



Jastrzębia, 26.09.2016 r.

R.I.271.28.2016

WYJAŚNIENIA DO SIWZ

W związku z zapytaniem skierowanym do Zamawiającego w postępowaniu pod nazwą „ZAKUP ENERGII ELEKTRYCZNEJ NA POTRZEBY OBIEKTÓW NA TERENIE GMIN JASTRZĘBIA I MIRÓW” działając na podstawie art. 38 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z 2013 r. poz. 907 ze zm.) udzielamy następującej odpowiedzi:

Pytanie 1 :

Czy Zamawiający wyraża zgodę na podpisanie umowy drogą korespondencyjną?

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie 1 :

Tak.

Wyjaśnienie odpowiedzi :

Zamawiający nie określił w dokumentacji przetargowej sposobu podpisania umowy, co oznacza, że dopuszczalność jej zawarcia w dowolny sposób jest ograniczona jedynie ogólnymi przepisami prawa.

Pytanie 2 :

Czy w przypadku braku otrzymania wskazań liczników od Operatora Systemu Dystrybucyjnego w terminie Zamawiający dopuszcza możliwość wystawienia faktur szacunkowych (korygowanych po otrzymaniu faktur rzeczywistych), w celu zapewnienia ciągłości przekazywania przez Zamawiającego środków finansowych przeznaczonych na zakup energii elektrycznej i uniknięcia skumulowania się znacznej kwoty za energię elektryczną na rzecz Sprzedawcy?

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie 2 :

Zamawiający nie wyraża zgody na otrzymywanie obciążeń za zużyta energię na podstawie faktur szacunkowych lub prognozowanych.

Wyjaśnienie odpowiedzi :

Sposób współpracy pomiędzy Wykonawcą a OSD, jak i ewentualne konsekwencje nieterminowego otrzymywania odczytów nie stanowi problemu Zamawiającego ani przedmiotu przetargu. Tryb otrzymywania danych, jak też i ewentualne jego reklamacje powinni oni załatwiać między sobą, zgodnie z zawartą pomiędzy tymi podmiotami Umową Dystrybucyjną oraz Instrukcją Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej, obowiązującą u OSD.



Pytanie 3 :

Czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę ceny w przypadku zmiany przepisów skutkujących zmianą kwoty podatku VAT, podatku akcyzowego lub zmianie ogólnie obowiązujących przepisów prawa?

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie 3 :

W przypadku zmian VAT Zamawiający wyraża zgodę na zmianę ceny brutto, w pozostałych kwestiach – nie.

Wyjaśnienie odpowiedzi :

Treść odnosząca się do kwestii podnoszonych w zapytaniu jest zawarta w SIWZ, punkt 19.1. Zamawiający prosi o zapoznanie się z dokumentacją przetargową przed zadawaniem pytań.

Pytanie 4 :

Zwracamy się z zapytaniem czy Zamawiający przekaze niezbędne dane do przeprowadzenia procedury zmiany sprzedawcy w wersji elektronicznej Excel niezwłocznie po podpisaniu umowy? Wyłoniony Wykonawca będzie potrzebował następujących danych do przeprowadzenia zmiany sprzedawcy dla punktu poboru:

- nazwa i adres firmy;
- opis punktu poboru;
- adres punktu poboru (miejscowość, ulica, numer lokalu, kod, gmina);
- grupa taryfowa (obecna i nowa); - moc umowna;
- planowane roczne zużycie energii;
- numer licznika;
- Operator Systemu Dystrybucyjnego;
- nazwa dotychczasowego Sprzedawcy;
- numer aktualnie obowiązującej umowy;
- data zawarcia oraz okres wypowiedzenia dotychczasowej umowy;
- numer ewidencyjny - numer PPE oraz dokumentów:
- Pełnomocnictwo,
- dokument nadania numeru NIP,
- dokument nadania numeru REGON,
- KRS lub inny dokument na podstawie którego działa dana jednostka
- dokument potwierdzający umocowanie danej osoby do podpisania umowy sprzedaży energii elektrycznej oraz pełnomocnictwa.

