

Turośń Kościelna, 2014-01-15

BZP.271.1.2014

Wyjaśnienie nr 6

Dotyczy: przetargu nieograniczonego na: „Przebudowę Stacji Uzdatniania Wody w Baciutach – etap I”

Pytanie 1.

Prosimy o wykreślenie z § 3 wzoru umowy zapisu: „po przeprowadzeniu wizji lokalnej w terenie”. Żadne przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych nie zobowiązują wykonawców do udziału w wizji lokalnej przed złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane. Udział w wizji lokalnej może mieć tylko charakter fakultatywny, zaś nieobecność wykonawców nie może skutkować dla nich negatywnymi konsekwencjami.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyrokach KIO, np. z dnia 30 grudnia 2010r. Sygn. akt KIO 2710/10:

„(...)Izba stwierdza w ślad za dotychczasowym orzecznictwem w tym zakresie, iż nałożenie na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązku dokonania wizji lokalnej narusza wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie prawidłowego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia(...)”

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający uwzględnia powyższe. W związku z powyższym § 3 wzoru umowy otrzymuje brzmienie:

„Wykonawca oświadcza że, po zapoznaniu się z sytuacją faktyczną, w tym w szczególności ze stanem technicznym i dokumentacją techniczną, zapewnia, że posiada niezbędną wiedzę fachową, kwalifikacje, doświadczenie, możliwości i uprawnienia konieczne dla prawidłowego wykonania umowy i będzie w stanie należycie wykonać roboty budowlane na warunkach określonych w umowie”

Pytanie 2.

Wnosimy o zmianę zapisów wzoru umowy w § 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 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.

Za 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 podniesieniem przez zamawiającego wyższych kosztów realizacji zamówienia.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów wzoru umowy. Zgodnie bowiem z art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, **za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.**

3. W celu przywrócenia równowagi stron pomiędzy zawierającymi umowę prosimy o ustanowienie kary umownej płatnej przez Zamawiającego z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zawinionych przez Zamawiającego, za wyjątkiem sytuacji przewidzianych w art. 145 ustawy PZP, w wysokości 8% wynagrodzenia umownego brutto.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie kary umownej.

WÓR
mgr Grzegorz Jakub