



Wydział Zamówień Publicznych
Komendy Stołecznej Policji

WZP - 2094/11/60/N.../11

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę energii elektrycznej, nr postępowania: WZP-1643/11/60/N.

Wydział Zamówień Publicznych KSP, działając w imieniu Zamawiającego, zgodnie z art. 38 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”, uprzejmie informuje o treści odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na zadane w postępowaniu pytanie:

Pytanie:

Wykonawca prosi Zamawiającego o wyjaśnienie, czy umowa, która jest przedmiotem powołanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest umową, która będzie obowiązywała przez okres 12 czy 36 miesięcy.

W ocenie Wykonawcy Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisu z art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) opisując przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący. Ponadto nie użył dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz pominął okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Naruszenie, o którym mowa powyżej polega na nieprawidłowym określeniu terminu wykonania zamówienia i zakresu zamówienia. Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że zamawiający zamierza zawrzeć umowę na okres 12 miesięcy. Zamawiający w załącznikach nr 2a i 2b do specyfikacji istotnych warunków zamówienia podaje szacunkowe planowane zużycie energii elektrycznej za 12 miesięcy. Jednocześnie, co wynika z treści punktów II. 8 i 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający zastrzega możliwość skorzystania z prawa opcji w zakresie wydłużenia terminu wykonania umowy oraz zwiększenia zamówienia na energię do odpowiadającego maksymalnie prognozowanemu zużyciu za 36 miesięcy. Zamawiający zastrzega prawo skorzystania z opcji na podstawie jednostronnego oświadczenia woli na co najmniej 30 dni przed upływem okresu obowiązywania umowy. Wskazane naruszenie przepisów regulujących dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia polega na nieprecyzyjnym i niejednoznacznym określeniu czasu trwania umowy o zamówienie publiczne oraz niejednoznacznym określeniu ilości energii elektrycznej, która jest przedmiotem umowy.

Naruszenie, o którym mowa powyżej skutkuje wadliwością postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i - w braku odpowiedniej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia - skutkuje nieważnością postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Włodarczyk

Ponadto wywołuje skutek w postaci niemożności porównania ofert złożonych w postępowaniu, ponieważ nie sposób precyzyjnie określić, jakie założenia zastosował dany wykonawca przy sporządzaniu oferty.

Analizując treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy zauważyć, że sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie pozwala na sporządzenie prawidłowej oferty która uwzględnić będzie wszystkie elementy zamówienia. W szczególności opis przedmiotu zamówienia nie pozwala na jednoznaczne wskazanie, jaką ilość energii Zamawiający planuje kupić oraz jak długo będzie realizowana umowa.

Umowa opcji, jako umowa nienazwana, istnieje w obiegu prawnym w wielu różnych formach. Jednym z przykładów jest opcja stosowana w umowach leasingu. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zakazują stosowania postanowień właściwych dla umowy opcji w umowach o zamówienia publiczne. Jednocześnie nie definiują pojęcia opcji. Należy jednak zauważyć, że w odniesieniu do zamówień publicznych, ze względu na ich specyfikę oraz konieczność zapewnienia zgodności z przepisami regulującymi finanse publiczne, umowy powinny w sposób jasny i precyzyjny określać obowiązki stron oraz warunki finansowania zamówienia. Argumentem przemawiającym za słusnością takiego rozumowania są przepisy dotyczące umów w sprawach zamówień publicznych znajdujące się w dziale IV ustawy Prawo zamówień publicznych. Z ich treści wynika, że umowy o zamówienie publiczne co do zasady są umowami terminowymi, o ściśle określonym zakresie, a wszelkie ich zmiany podlegają surowym rygorom i ograniczeniom.