Jednocześnie informujemy, że OSD może odrzucić zgłoszenia umów sprzedaży zawierające błędne dane skutkiem czego może być konieczność zakupu energii przez Zamawiającego od tzw. sprzedawcy rezerwowego, o którym mowa w art. 5 ust. 2 a pkt. 1 lit b) ustawy Prawo energetyczne.



Odpowiedź Zamawiającego na pytanie 4 :

W zakresie udzielenia niezbędnych informacji, Zamawiający deklaruje niezwłoczne przekazanie po przetargu wszelkich posiadanych i oczekiwanych przez Wykonawcę danych. Co do dokumentów, Zamawiający deklaruje ich udostępnienie jako oczywiste.

Wyjaśnienie odpowiedzi :

Stosownie do zapisów SIWZ, to wybrany w przetargu Wykonawca jest zobligowany do przeprowadzenia całości procedury zmiany sprzedawcy, co oznacza między innymi utworzenie i wypełnienie wszelkich dokumentów. Zamawiający ma obowiązek jedynie nieodpłatnego przekazania wszelkich posiadanych, a niezbędnych informacji, mając przy tym świadomość, że to do jego obowiązków należy przedstawienie kompletu tych danych, a od terminu ich przekazania zależy wejście w życie przedmiotu przetargu. Niemniej oczekiwanie, że wszelkie związane z tym prace, w tym zebranie informacji i danych, zostaną wykonane w całości przez Zamawiającego i przekazane w sugerowanej przez Wykonawcę wersji elektronicznej Excel, a zapewne również w pożądanym przez niego układzie tych danych - jest nieuprawnione.

Co do sugestii zawartej w ostatnim akapicie, Zamawiający ma świadomość możliwości odrzucenia zgłoszenia umowy na skutek błędów w przekazanych danych, jednak stoi na stanowisku, że opisana sytuacja wprowadzenia w takim przypadku sprzedawcy rezerwowego nie jest możliwa. Według wiedzy Zamawiającego nie powinno dojść do sytuacji, w której dotychczasowy dostawca (OSD) przyjmuje dane w zakresie wypowiedzenia umów kompleksowych, a nie przyjmuje ich w zakresie skuteczności nawiązania umów na realizację dostaw u wybranego Wykonawcy, gdyż są to te same dane. Tak więc procedura zmiany dostawcy dla punktu o niezgodnych danych może stać się co najwyżej nieskuteczna, a w takim przypadku dostawy powinny być realizowane na skutek nadal obowiązującej umowy kompleksowej.

Pytanie 5 :

Czy Zamawiający dysponuje tytułem prawnym (akt notarialny, umowa najmu, umowa dzierżawy, itp.) który upoważnia go do swobodnego dysponowania obiektami opisanymi w przedmiocie zamówienia? Informujemy, że brak takiego tytułu może skutecznie uniemożliwić dalsze czynności związane ze zgłoszeniem umowy sprzedaży energii elektrycznej do lokalnego Operatora Systemu Dystrybucyjnego zgodnie z jego procedurami.

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie 5 :

Tak, Zamawiający dysponuje odpowiednimi tytułami prawnymi.

Wyjaśnienie odpowiedzi :

Zamawiający nie zgadza się z częścią informacyjną zadanego pytania, stojąc na stanowisku, że w przypadku zgłoszenia zmiany sprzedawcy energii OSD nie może odmówić uznania posiadanych i udostępnionych przez Zamawiającego dotychczasowych dokumentów przy wystawianiu umów dystrybucyjnych, jeśli wcześniej były one dla tego samego podmiotu wystarczające do zawarcia umów kompleksowych.

Pytanie 6 :

Zwracamy się z prośbą o udzielenie informacji czy Zamawiający dopuszcza podpisanie umowy drogą korespondencyjną.



