

Znak: GZK.271.2.2015

Tomaszów Mazowiecki dnia 02.07.2015r.

**Wszyscy Wykonawcy
biorący udział w postępowaniu**

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „**Rozbudowa stacji wodociągowej w Smardzewicach**”

WYŚNIENIE Nr 1
TREŚĆ SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA
Znak sprawy: GZK.271.2.2015

W związku z pytaniami dotyczącymi zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonymi przez wykonawcę, działając w imieniu Zamawiającego, na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z 29.01.2004r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013r., poz. 907 z późn. zm.), wyjaśniamy co następuje:

1. Wnosimy o zmianę zapisów umowy w § 8 poprzez zmianę sformułowania „opóźnienie” na „zwłokę”

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 nie zależnych.

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 I 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), czyli jego winy w postaci, (co naj mniej), 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 okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

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

Niezależnie od powyższych rozwiązań 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 :

Zamawiający pozostawia bez zmian zapisy § 8 umowy – kary umowne.

Uzasadnienie:

Kara umowna to zastrzeżenie umowne umożliwiające zamawiającemu szybkie zaspokojenie swoich roszczeń z tytułu niewykonania przez wykonawcę określonych w umowie zobowiązań. Ma też często działanie prewencyjne, ponieważ wskazuje wykonawcy najistotniejsze z punktu widzenia zamawiającego elementy umowy i ustala kary zniechęcające wykonawcę od ich niewykonania. W celu zaspokojenia roszczeń z tytułu kary umownej zamawiający nie musi wskazywać istnienia i wysokości szkody. Wykonawca nie może bez zgody zamawiającego zwolnić się z zobowiązania zapłaty kary umownej.

Aby zapewnić dotrzymanie przez wykonawcę warunków umowy, w tym jej terminu, wprowadza się postanowienia w zakresie kar umownych. Zgodnie z art. 354 kc. Wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy zgodnie z jej treścią i w sposób odpowiadający warunkom umowy oraz zasadom współżycia społecznego. Jednak praktyka wskazuje, że bywa z tym różnie. Dlatego zamawiający ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających jego interes, bowiem opóźnienia w realizacji zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla niego poważnym konsekwencjami.

Zamawiający obowiązany jest do stosowania przepisów ustawy o finansach publicznych przy wydatkowania środków publicznych, musi przestrzegać zasady celowości, oszczędności, uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów w sposób umożliwiający terminową realizację zadań oraz wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Instytucja **opóźnienia** sprowadza się do tego, iż w konkretnym przypadku nie rozstrzyga się, z jakiego powodu doszło do niedotrzymania przez dłużnika terminu spełnienia świadczenia. Przy konstrukcji zapłaty kary umownej na skutek opóźnienia, wykonawca będzie musiał zapłacić karę umowną niezależnie od przyczyny, tzn. nie będzie mógł zwolnić się z tej odpowiedzialności wykazując, że nie ponosi za opóźnienie winy. Przyjęcie takiej konstrukcji ułatwia i skraca dochodzenie odszkodowania, bowiem wystarczy Wykonawcę poinformować, iż nie wykonał zobowiązań w umówionym terminie bez konieczności wykazywania, że nie dotrzymanie terminu jest okolicznością, za którą ponosi on odpowiedzialność.

Możliwość zastrzeżenia w umowie kar umownych za opóźnienie została potwierdzona również w orzecznictwie.


Jako przykład wskazać można wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r. (sygn. V ACa 267/2010), którego teza brzmi: „W sytuacji gdy strony umowy zastrzegły w sposób wyraźny i jednoznaczny, że na rzecz zamawiającego zastrzeżona została kara umowna za opóźnienie w przekazaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru, a nie tylko w przypadku opóźnienia zawinionego (zwłoki) powód nie może podnosić zarzutu, że opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy powstało na skutek okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, skoro roszczenie o zapłatę kary umownej powstaje w tym przypadku na sam fakt opóźnienia bez względu na przyczynę”.

Również Sąd Najwyższy dopuścił taką możliwość. W wyroku Sądu Najwyższego - Izby Cywilnej z dnia 27 czerwca 2000 r. (sygn. I CKN 791/98) możemy przeczytać: „Jeżeli strony w umowie zastrzegły kary umowne w każdym wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, bez znaczenia

dla rozstrzygnięcia sprawy są przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania”.

SN z wyroku z dnia 6 listopada 2003 r. (III CZP 61/03) rozstrzygnął, iż zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalniają dłużnika z obowiązku jej zapłaty, choćby wykazał że wierzyciel nie poniósł szkody.

Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązania, a także zdyscyplinowania stron” – tak stwierdził SA w wyroku z dnia 11 czerwca 2013 r. (I ACa 365/13)


KIEROWNIK
mgr Edmund Król