



URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**RAPORT DOTYCZĄCY STOSOWANIA KAR UMOWNYCH
W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH**

Warszawa, marzec 2018 r.

I. Wstęp

Kary umowne w zamówieniach publicznych były znane i stosowane w Rzeczypospolitej Polskiej już w czasach przedwojennych. W § 40 ust. 1 pkt 5 – 6 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o *dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego* (Dz.U. Nr 13 poz. 92), wyraźnie sformułowano obowiązek wprowadzenia do każdej umowy o zamówienie publiczne klauzul w sprawie „*odszkodowania umownego za niedotrzymanie bądź samej umowy, bądź terminu ostatecznego lub terminów poszczególnych wykonania dostawy lub roboty, bądź też rozpoczęcia i wykonania poszczególnych części dostawy lub roboty*”. Obligatoryjne było też postanowienie, że zamawiający „*może domagać się odszkodowania przewyższającego odszkodowanie umowne przy zastosowaniu art. 84 § 2 kodeksu zobowiązań*”. Dodatkowo ze wskazaniem na funkcję represyjną kary umownej wprowadzono w § 41 dyspozycję wymagającą, aby wysokość zastrzeżonego odszkodowania umownego ustalana była „*w zależności od wartości dostawy lub roboty oraz ich znaczenia*”. W czasach współczesnych także przewidziano obciążającą zamawiającego ogólną powinność publicznoprawną w postaci koniecznego zastrzegania kar umownych. Zapisy obligujące do określania wysokości kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zostały wprost sformułowane w art. 35 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 76 poz. 344) w brzmieniu wprowadzonym z dniem 26 października 2001 r.

W przepisach aktualnie obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) nie umieszczono szczególnych regulacji dotyczących kary umownej przyjmując, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego tworzy stosunek zobowiązaniowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą właściwy dla prawa cywilnego. Zatem w kwestii dotyczącej kar umownych wystarczające jest odesłanie do przepisów Kodeksu cywilnego, określone w art. 14 i art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Jednocześnie w art. 36 ust. 1 pkt 16 powołanej ustawy zdefiniowano powinność zamawiającego polegającą na zawarciu w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Zamawiający jest zatem uprawniony do ukształtowania postanowień umowy zgodnie z potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, a jednocześnie zobowiązany do takiego ustalenia warunków umownych, które należyście zabezpieczą jego interes, a tym samym interes publiczny.

W dokumentach, do których odwołuje się art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinny być zatem określone przez zamawiającego istotne

postanowienia dotyczące ustalania i dochodzenia kar umownych, uwzględniające obowiązujące w tym zakresie przepisy kodeksu cywilnego.

Normatywną podstawę zapisu umownego w przedmiocie kary umownej stanowi art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego. Stosownie do treści powołanego przepisu można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Suma ta, zwana karą umowną, zgodnie z brzmieniem art. 471 Kodeksu cywilnego przysługuje wierzycielowi (zamawiającemu) w sytuacji naruszenia określonych w kontrakcie zasad realizacji zamówienia, przy czym w takim przypadku istnieje domniemanie zawinionego działania po stronie wykonawcy, od którego ten może się ekskulpować. Ponadto w myśl art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody.

W tym stanie rzeczy bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody – tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych.

Uwzględniając, że formalno – prawne wymogi dotyczące kar umownych w systemie zamówień publicznych obowiązują już od dawna, zamawiający wypracowali wzory zapisów, jakie zwyczajowo stosują przy formułowaniu umów w sprawie zamówienia publicznego. Praktyczne aspekty funkcjonowania kar umownych w zamówieniach publicznych, w szczególności w odniesieniu do przyczyn i częstotliwości ich nakładania, a także sposobów windykacji i ewentualnego dochodzenia ich na drodze sądowej, nie były dotąd poddane przez Urząd Zamówień Publicznych analizie systemowej.

Niniejszy Raport jest pierwszą w tej dziedzinie prezentacją danych.

II. Metody badawcze

W okresie od 15 listopada 2017 r. do 31 grudnia 2017 r. w ramach działań realizowanych przez Urząd Zamówień Publicznych przeprowadzono badanie dotyczące zagadnień związanych z karami umownymi za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Prośbę o wypełnienie ankiety skierowano do respondentów za pośrednictwem korespondencji elektronicznej. Ze względu na niewielki zwrot odpowiedzi w dniu 13 grudnia 2017 r. ponowiono prośbę, jednocześnie kontaktując się z zamawiającymi telefonicznie i przypominając im o prowadzonym przez Urząd badaniu.

Do dnia 19 stycznia 2018 r. zostało wypełnionych 61 ankiet, które wykorzystano na potrzeby sporządzenia niniejszej analizy.

Pytania badawcze odnosiły się do umów zawartych w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 31 października 2017 r.

Doboru respondentów dokonano na podstawie ogłoszeń o udzieleniu zamówienia publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz w Dzienniku Urzędowym UE w roku 2016 i części roku 2017.

Grupę badawczą stanowili zamawiający udzielający dużych zamówień publicznych oraz zamawiający udzielający dużej liczby zamówień, w tym w szczególności z zakresu robót budowlanych oraz sektora IT. Ankieta została skierowana łącznie do 199 podmiotów.

Badanie zostało przeprowadzone za pomocą interaktywnego formularza elektronicznego umieszczonego na stronie internetowej UZP (formularz on-line), do którego zostały zaimplementowane pytania ankietowe. Adres strony www, na której umieszczono ankietę został przekazany elektronicznie, za pomocą poczty e-mail, do wybranych w procesie doboru próby zamawiających.

Ankieta miała charakter anonimowy.

W trakcie kontaktu z zamawiającymi zidentyfikowano kilka problemów, sygnalizowanych przez respondentów, które mogły mieć wpływ na liczbę wypełnionych ankiet (zwrotność).

Instytucje ankietowane wskazywały na zbyt dużą liczbę pytań ankietowych i ich szczegółowość. Część zamawiających informowała o bardzo dużej częstotliwości zdarzeń związanych z karami umownymi, m. in. jeden z zamawiających podał, że tylko w roku 2017 miał ok. 4 tys. takich przypadków. W przypadku wielości zdarzeń związanych z karami umownymi osoby zajmujące się zamówieniami nie były skłonne wypełnić ankiety.

Niektóre instytucje zgłaszały również problem braku szczegółowego rejestru efektów nakładania kar, co wiązało się z niemożnością pozyskania informacji automatycznie, zatem wypełnienie ankiety wymagałoby od nich przejrzania wszystkich spraw z tym związanych.

Kolejny problem, zwłaszcza w dużych instytucjach, związany był z rozproszeniem realizacji zamówień na poszczególne komórki organizacyjne, działy, departamenty itp., co utrudniało bądź uniemożliwiało zebranie informacji zbiorczej.

U części zamawiających komórki zajmujące się udzielaniem zamówień publicznych nie monitorują etapu realizacji umów, lecz proces ten realizują inne komórki organizacyjne danej instytucji.

Wskazywano także na niezbyt fortunny wybór czasu prowadzenia badania – ostatnie miesiące roku u większości zamawiających związane są z bardzo dużym zaangażowaniem w różne działania, w tym związane z kończeniem spraw dotyczących udzielanych zamówień czy sprawozdawczością.

