**Dzień dobry,**

Niżej znajdziecie Państwo wzór wezwania zamawiającego do zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, z którego zamawiający potrącił kary umowne.

Pomimo tego, że przepisy ustawy covidowej czasowo ograniczyły zamawiającym możliwość dokonywania potrąceń kar umownych z wynagrodzenia w swojej praktyce obserwujemy, że działania takie nadal są podejmowane. Zdążyliśmy się także przekonać, że czasami samo wezwanie do zapłaty kwestionujące taki krok wystarczy, aby doprowadzić do zapłaty wynagrodzenia wykonawcy.

Wzór udostępniam z myślą o budowlanych MŚP. W chwili, kiedy piszę te słowa, sytuacja na rynku sprawia, że płynność finansowa wykonawców ma szczególnie doniosłe znaczenie. Przy skokowo rosnących kosztach realizacji inwestycji dodatkowe ubytki w budżecie firmy są ostatnią rzeczą, której potrzebują wykonawcy. Mam też świadomość, że szczególnie w aktualnym kontekście koszty obsługi prawnej znajdują się dość nisko na liście priorytetów wydatków firm z sektora MŚP. Przekazanie nieodpłatnie tego wzoru dokumentu traktuję jako swoją drobną cegiełkę dołożoną do poprawy sytuacji mniejszych firm budowlanych.

Na marginesie chcę uprzedzić, że zapłata przez zamawiającego spornego wynagrodzenia nie oznacza zamknięcia tematu kar umownych. Ustawa covidowa tylko czasowo wyłącza potrącenia kar. Nie zwalania natomiast wykonawców z obowiązku ich zapłaty. Nawet po uzyskaniu zapłaty sugeruję więc podjęcie z zamawiającym rozmów co do polubownego, definitywnego zakończenia sporu oraz – asekuracyjnie – dokładne udokumentowanie okoliczności, które doprowadziły do naliczenia kar (np. przyczyn przekroczenia umówionego terminu zakończenia robót).



**r. pr. Łukasz Mróz**

partner kancelarii

 Mróz Radcy Prawni Sp. p.

**Kontakt:**

biuro@kancelariamroz.pl +48 577 665 077 [LinkedIn](https://www.linkedin.com/in/rprlukaszmroz/) [Facebook](https://www.facebook.com/prawniknabudowie)

[Miejscowość, data]

[Nazwa i adres Wykonawcy]

[Nazwa i adres Zamawiającego]

**Dotyczy**: umowy nr ……… z ………… r. (**Umowa**)

**WEZWANIE DO ZAPŁATY**

Wykonawca wzywa Państwa do zapłaty kwoty

 **……………… zł**

(słownie)

tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane w ramach Umowy.

Na wskazaną kwotę składa się wynagrodzenie udokumentowane w fakturze VAT nr …………………… z ……….

Zapłata powinna zostać dokonana **w terminie 7 dni** od dnia otrzymania wezwania, na rachunek bankowy prowadzony pod numerem **…………………………………**.

**UZASADNIENIE**

Kwota, której się domaga się Wykonawca stanowi wynagrodzenie, co do którego podjęliście Państwo nieskuteczną próbę potrącenia go z karami umownymi naliczonymi przez Państwa za ……………………………………………………..

Podkreślam, że sama prób dokonania potrącenia potwierdza, że wierzytelność o zapłatę wynagrodzenia, której dotyczy wezwanie, **bezspornie przysługuje Wykonawcy**. Tylko w takim przypadku mogłaby zostać ona przedstawiona do potrącenia. W orzecznictwie sądowym podkreśla się, że strona podejmująca kroki w celu wywołania skutku potrącenia de facto uznaje roszczenie kontrahenta[[1]](#footnote-2).

Wykonawca **zaprzecza**, aby przysługiwała Państwu wskazana wierzytelność o zapłatę kar umownych.

Niezależnie od braku podstaw do obciążenia Wykonawcy karami umownymi, nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że wierzytelność taka Państwu przysługuje, **nie doszłoby do skutecznego potrącenia** wzajemnych wierzytelności.

Decyduje o tym przede wszystkim fakt, że **w obecnym stanie prawnym nie jesteście Państwo uprawnieni do dokonywania potrąceń kar umownych z wynagrodzeniem Wykonawcy.**

Zgodnie z art. 15r1 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z przebiegiem, przeciwdziałaniem i zwalczeniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych - w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, **zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy**, o której mowa w art. 15r ust. 1, **z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności**, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

Stan epidemii został ogłoszony Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz. U. 2020 poz. 491). Obecnie nadal obowiązuje stan zagrożenia epidemicznego.

