybieniami wynikającymi z realizacji umowy uznała:

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

Zgodzić się należy z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej, że powyższe kary nie odnoszą się do sytuacji, które mogłyby mieć potencjalny wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia. Nie mają one charakteru wyłącznie prewencyjnego, a ich celem nie jest zmotywowanie wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tylko wyłącznie ochrona finansowa zamawiającego.

### Miarka się przebrała

Kary umowne są instrumentem służącym wzmocnieniu więzi zobowiązaniowej między stronami. Kara umowna zastępuje odszkodowanie, a ponadto pełni rolę stymulacyjną i represyjną, bowiem służy realnemu wykonaniu zobowiązań.

Kary umowne muszą być zatem obowiązkowym elementem umów w sprawie zamówie-

nia publicznego i jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych w „Raporcie dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych”, wszyscy bądź prawie wszyscy zamawiający biorący udział w badaniu zawierali w treści umów o zamówienie publiczne klauzule dotyczące kar za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Stąd też wprowadzenie do umowy w sprawie zamówienia publicznego zapisów zwiększających gwarancję faktycznego wykonania umowy przez wykonawcę jest zjawiskiem normalnym i samo w sobie nie może zostać uznane za naruszenie zasady swobody umów. Kwestią otwartą pozostaje jednak wysokość kar umownych.

Pozornie najprostszym rozwiązaniem wydawało się wskazanie w przepisach Pzp maksymalnego (procentowego) progu wysokości kar umownych, które mogłyby być egzekwowane od wykonawcy w razie niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. W ocenie autorki, z uwagi na różnorodność zamówień publicznych (zarówno w zakresie przedmiotu, jak i wartości) nie ma możliwości, żeby przepisy Pzp wskazywały na jeden próg wysokości kar umownych, który powinien być stosowany przez zamawiających. Takie uregulowanie nie byłoby prawidłowe chociażby z uwagi na panującą tendencję dotyczącą różnicy wartości szacunkowej zamówienia, a faktycznymi wysokościami cen ofertowych.



W projektowanym przepisie Pzp odwołano się do znanego już pojęcia „rażących” kar umownych (art. 462 ust. 1 pkt 3 projektu Pzp). W szerokim orzecznictwie sądowym odnoszącym się do tej materii wskazuje się, że o rażąco wysokiej karze można mówić, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością zastrzeżonej kary umownej, jak i wtedy, gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody. Przykładowo, w wyroku z dnia 25 września 2013 r., VI Ga 173/13, Sąd Okręgowy w Rzeszowie stwierdził, że wysokość kary umownej w kwocie 12.500 pln, w stosunku do wartości całego zobowiązania głównego w kwocie 29.000 pln, wynosząc więc blisko połowę całego wynagrodzenia stanowiła zbyt znaczącą część wynagrodzenia powodów, biorąc także pod uwagę skomplikowany zakres zamówienia i czasookres zwłoki.

Autorka dobrze ocenia nowy akt prawny, który odnosi się do pojęcia „rażącego wygórowania” kary umownej, które to pojęcie jest użyte w Kodeksie Cywilnym oraz wielokrotnie było analizowane przez sądy powszechne i przedstawiciele doktryny. 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.<sup>1</sup>

### Praca (nie zawsze) ludzi wzbogaca

Oczywistym jest, że składając ofertę wykonawca musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyka i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę oferty. W umowach w sprawie zamówienia publicznego nie należy jednak przenosić całego ciężaru odpowiedzialności finansowej, jak i konsekwencji terminowej realizacji zamówienia na wykonawcę. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy dopiero na etapie realizacji zamówienia pojawi się potrzeba wykonania prac nieprzewidzianych, które są niezbędne do realizacji zamówienia. To negatywne zjawisko rynku zamówień publicznych ma zostać wyeliminowane poprzez uznanie tego rodzaju postano-

wień umowy za klauzule niedozwolone (art. 462 ust. 1 pkt 2 projektu Pzp).

Warto jeszcze dodać, że wiedza o przedmiocie zamówienia publicznego jest niezbędna uczestnikom postępowania w celu prawidłowego skalkulowania własnej oferty i oceny ryzyk, które są możliwe do przewidzenia. Wykonanie niewskazanych w opisie przedmiotu zamówienia czynności może przełożyć się na terminowość wykonanego zamówienia, a w dalszej kolejności na wystąpienie dodatkowych kosztów po stronie wykonawcy. Takie niedookreślenie powoduje niemożliwość dokonania prawidłowej wyceny przedmiotowego zamówienia przez wykonawców, a w konsekwencji oferty złożone w postępowaniu mogą być nieporównywalne.

