

Myślenice, dnia 27.06.2013 r.

ZP-12/2013

**Do uczestników postępowania ZP-12/2013
prowadzonego w trybie przetargu
nieograniczonego**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP-12/2013 pn. „Stabilizacja osuwiska wraz z odbudową drogi w miejscowości Pcim w ciągu drogi powiatowej nr K1923 w km 12+300 – 12+350”.

Zarząd Dróg Powiatowych w Myślenicach działając zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) udziela odpowiedzi na złożone w dniu 25.06.2013 r. zapytania do przedmiotowego przetargu.

Pytanie nr 1

Zamawiający w §13 ust. 2 pkt 1/-3/ umowy wprowadził zastrzeżenie kar umownych płatnych na jego rzecz uzależniając skorzystanie ze swego uprawnienia od opóźnienia wykonawcy w wykonaniu swoich niepieniężnych zobowiązań umownych. Zapis ten należy w części uznać za niemający uzasadnienia w świetle obowiązujących przepisów mając na względzie cel i naturę umowy o roboty budowlane. Pozostawiając ten zapis w obecnym brzmieniu, Zamawiający będzie mógł żądać zapłaty kary umownej w razie nieterminowego wykonania zobowiązania z przyczyn obiektywnie niezależnych od wykonawcy, co z oczywistych względów stawia go w bardzo niekorzystnej sytuacji. Z tej przyczyny w ocenie wykonawcy zapis narusza przepis art. 353¹ kodeksu cywilnego (k.c.) w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (pzp), jako dający Zamawiającemu prawo podmiotowe, którego realizacja naruszać będzie zasady współżycia społecznego. Instytucję kary umownej należy również rozpatrywać w kontekście art. 471 k.c., jako środek dochodzenia odpowiedzialności kontraktowej dot. zobowiązań niepieniężnych. Kara umowna służyć ma bowiem zabezpieczeniu interesu danej strony umowy z tytułu niezrealizowania lub nienależytej realizacji niepieniężnych zobowiązań umownych. Nie ulega wątpliwości, iż w tej sytuacji dłużnik ponosi odpowiedzialność za swoje działania i zaniechania leżące po jego stronie, a nie z przyczyn obiektywnie od niego niezależnych. W obowiązującym stanie prawnym odpowiedzialność z tytułu kary umownej powiązana jest z poniesioną szkodą po stronie wierzyciela. Brzmienie art. 484 § 1 k.c. prowadzi do wniosku, iż wierzyciel zwolniony jest z obowiązku wykazania jedynie jej rozmiaru. Dostrzegł to również Zamawiający wprowadzając uprawnienie dla stron w przedmiocie żądania odszkodowania uzupełniającego w razie, gdy właśnie szkoda przenosi wysokość zastrzeżonej z tego tytułu kary (§ 13 ust. 4 wzoru umowy). Z tej też przyczyny, zastrzeżenie kary umownej w sytuacji opisanej w §13 ust. 2 pkt 3/ nie jest uzasadnione grożącą Zamawiającemu szkodą, która wystąpić by mogła jedynie wówczas, gdy wykonawca nie posiadał określonej i wiążącej umowy ubezpieczenia.

Dlatego też proszę o zmianę zapisów wymienionego §13 ust. 2 pkt 1/-2/ wzoru umowy poprzez uzależnienie odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych od zwłoki, tj. z przyczyn leżących po jego stronie, a nadto, o usunięcie pkt 3/ wprowadzając zbyt daleko idącą odpowiedzialność wykonawcy.

Odpowiedź

Zgodnie z art. 483 kodeksu cywilnego można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Zamawiający nie zmienił pojęcia kodeksowego

kary umownej. Należy się ona wyłącznie w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego czyli w opisanej sytuacji:

- 1) opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy,
- 2) opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi
- 3) za opóźnienie w dostarczeniu polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie.

