

Or.272.1.2.2015

**- WYKONAWCY-**

Powiat Piski informuje, iż w dniu 14 stycznia 2016 r. do Zamawiającego wpłynęło zapytanie do treści SIWZ dot. **Dostawa energii elektrycznej w okresie od 01.04.2016r. do 31.03.2017r.**, o następującej treści:

**Pytanie 1**

Wykonawca wnosi o zmianę § 14 ust. 2 wzorów Umów sprzedaży energii elektrycznej stanowiących Załączniki 7a i 7b do SIWZ poprzez nadanie im następującej treści:

*„ 2. Wykonawca może wstrzymać sprzedaż energii elektrycznej do danego punktu poboru, gdy Zamawiający zwleka z zapłatą za pobraną energię elektryczną do danego punktu poboru co najmniej 30 dni po upływie terminu płatności faktury.”*

Wykonawca wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 6b ust. 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz.U.2012.1059 z dnia 2012.09.25) przedsiębiorstwo *energetyczne* wykonujące działalność gospodarczą w zakresie przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych lub energii, na żądanie sprzedawcy paliw gazowych lub energii wstrzymuje, z zastrzeżeniem art. 6c, dostarczanie paliw gazowych lub energii, jeżeli odbiorca zwleka z zapłatą za świadczone usługi lub za pobrane paliwo gazowe lub energię, co najmniej przez okres 30 dni po upływie terminu płatności.

Dodatkowe powiadomienie oraz 14 dniowy termin na zapłatę dotyczą jedynie dostaw energii elektrycznej do odbiorców w gospodarstwach domowych, co uzasadnia dokonanie postulowanej przez Wykonawcę zmiany.

**Odpowiedź na pytanie nr 1:**

Zamawiający nie dokonuje wnioskowanych zmian.

Wprowadzone zapisy nie są sprzeczne z obowiązującymi przepisami.

**Pytanie 2**

Zgodnie z postanowieniami III.1. pkt. 4 SIWZ dostawy odbywać się będą w terminie od dnia 01.04.2016 r. do dnia 31.03.2017 r. Powyższy okres pokrywa się z terminami rozpoczęcia dostaw wskazanymi w § 15 wzorów Umów sprzedaży energii elektrycznej stanowiących Załączniki 7a i 7b do SIWZ.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o zmianę terminu wykonania zamówienia w ten sposób, że rozpoczęcie dostaw nastąpi w terminie od dnia 01.04.2016 r., jednak nie wcześniej niż przed upływem 30 dni od daty podpisania z Wykonawcą umowy sprzedaży energii elektrycznej, a dostawy odbywać się będą przez kolejne 12 miesięcy. Konsekwentnie Wykonawca wnosi o dokonanie stosownych zmian we wzorach Umów sprzedaży energii elektrycznej stanowiących Załączniki 7a i 7b do SIWZ oraz w pozostałych dokumentach.

Oczekiwana zmianę uzasadniam faktem, iż Wykonawcy powinien zostać udzielony odpowiedni termin umożliwiający rozpoczęcie świadczenia usług. Zasadność proponowanej zmiany wynika ponadto m.in. z treści przepisu art. 183 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym w przypadku wniesienia odwołania Zamawiający **nie może zawrzeć umowy** do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

W okolicznościach niniejszej sprawy wniesienie odwołania przez któregośkolwiek wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, mogłoby skutecznie uniemożliwić zachowanie terminu wykonania zamówienia określonego w SIWZ. W konsekwencji Wykonawca zostałby potencjalnie narażony na ryzyko zapłaty kar umownych, o których mowa § 18 wzorów umowy stanowiących Załączniki 7a i 7b do SIWZ. W tym stanie rzeczy uznać należy, iż zmiana zapisów dotyczących terminu realizacji zamówienia jest celowa i całkowicie uzasadniona.

**Odpowiedź na pytanie nr 2:**

Zamawiający nie dokonuje wnioskowanych zmian.