Tytułem przykładu, ryzyka których powstania nie może przewidzieć wykonawca działający z należytą starannością - to przede wszystkim ryzyka wystąpienia dodatkowych kosztów wynikających:

- z wątpliwej jakości opisu przedmiotu zamówienia (w szczególności dotyczy to dokumentacji projektowej),
- ze zmiany decyzji administracyjnej,
- z odkryć archeologicznych na terenie budowy,
- ze zmiany przepisów prawa,
- ze zmiany wytycznych i instrukcji instytucji zarządzającymi środkami unijnymi.

Dla zobrazowania chociażby pierwszego przykładu nieprawidłowych praktyk można posłużyć się postępowaniem na wykonanie robót budowlanych, w którym zamawiający zdefiniował roboty budowlane jako „całość czynności niezbędnych do wykonania zamówienia zgodnie z niniejszą umową, załącznikami do niniejszej umowy, normami, przepisami prawa, sztuką budowlaną i zasadami wiedzy technicznej, a w szczególności roboty budowlane (w tym prace instalacyjne i montażowe) oraz potrzebne do ich wykonania dostawy Materiałów oraz Urządzeń, a także wszelkie inne czynności i działania bezpośrednio lub pośrednio związane z przygotowaniem, zorganizowaniem oraz wykonaniem procesu budowlanego mającego na celu wzniesienie Obiektu oraz oddanie go do eksploatacji”. Zamawiający wymagał zapewnienia przez wykonawcę wykonania wszelkich innych czynności (choćby nie były

one wskazane w treści umowy), które nie stanowią robót budowlanych, ale będą niezbędne do ich należytej i terminowej realizacji. Zamawiający nie określił jakie inne czynności wykonawca będzie zobligowany zrealizować. Tak sformułowany przysły, niepewny zakres zobowiązań wykonawcy Krajowa Izba Odwoławcza uznała za niezgodny z obecnie obowiązującym przepisami Pzp (tak: wyrok KIO 2219/17, KIO 2228/17, KIO 2232/17, KIO 2234/17 z dnia 30 listopada 2017 r.).

Jeżeli na etapie realizacji zamówienia publicznego wystąpi konieczność oceny, czy dane ryzyko wykonawca powinien przewidzieć bądź nie miał takiej możliwości. to kluczowe będzie określenie momentu, w który taka „nieprzewidziana okoliczność” może powstać. Istnieją trzy takie momenty i odnoszą się one do: (i) zdarzeń mających miejsce po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; (ii) sytuacji, które wystąpiły po terminie składania ofert; (iii) okoliczności powstałych po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie autorki prawidłowe odniesienie powinno dotyczyć daty składania ofert. Po tej dacie zamawiający nie ma już możliwości modyfikacji SIWZ, a nieprzewidywalna sytuacja może nastąpić już w okresie od terminu składania ofert a przed terminem zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

### Im dalej w las, tym więcej drzew

Praktyka pokazuje, że lista klauzul ograniczających odpowiedzialność zamawiającego i przenoszących wszelkie ryzyka na stronę wykonawcy jest bardzo duża i wykracza poza cztery przypadki wskazane w nowym Pzp. Należy założyć, że z tego względu projekt art. 462 Pzp zawiera katalog otwarty, co oznacza, że każdorazowo organizator przetargu będzie dokonywał odrębnej oceny i podziału ryzyk stron umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie autorki, zamawiający będą zmuszeni do zweryfikowania stosowanych przez siebie wzorów umów pod kątem zapisów wyłączających ich odpowiedzialność za błędny opis przedmiotu zamówienia lub postanowień, które przewidują obowiązek spełnienia zobowiązania przez wykonawcę mimo wcześniejszego niewykonania lub nienależytego spełnienia zobowiązania przez zamawiającego (np. nieterminowe przekazanie placu budowy). ■

<sup>1</sup> Inny pogląd prezentuje A.Prigan w „Nowe Prawo zamówień publicznych. Pierwsze wrażenia”(wyd. EL, str. 26).