W takim też kontekście należy rozpatrywać umowę opcji. Analiza przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a także przepisów Kodeksu cywilnego i postulatów doktryny odnoszących się do umowy opcji wskazuje, że w umowach o zamówienie publiczne zastosowanie prawa opcji musi podlegać pewnym ograniczeniom. Postanowienia właściwe dla umowy opcji mogą być elementem treści umowy o zamówienie publiczne, jednak nie mogą kształtować w zupełności stosunku prawnego łączącego zamawiającego i wykonawcę. Postanowienia odnoszące się do opcji mogą jedynie dookreślać treść stosunku i stanowić dla stron umowy zabezpieczenie na wypadek zmiany okoliczności lub zaistnienia nowych okoliczności, które strony przewidują.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa prawo opcji w sposób niedopuszczalny również pod względem cywilistycznym. Należy tu powołać przede wszystkim art. 353¹ kc, który przewiduje wyjątki od zasady swobody umów. Określone przez Zamawiającego prawo opcji sprzeciwia się naturze stosunku prawnego, który ma łączyć Zamawiającego i wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu. Uchybienie to polega na dopuszczeniu, by to Zamawiający jednostronnie decydował o takich elementach umowy jak czas trwania (termin wykonania) oraz wielkość (a zatem i wartość) dostaw. Zamawiający nie daje wykonawcy żadnej możliwości odniesienia się do żądań, obwarowując jednocześnie wszelkie próby odstąpienia od umowy nadzwyczaj wysokimi karami umownymi.

Wszystko to wywołuje skutek w postaci niemożności określenia cen ofertowych przy wymaganej przez Zamawiającego gwarancji stałej ceny. Wykonawca sporządzając ofertę nie może stwierdzić, jaki jest rzeczywisty i maksymalny wolumen zamawianej energii ani jaki jest czas trwania umowy. Ma to o tyle duże znaczenie, że w obowiązującym stanie prawnym precyzyjne określenie czasu trwania umowy wiąże się z koniecznością uwzględnienia lub nie ryzyka zmiany ceny oraz ryzyka zmiany przepisów prawa wpływających na wysokość ceny energii. Przerzucenie w całości tych ryzyk na wykonawcę nosi znamiona wyzysku z art. 388 § 1 kc.

W związku z powyższym Wykonawca prosi Zamawiającego o odpowiednią zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, że umowa podpisana w ramach niniejszego postępowania będzie umową **obowiązującą przez okres 12 miesięcy**. Zamawiający zastrzegł jednak **możliwość wydłużenia okresu obowiązywania umowy maksymalnie łącznie do 36 miesięcy** – w przypadku skorzystania z prawa opcji. Zamawiający precyzuje tę kwestię w Rozdziale II pkt 8 oraz w Rozdziale XVIII, § 8 ust 1 i 1a oraz § 11 ust. 2 lit. a) Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Okres obowiązywania umowy będzie mógł być wydłużony proporcjonalnie do zamawianego zwiększonego planowanego zapotrzebowania na energię elektryczną – zależnie do potrzeb Zamawiającego, których na dzień dzisiejszy nie można bardziej precyzyjnie opisać.

Uwaga

W związku ze specyfiką zamówienia, którym w niniejszym postępowaniu jest dostawa energii elektrycznej, Zamawiający nie może precyzyjnie określić wielkości zakupionej energii, a jedynie ją zaplanować i oszacować na podstawie zużycia z minionych lat. W tej sytuacji wydaje się być pomocne zastosowanie prawa opcji, które nie zostało dokładnie zdefiniowane w ustawie z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych.

W doktrynie prawa istnieją różne interpretacje tego pojęcia. Prawo opcji jest określane jako „przyznane zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zakresu zamówienia – zwłaszcza do jego rozszerzenia. Rozszerzenie zakresu zamówienia może dotyczyć zarówno wolumenu zamówienia (np. poprzez skorzystanie z prawa opcji zwiększenia ilości zamawianych towarów), jak i przedłużenia stosunku prawnego o charakterze ciągłym (tam, gdzie czynnik czasu wyznacza zakres świadczenia – np. poprzez skorzystanie z prawa opcji czasu trwania umowy). Ponieważ skorzystanie z prawa opcji polega na jednostronnym kształtowaniu treści istniejącego zamówienia, przy ustalaniu wartości zamówienia należy uwzględnić największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji”. Jeszcze inna definicja prawa opcji wskazuje, iż „za prawo opcji należy uznać, przewidzianą w warunkach zamówienia publicznego, możliwość dokonania przez zamawiającego wyboru zakresu świadczenia będącego przedmiotem umowy o zamówienie publiczne”.

