

Kalisz, dnia 21 czerwca 2012 r.

Informacja dla Wykonawców

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie i budowę przepompowni ścieków deszczowych oraz przyłącza elektroenergetycznego w ul. Biskupickiej w Kaliszu”.

W związku z pytaniem przesłanym przez Wykonawcę, w imieniu Miasta Kalisz (Zamawiającego), na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą”) informuję co następuje:

Pytanie:

Zgodnie z art. 38 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19 z 2004 r. poz. 177 z późn. zm.), zwracamy się z następującym pytaniem:

Wnosimy o zmianę zapisów w załączniku Projekt umowy §12 poprzez zmianę sformułowań „opóźnienie” na „zwłoka”.

Zapisy w dotychczasowej formule powodują, iż wykonawca zobowiązany będzie do ewentualnego odszkodowania nawet w sytuacji, gdy nie będzie ponosił odpowiedzialności za niewykonanie umowy w terminie. Sprzeczne jest to z istotą umów o roboty budowlane, w których wykonawca ponosi odpowiedzialność za niewykonanie umowy w własnej winy.

Jest to zatem zapis krzywdzący dla wykonawcy i stawiający go w podporządkowanej pozycji w stosunku do zamawiającego niezależnie od przyczyn ewentualnego niewykonania umowy w terminie.

Dokonując wykładni przepisu art. 476 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz. U. 1964 r., Nr 16, poz. 93 ze zm.) należy wskazać, iż prawo rozróżnia dwa przypadki nienależytego wykonania zobowiązania, tj. opóźnienie oraz zwłokę.

Z opóźnieniem mamy do czynienia wówczas, gdy brak spełnienia świadczenia w określonym terminie przez dłużnika nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych.

Ze zwłoką mamy do czynienia wówczas, gdy dłużnik nie wykonał swoich zobowiązań na skutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność.

Jak wynika z poglądów judykatury wyrażonych chociażby w wyroku Sądu Najwyższego wydanego w dniu 11 lutego 1999 r., w sprawie o sygnaturze akt III CKN 166/98 (publ. LEX nr 521867) kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 kc), tj. niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika z nie dołożenia przez dłużnika należytej staranności (art. 472 kc), czyli jego winy w postaci, (co najmniej), niedbalstwa.

Oznacza to, że kara umowna należy się jedynie w wypadku zwłoki dłużnika (476 kc) – nie można natomiast żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 kc

Oznaczenie sprawy: WRI.271.01.13.2012

domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

A zatem posłużenie się instytucją opóźnienia narazi Państwa na ewentualne podniesienie zarzutu nieważności tegoż zapisu, w oparciu o przepis art. 58 kc, co do jego skutków.

Niezależnie od powyższych rozważań na temat legalności niniejszych zapisów wskazać należy, iż skoro wykonawcy zostaje narzucone całkowite ryzyko niewykonania umowy w terminie, nawet w sytuacji, gdy przekroczenie terminu wynikać będzie z przyczyn od niego niezależnych, to w pełni jest on uprawniony do żądania wyższej gratyfikacji finansowej z tytułu zawarcia i wykonania umowy o roboty budowlane, co wiązało się będzie z poniesieniem przez zamawiającego wyższych kosztów realizacji zamówienia.

Odpowiedź:

Powołane przez Wykonawcę orzeczenie nie zostało dokładnie zacytowane. Sąd Najwyższy w powołanym wyroku stwierdził mianowicie m.in., że kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 K.c.), tj. niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika – o ile strony inaczej się nie umówiły, ani co innego nie zastrzega szczególny przepis ustawy – z niedołożenia przez dłużnika należytej staranności (art. 472 K.c.), czyli jego winy, w postaci co najmniej niedbalstwa. Tak więc rozstrzygająca w tej kwestii jest wola stron. Potwierdza to utrwalone orzecznictwo sądów powszechnych i stanowisko doktryny. Zapisy umów stosowane przez nas w tym zakresie poddawane były zresztą weryfikacji przez sądy powszechne podczas wielu postępowań, w których Miasto było stroną i nie budziły one żadnych wątpliwości.

Wobec powyższego Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w projekcie umowy stanowiącym załącznik do SIWZ i nie dokonuje zmian w powyższym zakresie.

z up. Prezydenta Miasta Kalisza

/-/

Daniel Sztandera

WICEPREZYDENT MIASTA KALISZA