Odpowiedź Zamawiającego na pytanie 6 :

Analogiczna do wcześniej udzielonej odpowiedzi na pytanie 1.

Wyjaśnienie odpowiedzi :

Analogiczne do wcześniej udzielonych wyjaśnień do pytania 1.

Pytanie 7 :

Dotyczy § 5 ust.

2 IWU

Z uwagi na brak informacji o mogącej wystąpić, w trakcie realizacji umowy, ustawowej zmiany przepisów prawa wprowadzających nowe obowiązki związane z zakupem praw majątkowych lub certyfikatów dotyczących efektywności energetycznej wykonawca zwraca się z prośbą o dodanie zapisu o treści: „Ceny jednostkowe określone w ust. 1 nie ulegną zmianie w okresie obowiązywania Umowy za wyjątkiem sytuacji, w której zmianie ulegnie stawka podatku VAT lub podatku akcyzowego lub gdy nastąpią zmiany ogólnie obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności zmiany Ustawy Prawo Energetyczne, Ustawy o efektywności energetycznej lub przepisów wykonawczych wprowadzających dodatkowe obowiązki związane z zakupem praw majątkowych lub certyfikatów dotyczących efektywności energetycznej, ceny energii elektrycznej zostają powiększone o kwotę wynikającą z obowiązków nałożonych właściwymi przepisami, od dnia ich wejścia w życie, zmiana cen jednostkowych nie wymaga aneksu do umowy.”

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie 7 :

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zaproponowanego zapisu.

Wyjaśnienie odpowiedzi :

Część wnioskowanych do wprowadzenia zapisów jest już objęta warunkami przetargu zgodnie z oczekiwaniami Wykonawcy, na przykład ponoszenie przez Zamawiającego konsekwencji zmian VAT. Zgodnie z zapisami SIWZ i Załącznika nr 3 Zamawiający wyraża w takim przypadku zgodę na zmianę ceny brutto, choć sam nie ma prawa do odliczenia tego podatku. Natomiast w pozostałych kwestiach, m.in. zawartych w punkcie 19.1 SIWZ – nie wyraża zgody, z przyczyn tam opisanych. I tak na przykład, w kwestii akcyzy, Zamawiający nie może ponosić automatycznie skutków jej zmian, ponieważ nie jest płatnikiem tego podatku, a ustawodawca nie przewidział żadnych regulacji odnoszących się do właściwości Zamawiającego (w przeciwieństwie do zasad obowiązujących np. w przypadku dostaw gazu). Stąd zarówno sama powinność odprowadzenia tego podatku, jak i wynikająca z tego konieczność przewidywania i ponoszenia skutków jego zmian, może leżeć zgodnie z intencją prawodawcy wyłącznie i w całości po stronie Wykonawcy.

W pozostałych wymienionych kwestiach to, kto powinien ponosić konsekwencje takich zmian, nie jest w żaden sposób uregulowane prawnie. Zamawiający zwraca uwagę, że propozycja przyjęcia wnioskowanego zapisu oznacza oczekiwanie przejęcia całości ryzyka zmian prawnych przez Zamawiającego, przy jednoczesnym całkowitym wyeliminowaniu ryzyka własnego Wykonawcy. O takich oczekiwaniami Wykonawcy dodatkowo, a jednoznacznie, świadczy takie charakterystyczne sformułowanie wnioskowanego zapisu, w którym ogranicza on możliwe zmiany ceny wyłącznie do możliwości jej powiększenia. Tymczasem dla Zamawiającego jest oczywiste zarówno to, że obciążenia teoretycznie mogą się również zmniejszyć (a zaproponowane zapisy nie wprowadzają w tym zakresie żadnych obowiązków



zmniejszenia ceny), jak i to, że nie może on wyrazić zgody, aby skutki wszelkich zmian prawnych obciążały go jednostronnie.

