

Skierniewice, 14.11.2018 r.

2P.2390-6/18

**Wyjaśnienia dotyczące Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia  
na zakup energii elektrycznej dla PWSZ w Skierniewicach  
(sprawa nr 6/2018)**

W związku z otrzymanymi od wykonawców zapytaniem dot. treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający - na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) - udziela następujących wyjaśnień:

**PYTANIE 1**

Czy Zamawiający wyraża zgodę na podpisanie Umowy drogą korespondencyjną?

**Odpowiedź:**

Zamawiający dopuszcza możliwość podpisania umowy drogą korespondencyjną.

**PYTANIE 2**

Czy dla ppe objętego postępowaniem przetargowym będzie to kolejna zmiana Sprzedawcy?

**Odpowiedź:**

Tak, będzie to kolejna zmiana Sprzedawcy.

**PYTANIE 3**

Jaki jest okres wypowiedzenia obecnie obowiązującej umowy/umów i kto będzie odpowiedzialny za jej/ich wypowiedzenie?

**Odpowiedź:**

Aktualnie Zamawiający otrzymuje energię elektryczną na podstawie rezerwowej umowy sprzedaży, uruchomionej z dniem 07.04.2018r. ze sprzedawcą rezerwowym PGE Obrót S.A. Oddział w Łodzi. Umowa została zawarta przez PGE Dystrybucja S.A., zgodnie z pkt A.8.1. Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej i zostanie przez Zamawiającego wypowiedziana po zawarciu umowy z dostawcą energii elektrycznej wyłonionym w przedmiotowym postępowaniu i zgłoszeniu jej do PGE Dystrybucja S.A.

Zgodnie z pkt 21 pkt 1 ppkt 2. SIWZ oraz § 4 ust. 1. pkt d. projektu umowy Wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa, jest zobowiązany do przeprowadzenia procedury zmiany Sprzedawcy energii elektrycznej w imieniu Zamawiającego, na podstawie odrębnego pełnomocnictwa udzielonego po podpisaniu umowy.

**PYTANIE 4**

-§ 6 ust. 5 Wnosimy o precyzyjne określenie pojęcia rachunku ekonomicznego i jakie elementy składają się na ten rachunek, w tym jakie dokumenty oczekiwać będzie zamawiający.

-§ 6 ust. 9 lit. a) Czy Zamawiający dopuszcza zmianę, gdy ich łączna wartość wynosi 10% więcej niż wartość zamówienia?

**Odpowiedź:**

Zgodnie z postanowieniami § 6 ust. 5 umowy projektu umowy, wprowadzonymi na podstawie dyspozycji zawartej w art. 142 ust. 5. ustawy Prawo zamówień publicznych, Wykonawca (Sprzedawca) może wystąpić z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia umownego w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zmiany zasad i wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, pod warunkiem (co precyzuje ustawodawca), że zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. To Wykonawca, a nie Zamawiający, posiada wiedzę na temat swoich kosztów i to na Wykonawcy spoczywa obowiązek przedłożenia szczegółowych kalkulacji obrazujących wpływ zmiany prawa na zmianę kosztów, a także dobór dowodów potwierdzających założenia, na których te kalkulacje się opierają, co wynika z szeregu wyroków KIO, np. KIO 2398/15.

Wprowadzona w § 6 ust. 9 lit. a) projektu umowy możliwość zmiany wartości umowy do 10% wartości zamówienia wynika z postanowień art. 144 ust. 1. pkt 6. prawa zamówień publicznych i nie może być dowolnie interpretowana.

#### **PYTANIE 5**

-§ 7 ust. 1 Wnosimy o zmianę postanowienia w ten sposób, że:

Sprzedawca zobowiązuje się do zapłaty Odbiorcy kary umownej, w przypadku rozwiązania przez Odbiorcę umowy z powodu okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność Sprzedawca, w wysokości 10% wartości wynagrodzenia netto, tj. od kwoty, o której mowa w § 3 ust. 6 pomniejszonej o podatek VAT, pozostałego do zakończenia umowy

#### **PYTANIE 6**

-§ 7 Wnosimy o dodanie ust. 2[1] o treści

Odbiorca zobowiązuje się do zapłaty Sprzedawcy kary umownej, w przypadku rozwiązania przez którąkolwiek ze Stron umowy z powodu okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność Odbiorca w wysokości 10% wartości wynagrodzenia netto, tj. od kwoty, o której mowa w § 3 ust. 6 pomniejszonej o podatek VAT, pozostałego do zakończenia umowy.