Jednocześnie informujemy, że w odniesieniu do niektórych punktów poboru wskazany został odmienny (późniejszy) termin rozpoczęcia dostaw.



### **Pytanie 3**

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie zapisu § 18 ust. 1 wzorów Umów sprzedaży energii elektrycznej stanowiących Załączniki 7a i 7b do SIWZ poprzez:

1. wyjaśnienie jakiego zobowiązania Wykonawcy dotyczy opóźnienie, za które Wykonawca ma zapłacić karę umowną w wysokości 1% brutto wynagrodzenia opisanego w § 11 ust. 2 za każdy dzień opóźnienia;
2. wyjaśnienie, czy kara umowna w wysokości 1% brutto wynagrodzenia opisanego w § 11 ust. 2 będzie naliczona również w przypadku czasowej utraty przez Wykonawcę, przed zakończeniem realizacji umowy uprawnień, koncesji lub zezwoleń bądź dokumentów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia (o których mowa w §3 ust 2 i 3) i czy ma być naliczana jednorazowo, czy za każdy ich dzień braku;
3. wyjaśnienie, czy kara umowna w wysokości 1% brutto wynagrodzenia opisanego w § 11 ust. 2 będzie naliczona również w przypadku opóźnienia w przekazaniu Zamawiającemu ww. dokumentów (zgodnie z treścią §3 ust 4) przekraczającej 2 dni robocze od daty wezwania przez Zamawiającego i czy zostanie naliczona jednorazowo, czy za każdy dzień czy za każdy ich dzień opóźnienia;
4. wyjaśnienie, czy w przypadku czasowej utraty przez Wykonawcę przed zakończeniem realizacji umowy uprawnień, koncesji lub zezwoleń bądź dokumentów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia (o których mowa w §3 ust 2 i 3) i opóźnienia w przekazaniu Zamawiającemu ww. dokumentów kara umowna w wysokości 1% brutto wynagrodzenia opisanego w § 11 ust. 2 będzie naliczana dla każdego z tych zdarzeń oddzielnie i czy ma być naliczana jednorazowo, czy za każdy ich dzień braku;

Niezależnie od powyższych wątpliwości, zwracam uwagę Zamawiającego, że zgodnie z **art. 484. § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny**, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszące wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Zgodnie z § 2 rzeczonoego artykułu, **jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.**

**W ocenie Wykonawcy procentowe wysokości kar umownych rekomendowane przez Zamawiającego – we wskazanym zakresie – już na etapie procedury ofertowej mogą sugerować znamiona rażącego wygórowania.**

Jest zrozumiałe, że przy minimalnej, czasami wręcz znikomej marżowości Wykonawcy, właściwej dla ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, projektowane kary umowne nie tylko niweczą symboliczne zyski Wykonawcy, ale w kontekście szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia pozostają rażąco wygórowane.

W świetle wskazanych okoliczności potencjalne kwoty kar umownych stanowią istotną wartość i są znaczące także w perspektywie całego wynagrodzenia przypadającego potencjalnemu Wykonawcy.

Taki stan rzeczy wymaga sugerowanej modyfikacji zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i zwrócenia uwagi Zamawiającemu, co Wykonawca czyni niniejszą korespondencją.

Nadto zwracam uwagę, wedle doświadczenia właściwego Wykonawcy, że wbrew pozorom zasada „wyższa kara to lepsza kara” nie musi prowadzić do dobrych rezultatów. Jeżeli zapłata kary umownej jest dla dłużnika nadmiernym obciążeniem, naturalną reakcją jest stosowanie przezeń wszelkich środków obronnych i kwestionowanie zarówno przesłanek naliczenia kary, jak i jej wysokości. Tymczasem wydaje się oczywistym, że intencją zastrzeżenia kar umownych nie jest generowanie potencjalnych sporów między stronami, a zasadniczo współmierna ochrona właściwych dla nich interesów.