Wskazany przepis wyłącza skuteczność składania przez zamawiających oświadczeń o potrąceniu. Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy regulacja ma na celu zabezpieczenie płynności finansowej wykonawców i ukierunkowana jest na czasowe ograniczenie egzekwowania przez zamawiających roszczeń z tytułu kar umownych. W efekcie ma się to przyczynić do podtrzymania zdolności wykonawców do pozyskiwania nowych zamówień publicznych, jak i realizacji już zawartych umów o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę literalną treść przepisu oraz cel jego wprowadzenia **niedopuszczalne są obecnie jakiekolwiek potrącenia wywierające skutek na mocy działania zamawiającego**. Jedyną akceptowalną formą wzajemnego kompensowania wierzytelności jest dokonanie odrębnej, dedykowanej, dwustronnej czynności prawnej, w której strony dysponujące już istniejącymi, skonkretyzowanymi wierzytelności wyrażają wolę ich potrącenia. Sytuacja taka nie miała miejsca w tej sprawie.

Co równie istotne dla wyłączenia możliwości potrącenia nie ma znaczenia, czy naruszenie umowy będące podstawą naliczenia kary umownej wynika z okoliczności wynikających z epidemii. Wystarczające jest, że do naruszenia tego doszło w czasie obowiązywania zakazu potrąceń.

Warto podkreślić, że **w sądach zapadają już wyroki na korzyść wykonawców**, dotyczące nieskutecznych prób potrąceń, dokonywanych przez zamawiających pomimo obowiązywania zakazu covidowego. Tytułem przykładu można wskazać wyr. SO w Bydgoszczy z 09.12.2021 r., VIII GC 74/21, w uzasadnieniu którego sąd wskazał m.in.:

*„Ponadto Sąd, mając na uwadze poglądy wyrażone w literaturze, zgadza się także z twierdzeniem, że konstrukcja wskazanego przepisu nie pozostawia wątpliwości, że istotne jest, aby zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii. Ustawodawca nie ograniczył przepisu wyłącznie do kar, których naliczenie wywołane jest okolicznościami związanymi z wystąpieniem COVID-19 - ważne jest, kiedy nastąpiło zdarzenie (zob. W. Prochera, Jakie środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy w sytuacji, kiedy zamawiający naliczył karę umowną wykonawcy i tym samym naruszył obowiązujące przepisy? LEX: QA 1816498)”.*

*W konsekwencji zaistniałych powyżej okoliczności oraz mając na uwadze treść art. 15 r1 ustawy (...), Sąd Okręgowy uznał, że choć oświadczenie pozwanego o potrąceniu z dnia 9 marca 2021 r. pod względem formalnym było prawidłowe (…) - to było ono nieskuteczne z uwagi na omówione powyżej przepisy ustawy z dnia 2 marca 2020 r.”*

*„Zbędne było zatem dokonywanie dogłębnej oceny przyczyny opóźnień w wykonaniu umowy o roboty budowlane a w szczególności ustalania w jakiej części każda ze stron ponosi odpowiedzialność za opóźnienia w wykonaniu umowy, gdyż nie miało to istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.”*

Innymi słowy – sądy potwierdzają, że w przypadku wytoczenia zamawiającemu procesu przez wykonawcę zbędne jest w ogóle badanie merytorycznej zasadności naliczenia kar i wyrok zapada bez prowadzenia czasochłonnego postępowania w tym zakresie. **Wyrok wydawany jest więc szybko, wyłącznie na podstawie jednej kwestii prawnej.** Zamawiający musi mieć pełną świadomość, że swoim działaniem może doprowadzić jedynie do poniesienia dodatkowych kosztów związanych z przegranym postępowaniem sądowym. Ocenie Zamawiającego pozostawiam jak działanie takie wpisuje się w zasady wyznaczone przez zasady dyscypliny finansów publicznych i gospodarności dysponentów środków publicznych.

Wobec braku skutecznego potrącenia nie dokonując płatności w terminie popadniecie Państwo w zwłokę z zapłatą wymagalnego wynagrodzenia Wykonawcy. Takie działanie stanowi nienależyte wykonanie Umowy i uzasadnia Państwa odpowiedzialność odszkodowawczą wobec Wykonawcy. Ponadto zasadna może być również ocena takiego postępowania z perspektywy przepisów Ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W kontekście nie wywiązywania się przez jednostkę z obowiązku zapłaty wymagalnych należności można wskazać orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z 21.06.2018 r.[[2]](#footnote-3), w którym na dyrektora jednostki nałożono karę finansową w wysokości 10.000,00 zł za nie wypłacenie wymagalnych roszczeń podwykonawcy.

Brak zapłaty żądanej kwoty doprowadzi do **wystąpienia na drogę postępowania sądowego po upływie wyznaczonego terminu zapłaty, bez dalszych wezwań do dobrowolnego uregulowania długu**. Wezwanie stanowi próbę pozasądowego rozwiązania sporu, o której mowa w art. 187 § 1 pkt 3 k.p.c.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

[podpis]

1. wyr. SN z 09.11.2011 r., II CSK 70/11; wyr. SA w Poznaniu z 27.09.2018 r., I AGa 154/18 [↑](#footnote-ref-2)
2. BDF1.4800.48.2018 [↑](#footnote-ref-3)