Zapisy w tych kwestiach są więc kwestią dwustronnych umów, zgodnie z zasadą swobody ich kształtowania. Zaproponowane przeniesienie odpowiedzialności na Wykonawcę wynika z faktu, że zakres takich zmian nie stanowi zasadniczego obszaru działania Zamawiającego, czyli nie ma on możliwości przewidywania ani szacowania prawdopodobieństwa ich wystąpienia. W konsekwencji - nie ma możliwości należytego zabezpieczenia środków budżetowych na skutki ich wprowadzenia. Tymczasem to właśnie Wykonawcy dysponują w tym zakresie właściwą wiedzą, umożliwiającą oszacowanie takiego ryzyka.

Pytanie 8 :

Zwracamy się z prośbą o udostępnienie załączników do SIWZ w wersji edytowalnej.

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie 8 :

Zamawiający przychylił się do wniosku Wykonawcy jedynie w zakresie niezbędnym do złożenia oferty, a więc przesyła wnioskującemu, na adres mailowy, z którego nadeszło zapytanie, wersję edytowalną Załącznika nr 2.

Wyjaśnienie odpowiedzi :

Zgodnie z zapisami SIWZ (punkt 18.3) Zamawiający nie zamieszcza wersji edytowalnej Załącznika nr 2 na stronie internetowej, gdyż posiadanie go w tej wersji nie warunkuje złożenia oferty, a przedstawiona wersja PDF jest tożsama co do treści i może zostać wypełniona ręcznie.

Natomiast Zamawiający nie widzi konieczności udostępniania wersji edytowalnej załączników nr 1 i 3 w jakikolwiek dodatkowy sposób, gdyż nie są one wymagane do złożenia oferty, pełniąc w postępowaniu rolę informacyjną. Załączniki te zostaną udostępnione w wersji edytowalnej jedynie wybranemu w postępowaniu Wykonawcy.

Pytanie 9 :

Dotyczy § 8 ust 1-3 Wzoru Umowy. Wykonawca zwraca się z prośbą o wyrażenie zgody na rezygnację z kar umownych i określenie odpowiedzialności stron jako odpowiedzialność ogólną do wysokości poniesionej szkody (straty). Prosimy o modyfikację zapisów do treści: „Strony ponoszą wobec siebie odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach ogólnych do wysokości poniesionej szkody (straty).”

W przypadku nie wyrażenia zgody zamawiający zwraca się z prośbą o zmianę § 8 poprzez dodanie ust. 3 o następującej treści: „6. Klient zapłaci Sprzedawcy karę umowną za odstąpienie od Umowy przez Sprzedawcę lub Klienta z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Klient w wysokości 20% wynagrodzenia umownego za przedmiot Umowy, tj. tej jego części, która pozostała do końca umowy, rozliczonej według szacowanych wielkości zużycia, podanych w postępowaniu przetargowym.”

Wykonawca nie widzi podstaw do wykluczenia obciążenia Zamawiającego karą umowną. Wykluczenie obciążenia karą umowną Zamawiającego powoduje, że zapis przedmiotowego paragrafu jest nieproporcjonalny i narusza zasadę równości stron w stosunku cywilnoprawnym.



Odpowiedź Zamawiającego na pytanie 9 :

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie lub zmianę zastosowanego zapisu.

Wyjaśnienie odpowiedzi :

