Mamy przyjemność przekazać w wasze ręce raport dotyczący limitu kar umownych w zamówieniach publicznych. Temat aktualnie ważki, zarówno w kontekście ryzyk takiej odpowiedzialności, jak również prawidłowości szacowania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Limit kar umownych w zamówieniach – gdzie jest granica?

Autorzy:

Adwokat Sebastian Pietrzyk
ekspert PZP

Radca prawny – Hubert Wiśniewski
Counsel, Gessel

Słowem wstępu

Instytucja kar umownych dorobiła się tysięcy opracowań – zarówno naukowych, jak i bardziej o charakterze popularnym. W raporcie nie będziemy powielać ugruntowanych poglądów co do funkcji i charakteru samych kar. Zainteresował nas jednak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 sierpnia 2023 roku o sygnaturze KIO 2327/23 („Wyrok KIO"), w którym Izba musiała zmierzyć się z instytucją znaną w zasadzie tylko Prawu zamówień publicznych („PZP") – a mianowicie wysokością limitu kar umownych w projekcie umowy.

> Art. 436 punkt 3) PZP – „Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony."

W tym kontekście należy rozpocząć od wskazania treści przepisu PZP, na którym bazuje nasz raport.

WYROK KIO

Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach („Zamawiający”) prowadziła postępowanie na „Świadczenie kompleksowych usług utrzymania łaźni”. W dniu 7 sierpnia 2023 r. jeden z wykonawców wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu między innymi naruszenie treści art. 436 pkt 3 PZP w związku z art. 3531 Kodeksu cywilnego[1] (“KC”), art. 484 § 2 KC[2] i art. 483 KC[3] w związku z art. 8 ust. 1 PZP[4] poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego łącznej wysokości kar umownych.

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu zawarł następującą klauzulę dotyczącą łącznej wysokości kar umownych:

„Łączna maksymalna wartość kar umownych przysługujących Zamawiającemu jest równa wartości netto Umowy, o której mowa w § 3 ust. 1.”

Odwołujący wskazywał między innymi, że tak uregulowane prawo Zamawiającego może prowadzić do bez- podstawnego wzbogacenia Zamawiającego oraz narusza wyrażoną w treści przepisu art. 16 PZP zasadę proporcjonalności. Odwołujący zażądał zmniejszenia łącznej wysokości kar umownych do poziomu 20% wartości netto umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie kwestionował zasadność sformułowanego zarzutu i wskazywał, iż ustawodawca nie przesądził o tym, jaki limit kar umownych jest właściwy. Określenie takiego jednego limitu było rozważane w toku prac legislacyjnych, jednakże po namyśle z regulacji takiej zrezygnowano.[5]

W ocenie Zamawiającego podanie limitu łącznego kar umownych ma pomóc wykonawcy w oszacowaniu ryzyk oraz pozwala wszystkim wykonawcom złożyć ofertę na takich samych zasadach.

Wyrokiem KIO Izba uwzględniła odwołanie w zakresie powyżej wskazanego zarzutu i nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień specyfikacji warunków zamówienia poprzez obniżenie łącznej maksymalnej wartości kar umownych do poziomu nieprzekraczającego 30% wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy.

1. Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego
2. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana
3. § 1. Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). § 2. Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.
4. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.
5. Faktycznie w toku prac legislacyjnych proponowano przyjęcie limitu na poziomie 20%. W ocenie autorów artykułu rozwiązanie to było ze wszech miar słuszne i wyrażamy przekonanie, iż ustawodawca powinien rozważyć wprowadzenie tego limitu wprost do ustawy PZP.

Izba uznała, iż

„maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Ponoszone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy”

WYROKI KIO – WYROK WYROKOWI RÓWNY

Pamiętać należy jednak, ze jakkolwiek omawiany Wyrok KIO jest obecnie dość szeroko komentowany i środowisko żywi w związku z jego wydaniem nadzieje na generalną zmianę podejścia Izby (ale również docelowo, zamawiających) do kwestii wysokości zastrzeganych kar umownych – to jednak umiejscowienie Krajowej Izby Odwoławczej w systemie prawnym powoduje, że wyrok ten może być – niestety – bagatelizowany przez zamawiających. Przynajmniej tak długo, dopóki nie powstanie w ślad za nim spójna linia orzecznicza.

Krajowa Izba Odwoławcza nie jest podzielona na instancje, co oznacza, że nie można wskazać, że dany wyrok jest „ważniejszy niż inne”. I choć oczywistym pozostaje, iż w polskim porządku prawnym – co do zasady – nie stosuje się prawa precedensu, to jednak odwoływanie się do orzecznictwa i korzystanie z dorobku orzeczniczego odgrywa niebagatelną i niezastąpioną rolę w stosowaniu przepisów prawa.

