



STAROSTWO POWIATOWE W ŻAGANIU

ul. Dworcowa 39
68-100 Żagań
tel. 68 477 79 01, faks: 68 477 79 20
NIP: 924-16-33-119

Żagań, dnia 28 stycznia 2019 r.

ZP.272.1.2019

Do uczestników przetargu nieograniczonego na zadanie pn. **„Dostawa materiałów do remontu dróg dla Powiatu Żagańskiego”**.

Informujemy, że wpłynęły do Zamawiającego pytania o niżej wymienionej treści, na które Zamawiający udziela poniższej odpowiedzi:

Pytanie I

Zgodnie z art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych zwracamy się z wnioskiem o modyfikację zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w szczególności postanowień projektu umowy.

W par. 1 ust. 3 projektu umowy, Zamawiający wskazał, że „Ilości określone w ust. 1, są wielkościami maksymalnymi, jaką Zamawiający może zakupić w okresie trwania umowy. Z tytułu niezrealizowania zakupu ilości materiału wskazanych w pkt. 1 Wykonawcy nie będą przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia wobec Zamawiającego.”

Zamawiający wprowadzając takie zapisy rażąco narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w szczególności art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1. Zgodnie bowiem z art. 29

„1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.”

Art. 7 ust. 1 Pzp 1. zobowiązuje Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zapisy w projekcie umowy są niejednoznaczne, zbyt ogólne i tak naprawdę wykonawca składając ofertę nie wie jak ją kalkulować. Nie jest bowiem dookreślony podstawowy – gwarantowany zakres zamówienia. Zdarza się, że Zamawiający podpisują umowę z wybranym wykonawcą, jednak ze względu na zmiany cen rynkowych nie odbierają zamówienia na podstawie tejże umowy, tylko zlecają zakup emulsji poza ustawą innemu podmiotowi! Jest to poważne i rażące naruszenie przepisów dot. udzielania zamówień publicznych oraz obejście ustawy Pzp. Celem ustawodawcy są regulacje udzielania zamówień publicznych, które doprowadzą do zawarcia ważnej umowy z wykonawcą, wybranej, najkorzystniejszej oferty.

Należy wskazać tu na wyrok KIO z dnia 7 maja 2014 r. sygn. akt KIO 809/14, w którym Izba stwierdziła, że postanowienia zamieszczone we wzorze umowy nie odpowiadają tym wymaganiom (art. 29 ust. 1 Pzp), nie dają bowiem wiedzy co do zakresu ilościowego zamówienia lub przyczyn uzasadniających jego zmniejszenie. „Pokreślić należy, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty, obliczenie ceny zamówienia i przygotowanie jego realizacji z uwzględnieniem wszystkich wpływających na to czynników. Daleko idąca, oparta na nieostrych przesłankach możliwości rezygnacji przez Zamawiającego z dostaw będących przedmiotem umowy, utrudnia wycenę zamówienia i przerzuca na wykonawców całe ryzyko wynikające z niepodlegających żadnej kontroli decyzji Zamawiającego. Brak jakiegokolwiek pewności wykonawców co do zakresu dostaw, które zostaną zrealizowane, czy też co do przyczyn uzasadniających zmniejszenie zakresu dostaw, utrudnia im również należyte ukształtowanie współpracy z producentami sprzętu medycznego, od których sprzęt ten będzie nabywany.”... „Niemniej jednak **nie można zaakceptować postanowień umowy dających Zamawiającemu całkowitą, nieograniczoną pod względem ilościowym i pozostającą poza wszelką kontrolą dowolność w podjęciu decyzji o zmniejszeniu zakresu dostaw będących przedmiotem zamówienia.**”