Biorąc pod uwagę powyższe, posiłkując się opinią wyrażoną przez Urząd Zamówień Publicznych oraz orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej należy uznać, iż stanowisko Zamawiającego jest zgodne z wyrażonym w wyroku KIO z dnia 16 listopada 2010 r., Sygn. akt KIO/UZP 2376/10, zbieżnym z poglądem UZP oraz analogicznym do części doktryny prawa. Zostało tam bowiem wprost określone, iż „w przypadku przedmiotu zamówienia, którego określenie jest utrudnione z uwagi na jego charakter Zamawiający dysponuje „narzędziami”, które dają możliwość sprecyzowania potrzeb Zamawiającego oraz określenie prognozy realizacji zamówienia niezbędnego do prawidłowej kalkulacji wartości zamówienia przez Wykonawcę, (...). Zamawiający przewidując prawo opcji zobowiązany jest do określenia maksymalnego poziomu zamówienia (...).”

Odnosząc powyższe do zapisów SIWZ należy uznać, iż Zamawiający w pełni zastosował się zarówno do przepisów prawa jak i uwzględnił obowiązujące orzecznictwo w zakresie instytucji prawa opcji. Zamawiający jednoznacznie określił termin obowiązywania umowy (12 miesięcy) oraz planowane w tym okresie zużycie energii elektrycznej, a tym samym pewien minimalny zakres, który bez wątpienia zostanie przez niego zrealizowany. Przedmiot zamówienia, do którego realizacji wykonawca będzie zobowiązany został precyzyjnie przez zamawiającego określony w § 2 ust. 3 Ogólnych warunków umowy (OWU) (dla minimalnego zakresu zamówienia) oraz w § 10 ust. 1 OWU (dla maksymalnego zakresu zamówienia w przypadku skorzystania z prawa opcji). Bezzasadnym jest więc twierdzenie Wykonawcy, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny zarówno w zakresie określenia czasu trwania umowy jak i ilości energii elektrycznej, która jest przedmiotem umowy.

Odnosząc się do twierdzenia, dotyczącego jednostronnego kształtowania stosunku przez zamawiającego, to należy uznać, iż na tym właśnie polega instytucja prawa opcji. Zatem każdorazowo Zamawiający składa jednostronne oświadczenie woli, które kształtuje dany stosunek prawny. Nie sposób zatem zgodzić się z zarzutami dotyczącymi naruszenia przepisów postępowania skutkujących wadliwością postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie naruszył również przepisów ustawy PZP w zakresie odnoszącym się do umów w sprawach zamówień publicznych – zarówno termin jak i zakres świadczenia zostały precyzyjnie określone w SIWZ.

Ponadto, odnosząc się do podnoszonego przez Państwa „braku możliwości określenia cen ofertowych przy wymaganej przez Zamawiającego gwarancji stałej ceny” oraz nieuwzględnienia przez Zamawiającego „ryzyka zmiany ceny” należy uznać, iż twierdzenia te nie są prawdziwe - Zamawiający przewidział możliwość zmiany cen i wskazał okoliczności, w jakich są one dopuszczalne w § 11 ust. 3 OWU.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający nie przychyliła się do prośby Wykonawcy w zakresie zmiany treści SIWZ.

Naczelnik
Wydziału Zamówień Publicznych
Komendy Stołecznej Policji
[Podpis]

Komenda Stołeczna Policji
Wydział Zamówień Publicznych

00-150 Warszawa, ul Nowolipie 2, tel. (022) 6038608, faks: (022) 603 76 42

[Podpis] *[Podpis]*