III. Analiza wyników

1. Rodzaj zamawiającego

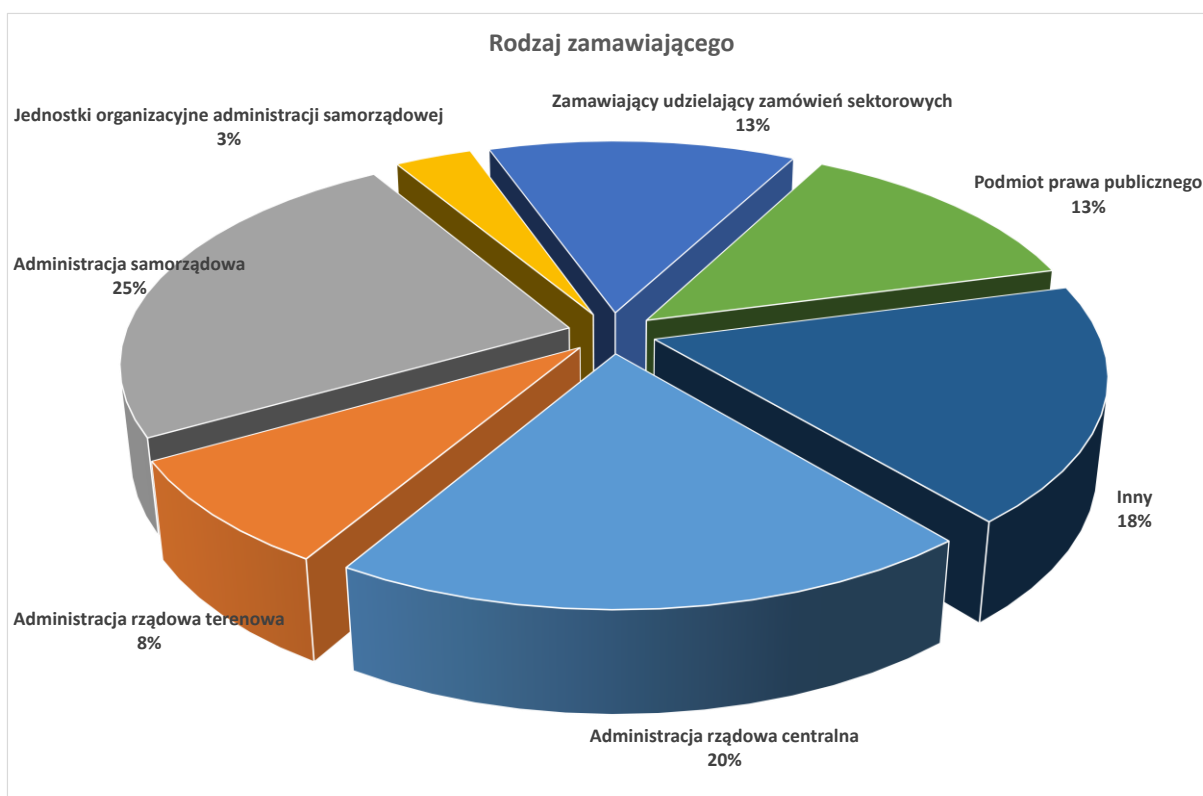
Z przesłanych 61 ankiet największą grupę zamawiających stanowiły instytucje szczebla rządowego oraz samorządowego.

Administrację rządową centralną wskazało 20% respondentów, natomiast administrację rządową terenową – 8% ankietowanych. W sumie administracja rządowa była reprezentowana przez 28% badanych.

Podobnie w przypadku administracji samorządowej – 28% wskazań dotyczyło zamawiających szczebla samorządowego, z tego administrację samorządową jako zamawiającego wskazało 25% respondentów natomiast jednostki organizacyjne administracji samorządowej – 3%.

Po 8 ankiet (tj. 13%) wypełnili pracownicy zamawiających udzielających zamówień sektorowych oraz przedstawiciele podmiotów prawa publicznego.

Pozostałe 18% (11 ankiet) respondentów skorzystało z możliwości wskazania innego rodzaju zamawiającego, nie wymienionego na liście.



Wyniki z ankiet

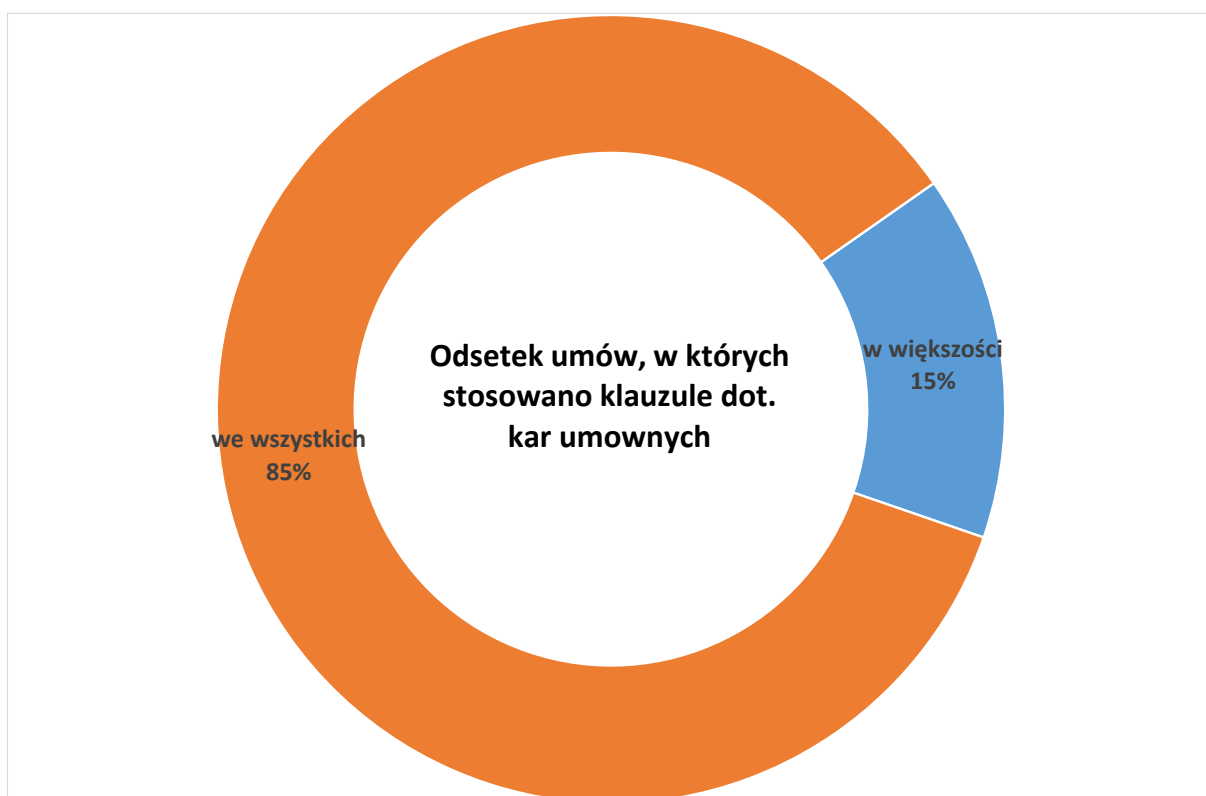
Pytanie 1: Rodzaj Zamawiającego:

	Liczba	Odsetek
Administration rządowa centralna	12	20%
Administration rządowa terenowa	5	8%
Administration samorządowa	15	25%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	2	3%
Zamawiający udzielający zamówień, o których mowa w art. 3 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp	0	0%
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	8	13%
Podmiot prawa publicznego	8	13%
Inny (proszę określić)	11	18%
Razem	61	100%

2. Stopień stosowania w umowach zapisów dotyczących kar umownych

Jak wynika z odpowiedzi prawie wszyscy ankietowani – 98% przypadków (wyjątek stanowił jeden wpis) – którzy wypełnili ankietę, zawierali w treści umów o zamówienie publiczne klauzule dotyczące kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

W zdecydowanej większości zamawiający wskazywali, iż klauzule te stosowali we wszystkich umowach – 85% przypadków (51 ankiet). W pozostałych 15% przypadków (9 ankiet) zamawiający określili, że klauzule dotyczące kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o zamówienie publiczne stosowali w większości umów.