Jeżeli Zamawiający nie ma pewności co do konieczności nabycia „pewnej” ilości dostawy, powinien tak skonstruować zapisy SIWZ i projekt umowy aby Wykonawca wiedział jaki zakres jest gwarantowany zamówienia, a jaka część będzie opcją – przy czym powinno to być określone na podstawie doświadczenia zamawiającego z ubiegłych lat i zapotrzebowania. Prawo opcji nie może być zastosowane w taki sposób, że zamawiający np. 5% zamówienia określi jako gwarantowane, a później w trakcie realizacji zamówienia, dowolnie – bez żadnej kontroli będzie podejmował decyzję czy od danego wykonawcy i po cenie ofertowej odbierze zamówienia. Takie postępowanie byłoby poważnym naruszeniem przepisów i próbą obejścia samej ustawy oraz tym samym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

W innym wyroku z dnia 26 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2394/14, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła „Jednakże aby mówić o opcji w zamówieniach publicznych to przedmiot zamówienia winien być określony jednoznacznie w całym zakresie w specyfikacji, oraz projekcie umowy. Prawo opcji polega na wyodrębnieniu w ramach udzielanego zamówienia zakresu obligatoryjnego, tj. ilości minimalnej (gwarantowanej) oraz zakresu fakultatywnego, którego udzielenie jest zależne od zamawiającego. Zamawiający przewidując prawo opcji, jest zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach. **Institucja prawa opcji zakłada, że zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne skalkulowanie oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać.** W tym postępowaniu Zamawiający nie tylko nie określił jednoznacznie poziomu zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, ale w ogóle w pkt 4.5 zastrzegł możliwość niewykonania umowy w całości, cyt. "Zamawiający jest uprawniony do niewykonania umowy". Dlatego też brak jest podstaw do stwierdzenia iż przedmiotowe zamówienie będzie wykonane z zastrzeżeniem opcji tj. możliwością niezrealizowania określonej części umowy.” ... „Nie może dokonywać różnicowania pomiędzy wykonawcami czy zadaniami, ustalając że tańszy produkt nabędzie w większej wysokości, a droższy w niższej, bądź nie nabędzie go wcale. Takie stanowisko zdaniem Izby jest niedopuszczalne, **Zamawiający zmniejszający w sposób dowolny ilość nabywanych towarów czy to w ramach umowy czy pomiędzy zadaniami nie może różnicować - faworyzować wykonawców w tym zakresie.**”...

„W orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 22/07) oraz KIO z 23 lipca 2010 r. (sygn. Akt: KIO/UZP 1447/10) Izba wskazała, że niedopuszczalną praktyką jest określenie przez zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, wynikającej z opisu przedmiotu zamówienia, bez wskazania wielkości gwarantowanej, minimalnej”.

„Zgodnie z przepisem art. 29 ust.1 Pzp Zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób pozwalający wykonawcom uzyskać pewność co do poszczególnych elementów zamówienia, oczekiwań zamawiającego oraz obowiązków ciężących na wykonawcy, który będzie zamówienie realizował”.

Zgodnie z powyższym wnosimy o modyfikację zapisów projektu umowy tak, aby opis przedmiotu zamówienia był doprecyzowany, nie utrudniał uczciwej konkurencji oraz nie dawał możliwości rezygnacji z zamówienia w dowolnym momencie i zakresie bez żadnej kontroli. Zamawiający jako podmiot publiczny podlega pod Ustawę o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i w związku z tym, próba obejścia ustawy czy udzielanie zamówień innemu wykonawcy – nie wybranemu w drodze procedury przetargowej jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

Zamawiający ma obowiązek dokładnego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, tak aby Wykonawca składając ofertę był świadomy jaki jest zakres minimalny – gwarantowany zamówienia, a jedynie w niewielkim zakresie miał niepewność co do możliwości skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji.