W powyższym kontekście warto zważyć na Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 16 stycznia 2013 r. (sygn. akt: I ACa 1309/12) wedle którego:

*„Jednym z podstawowych, a jednocześnie najbardziej ogólnych kryteriów, w oparciu o które dokonuje się oceny wysokości kary umownej, celem stwierdzenia, czy jest ona rażąco wygórowana, jest stosunek pomiędzy wartością kary umownej a wartością całego zobowiązania głównego. Kryterium miarkowania stanowi także stosunek wysokości zastrzeżonej kary do wysokości wynagrodzenia wykonawcy”.*

Wskazuję również, iż Wykonawca powinien ponosić odpowiedzialność za niedotrzymanie terminu **jedynie w przypadku, gdy jest to następstwem okoliczności leżących po jego stronie, innymi słowy gdy Wykonawca pozostaje w zwłoce.**



W przeciwnym razie Wykonawca narażałby się na obowiązek zapłaty kary umownej z przyczyn całkowicie od niego niezależnych, takich jak np. siła wyższa, lub działanie osób trzecich za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, co uzasadnia dokonanie zmian w kwestionowanym postanowieniu i wprowadzenie odpowiedzialności Wykonawcy jedynie za ewentualną zwłokę w wykonaniu zobowiązania.

### **Odpowiedź na pytanie nr 3:**

Wyjaśnienia:

- 1) Wykonawca przez cały okres trwania umowy musi posiadać koncesję na obrót energią elektryczną oraz ważną umowę generalną z OSD.  
*Zgodnie z treścią §3 ust 4 „(...) gdy okres obowiązywania (...) Umowy jest dłuższy niż okres ważności dokumentu opisanego w ust. 2 i/lub 3, Wykonawca zobligowany jest w terminie nie późniejszym niż na trzy miesiące przed datą upływu ważności tych dokumentów, przedłożyć Zamawiającemu: oświadczenie o posiadaniu aktualnej umowy generalnej zawartej z OSD i / lub aktualną koncesję na obrót energią elektryczną”.*  
W przypadku nie przedłożenia dokumentów potwierdzających, że Wykonawca posiada ważną koncesję i GUD na następny okres umożliwiający realizację umowy, we wskazanym powyżej terminie (*w terminie nie późniejszym niż na trzy miesiące przed datą upływu ważności tych dokumentów*), zamawiającemu przysługuje uprawnienie do naliczenia kar umownych, zgodnie z treścią §18 ust 1.
- 2) W przypadku czasowej utraty uprawnień niezbędnych do realizacji zamówienia zamawiającemu przysługuje uprawnienie do naliczenia kar umownych w wysokości 1% brutto wynagrodzenia za każdy dzień ich braku.
- 3) W przypadku przekazania dokumentów z opóźnieniem, zamawiającemu przysługiwać będzie uprawnienie do naliczenia kary umownej za każdy dzień opóźnienia przekraczającego 2 dni robocze od daty wezwania do ich przedłożenia.
- 4) Utrata któregośkolwiek z uprawnień uniemożliwi wykonawcy realizację przedmiotu umowy. Jeżeli z jakichkolwiek przyczyn wykonawca czasowo utraci jednocześnie uprawnienia do obrotu energią elektryczną i rozwiązana zostanie umowa GUD, kara naliczona zostanie dla obu zdarzeń łącznie (tak jakby miało miejsce jedno zdarzenie), za każdy dzień opóźnienia. Jeżeli którekolwiek z tych zdarzeń trwałoby dłużej, kara naliczona zostanie za okres do dnia „odzyskania” pełnych uprawnień do realizacji przedmiotu umowy.

Zamawiający nie dokonuje wnioskowanych zmian w treści umowy.