Przy czym w odniesieniu do wyroków sądów powszechnych, oczywistym jest, że z inną „estymą” podejdziemy do wyroku sądu apelacyjnego niż do wyroku sądu rejonowego. Natomiast w odniesieniu do orzeczeń KIO, nie ma takiej możliwości, bowiem wszystkie te orzeczenia są „równe”. Oznacza to w praktyce, że na jeden wyrok taki jak ten omawiany w niniejszym raporcie a powoływany przez potencjalnego wykonawcę czy to przed KIO czy też przy próbie wpłynięcia na zmianę postanowień umowy na etapie postępowania, zamawiający mogą przedstawić podobną (jeżeli nie większą) ilość orzeczeń, potwierdzających, że określenie limitu kar umownych to autonomiczna decyzja zamawiającego.

Różne kategorie kar umownych z różnymi limitami

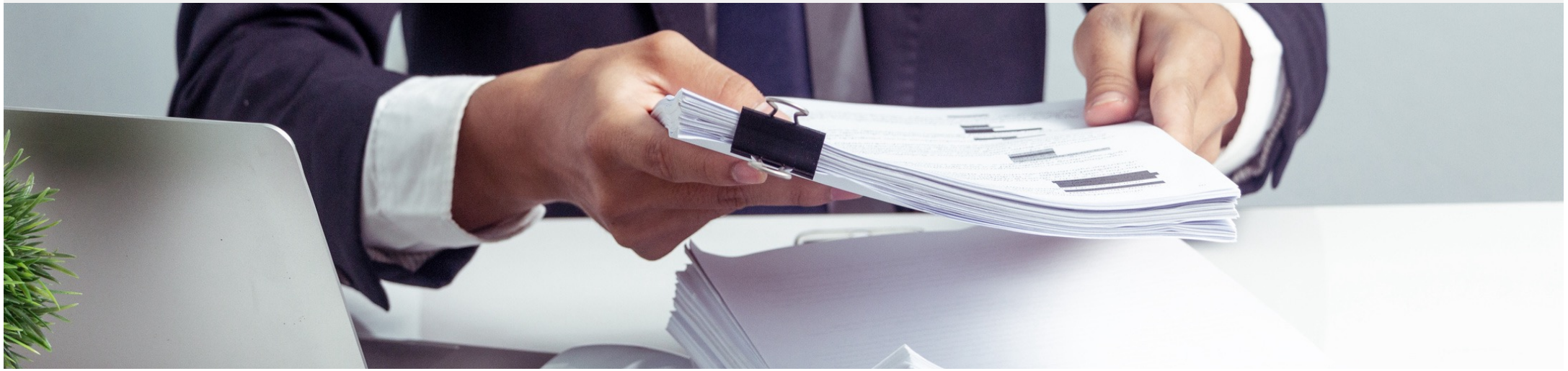
W naszej ocenie Zamawiający publiczni zdają się nie dostrzegać pewnego rozwiązania, które z powodzeniem funkcjonuje w kontraktach komercyjnych – tj. możliwości podziału kar umownych na kategorie oraz określenie dla nich wyodrębnionych limitów kar umownych.

Kara umowna zgodnie z rozumieniem wypracowanym przez doktrynę i judykaturę, i choć – zasadniczo – stanowi surogat odszkodowania, to jednak może być naliczana nawet wówczas gdy strona na której rzecz została ona zastrzeżona nie poniosła szkody. Tak uznał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 6 listopada 2003 r. (sygn. akt: III CZP 61/03

„zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody”

Sąd Najwyższy nadając tej uchwale moc zasady prawnej, podkreślił, że kara umowna może być naliczona zawsze wtedy, gdy ziściły się zastrzeżone przesłanki, niezależnie od tego czy druga strona poniosła w związku z tym jakiekolwiek negatywne konsekwencje.

Jakkolwiek kary umowne mogą być stosowane w oderwaniu od tego czy zamawiający poniósł szkodę lub inne negatywne konsekwencje, to jednak rodzaj i charakter najczęściej zastrzeganych przez zamawiających publicznych kar wskazuje, że są one dzielone w zależności od tego jak dalece negatywne skutki dla zamawiającego może wywołać wystąpienie okoliczności na wypadek których kary takie zostały zastrzeżone.



Tak też, zastrzegane przez zamawiających publicznych kary umowne możemy podzielić na trzy podstawowe kategorie:

1 Kary za zwłokę/opóźnienie

zmaterializowanie się okoliczności uprawniających do naliczenia tego rodzaju kar, powoduje przesunięcie w czasie realizację danego zamówienia, co w skrajnych przypadkach może skutkować dla zamawiającego np. utratą znaczenia realizacji danego zamówienia (np. budowa instalacji bożonarodzeniowej na rynku, która się opóźni do marca kolejnego roku) lub utratą finansowania (w tym z funduszy UE), lub też ponoszeniem wymiernych kosztów (np. konieczność utrzymywania tymczasowej linii energetycznej zamiast uruchomienia docelowej). Kary umowne zastrzegane na takie okoliczności charakteryzują się tym, że do pewnego przełomowego momentu (tj. takiego jak chociażby wskazane wyżej przykłady) ich naliczanie stanowi dla zamawiającego narzędzie mobilizujące wykonawcę, natomiast po jego wystąpieniu, kara ma kompensować zamawiającemu poniesioną szkodę. Innymi słowy, jedna i ta sama kara do pewnego momentu będzie naliczana bez szkody lub szkoda jest tylko potencjalna po stronie zamawiającego, natomiast po przekroczeniu pewnego punku na osi czasu, szkoda ta staje się rzeczywista i wymierna. Dlatego też często obserwuje się praktykę, zgodnie z którą zamawiający wskazują, że po przekroczeniu pewnej wartości kar naliczonych bądź po upływie określonej ilości dni opóźnienia/zwłoki, zamawiający zyskuje uprawnienie od odstąpienia od umowy. Kary takie najczęściej naliczane są za określony czas trwania opóźnienia/zwłoki.