Wyniki z ankiet

Pytanie 2: Czy w umowach o zamówienie publiczne zawieranych w okresie od 1.01.2015 do 31.10.2017 Zamawiający wpisywał klauzule dotyczące kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy?

	Liczba	Odsetek
Nie	1	2%
Tak	60	98%
Razem	61	100%

Jeżeli TAK, to w ilu umowach:

	Liczba	Odsetek
w niewielu	0	0%
w większości	9	15%
we wszystkich	51	85%
Razem	60	100%

3. Nakładanie kar umownych

67% zamawiających (40 odpowiedzi), którzy wskazali w ankiecie, że zawierali w treści umów o zamówienie publiczne klauzule dotyczące kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, jednocześnie odpowiedziało, że faktycznie nakładali na wykonawców kary umowne.

Pozostałe 33% ankietowanych (20 odpowiedzi) w badanym okresie kar umownych nie nałożyło.



Nienakładanie kar umownych na wykonawców realizujących zamówienia publiczne argumentowano brakiem takiej potrzeby, gdyż we wszystkich zamówieniach wykonawcy należycie wykonywali umowy – 41% przypadków. Kolejną wskazywaną przyczyną nienakładania kar umownych było usunięcie przez wykonawcę wad/nieprawidłowości – 28% odpowiedzi lub wyjaśnienia wykonawcy – 21% odpowiedzi. Natomiast w 3% przypadków wykonanie umowy nie było należyte, jednak poziom uchybień nie był istotny.

Wyniki z ankiet

Pytanie 3: Czy w przypadku umów o zamówienie publiczne realizowanych w okresie od 1.01.2015 do 31.10.2017 Zamawiający nakładał na wykonawcę kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy?

	Liczba	Odsetek
Nie	20	33%
Tak	40	67%
Razem	60	100%

Jeżeli NIE, to jakie były przyczyny nienakładania kar umownych:

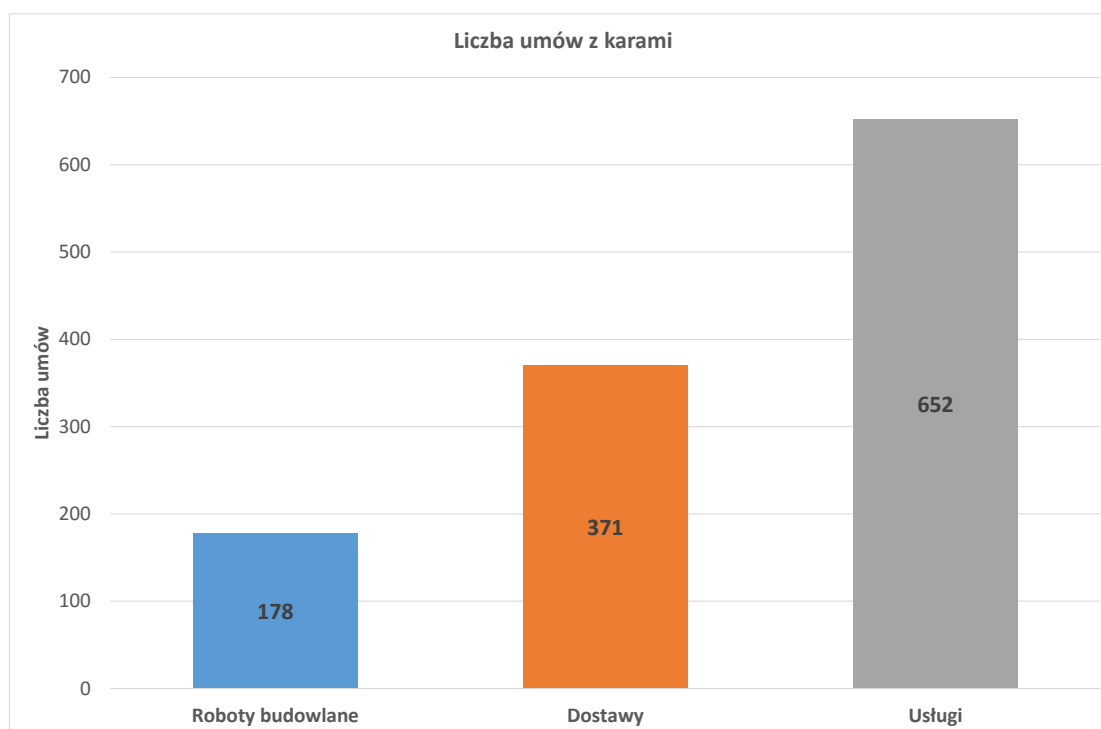
	Liczba	Odsetek
we wszystkich zamówieniach wykonawcy należycie wykonywali umowy	12	41%
wykonawcy wykonywali umowy nienależycie, ale poziom uchybień nie był istotny	1	3%
po usunięciu wad/nieprawidłowości odstąpiono od nałożenia kary	8	28%
po wyjaśnieniach wykonawcy odstąpiono od nałożenia kary	6	21%
inne (proszę określić jakie):	2	7%
Razem	29	100%

inne (proszę określić jakie):	2	100%
niedotrzymanie terminu realizacji zamówienia	1	50%
Wszystkie ww. umowy zostały zawarte w 2017 roku i wciąż trwają, w związku z czym jest jeszcze za wcześnie na pytania dotyczące kar umownych związanych z tymi umowami.	1	50%

4. Liczba umów, w których nakładano kary umowne

Dane uzyskane od ankietowanych wskazują, iż w badanym okresie zamawiający nałożyli na wykonawców kary za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w sumie w 1 201 przypadkach.

Najwięcej kar zamawiający nałożyli w związku z realizacją usług – 652 przypadki (54%), w dalszej kolejności w zamówieniach na dostawy – 371 przypadków (31%) oraz w zamówieniach na roboty budowlane – 178 przypadków (15%).



W większości przypadków w trakcie realizacji umowy nakładano jedną karę za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Dotyczy to robót budowlanych w przypadku 87% postępowań, dostaw – w przypadku 76% postępowań oraz usług – w przypadku 71% postępowań.

W niewielkim stopniu zamawiający nałożyli więcej niż jedną karę w trakcie realizacji jednej umowy.

Średnio na jednego zamawiającego w badanym okresie przypadło 30 umów o zamówienie publiczne, w których nakładano na wykonawców kary za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Jednak w zależności od rodzaju zamówienia oraz rodzaju zamawiającego średnia ta była zróżnicowana. Generalnie zamawiający udzielający zamówień sektorowych nakładali średnio kary w największej liczbie umów w każdym rodzaju zamówień.

Zestawienie liczby zamawiających, sumy umów, w których zostały nałożone kary oraz średniej liczby takich umów przypadających na zamawiającego w podziale na rodzaj zamówienia i rodzaj zamawiającego, prezentuje poniższa tabela.