Zamawiający uznaje, że ocena Wykonawcy w kwestii sytuacji prawnej, jako naruszenie zasady równości stron, jest błędna. Należy uznać za naturalne, że istotne postanowienia umowy proponowane przez Zamawiającego zawierają sformułowania, zabezpieczające przede wszystkim jego interesy. Dopuszczając wniesienie korekt szczegółowych zapisów do Załącznika nr 3 w trybie zapytań przetargowych, zanim stanie się on wzorem przyszłej umowy, Zamawiający nie może jednak wyrazić zgody na brzmienie proponowane przez Wykonawcę, co wynika z faktu całkowitej niemożności określenia wysokości poniesionej szkody. Zamawiający jest podmiotem publicznym, wykonującym działania na rzecz społeczności lokalnej : trudno zatem wnioskować, co mogłoby zostać uznane za stratę, jeśli na skutek przerwania dostaw przez Wykonawcę doszłoby do wstrzymania pracy Urzędu, a w konsekwencji np. do utraty możliwości uzyskiwania dopłat bezpośrednich przez rolników. Prosimy zauważyć, że potencjalne straty byłyby ogromne, choć nie byłyby poniesione bezpośrednio przez Zamawiającego. Analogicznie, trudno mówić o jakichkolwiek policzalnych szkodach lub stratach poniesionych przez Zamawiającego w przypadku, jeśli drogi na terenie gminy nie byłyby oświetlane, nawet jeśli doszłoby do zdarzeń drogowych spowodowanych przez taką okoliczność. Tak więc, wprowadzenie proponowanego zapisu spowodowałoby niemal całkowitą bezkarność Wykonawcy.

Obecne zapisy sprowadzają wszelką możliwość wystąpienia jakichkolwiek kar umownych we wzajemnych relacjach wyłącznie do sytuacji, gdy następuje to na skutek przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, gdyż :

- Wykonawca może zbankrutować, a Zamawiający jako samorządowy podmiot publiczny - nie,
- Wykonawca może utracić prawo do funkcjonowania na rynku bilansującym energii, a Zamawiający nie ma obowiązku uczestniczenia w nim, nie występuje o takie prawo ani nie ma zamiaru na nim samodzielnie działać,
- Wykonawca może utracić koncesję na prowadzenie działalności, a działalność Zamawiającego nie wymaga jakichkolwiek uprawnień w przedmiocie zamówienia, a więc i nie umożliwia ich utraty.

W każdej z wyżej wymienionych sytuacji na skutek zaprzestania świadczenia dostaw przez wybranego Wykonawcę doszłoby do ich realizacji przez tzw. sprzedawcę z urzędu lub rezerwowego, a więc do świadczenia dostaw dla Zamawiającego na gorszych warunkach. Zaproponowana wielkość kar umownych doprowadziłaby jedynie do wyrównania strat Zamawiającego z tego tytułu, nie wykluczając nawet, że jedynie częściowego. Sama wielkość tej kary nie jest więc rażąco wysoka, gdyż potencjalna różnica opłat w takim przypadku może nawet przekroczyć 20%. Zamawiającemu znane są przypadki, w których realnie doszło do takiej sytuacji na skutek utraty praw do funkcjonowania dostawcy energii na rynku bilansującym ; dlatego usunięcie wprowadzonych zapisów, tylko dla wprowadzenia symetrii, nie wchodzi w grę.

Tak więc choć istotnie wprowadzone w Załączniku nr 3 zapisy odnoszą się jedynie do kar wyrównujących straty ponoszone przez Zamawiającego, dzieje się tak wyłącznie dlatego, że według jego oceny jest to jedyna realnie mogąca wystąpić strata we wzajemnych relacjach. Jednocześnie trudno wskazać jakąkolwiek możliwość utraty przez Zamawiającego praw, możliwości lub samych potrzeb odnośnie zakupu energii. Ponadto Zamawiający nie przewidział w treści Załącznika nr 3 żadnych możliwości wypowiedzenia umowy przez siebie. Czyli choć zaproponowane zapisy w kwestii kar istotnie zostały sformułowane jednostronnie, wynika to wyłącznie z jednostronnego charakteru możliwych zagrożeń, a nie z naruszenia równości stron w stosunku cywilno-prawnym.



