

Międzyzdroje , 2012-07-04

ZP 271/ 10 /2012



Otrzymują:

1. strona internetowa Zamawiającego (BIP)
2. Wykonawcy wg rozdzielnika

WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nazwa zadania: : **Zakup pomp melioracyjnych wraz z demontażem i montażem nowego zestawu pompowego na kanale Stary Zdrój w Międzyzdrojach.**

Na podstawie art. 38 ust.1, 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z póź. zm .) Zamawiający wyjaśnia:

Pytanie Nr 1

Wnosimy o zmianę zapisów w dokumencie Załącznik Nr 5 do SIWZ ZP/10/2012 Wzór umowy § 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 art. 476 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz. U. 1964, Nr 16, poz. 93 ze zmianami) 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 nie ponosi odpowiedzialności.

Jak wynika z poglądów judykatury wyrażonych chociażby w wyroku Sądu Najwyższego wydanego w dniu 11 lutego 1999 r. w sprawie o sygnaturze akt 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 odpowiedzialności.

A zatem posłużenie się instytucją opóźnienia, narazi Państwa na ewentualne podniesienie zarzutu nieważności tego zapisu, w oparciu o 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 na pytanie Nr 1

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów.

 **BURMISTRZ**
Leszek Dorosz