2 Kary za uchybienia/braki jakościowe lub ilościowe

okoliczności na jakie tego rodzaju kary są zastrzegane dotyczą sytuacji, w których zamawiający otrzyma „niepełny lub wybrakowany" przedmiot zamówienia (choć dalej przedmiot taki, dany zamawiający chce pozyskać). Kary takie mają – w założeniu – skompensować takie braki zamawiającemu.

3 Kary porządkowe

czyli kary które są zastrzegana na okoliczności, których zaistnienie najczęściej ani nie skutkuje jakąkolwiek szkodą po stronie zamawiającego, ani nie ma większego wpływu na przebieg realizacji przedmiotu zamówienia. Mowa tu o karach zastrzeganych na takie okoliczności jak np. brak kasków ochronnych na terenie budowy, nieprawidłowe zgłoszenie pracownika do ochrony, brak wywieszenia na terenie budowy oznaczeń itp. Warto zaznaczyć, że kary takie najczęściej są naliczane jako jednostkowe kwoty.

Odnosząc się do regulacji art. 436 pkt 3) PZP, należy zaznaczyć, że przepis ten w żaden sposób nie określa konstrukcji ani modelu zastrzegania limitu kar umownych, tak długo jak zostanie określona

„łączna maksymalna wysokość kar umownych”

Oznacza to, że zamawiający mogą z powodzeniem zastosować mechanizm naliczania kar umownych, w myśl którego dla każdej z kategorii kar umownych (chociażby trzech podstawowych opisanych powyżej) zastrzeżony zostanie odrębny limit, a wszystkie limity cząstkowe, zostaną objęte jednym limitem łącznym.

Pozwoli to na takie uregulowanie kwestii naliczania kar umownych, które w przypadku zaistnienia poważnych uchybień (jak np. istotne braki jakościowe czy też zwłoka w realizacji kamieni milowych) pozwoli zamawiającemu na „wykorzystanie w najwyższym stopniu” dostępnego limitu kar.

Natomiast wystąpienie uchybień „mniejszej wagi” (jak np. opóźnienie w dostarczeniu dokumentacji pracowniczej członka personelu) nie spowoduje naliczania kary, której wysokość w skrajnym przypadku, „skompensuje” marżę wykonawcy.

Stosowanie takiego rozwiązania jawi się jako dążenie do znalezienia „złotego środka” i zważenie interesów zarówno zamawiających, jak i wykonawców – bowiem przy zastosowaniu takiego modelu, zamawiający ma możliwość zasygnalizowania, na których obszarach realizacji przedmiotu umowy zależy mu najbardziej, wykonawcy natomiast mogą w bardziej szczegółowy sposób estymować i kalkulować ryzyka kontraktowe.

— podsumowanie

Pozytywnie oceniamy Wyrok KIO w kontekście również jego uzasadnienia. Celowym wydaje się powrócenie do dyskusji o konieczności doprecyzowania treści przepisu art. 436 PZP. Niemniej już teraz istnieją rozwiązania, które staraliśmy się przybliżyć w końcowej części artykułu, a które w naszej opinii umożliwiając takie kształtowanie stosunku umownego, który zarówno będzie w zgodzie z przepisami PZP, jak również odzwierciedlał realne interesy zamawiającego. Podział bowiem kar umownych na kategorie w zależności od rodzaju uchybień i wskazanie obszarów przedmiotu zamówienia, na których zamawiającemu zależy najbardziej, zapewne może też się przyczynić do kalkulacji ofert w sposób bardziej efektywny.

czekamy na kolejne wyroki krajowej izby odwoławczej, z nadzieją, że będą równie celne.

JEŚLI

- planujesz start w przetargu publicznym;
- chcesz uniknąć przykrych niespodzianek i wiedzieć, że twoja oferta nie będzie zawierała braków;
- cenisz komfort i poczucie bezpieczeństwa;
- chciałbyś rozumieć na czym to wszystko polega;
- i mieć pewność, że wszystkie usługi świadczy ekspert.

A MOŻE

- zweryfikować prawidłowość czynności w postępowaniu;
- przeprowadzić audyt postępowania lub własnych procesów;
- odwołać się do Krajowej Izby Odwoławczej.

NIEZALEŻNIE OD SYTUACJI JESTEM PO TO, BY POMÓC. ZAPRASZAM.

adw. Sebastian Pietrzyk
Ekspert PZP

+48 606 406 531
hello@sebastianpietrzyk.pl
sebastianpietrzyk.pl

pietrzyksebastian