Rodzaj zamawiającego	Roboty budowlane			Dostawy			Usługi		
	Liczba zamawiających	Suma umów	Średnia liczba umów	Liczba zamawiających	Suma umów	Średnia liczba umów	Liczba zamawiających	Suma umów	Średnia liczba umów
Administracja rządowa centralna	4	10	2,50	3	70	23,33	8	92	11,50
Administracja rządowa terenowa	0	0	0,00	1	1	1,00	3	6	2,00
Administracja samorządowa	4	50	12,50	2	14	7,00	4	84	21,00
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	2	29	14,50	2	4	2,00	2	44	22,00
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	1	22	22,00	3	83	27,67	5	327	65,40
Podmiot prawa publicznego	3	31	10,33	4	88	22,00	4	45	11,25
Inny	6	36	6,00	7	111	15,86	5	54	10,80
Razem	20	178	8,90	22	371	16,86	31	652	21,03

Wyniki z ankiet

Pytanie 4: Proszę podać liczbę umów o zamówienie publiczne (umowy zawierane w okresie od 1.01.2015 do 31.10.2017), w przypadku których Zamawiający nałożył na wykonawcę kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy: (w przypadku umowy, w trakcie realizacji której nałożono kilka kar umownych należy policzyć ją jeden raz)

	Roboty budowlane		Dostawy		Usługi	
Liczba umów z karami	178		371		652	
W tym:						
liczba umów, w których nałożono:						
jedną karę	112	87%	216	76%	207	71%
wiele kar	17	13%	69	24%	86	29%
Razem	129	100%	285	100%	293	100%

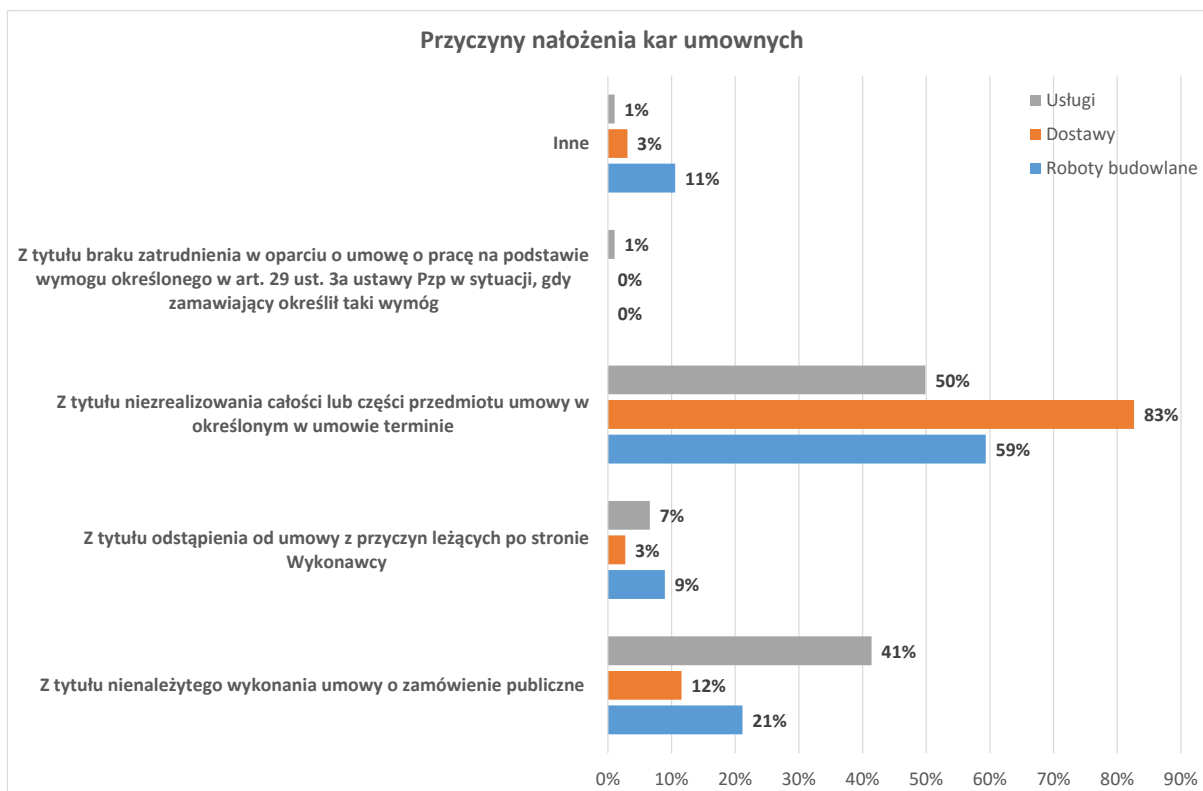
5. Przyczyny nakładania kar umownych

Z odpowiedzi na pytania ankietowe wynika, że najczęściej 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.

Drugą najczęstszą przyczyną nakładania kar umownych było nienależyte wykonanie umowy o zamówienie publiczne. Z tego tytułu zamawiający naliczyli kary przy realizacji usług w 41% przypadków, przy realizacji robót budowlanych – 21% oraz dostaw – 12% przypadków.

Kolejną przesłanką nałożenia kary umownej jaką wskazali zamawiający było odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W tym przypadku najczęściej karę umowną nakładano w zamówieniach na roboty budowlane – 9% wskazań, następnie w zamówieniach na usługi – 7% oraz na dostawy – 3% przypadków.

Dodatkowo, w zamówieniach na usługi zamawiający informowali o nakładaniu na wykonawców kar umownych z tytułu braku zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę na podstawie wymogu określonego w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp w sytuacji, gdy zamawiający określił taki wymóg - w 1% umów. Przesłanki tej nie wskazano w przypadku zamówień na roboty budowlane.



Przekazana respondentom ankieta dopuszczała, sformułowanie innych oprócz wskazanych powyżej przyczyn nałożenia kar umownych i tak:

- 1) w przypadku zamówień na roboty budowlane wskazywano przede wszystkim nieterminowe wykonanie przez wykonawcę prac zleconych protokołem konieczności (6% przypadków) oraz opóźnienia w przekazywaniu przez wykonawcę umowy podwykonawczej (2% przypadków).
- 2) w przypadku dostaw jako przyczynę nałożenia kar umownych zamawiający podawali nie przedłożenie polisy ubezpieczeniowej (1% przypadków) oraz opóźnienia bądź nieterminową realizację naprawy awarii lub wad ujawnionych w okresie gwarancji (również 1% przypadków).
- 3) w przypadku usług wskazywano nie spełnienie wymogów wskazanych w umowie, nieterminową realizację naprawy gwarancyjnej oraz nie dotrzymanie parametrów określonych w SLA (ogółem przyczyny te stanowiły 1% przypadków).

Wyniki z ankiet

Pytanie 5: Jakie były przyczyny nałożenia kar umownych?

(w przypadku umowy, w trakcie realizacji której nałożono kilka kar z różnych przyczyn prosimy o uwzględnienie tej umowy w każdej z przyczyn, na podstawie której nałożono kary)