Wyjaśnienie do pkt 1: Umowa zawiera wskazanie terminu wykonania umowy (jeżeli termin nie może być dotrzymany z uwagi na obiektywne przyczyny niezależne od Wykonawcy i nieznaną stroną w dniu zawarcia umowy, można zmienić termin aneksem). Z uwagi na definicję kary umownej zawartą w art. 483 opóźnienie o którym mowa w umowie, ma postać kwalifikowaną i będzie mieć zastosowanie tylko wówczas gdy obowiązek określonego zachowania wynika z umowy, a nie wykonanie tego obowiązku będzie stanowił nienależyte jej wykonanie. .

Wyjaśnienie do pkt 2: umowa zawiera odesłanie do kodeksu cywilnego w zakresie terminów dochodzenia roszczeń z rękojmi. Zasady dochodzenia roszczeń z rękojmi reguluje art. 637 kodeksu cywilnego w związku z art. 656 kodeksu cywilnego. Przepisy przewidują możliwość wyznaczenia przez zamawiającego terminu do usunięcia wad. Nie ma zatem przeszkód żądania zapłaty kary umownej w przypadku niezachowania terminu. Jeżeli przyczyną nie usunięcia wad w terminie nie będzie nienależyte wykonanie umowy, z uwagi na wyjaśnienie zawarte w punkcie ad1 kary umowne nie będą pobierane.

Wyjaśnienie do pkt 3: Obowiązek dostarczenia dokumentów potwierdzających posiadanie przez Wykonawcę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wynika z paragrafu 8 umowy. Ubezpieczenie Wykonawcy gwarantuje bezpieczeństwo realizacji umowy. Zamawiający nie widzi w żądaniu zapłaty kary umownej naruszenia zasad współżycia społecznego. Nałożony na Wykonawcę obowiązek nie jest ani zbyt uciążliwy ani nie wymaga od Wykonawcy szczególnego zachowania ponad miarę wynikającą z prowadzonej działalności gospodarczej. Szkoda z powodu braku ubezpieczenia nie jest szkodą iluzoryczną, „wymyśloną” dla potrzeb niniejszego postępowania. Zamawiający praktycznie odczuwa likwidację Wykonawców nie posiadających ubezpieczenia, kiedy musi z własnych środków przeznaczonych na inwestycję, usuwać wady wykonanych robót. Dlatego wartości takiej hipotecznej szkody, można określić przy braku ubezpieczenia, na równą wartości umowy.

Dlatego zamawiający odmawia poprawy umowy w sposób proponowany przez Wykonawcę.

Pytanie nr 2

Celem zapewnienia równowagi stron stosunku zobowiązaniowego w kontekście klauzuli generalnej umiejscowionej w art. 353¹ kodeksu cywilnego, proszę o rozszerzenie katalogu kar umownych zawartego w §13 ust. 2 pkt 4/ wzoru umowy płatnych na rzecz wykonawcy o następujące okoliczności: a) za odstąpienie Wykonawcy od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w wysokości 10% wynagrodzenia umownego, b) za zwłokę w przekazaniu terenu budowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki. Aktualne brzmienie tego zapisu wprowadza jedynie iluzoryczne zabezpieczenie interesu wykonawcy w zakresie kar umownych powodując w tej mierze rażąca dysproporcje stron.

Odpowiedź

Zamawiający może odstąpić od umowy z przyczyn i na zasadach określonych w art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten nie przewiduje zapłaty kar umownych. Uprawnia Wykonawcę do żądania tylko zapłaty za wykonaną część wynagrodzenia. W innych przypadkach, w których umowa przewiduje prawo odstąpienia Zamawiającego od umowy (paragraf 15 ust. 2) są to przypadki spowodowane przez Wykonawcę, co wyklucza jeszcze dodatkowo pobranie kary umownej od Zamawiającego. Natomiast w razie, gdy Zamawiający z innych powodów odstąpi od umowy Wykonawca zawsze może żądać zapłaty wynagrodzenia.

Dlatego Zamawiający odmawia poprawy umowy w sposób proponowany przez Wykonawcę.

Otrzymują:

1. aa
2. strona internetowa www.zdp-myslenice.pl

DYREKTOR
Zarządu Dróg Powiatowych
mgr inż. Jerzy Grabowski