

INFORMACJA
dot. zapisu § 6 ust. 8 projektu umowy

Pytanie Wykonawcy, którego dotyczy informacja”

„Dotyczy: paragraf 6 pkt 8 wzoru umowy

Tak sformułowane postanowienie, powoduje zbyt szerokie pole do interpretacji w zakresie związku pomiędzy świadczeniem usług i powstaniem jakiejkolwiek szkody (czy to rzeczywistej czy potencjalnej), po stronie bliżej nieskonkretyzowanego kręgu osób (np. osoby trzecie). Istnieje ryzyko, że Wykonawca może być obciążony w sposób znaczny, ewentualnymi roszczeniami osób postronnych, niebędących beneficjentami usługi, a chcących uzyskać korzyść kosztem Wykonawcy. Ponadto, zapis nie precyzuje co oznacza w szczególności nienależyte wykonanie umowy, a także kto, na jakim etapie i na jakiej podstawie miałby to oceniać. Nie sposób stwierdzić czy Wykonawca ma również odpowiadać, za potencjalne powstanie szkody zgłoszone po zakończeniu umowy. W wyżej wskazanym pkt. Zamawiający wskazuje jakoby Wykonawca miał odpowiadać za wszystkie następstwa realizowania usługi. Mając na uwadze grupę docelową, trzeba przewidzieć zdarzenia w których Seniorzy mogliby przedstawiać sytuację w inny sposób niż jest ona faktycznie, tym samym utrudniając realizację usługi. Takie sytuacje o ile jeszcze nie miały miejsca, to mogą się wydarzyć, zwłaszcza przy rozszerzaniu teleopieki na tak dużą liczbę osób. Brak jasnych wskazań definiujących powstanie szkody, oraz możliwość wykraczania potencjalnych szkód poza projekt powoduje, że mogą wystąpić zdarzenia mające na celu wzbogacanie się niesłuszne Zamawiającego lub Użytkowników projektu. Pragniemy również podkreślić, iż zapis proponowany przez Państwa nie jest w żadnych zapisach postępowań praktykowany. Mając na względzie powyższe wnosimy o wykreślenie punktu w całości, bądź ograniczenie szkody do maksymalnie 30% kwoty miesięcznego abonamentu.”

Odpowiedź Zamawiającego:

W związku z tym, że zapytanie wykonawcy wpłynęło w dniu, w którym upływał termin składania ofert, Zamawiający pozostawił prośbę bez rozpoznania.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że zapis § 6 ust. 8 umowy na świadczenie usług Teleopieki wynika z mocy prawa. Precyzuje odpowiedzialność wykonawcy usługi za szkody powstałe w wyniku świadczenia usługi oraz takie, które zostały spowodowane niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, zarówno przez wykonawcę, jak i jego pracowników. Dwie ww. wymienione przesłanki muszą zaistnieć łącznie, tzn. szkoda musi być związana bezpośrednio ze świadczeniem usługi oraz musi wynikać z niewykonania lub nienależytego. Zapis ten dotyczy wyłącznie szkód, które powstały, a więc rzeczywistych.

Dodatkowo § 11 ust. 2 przedmiotowej umowy zawiera zapis, że w sprawach nieuregulowanych niniejszą umową zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z Kodeksem cywilnym:

- art. 471. *Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie **jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.***

- art. 443 stanowi, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie istniejącego zobowiązania umownego, stanowi **działanie lub zaniechanie**. I nie wymaga to szczegółowego wyjaśnienia. Jeżeli Zamawiający nie sprecyzował, o jakie okoliczności chodzi, odpowiedzialność dotyczy każdej sytuacji, w wyniku której szkoda powstała, będącej następstwem realizacji zobowiązania.

