



Ryki, dn. 10.11.2017r.

**WYJAŚNIENIE NR 1****Dot. postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiocie:***„Kompleksowa dostawa (sprzedaż i dystrybucja) gazu ziemnego”***ZP 18/17/3**

W dniu 09.11.2017r. wpłynęło do Zamawiającego pytanie od Wykonawcy dot. przedmiotowego postępowania następującej treści:

**PYTANIE**

W nawiązaniu do postępowania przetargowego znak ZP18/17/3 „Kompleksowa dostawa gazu ziemnego” Wykonawca prosi o doprecyzowanie zapisu paragrafu 7 ust 1 pkt 1) Kary Umowne o treści „Wypowiedzenia umowy przez Wykonawcę lub Zamawiającego z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca, w wysokości 10% umownego wynagrodzenia brutto za przedmiot umowy, określonego w § 3 ust. 1 umowy”.

Jakie sytuacje wg Zamawiającego zawierają się w przyczynach, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca. Jednocześnie Wykonawca prosi o doprecyzowanie zapisu paragrafu 7 ust. 3 o treści „3. Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w przypadku rozwiązania lub wypowiedzenia umowy przez Wykonawcę z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Zamawiający, w wysokości 10% maksymalnego wynagrodzenia umownego, poza przypadkiem, który określa § 8 ust. 1 umowy”

**ODPOWIEDŹ**

Zamawiający wyjaśnia, iż trudno jest enumeratywnie wymienić w umowie (w momencie ogłaszania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) sytuacji, które warunkowały będą nałożenie ewentualnych kar umownych zastrzeżonych w umowie. Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. kara umowna może być zastrzeżona jedynie w odniesieniu do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań niepieniężnych. Ponadto w uzasadnieniu do uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003r. (III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69) Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, iż kara umowna jest surogatem odszkodowania w tym sensie, że strony przy zawarciu umowy określają z góry wysokość należnego wierzycielowi odszkodowania na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika i odszkodowanie to (kara umowna) ma na celu skompensowanie wszystkich negatywnych dla wierzyciela konsekwencji wynikających ze stanu naruszenia zobowiązania. Dodatkowo Sąd Najwyższy w wyroku z 218 stycznia 2011r. (I CSK 315/10) dostrzega, iż obowiązek zapłaty kary umownej zastrzeżonej za niewykonanie zobowiązania powstaje, gdy zobowiązanie nie zostało wykonane, a zatem gdy dłużnik nie spełnił świadczenia, które zgodnie z treścią zobowiązania należy się wierzycielowi, przy czym nastąpiło to z powodu okoliczności, za które odpowiada dłużnik. Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 12 lutego 2007r. (UZP/ZO/0-122/07) uznał, iż ustalenie naliczania kar umownych powinno być odniesione do faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.



I wreszcie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2014r. (II CSK 529/13): „Można skutecznie zastrzec karę umowną również na wypadek odstąpienia od umowy, bez względu na charakter świadczeń, do jakich zobowiązały się strony umowy, od której się odstępuje”. Na koniec warto przytoczyć wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych dotyczących obiektu liniowego w rozliczeniu kosztorysowym, przygotowany przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie w pkt 36. Kary umowne, ppkt 36.1. d) mowa jest o odstąpieniu od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości ... % Ceny ofertowej brutto. Zamawiający zachowuje w tym przypadku prawo do roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji do prac dotychczas wykonanych.

Zamawiający nie jest w stanie określić okoliczności determinujących aktywację instytucji kary umownej przewidzianej umową. Powyższe wyjaśnienia, podobnie jak i art. 471 k.c. stanowią, iż 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. Przepis statuuje zasadę, iż obowiązek odszkodowawczy dłużnika nastąpi tylko pod warunkiem następstwa okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialność ponosi. Ustawodawca również takich okoliczności nie wymienia, ponieważ takich rozmaitych sytuacji może być nieskończenie wiele. Przy rozstrzyganiu, czy dłużnik ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, należy mieć na względzie ogólną zasadę, iż dłużnik jest odpowiedzialny za niezachowanie należytej staranności – patrz art. 355 k.c. Z umowy lub z obowiązujących przepisów może jednak także wynikać dalej idąca odpowiedzialność dłużnika. Dłużnik może bowiem np. odpowiadać za wady przedmiotu umowy, niezależnie od tego, czy ich powstanie od niego zależy, bądź gwarantować, że inna osoba zachowa się w określony sposób itp.

Niewykonanie zobowiązania kontraktowego zachodzi, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia, które należne jest spełnić wierzycielowi na podstawie zawartej umowy lub treści stosunku obligacyjnego. Natomiast nienależyte wykonanie zobowiązania wiąże się, co prawda, ze świadczeniem przez dłużnika wierzycielowi, z tym jednak, iż jest ono wykonywane w sposób nienależyty i niezgodny z wcześniejszą treścią stosunku prawnego. Jedną z sytuacji, zawierającą się w przyczynach, za które odpowiedzialność ponosi dłużnik jest zarówno zamiar niewywiązania się ze zobowiązania, jak również nieumyślne niedochowanie należytej staranności przy jego wykonywaniu.

Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania należy odczytywać *a contrario* z umowy, w której określone są obowiązki Wykonawcy, których spełnienie warunkowało będzie należyte wykonanie zobowiązania.

Zamawiający informuje, iż niniejsze wyjaśnienie i każde następne stają się integralną częścią SIWZ dla przedmiotowego postępowania.

PREZES ZARZĄDU  
mgr inż. Tomasz Pośpiech