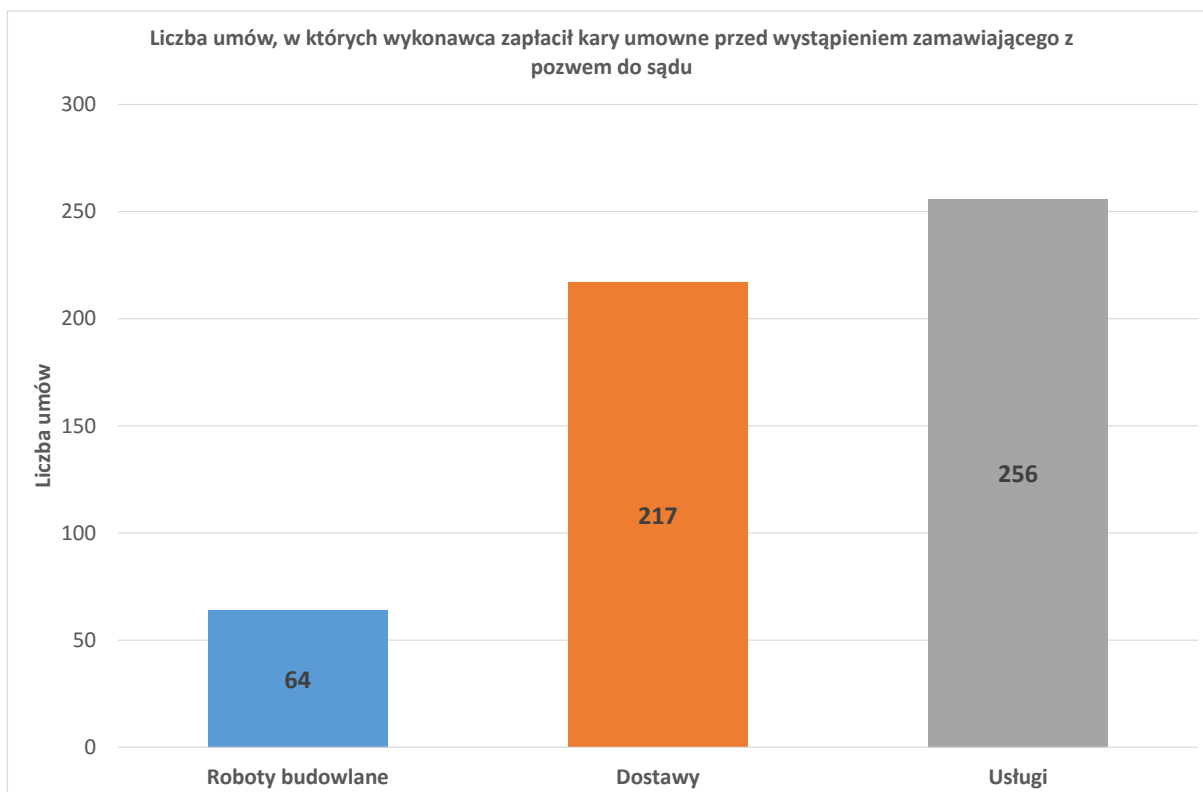
Przyczyna nałożenia kar umownych	Liczba umów					
	Roboty budowlane		Dostawy		Usługi	
Z tytułu nienależytego wykonania umowy o zamówienie publiczne	26	21%	34	12%	157	41%
Z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy	11	9%	8	3%	25	7%
Z tytułu niezrealizowania całości lub części przedmiotu umowy w określonym w umowie terminie	73	59%	243	83%	189	50%
Z tytułu braku zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę na podstawie wymogu określonego w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp w sytuacji, gdy zamawiający określił taki wymóg	0	0%	0	0%	4	1%
Inne (proszę opisać):	13	11%	9	3%	4	1%
Razem	123	100%	294	100%	379	100%

Inne (proszę opisać):	Roboty budowlane	Dostawy	Usługi
Opóźnienie w przekazaniu kopii umowy podwykonawczej	2		
brak terminowego wykonania prac zleconych protokołem konieczności	4		
Powołanie zespołu do realizacji umowy			2
brak terminowego wykonania prac zleconych protokołem konieczności	4		
nierozliczenie złomu	1		
niedotrzymanie terminu	1		

Inne (proszę opisać):	Roboty budowlane	Dostawy	Usługi
BHP		1	
Z tytułu nieterminowej realizacji awarii lub naprawy gwarancyjnej		3	1
opóźnienie w usunięciu wad ujawnionych w okresie gwarancji		1	
Za nieprzedłożenie projektu umowy podwykonawczej	1		
nie przedłożenie polisy ubezpieczeniowej		2	
Nie dotrzymania parametrów SLA			1
nie przedłożenie polisy ubezpieczeniowej		2	

6. Zapłata kary umownej przed postępowaniem sądowym

Na pytanie o liczbę umów, w których wykonawca zapłacił kary umowne w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przed wystąpieniem zamawiającego z pozwem do sądu o zapłatę kary umownej, wskazano, iż w przypadku robót budowlanych dotyczyło to 64 umów, w przypadku dostaw - 217 umów, a w przypadku usług - 256 umów.



Porównując te liczby z odpowiednią liczbą umów o zamówienie publiczne, w przypadku których zamawiający nałożył na wykonawcę kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, wskazaną przez respondentów w odpowiedzi na pytanie 4 (treść pytania: *Proszę podać liczbę umów o zamówienie publiczne (umowy zawierane w okresie od 1.01.2015 do 31.10.2017), w przypadku których Zamawiający nałożył na wykonawcę kary umowne z tytułu niewykonania lub*

nienależytego wykonania umowy), okazuje się, że w zamówieniach na roboty budowlane przy nałożonych karach w 178 umowach, w 36% przypadków wykonawcy zapłacili kary umowne bez dalszej interwencji zamawiającego.

Podobnie w zamówieniach na dostawy, przy nałożonych karach w 371 umowach, w 58% przypadków, a w zamówieniach na usługi, przy nałożonych karach w 652 umowach, w 39% przypadków, wykonawcy zapłacili kary umowne bez dalszej interwencji zamawiającego.

Wyniki z ankiet

Pytanie 6: W ilu przypadkach wykonawca zapłacił kary umowne w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego bez skorzystania z drogi sądowej?

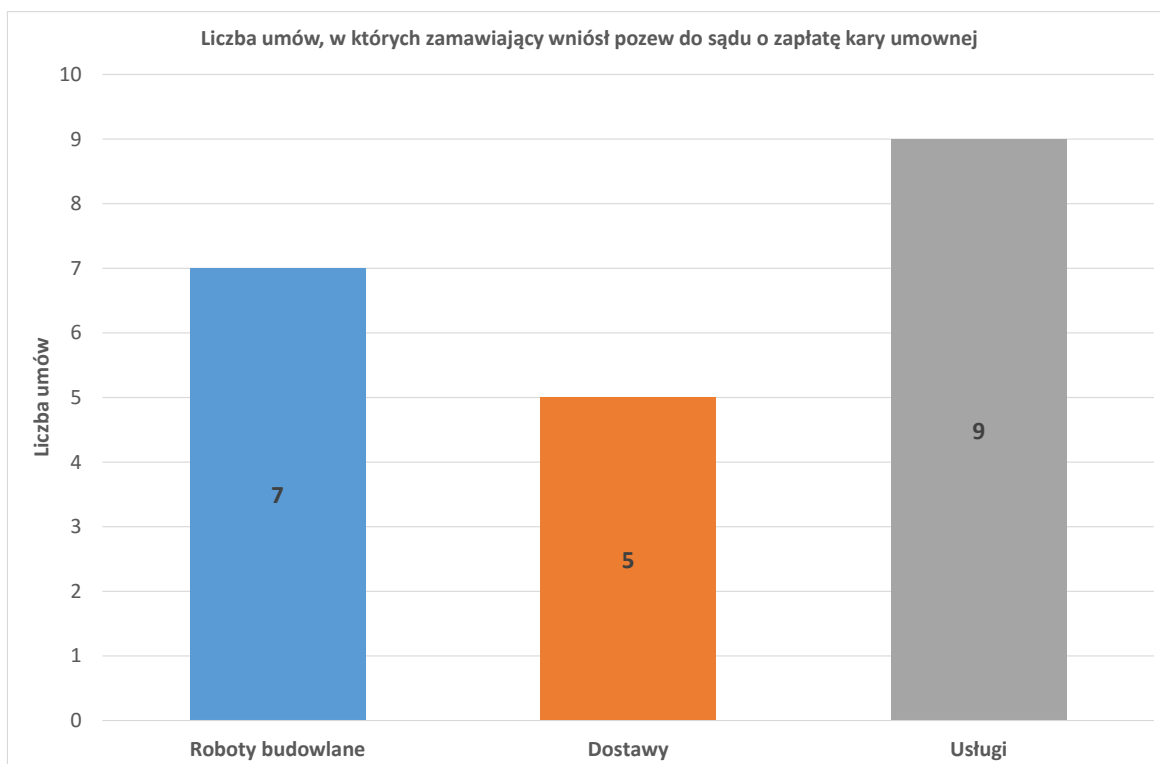
(w przypadku umowy, w trakcie realizacji której nałożono kilka kar umownych należy policzyć ją jeden raz)

Liczba umów		
Roboty budowlane	Dostawy	Usługi
64	217	256

7. Pozwy do sądu o zapłatę kary umownej

Uzyskane od respondentów odpowiedzi informują, iż w badanym okresie w niewielu sprawach zamawiający zdecydowali się na wystąpienie na drogę sądową w celu wyegzekwowania od wykonawców nałożonych kar umownych.