Niemniej, gdyby Wykonawca mimo wszystko chciał się zabezpieczyć przed takim czysto hipotetycznym przypadkiem tylko dla symetrii zapisów, powinien zaproponować taką wielkość oczekiwanych kar, którą byłby w stanie wykazać jako analogicznie realną wielkość, proporcjonalną do ponoszonych strat, jak we wprowadzonych zapisach na rzecz Zamawiającego. Tymczasem Zamawiającemu trudno wyobrazić sobie sytuację, w której strata w podanej wielkości 20% została by poniesiona przez Wykonawcę, co oznacza, że wprowadzenie proponowanego zapisu spowodowałoby ustalenie wielkości kar na jego rzecz na poziomie rażąco wysokim. Realna strata, szczególnie w sytuacji Wykonawcy dysponującego możliwością obniżenia wielkości produkcji energii, mogłaby się sprowadzać właściwie co najwyżej do utraconych zysków – lub, do pomijalnych w takim przypadku ewentualnych dodatkowych kosztów bilansowania. Niemniej, i te wielkości trudno byłoby jednoznacznie zakwalifikować jako straty w sytuacji, gdy w ramach umów zawieranych po przetargu dokładna ilość odbieranej energii nie jest ściśle określona, a więc Zamawiający nie zobowiązuje się do odbioru konkretnej jej ilości.

Pytanie 10 :

Czy Zamawiający udzieli Wykonawcy stosownego pełnomocnictwa do zgłoszenia w imieniu Zamawiającego zawartej umowy sprzedaży energii elektrycznej do OSD oraz wykonania czynności niezbędnych do przeprowadzenia procesu zmiany sprzedawcy u OSD wg wzoru stosowanego powszechnie przez Wykonawcę ? W przypadku braku zgody na powyższe prosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający ponosił będzie odpowiedzialność za treść przedstawionego wzoru pełnomocnictwa i za jego ewentualne zakwestionowanie przez OSD ?

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie 10 :

Zamawiający ma zamiar udzielić odpowiedniego pełnomocnictwa.

Wyjaśnienie odpowiedzi :

Zamawiający nie odnosi się do wzoru pełnomocnictwa dołączonego przez Wykonawcę w związku z tym, że :

- pełnomocnictwo zostało dołączone, ale treść zapytania nie odnosi się do tego dokumentu : w pytaniu mowa jest jedynie o „wzorze stosowanym powszechnie przez Wykonawcę”, nie precyzując, czy jest to ów załączony wzór i czy jest to jedyne możliwe jego brzmienie,

- nawet jeśli pytanie zawierałoby prawidłowe odniesienie, czyli np. gdyby jego zapisy mówiły o „wzorze stosowanym powszechnie przez Wykonawcę, dołączonym do niniejszego zapytania” Zamawiający na tym etapie nie opiniowałby jego treści, gdyż ma zamiar uzgadniać szczegółowe zapisy udzielanego pełnomocnictwa jedynie z wybranym Wykonawcą z uwagi na fakt, że oczekiwania różnych podmiotów odnośnie jego zapisów mogą się różnić. Nie odnosząc się więc co do całości przedstawionego dokumentu, Zamawiający dodatkowo zauważa, że przedstawiona treść zawierała również upoważnienie Wykonawcy do zawarcia umów dystrybucyjnych, a więc domyślnie również do ich podpisania w imieniu Zamawiającego. W związku z tym Zamawiający informuje wszystkich Wykonawców, że o ile nie znajdą żadne przeciwwskazania formalne, chciałby umowy dystrybucyjne podpisywać samodzielnie, co nie zwalnia wybranego Wykonawcy z obowiązku doprowadzenia do ich przedstawienia. Zamawiający ma przy tym świadomość, że będą one wystawiane przez OSD i zobowiązuje się do dokonania czynności podpisania tych umów bez zbędnej zwłoki, bezpośrednio po ich dostarczeniu, lecz będzie oczekiwał, że znajdzie to odzwierciedlenie w treści przyszłego pełnomocnictwa, przedstawionego przez wybranego Wykonawcę.

WÓJT GMINY
Elżbieta Zasada