ODPOWIEDŹ I

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę umowy w zakresie określenia minimalnej ilości materiałów do remontów dróg, gdyż ilość wykorzystanego materiału uzależniona jest od panujących w okresie trwania zamówienia warunków atmosferycznych (deszczowa wiosna, lato czy jesień uniemożliwia prowadzenie remontów cząstkowych w zakresie jaki jest planowany) oraz od awaryjności sprzętu posiadającego przez Zamawiającego. Zamawiający wyjaśnia, że w przypadku awarii sprzętu do przechowywania i remontów dróg Zamawiający nie będzie w stanie odebrać materiału, który wymaga specjalnego przechowywania i ewentualnego wbudowania specjalistycznym sprzętem. Z uwagi na formę zamówienia materiału, określenie ilości minimalnej jest niemożliwe z uwagi na specyfikę zamówienia (remont, awaria dróg). Zamawiający wskazuje, iż obawy co do niepewności z korzystania z wybranego Wykonawcy są niezasadne, albowiem Zamawiający działa w oparciu o obowiązujące przepisy prawa zarówno z zakresu zamówień publicznych, jak i finansów publicznych.

Pytanie II

Powołując się na zasadę równości stron, jaka powinna obowiązywać w umowie oraz w związku z doświadczeniem z ubiegłych lat, zwracamy się z wnioskiem o dopisanie do treści umowy klauzuli waloryzacyjnej.

W minionym roku zanotowaliśmy dynamiczny wzrost cen asfaltu (głównego materiału wsadowego) sięgając blisko 60%. Sytuacja taka powoduje znaczne straty po stronie Wykonawcy co może również skutkować problemami po stronie Zamawiającego. Może bowiem okazać się, że w przypadku znacznego, nagłego wzrostu cen asfaltu, Wykonawca odstępując od realizacji umowy poniesie mniejsze straty, niż realizując ją za stawki poniżej kosztów wytworzenia.

Waloryzacja ma na celu zabezpieczenie obu stron umowy przed ryzykiem i konsekwencjami zmiany wartości świadczenia umownego. Naszym zdaniem prawo Wykonawcy do wnioskowania o zwiększenie wynagrodzenia w sytuacji, gdy wysokość przyjętego wskaźnika przekroczy określony poziom, dostosowuje jedynie ceny umowne do warunków rynkowych.

W związku z powyższym, wnosimy o dopisanie do treści umowy zapisu:

„Wysokość wynagrodzenia Wykonawcy za poszczególne zamówienia może ulec zmianie, (zgodnie ze zmianą wskaźnika publikowanego w cenniku na stronie <http://www.orlen-asfalt.pl/PL/NaszaOferta/Cennik/Strony/default.aspx> przez ORLEN Asfalt) w przypadku gdy wskaźnik ten, do czasu zakończenia poszczególnego zamówienia, przekroczy 10 % w stosunku do dnia rozpoczęcia realizacji całości przedmiotu zamówienia”.

Wskaźnik powyższy obliczany jest wg poniższego wzoru:

$$CEN = CEA + [(ASF.N - ASF.A) \times Z\%ASF]$$

Gdzie:

CEN – Nowa cena emulsji

CEA – Aktualna cena emulsji

ASF.N – Nowa cena asfaltu

ASF.A – Aktualna cena asfaltu

Z%ASF – Procentowa zawartość asfaltu w emulsji

Przykład obliczenia nowej ceny emulsji wg. powyższego wzoru, gdzie:

Dane:

CEA – 1630 zł

ASF.N – 1890zł

ASF.A – 1650 zł

Z%ASF 65%

Obliczenia:

$$CEN = 1630 + [(1890 - 1650) \times 65\%]$$

Wynik:

$$CEN = 1786 \text{ zł/t}$$

ODPOWIEDŹ II

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę umowy w zakresie wynagrodzenia. Zamawiający wskazuje, że w przypadku nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienia świadczenia można zastosować art. 357¹ kodeksu cywilnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1025)

W ZWIĄZKU Z POWYŻSZYMI ODPOWIEDZIAMI ZAMAWIAJĄCY WY-
DŁUŻA TERMIN SKŁADANIA OFERT

Z DNIA 29 STYCZNIA 2019 R. NA DZIEŃ „DO DNIA 1 LUTEGO 2019 R.
DO GODZ. 09:00”

OTWARCIE OFERT NASTAPI W DNIU 1 LUTEGO 2019 R. O GODZ. 09:30

Z W. STAROSTY

Aneta Michalczyk
Wicestarosta