W przypadku robót budowlanych było to 7 umów o zamówienie publiczne, w przypadku dostaw - w stosunku do 5 umów, a w przypadku usług - w stosunku do 9 umów.



Porównując te dane ze wskazanymi w odpowiedzi na pytanie 4 liczbami umów, w przypadku których zamawiający nałożył na wykonawcę kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz uwzględniając liczby umów wskazanych w pytaniu 6 (treść pytania: *W ilu przypadkach wykonawca zapłacił kary umowne w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego bez skorzystania z drogi sądowej?*), co do których zamawiający określił, iż kary umowne zostały zapłacone bez skorzystania z drogi sądowej, okazało się, że w zamówieniach na roboty budowlane przy nałożonych karach w 178 umowach i karach zapłaconych w 64 umowach, jedynie w 6% przypadkach umów, w których kar nie zapłacono, zamawiający skierował pozew do sądu o zapłatę kar umownych.

Podobnie w zamówieniach na dostawy, przy nałożonych karach w 371 umowach i karach zapłaconych w 217 umowach, w 3% przypadków, a w zamówieniach na usługi, przy nałożonych karach w 652 umowach i karach zapłaconych w 256 umowach, w 2% przypadków, zamawiający skierował pozew do sądu o zapłatę kar umownych.

Wyniki z ankiet

Pytanie 7: W ilu przypadkach Zamawiający wniósł pozew do sądu o zapłatę kary umownej?

(w przypadku umowy, w trakcie realizacji której nałożono kilka kar umownych należy policzyć ją jeden raz)

Liczba umów		
Roboty budowlane	Dostawy	Usługi
7	5	9

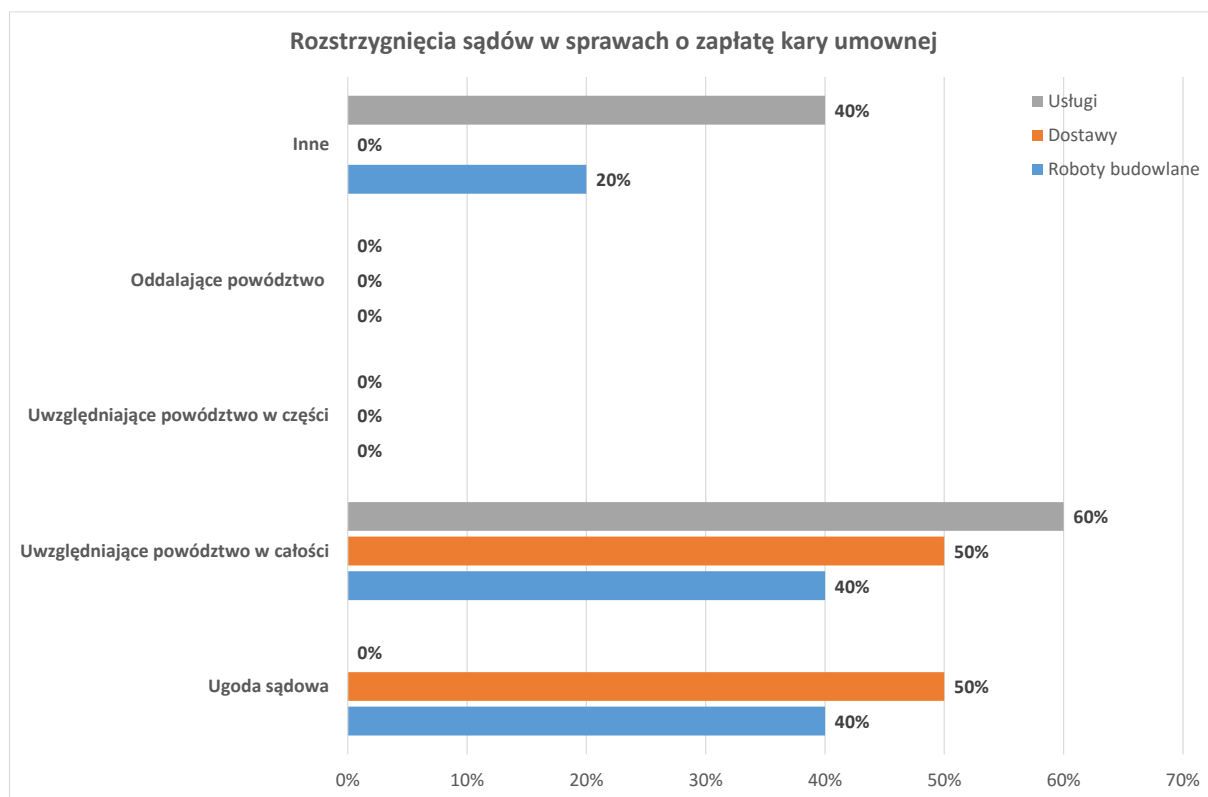
8. Rozstrzygnięcia sądów w sprawach o zapłatę kary umownej

Jak wynika z informacji wskazanych przez zamawiających, w badanym okresie niewiele spraw zakończyło się ostatecznym rozstrzygnięciem sprawy na drodze sądowej.

W zamówieniach na roboty budowlane w 4 przypadkach zapadło ostateczne rozstrzygnięcie sądu, a w jednym sprawa nadal pozostawała w toku. W zamówieniach na dostawy ostateczne rozstrzygnięcie sądu zapadło w 2 przypadkach, natomiast w zamówieniach na usługi – w 3 przypadkach, a w 2 – sprawy nie zakończyły się jeszcze prawomocnym wyrokiem sądu.

W przypadku spraw zakończonych sądy najczęściej rozstrzygały na korzyść zamawiających, uwzględniając powództwo. W robotach budowlanych były to 2 sprawy (50% spraw zakończonych), w dostawach – 1 sprawa (również 50% spraw zakończonych) a w usługach – 3 sprawy (100% spraw zakończonych).

Pozostałe sprawy w przypadku robót budowlanych i dostaw zostały zakończone ugodą sądową – 2 sprawy w robotach budowlanych (50% spraw zakończonych) oraz 1 sprawa w dostawach (również 50% spraw zakończonych).



Wyniki z ankiet

Pytanie 8: Jeżeli zamawiający wniósł pozew do sądu o zapłatę kary umownej, to jakie ostatecznie zapadło rozstrzygnięcie sądu?

(w przypadku umowy, w trakcie realizacji której nałożono kilka kar i rozstrzygnięcia sądów były różne dla różnych kar, prosimy o uwzględnienie tej umowy w każdym z rodzajów rozstrzygnięcia, które wystąpiło)

Rozstrzygnięcie sądu	Liczba umów					
	Roboty budowlane		Dostawy		Usługi	
Uгода sądowa	2	40%	1	50%	0	0%
Uwzględniające powództwo w całości	2	40%	1	50%	3	60%
Uwzględniające powództwo w części	0	0%	0	0%	0	0%
Oddalające powództwo	0	0%	0	0%	0	0%
Inne (proszę opisać):	1	20%	0	0%	2	40%
Razem	5	100%	2	100%	5	100%

Inne (proszę opisać):	Roboty budowlane	Dostawy	Usługi
Sprawa trwa.	1		
Do dnia dzisiejszego sprawa sądowa nie została zakończona prawomocnym wyrokiem			1
jest w toku			1

9. Poziom wpływu nieprawidłowości na zamówienie publiczne

W badaniu poproszono zamawiających o określenie poziomu wpływu nieprawidłowości, na podstawie których nałożono kary umowne, na całe zamówienie publiczne.