- art. 361. § 1. *Zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność **tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła.***

§ 2. W powyższych granicach, w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, **naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono.**

- art. 362. Jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza **do stopnia winy obu stron.**

Z definicji obowiązek odszkodowawczy powstanie zatem, jeżeli zostaną spełnione przesłanki:

- zaistnieje zdarzenie, z którym przepisy wiążą odpowiedzialność danej osoby (działanie lub zaniechanie),
- powstanie szkoda: majątkowa (straty oraz utracone korzyści, które powinny być prawdopodobne; nie podlega naprawieniu szkoda ewentualna, czyli utracona szansa na uzyskanie korzyści) lub niemajątkowa (niematerialna), tj. krzywda,
- zaistnieje związek przyczynowy pomiędzy zdarzeniem a szkodą (skutki, które zawsze lub z dużym prawdopodobieństwem wystąpią, gdy pojawi się określony łańcuch zdarzeń).

Szkodę majątkową oblicza się poprzez porównanie stanu majątku poszkodowanego po zdarzeniu, z którego wynikła szkoda, z hipotetycznym stanem majątkowym poszkodowanego, który by istniał, gdyby zdarzenie nie nastąpiło. Pamiętać należy, że kto żąda naprawienia szkody, musi wykazać poniesienie straty czy utracone korzyści. Ponadto musi wykazać interes prawny, tzn. że jest poszkodowanym.

Natomiast wyłączenie odpowiedzialności ma miejsce, w przypadku wystąpienia okoliczności, za które wykonawca nie ponosi winy.

Jednak zaznaczyć należy, że wykonawca zobowiązany będzie do naprawienia szkody spowodowanej nie tylko zawinionym zachowaniem, ale także innymi okolicznościami, tzn. nieumyślnie. Zachowanie musi dotyczyć niewykonania lub nienależytego wykonania.

Zobowiązanie należy traktować jako niewykonane, kiedy wykonawca w ogóle nie spełni świadczenia. Natomiast nienależyte wykonanie należy rozumieć jako sytuację, w której wykonawca miał zamiar wykonać zobowiązanie i podjął w tym celu odpowiednie czynności, ale osiągnięty przez niego rezultat nie odpowiada świadczeniu sprecyzowanemu w treści umowy lub wymogom określonym w przepisach prawa.

Kodeks cywilny definiuje ponadto należyłą staranność:

- art. 472. Jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności.

- art. 355. § 1. Dłużnik obowiązany jest obowiązany do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność).

§ 2. Należyłą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Usługa Teleopieki jest usługą szczególnego ryzyka, które ponosi wykonawca w związku z prowadzoną przez siebie działalnością.

Zamawiający nie postawił w postępowaniu warunku udziału w postaci posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej wykonawcy w związku z prowadzoną działalnością, związaną z przedmiotem zamówienia. Jednak taki obowiązek wykonawcy wynika z zapisu umowy § 6 ust. 10, który należy czytać łącznie z § 6 ust. 8-9 tejże umowy.

Wybrany wykonawca przekaze Zamawiającemu informacje dot. posiadanego ubezpieczenia, przed podpisaniem umowy. Wobec powyższego odpowiedzialność odszkodowawcza wykonawcy zostanie objęta ubezpieczeniem OC. Ochrona ubezpieczeniowa musi być adekwatna do rodzaju zagrożeń występujących w danej branży i przedsiębiorstwie. Jeżeli wykonawca nie przekaze zamawiającemu wymaganych informacji będzie to oznaczało, że uchyla się od podpisania umowy.

Wykonawca działający na rynku powinien mieć świadomość, że prowadzenie działalności gospodarczej pociąga za sobą również konieczność brania na siebie odpowiedzialności za jej wykonywanie. Są bowiem takie przypadki i zjawiska, których nieplanowane wystąpienie może spowodować konieczność poniesienia odpowiedzialności za ich zaistnienie.

Wykonawca nie może oczekiwać, że Zamawiający przejmie część odpowiedzialności za wykonanie umowy przez wykonawcę. Może natomiast, z mocy prawa, wprowadzać do umowy klauzule dotyczące odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy, w celu zapewnienia, że umowa zostanie prawidłowo wykonana.