

dotyczy: odpowiedzi na pytania wykonawców:

Zgodnie z art. 38 ust. 1, ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2010 Nr 113 poz. 759 ze zm.) udzielamy wyjaśnień na pytania zadane przez Wykonawców w postępowaniu przetargowym:

„Racjonalne gospodarowanie zasobami wodnymi w Gminie Bestwina przez rozbudowę obiektów retencyjnych dla ujęcia wody pitnej w Kaniowie – etap I”

Pytanie 1

Wnosimy o zmianę zapisów w projekcie umowy (zał. nr 8 do SIWZ) w §10, 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 z 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 1964r. (Dz.U. 1964r., 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 1999r., 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 zobowiązania 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 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:

W odniesieniu do regulacji umownej w zakresie kar z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy istnieje możliwość ich zastrzeżenia także na wypadek opóźnienia w realizacji zadania przez wykonawcę.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 06 października 2010 roku, sygnatura akt II CSK 180/10, strony mogą stosownie do art. 473 § 1 kodeksu cywilnego rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika na okoliczności, za które dłużnik (wykonawca) odpowiedzialności nie ponosi.

Ponadto SIWZ przewiduje wypadki, w których może dojść do zmiany umowy w związku z przedłużeniem realizacji terminu a dotyczy to przyczyn leżących po stronie zamawiającego, przyczyn technicznych niezależnych od wykonawcy lub jest efektem działania siły wyższej.