Należy wskazać, że równowaga umowy wymaga ekwiwalentnych postanowień umownych. W umowie brak odpowiedniej kary umownej względem Odbiorcy za działania określone w ust.1.

#### **Odpowiedź na pytania nr 5 i 6:**

Zamawiający nie uwzględni wniosków Wykonawcy przedstawionych w pytaniu nr 5 i 6.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dają Zamawiającemu prawo do ukształtowania postanowień umowy zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Zamawiający ma prawo do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z uzasadnionymi potrzebami. Jednym z takich warunków umownych jest możliwość formułowania w dowolny sposób postanowień dotyczących kar umownych regulujących zarówno wysokość jak i zakres przedmiotowy przewidywanych kar umownych. Brak ograniczeń Zamawiającego co do dowolności formułowania postanowień umownych w tym zakresie potwierdzają nie tylko przepisy ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego, ale przede wszystkim liczne orzeczenia wydane zarówno przez Krajową Izbę Odwoławczą jak i sądy powszechne. W wyroku z 28 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 469/09) skład orzekający stwierdził, że: „Prawo zamówień publicznych wprowadza ograniczenia swobody umów, bowiem już na etapie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest określić istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na takich warunkach. Zatem to do Zamawiającego należy określenie warunków umowy. W ocenie Izby Zamawiający ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających interes Zamawiającego, bowiem opóźnienia w realizacji zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla Zamawiającego poważnymi konsekwencjami”. Z kolei w wyroku z 11 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 779/08), podkreślono, iż: „(...) kara umowna ma nie tylko charakter odszkodowawczy, lecz również prewencyjny, szczególnie istotny w realizacji umów dotyczących zamówień publicznych, gdzie Zamawiający nie może w sposób dowolny wybrać kontrahenta”.

„Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10).

Tytułem ostatecznego podsumowania tematu należy przytoczyć treść wyroku z 18 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 779/13): „Kary umowne, mechanizmy ich stosowania oraz miarkowanie zostały

szczegółowo określone w Kodeksie cywilnym. Strona niezadowolona z wysokości nałożonej kary umownej ma zawsze ustawowe prawo do domagania się ich miarkowania”.

#### **PYTANIE 7**

-§ 7 ust. 1 Czy Sprzedawca ponosi odpowiedzialność za działania osób trzecich, w tym OSD?

#### **Odpowiedź:**

Zgodnie z brzmieniem tej klauzuli projektu umowy mowa jest wyłącznie o okolicznościach, za które ponosi odpowiedzialność Sprzedawca.

#### **PYTANIE 8**

-§ 8 ust. 2 lit. a) Wnosimy o precyzyjne określenie postanowień umownych objętych uprawnieniem stron.

-§ 8 ust. 3 Wnosimy o zmianę odwołania z pkt. 1 na lit. a). Jednocześnie wnosimy o wyjaśnienie, czy ust. 3 stanowi modyfikację instytucji przyczynienia się oraz czy wyłącznie dotyczy działania, czy również zaniechania? Ponadto wnosimy o wyjaśnienie, czy pojęcie spowodowania należy rozumieć jako wina, wina wyłączna lub inny rodzaj odpowiedzialności (jeżeli tak to prosimy o jego wskazanie).

#### **Odpowiedź:**

Przytoczone w pytaniu postanowienia projektu umowy zostały oparte ściśle na przepisach ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne oraz aktach wykonawczych i Zamawiający nie widzi powodów do ich zmiany.

Niniejsze wyjaśnienia stanowią integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

SPECJALISTA  
w zakresie zamówień publicznych  
*mgr Anna Warmińska*