Z przekazanych odpowiedzi największy odsetek stanowiły nieprawidłowości opisane jako nie mające wpływu na realizację zamówienia oraz mające niewielki wpływ na jego realizację. We wszystkich trzech rodzajach zamówień te dwa poziomy nieprawidłowości stanowiły ponad 80% wskazań.

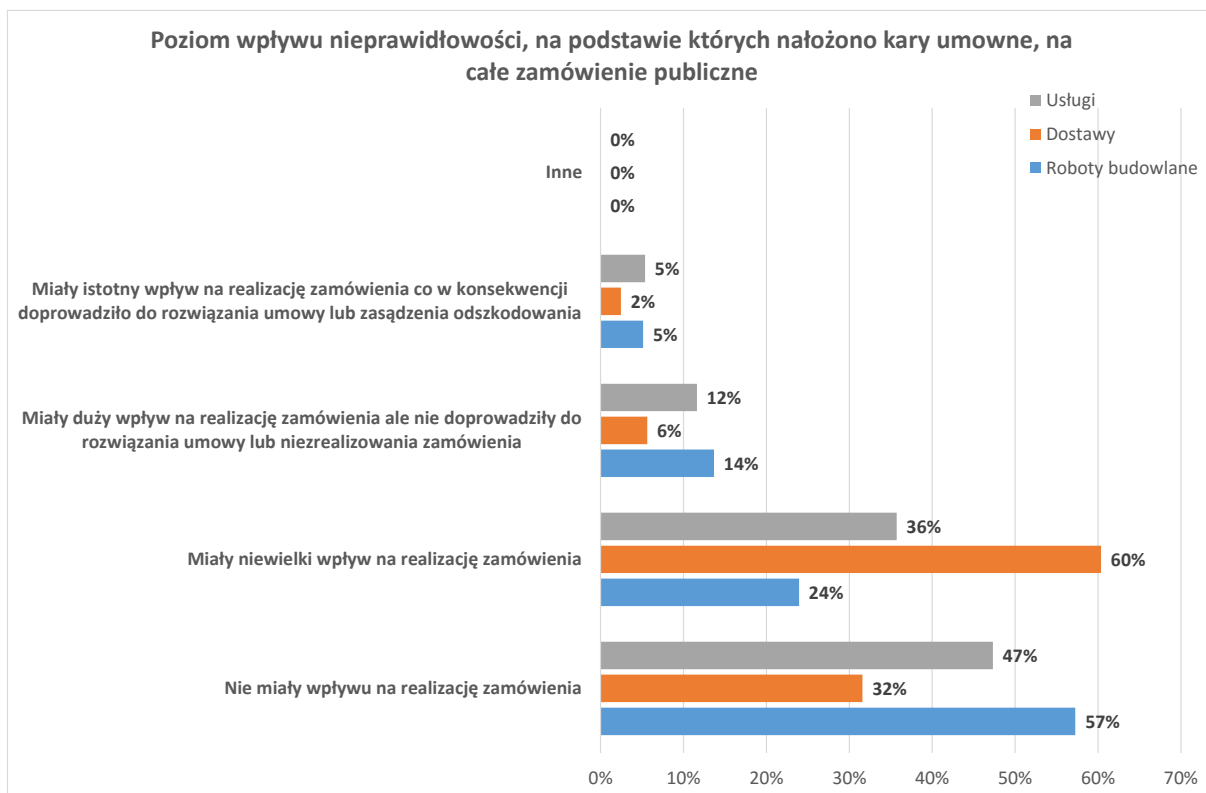
W przypadku zamówień na roboty budowlane zamawiający podali, że w 57% przypadków (67 odpowiedzi) nieprawidłowości, na podstawie których nałożono kary umowne, nie miały wpływu na realizację zamówienia, a w 24% przypadków (28 odpowiedzi) – miały niewielki wpływ na realizację zamówienia.

W przypadku zamówień na dostawy zamawiający wskazali, że w 32% przypadków (90 odpowiedzi) nieprawidłowości, na podstawie których nałożono kary umowne, nie miały wpływu na realizację zamówienia, a w 60% przypadków (172 odpowiedzi) – miały niewielki wpływ na realizację zamówienia.

Natomiast w przypadku zamówień na usługi zamawiający wskazali, że w 47% przypadków (159 odpowiedzi) nieprawidłowości, na podstawie których nałożono kary umowne, nie miały wpływu na realizację zamówienia, a w 36% przypadków (120 odpowiedzi) – miały niewielki wpływ na realizację zamówienia.

Zdecydowanie rzadziej zamawiający wskazywali nieprawidłowości, które miały duży wpływ na realizację zamówienia, ale nie doprowadziły do rozwiązania umowy lub niezrealizowania zamówienia. W przypadku robót budowlanych ten poziom nieprawidłowości stanowił 14% wskazań (16 odpowiedzi), w dostawach – 6% wskazań (16 odpowiedzi) a w przypadku usług – 12% (39 odpowiedzi).

Sporadycznie zamawiający zaznaczali odpowiedź, że nieprawidłowości miały istotny wpływ na realizację zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. W tym przypadku w zamówieniach na roboty budowlane odpowiedzi stanowiły 5% ogółu (6 odpowiedzi), w zamówieniach na dostawy – 2% ogółu (7 odpowiedzi), a w usługach – 5% ogółu (18 odpowiedzi).



Wyniki z ankiet

Pytanie 9: Proszę określić poziom wpływu nieprawidłowości, na podstawie których nałożono kary umowne, na całe zamówienie publiczne.

(w przypadku umowy, w trakcie realizacji której nałożono kilka kar i kary te były różne (zależnie od poziomu nieprawidłowości), prosimy o uwzględnienie tej umowy w każdym z odpowiednich poziomów nieprawidłowości wskazanych poniżej)

Nieprawidłowości	Liczba umów					
	Roboty budowlane		Dostawy		Usługi	
Nie miały wpływu na realizację zamówienia	67	57%	90	32%	159	47%
Miały niewielki wpływ na realizację zamówienia	28	24%	172	60%	120	36%
Miały duży wpływ na realizację zamówienia ale nie doprowadziły do rozwiązania umowy lub niezrealizowania zamówienia	16	14%	16	6%	39	12%
Miały istotny wpływ na realizację zamówienia co w konsekwencji doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania	6	5%	7	2%	18	5%
Inne (proszę opisać):	0	0%	0	0%	0	0%
Razem	117	100%	285	100%	336	100%

IV. Podsumowanie

Z przeprowadzonego badania wynika, że wszyscy bądź prawie wszyscy zamawiający zawierali w treści wszystkich lub prawie wszystkich umów o zamówienie publiczne klauzule dotyczące kar za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

Jednocześnie dwóch na trzech zamawiających faktycznie skorzystało z postanowień umowy i nałożyło na wykonawców kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o zamówienie publiczne. Najczęściej jednak była to jedna kara w trakcie realizacji jednej umowy.

Średnio najwięcej umów, na podstawie których zostały nałożone kary, realizowali zamawiający udzielający zamówień sektorowych.

Przyczyną nakładania kar była przede wszystkim nieterminowość realizacji całości bądź części zamówienia oraz ogólnie nienależyte wykonanie umowy.

Na podstawie wyników badania można stwierdzić, że w zamówieniach na roboty budowlane oraz na usługi w około dwóch na pięć przypadków wykonawca zapłacił kary umowne w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przed wystąpieniem zamawiającego z pozwem do sądu o zapłatę kary umownej. W przypadku dostaw – w około trzech na pięć przypadków.

Jednocześnie w bardzo niewielkim stopniu zamawiający korzystali z możliwości wnoszenia pozwów do sądu o zapłatę kar umownych w przypadkach, gdy wykonawca uchylał się od zapłaty kary – w robotach budowlanych odsetek takich spraw nie przekroczył 6%, w dostawach 3% a w usługach 2% przypadków.