Jednocześnie informujemy, że zgodnie z treścią §18 ust 5 o zamiarze naliczenia kar umownych zamawiający zobowiązany będzie powiadomić wykonawcę za 7-dniowym wyprzedzeniem. Tym samym wykonawcy umożliwione zostanie zajęcie stanowiska w sprawie zasadności / wysokości naliczenia kary umownej

### **Pytanie 4**

Wykonawca wnosi o zmianę § 18 wzorów Umów sprzedaży energii elektrycznej stanowiących Załączniki 7a i 7b do SIWZ poprzez dodanie do nich ust. 2a o następującej treści:

**„2a. Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną za odstąpienie od Umowy/rozwiązanie Umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający w wysokości 10% wartości wynagrodzenia brutto określonego w §11 ust.2.”**

W ocenie Wykonawcy, mając na uwadze konieczność zachowania równowagi kontraktowej stron oraz zapis § 18 ust. 2 ust. 5 wzorów Umów konieczne jest wprowadzenie dodatkowego postanowienia nakładającego obowiązek zapłacenia kary umownej przez Zamawiającego na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn za które Zamawiający ponosi odpowiedzialność.

### **Odpowiedź na pytanie nr 4:**

Zamawiający nie dokonuje wnioskowanych zmian.

### **Pytanie 5**

Wykonawca wnosi o zmianę § 18 ust. 3 i ust. 4 wzorów Umów sprzedaży energii elektrycznej stanowiących Załączniki 7a i 7b do SIWZ poprzez nadanie im następującej treści:

**„3. W przypadku zwłoki w wystawieniu faktury/faktur przekraczającej termin umowny o 14 dni, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20,00 zł za każdy punkt poboru, którego dotyczy zwłoka, za każdy dzień zwłoki liczony począwszy od dnia wskazanego w §12 ust.3 umowy.”**

„4. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu (Odbiorcy/Płatnikowi) karę umowną w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w §12 ust. 11, w wysokości 5,00 zł za każdy dzień zwłoki w wykonaniu żądania Zamawiającego (Odbiorcy/Płatnik) w tym zakresie w odniesieniu do każdej z reklamowanych faktur, niezależnie od uprawnienia przewidzianego w §12 ust. 8.”

Wykonawca powinien ponosić odpowiedzialność za niedotrzymanie terminu jedynie w przypadku, gdy jest to następstwem okoliczności leżących po jego stronie, innymi słowy gdy Wykonawca pozostaje w zwłoce. W przeciwnym razie Wykonawca narażałby się na obowiązek zapłaty kary umownej z przyczyn całkowicie od niego niezależnych, takich jak np. siła wyższa, lub działanie osób trzecich za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, co uzasadnia dokonanie zmian w kwestionowanych postanowieniach i wprowadzenie odpowiedzialności Wykonawcy jedynie za ewentualną zwłokę w wykonaniu zobowiązania.

**Odpowiedź na pytanie nr 5:**

Zamawiający nie dokonuje wnioskowanych zmian.

**Pytanie 6**

Wykonawca wnosi o usunięcie z § 18 wzorów Umów sprzedaży energii elektrycznej stanowiących Załączniki 7a i 7b do SIWZ ust. 6 dotyczącego odszkodowania w związku z poniesionymi kosztami zakupu energii elektrycznej kupionej na warunkach innych niż wynikające z umowy.

Zdaniem Wykonawcy powyższy zapis jest zbędny z uwagi na § 18 ust. 8 wzorów Umów sprzedaży energii elektrycznej stanowiących Załączniki 7a i 7b do SIWZ przyznający Stronom prawo do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wartość zastrzeżonych kar umownych. Ponadto za odstąpienie od umowy z winy Wykonawcy przewidziano już karę umowną, zgodnie z § 18 ust. 2 wzorów Umów.

**Odpowiedź na pytanie nr 6:**

Zamawiający nie dokonuje wnioskowanych zmian.

STAROSTA  
Powiatu Pisz  
mgr Andrzej Nowicki

WICESTAROSTA  
Powiatu Pisz  
mgr inż. Marek Wysocki