

Piła, dnia 3 grudnia 2013 r.

BZP.IV.271.57.2013

**otrzymują
uczestnicy wykonawcy**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn: Modernizacja południowej części obwodnicy śródmiejskiej od ul. Podgórznej do ul. Kwiatowej z przebudową skrzyżowania z ul. Towarową i Pomorską.

Odpowiadając na zapytania Wykonawcy dot. zapisów SIWZ, Zamawiający udziela odpowiedzi na następujące pytania:

Pytanie 1

Ad. par. 13 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy:

Prosimy o usunięcie par. 13 ust. 1 pkt e) wzoru umowy jako niezgodnego z art. 473 kc lub oznaczenie okoliczności uzasadniających naliczenia kary umownej. Zgodnie z art. 471 kc odpowiedzialność kontraktowa oparta jest na zasadzie winy tj. 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 nie ponosi odpowiedzialności. Dalej zaś, zgodnie z art. 472 kc jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego dłużnik jest odpowiedzialny za zachowanie należytej staranności. Oznacza to, że dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie czy nienależyte wykonanie zobowiązania będące następstwem działań za które nie ponosi odpowiedzialności. Zmiana zasad odpowiedzialności kontraktowej jest możliwa, wymaga jednak, zgodnie z art. 473 kc, oznaczenia okoliczności za które dłużnik przejmuje odpowiedzialność. Zgodnie bowiem ze wskazanym przepisem „Dłużnik może przez umowę przejąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi”. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 8 lipca 2004r. (sygn. akt IV CK 583/03) „(...) Odmienne postanowienia umowne mogą, stosownie do treści art. 472 k.c., modyfikować granice i zasadę odpowiedzialności dłużnika. Zgodnie bowiem z treścią art. 473 § 1 k.c., dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności (niezawinionych). W piśmiennictwie podkreśla się jednak, że zamiar stron rozszerzenia odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania powinien wynikać z umowy w sposób niewątpliwy. Trudno bowiem przyjmować, że w każdym wypadku, gdy strony umawiają się o osiągnięcie określonego rezultatu, rozszerzają tym samym odpowiedzialność za szkody wynikłe z jego niezyskania poza granice winy. Nie można bowiem powoływać się tylko na potrzebę zapewnienia lepszej pozycji wierzycielowi, gdyż zgodnie z ogólną regułą prawo zobowiązań musi uwzględniać słuszne interesy obu stron stosunku obligacyjnego”. Potwierdził to również Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały pełnego składu Izby Cywilnej z dnia 21 grudnia 1974 r., III CZP 31/74, OSNCP 1975, z. 9, poz. 128, gdzie zajął stanowisko, że rozszerzenie odpowiedzialności na podstawie art. 473 § 1 k.c. musi być w umowie wyraźnie przewidziane.

Przeniesienie tych rozważań na grunt zapisu umowy tj. par. 13 ust 1 pkt e) oznacza, że w sytuacji gdy Wykonawca odpowiadać ma za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z przyczyn od siebie niezależnych (tj. przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności) – jak przewiduje to par. 13 ust 1 pkt e), Umowa powinna zawierać oznaczenie takich przyczyn tj. oznaczenie okoliczności, za które wykonawca przejmuje odpowiedzialność. W związku z powyższym prosimy o usunięcie par. 13 ust 1 pkt e) umowy ewentualnie o oznaczenie okoliczności uzasadniających naliczenia kary umownej.

Odp. W § 13 ust. 1 lit e) Zamawiający wprowadza zmianę poprzez dodanie zapisu, po słowach (...) wykonanie umowy z winy Wykonawcy (...)