Jeżeli jednak sprawa trafiła do sądu to najczęściej kończyła się rozstrzygnięciem na korzyść zamawiającego, ewentualnie ugodą sądową.

Co do ogólnego wpływu na zamówienie publiczne nieprawidłowości, na podstawie których nałożono kary umowne, zamawiający najczęściej wskazywali, że nie miały one wpływu bądź miały niewielki wpływ na realizację zamówienia.

Jednocześnie jednak, w przypadku 5% zamówień na roboty budowlane i usługi oraz 2% na dostawy zamawiający stwierdzili, że nieprawidłowości miały istotny wpływ na realizację zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

V. Wnioski

Zamawiający co do zasady zabezpieczają realizację umów w sprawie zamówienia publicznego karami umownymi, wykazując tym samym należyłą staranność w prowadzeniu spraw publicznych. Zapisy umowne dotyczące kar umownych motywują wykonawców do należytego wykonania przedmiotu umowy lub jak najbardziej sumiennego i prawidłowego jego zrealizowania. Świadczy o tym niewielki odsetek przypadków, w których dochodzi do naliczenia kary umownej. Uprawnione jest zatem stwierdzenie, że kary umowne w takim kształcie, jaki nadają im zamawiający w postanowieniach umownych, spełniają swoją funkcję prewencyjną.

Jednocześnie gdy dochodzi do sytuacji uzasadniającej obciążenie wykonawcy karą umowną, zapłata należności na rzecz sektora publicznego następuje po wezwaniu zamawiającego, bez konieczności uruchamiania przewodu sądowego. Oznacza to, że zapisy umowne dotyczące kar umownych formułowane są w sposób na tyle precyzyjny, że nie budzą wątpliwości interpretacyjnych, przez co pomiędzy stronami umowy nie dochodzi do sporów sądowych w przedmiocie zasadności naliczenia kary umownej. Prawdopodobne jest także, że długotrwałość procesów cywilnych, a co za tym idzie wysokie koszty i ryzyko związane z procesem, sprzyjają dążeniu stron do zakończenia spraw bez drogi sądowej.

Fakt, że znakomita większość kar umownych, naliczonych i zapłaconych, wynika z niedotrzymania terminu wykonania przedmiotu zamówienia, może świadczyć natomiast o wyznaczaniu przez zamawiających zbyt krótkich terminów na realizację umowy, zważywszy na datę wszczęcia postępowania, a następnie udzielenia zamówienia publicznego. Ustalenie przyczyn takiego stanu rzeczy wymagałoby jednak pogłębionych analiz systemowych. Trudno bowiem jednoznacznie zdefiniować zjawisko w sytuacji, gdy analizie poddano niewielki wycinek umów realizowanych w ramach zamówień publicznych.

Czynnikiem rzutującym negatywnie na wyniki badania z pewnością jest niewystarczająca zwrotność ankiet spowodowana brakiem gromadzenia odpowiednich danych dotyczących kar umownych bądź rozproszeniem organizacyjnym zamówień publicznych w strukturach zamawiających. Nie ulega wątpliwości, że w interesie finansów publicznych leży jednoznaczne identyfikowanie należności budżetowych z tytułu naliczonych kar umownych, co wymaga zapewnienia realnego nadzoru nad realizacją umów w sprawie zamówienia publicznego i czuwania nad ich prawidłowym wykonaniem przez odpowiednie służby zamawiającego. Podkreślenia wymaga fakt, że badanie objęte przedmiotem niniejszego raportu trwało od 15 listopada 2017 r. do 31 grudnia 2017 r., tj. przez 1,5 miesiąca, a zatem wystraszająco długo, by zamawiający mogli przedstawić wyniki w oparciu o posiadane dane, nawet gdyby konieczne było ich uprzednie opracowanie. Oczywiście wypełnienie ankiety było dobrowolne i anonimowe, jednak zwrotność informacji na takim poziomie, jaki uzyskano, może oznaczać, iż zamawiający mają trudności z zapewnieniem odpowiedniego przepływu informacji pomiędzy komórkami organizacyjnymi w swoich strukturach. Zasadne wydaje się zatem wprowadzanie mechanizmów zapewniających prawidłowy obieg informacji u zamawiających niezbędny do efektywnego działania przy wykonywaniu zadań publicznych, w szczególności przy realizacji zamówień publicznych.

Dane pozyskane w ramach przedmiotowego badania nie wystarczają do oceny sposobu ustalania przez zamawiających wysokości kar umownych. Nie ulega jednak wątpliwości, że skoro istotne postanowienia umowy, w tym wysokość kar umownych, określa zamawiający, to zważywszy na cel zamówień publicznych, jakim jest umożliwienie zamawiającemu dokonania jak najlepszego wyboru, a więc spośród jak

największej liczby prawidłowo złożonych ofert, wysokość kar umownych powinna być proporcjonalna do przedmiotu zamówienia i ewentualnego uszczerbku, jakiego może doznać zamawiający wskutek niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania.

Zapewnienie właściwej ochrony interesu publicznego skutkuje możliwością uzyskania oferty najkorzystniejszej, przy czym najkorzystniejsza oferta to ta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, a nie ta, w której wszystkie ryzyka związane z wykonaniem przedmiotu umowy zostają przeniesione na wykonawcę. Reguły zdrowego rozsądku i słuszności oraz racjonalność gospodarcza przesądzają, iż umowy w sprawie zamówienia publicznego wymagają ukształtowania wzajemnych praw i obowiązków stron umowy w sposób równomierny.

Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Do Urzędu Zamówień Publicznych docierają sygnały wskazujące na stosowanie w zamówieniach publicznych nadmiernych z punktu widzenia wykonawców kar umownych. Przyczyny takiego stanu rzeczy są zapewne złożone. Z jednej strony zapisy umowne dotyczące kar umownych stanowią konsekwencję braku należytej staranności w wykonywaniu zamówień publicznych przez wykonawców. Z drugiej strony stanowią sposób na przerzucenie odpowiedzialności za brak należytej staranności służb zamawiających przy opisywaniu przedmiotu zamówienia. W każdym przypadku pożądanym byłoby, aby opisem przedmiotu zamówienia i określaniem warunków umownych niezbędnymi do zapewnienia prawidłowego wykonania przedmiotu umowy zajmowały się osoby, które się na tym znają. Wiedza po stronie zamawiających jest poza tym niezbędna do zapewnienia prawidłowego nadzoru nad realizacją przedmiotu zamówienia. Należy więc dążyć do podniesienia kompetencji i profesjonalizacji personelu zajmującego się przygotowaniem, przeprowadzeniem i realizacją przedmiotu zamówienia w strukturach zamawiających.

Podniesienie kompetencji i wiedzy z zakresu zamówień publicznych dotyczy także wykonawców. Wykonawca jest bowiem odpowiedzialny za prawidłową realizację przedmiotu zamówienia co najmniej na równi z zamawiającym. Rzecz bowiem nie w tym, jak wykonać przedmiot umowy, by osiągnąć jak największy zysk przy jak najmniejszych kosztach realizacji, tylko efektywnie - to znaczy uzyskując najlepszy

rezultat przy danych nakładach, co wymaga zgodnego współdziałania obu stron umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna. Zatem określenie wysokości kar umownych należy poprzedzić kalkulacją przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką może ponieść zamawiający w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Naturalną reakcją obronną dłużnika, w sytuacji gdy kara umowna jest dla niego nadmiernym obciążeniem, jest kwestionowanie zarówno przesłanek naliczenia kary, jak i jej wysokości. Zbyt niska kara stanowi natomiast pokusę do nienależytego wykonania zobowiązania, a tym samym nie zabezpieczy prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. W każdym przypadku od obu stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga się zachowania rozsądku i umiaru w korzystaniu z przysługujących im praw, w poszanowaniu zasady wzajemnej równości.